



PODER JUDICIAL DEL PERÚ

Revista Oficial del Poder Judicial

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

Vol. 9, n.º 11, enero-junio, 2019
Lima, Perú

ISSN: 1997-6682 ISSN-e: 2663-9130



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

Revista Oficial del Poder Judicial

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

Vol. 9, n.º 11, enero-junio, 2019
Publicación semestral. Lima, Perú

PRESIDENTE

José Luis Lecaros Cornejo (Poder Judicial del Perú, Perú)

DIRECTOR

Francisco Távara Córdova (Fondo Editorial del Poder Judicial del Perú, Perú)

EDITORA

Gladys Flores Heredia (Fondo Editorial del Poder Judicial del Perú, Perú)

COMITÉ EDITORIAL

Janet Tello Gilardi (Consejo Ejecutivo del Poder Judicial del Perú, Perú), Héctor Enrique Lama More (Consejo Ejecutivo del Poder Judicial del Perú, Perú), Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República, Perú), Javier Arévalo Vela (Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República, Perú), Ernesto Lechuga Pino (Gabinete de Asesores de la Presidencia del Poder Judicial, Perú), Helder Domínguez Haro (Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial del Perú, Perú).

CONSEJO CONSULTIVO

Santiago Muñoz Machado (Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, España), Gerardo Ruiz-Rico Ruiz (Universidad de Jaén, España), Carlos Ramos Núñez (Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú), Fernando de Trazegnies Granda (Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú), José F. Palomino Manchego (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú), Iván Rodríguez Chávez (Universidad Ricardo Palma, Perú), Ronald Cárdenas Krenz (Universidad de Lima, Perú).

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.v9i11>

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2007-13519

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

Crossref

LICENCIA



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

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

José Luis Lecaros Cornejo (presidente)

Francisco Távora Córdova

Vicente Rodolfo Walde Jáuregui

César Eugenio San Martín Castro

Víctor Roberto Prado Saldarriaga

Duberlí Apolinar Rodríguez Tineo

Josué Pariona Pastrana

Ana María Aranda Rodríguez

Javier Arévalo Vela

Jorge Luis Salas Arenas

Elvia Barrios Alvarado

Janet Ofelia Lourdes Tello Gilardi

Ángel Henry Romero Díaz

Héctor Enrique Lama More

Martín Alejandro Hurtado Reyes

Carlos Giovanni Arias Lazarte

Aldo Martín Figueroa Navarro

Mariem Vicky de la Rosa Bedriñana

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* [Official Journal of the Judiciary. Research Gazette of the Supreme Court of Justice of the Republic of Peru], published every six months, with the primary objective of disseminating unpublished articles which are the result of studies and investigations on legal, administration of justice issues, technical reports, agreements or statements of institutional congresses, as well as any other relevant legal documentation. The articles published in the journal are anonymously reviewed by independent experts based on the following evaluation criteria: originality, contribution of work, current issues and contribution to legal knowledge. The journal reserves the right to publish the articles and, should a submitted article be accepted, the Journal may make the style corrections and other necessary adjustments to meet the publication requirements.

The *Revista Oficial del Poder Judicial* receives the collaboration of all the judges of the Supreme Court of the Republic, as well as the works of national and foreign judges and law and justice researchers. This publication is aimed at magistrates, researchers, university teachers, professors, students and a public interested in academic thinking, critical work and legal investigation related 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. 9, n.º 11, enero-junio, 2019

Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.u9i11>

TABLA DE CONTENIDO

Presentación

JOSÉ LUIS LECAROS CORNEJO 13

Artículos de investigación

FRANCISCO TÁVARA CÓRDOVA 19

Casación civil: génesis y recepción del recurso de casación en el derecho civil peruano

VÍCTOR ROBERTO PRADO SALDARRIAGA 53

Delitos de organización criminal en el Código Penal peruano

JAVIER ARÉVALO VELA 93

La licencia y la cuota sindicales en la legislación peruana

GERARDO ETO CRUZ	119
La autopercepción del control de convencionalidad por la propia Corte Interamericana: breves apostillas críticas	
MAURO BARBERIS	179
Lo que los juristas no dicen. Normas no expresadas y despositivización	
CÉSAR ANTONIO DELGADO CASTRO	219
Los abogados como integrantes de una organización criminal. Apuntes sobre la conducta neutral en el ejercicio de la profesión de abogado y el secreto profesional	
EDWIN FIGUEROA GUTARRA	251
Violencia basada en género. Una visión actual	
JHONNY HANS CONTRERAS CUZCANO	277
Violencia familiar, un paso al feminicidio	
ANTONIO PÁUCAR LINO	299
El bien común en la Constitución Política del Perú de 1993	
JAVIER EDUARDO JIMÉNEZ VIVAS	325
El derecho humano a un debido proceso frente al procedimiento administrativo peruano	
HELDER DOMÍNGUEZ HARO	355
¿Ser o no ser del Poder Judicial? Aproximación bibliográfica sobre el proceso de reforma, modernización, reestructuración y refundación de la judicatura nacional	

Declaraciones

X Congreso Nacional de Jueces, Tacna 2017	441
XI Congreso Nacional de Jueces, Lima 2018	445
IX Congreso Internacional sobre Justicia Intercultural, Lima 2018	451

Reseñas

JORGE VALENZUELA GARCÉS Enrique López Albújar (2018). <i>Obras completas. Narrativa. Tomo I</i>	457
JORGE ANGEL CHÁVEZ DESCALZI Francisco Távara Córdova (compilador) (2018). <i>Ciro Alegría: asedios jurídicos</i>	461
CECILIA DEL PILAR GUEVARA MUÑOZ Poder Judicial del Perú (2018). <i>Protocolo de Atención Judicial para Personas con Discapacidad</i>	471
MARCOS MORÁN VALDEZ Jorge Fernando Bazán Cerdán y Carmela Elena Quiroz Quiroz (2018). <i>La aplicación del Acuerdo Plenario sobre Rondas Campesinas y Derecho Penal. Salas Penales de Cajamarca: 2010-2014</i>	477
GLADYS FLORES HEREDIA José Calvo González (2019). <i>Iura et poemata. Versos y constitucionalismo de tradición liberal</i>	483
INSTRUCCIONES A LOS AUTORES	491
INSTRUCTIONS FOR AUTHORS	507

Revista Oficial del Poder Judicial

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

Vol. 9, n.º 11, enero-junio, 2019, 13-15

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.v9i11.1>

Presentación

La decisión de crear la *Revista Oficial del Poder Judicial. Órgano de Investigación de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú* surge allá por el año 2007 bajo el impulso de la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia de la República, en aquel entonces a cargo del Dr. Francisco Távara Córdova, hoy director de la revista y del Fondo Editorial de este poder del Estado. Tras una ardua labor de edición, irrumpen en la escena editorial el 19 de mayo de 2008 cuando en ceremonia pública, celebrada en el Salón de Juramentos del Palacio Nacional de Justicia de Lima, sus dos primeros volúmenes impresos fueron presentados ante la comunidad jurídica, conjuntamente con otras publicaciones especializadas, con el claro propósito de contribuir a la cultura jurídica y al desarrollo profesional, perfeccionamiento y especialización de los jueces en el ejercicio de la noble función de impartir justicia.

Se trataba de una publicación inédita en la trayectoria editorial del Poder Judicial y que, pese a su carácter oficial, dedicaba amplias secciones a trabajos doctrinarios de autoría de reconocidos jueces y juristas nacionales y extranjeros. Quedaba así claro que la revista buscaba, desde un inicio, impulsar la creación intelectual y la investigación en el ámbito del derecho y la justicia, atributo que marcó su impronta y que hace que al día de hoy cumpla once años de labor.

Creemos que consolidar un escenario de divulgación con tal apertura y desde el propio Poder Judicial peruano, es ciertamente meritorio, pero también representa un reto y compromiso con la comunidad académica nacional e internacional, por lo que es necesario prestar nuestra máxima colaboración con el esfuerzo editorial destinado a honrar el mismo, por una razón fundamental: las revistas de investigación dan cuenta del estado del avance de las ciencias jurídicas desde el momento que presentan y reflexionan respecto a la problemática de la realidad jurídica en un determinado contexto, así como de las posibilidades de crecimiento del derecho en las múltiples ramas en las que se diversifica.

El incremento de las demandas ciudadanas por un sistema de justicia eficiente hace necesario que el progreso de las disciplinas jurídicas vaya de la mano con la prontitud de los cambios sociales, y uno de los principales factores que impulsa dicho progreso es la existencia de una comunidad de profesionales investigadores del derecho, la cual requiere de espacios editoriales que coadyuven a la difusión del saber jurídico por ellos generado gracias a su visión holística y actividad investigadora. De ahí que la calidad y el alcance de las revistas especializadas juegue un rol primordial en este cometido y se sitúen a la vanguardia del avance del conocimiento.

En tal sentido, la *Revista Oficial del Poder Judicial* está realizando decididos esfuerzos para cumplir con cada uno de los requisitos y parámetros de indexación como revista científica, e incrementar su competitividad y excelencia académica y así garantizar que sus contenidos obedezcan, rigurosamente, a las normas internacionales de calidad editorial para revistas de investigación científica. Entre estos pasos seguidos, se ha cumplido con designar en el Comité Editorial de la revista, que me honro en presidir, a reconocidos jueces y funcionarios de la Corte Suprema de Justicia de la República; asimismo, a los miembros de su Consejo Consultivo, integrado por distinguidas personalidades del mundo académico,

cuya solvencia ética y profesional avala, indiscutiblemente, la calidad de las ediciones de la revista.

Editada la revista con periodicidad semestral, los artículos son arbitrados de manera anónima por especialistas externos a la institución, quienes toman en cuenta, como criterios de evaluación, la originalidad, el aporte del trabajo, su actualidad y contribución al conocimiento jurídico. Para tal efecto, 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.

Para la presente edición del vol. 9, n.º 11, enero-junio, 2019, la *Revista Oficial del Poder Judicial*, en su sección dedicada a los artículos de derecho, recoge estudios relativos al control de convencionalidad por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la violencia basada en género, el debido proceso, la reforma judicial, entre otros temas de interés jurídico. De otro lado, reserva un apartado dedicado a los acuerdos o declaraciones a los que se arribó en los eventos y congresos que organiza el Poder Judicial a nivel nacional e internacional; y, finalmente, una sección de reseñas sobre las novedades editoriales en materia jurídica con el objetivo de comentar y evaluar los diferentes aspectos de las obras reseñadas como aportes a la cultura y el derecho.

Presentamos, entonces, un nuevo número de la *Revista Oficial del Poder Judicial*, cuyos aportes, en esta nueva etapa, responden a un inédito esfuerzo editorial de este poder del Estado por adecuar sus publicaciones a los estándares internacionales de edición impresa y electrónica para revistas científicas.

JOSÉ LUIS LECAROS CORNEJO
Presidente del Poder Judicial

Artículos de investigación



Revista Oficial del Poder Judicial

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

Vol. 9, n.º 11, enero-junio, 2019

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

Revista Oficial del Poder Judicial

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

Vol. 9, n.º 11, enero-junio, 2019, 19-51

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.v9i11.2>

Casación civil: génesis y recepción del recurso de casación en el derecho civil peruano¹

Civil cassation: genesis and receipt of motion
for cassation in the Peruvian civil law



FRANCISCO TÁVARA CÓRDOVA

Corte Suprema de Justicia de la República del Perú

(Lima, Perú)

Contacto: ftauara@pj.gob.pe

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

RESUMEN

El artículo analiza la evolución de la casación civil desde una perspectiva histórica, a partir de su inicial recepción y adecuación en nuestro ordenamiento jurídico hasta su actual configuración. Del mismo modo, analiza su problemática y posibilidades de reforma sistémica e integral que racionalice la actividad de

1 El presente artículo está basado en la ponencia del autor en la II Jornada de Derecho Procesal Civil ¿Casación o Recurso Extraordinario?, celebrada el 17 de mayo de 2017 en la ciudad de Lima.

los órganos casacionales de la Corte Suprema de Justicia de la República, reduzca la carga procesal y se asegure la igualdad de las partes en el proceso, con el fin de que se dé cabal cumplimiento a los fines de la casación y se garantice el principio de predictibilidad de las resoluciones judiciales en el ámbito de la justicia civil.

Palabras clave: casación, carga procesal, principio de igualdad procesal, predictibilidad.

ABSTRACT

The article analyzes the evolution of the civil cassation, from a historic perspective, from its initial receipt and adequation in our legal system to its current configuration, as well as its problematic and possibilities of systemic and integral reform that rationalizes the activity of the cassation organs of the Supreme Court of Justice of the Republic, reduce the case load and ensure the equality of the parties in the process, in order to ensure full compliance with the purposes of cassation and ensure the principle of predictability of court decisions in the field of civil justice.

Key words: cassation, case load, principle of procedural equality, predictability.

Recibido: 25/04/19 Aceptado: 25/05/19

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA CASACIÓN

Al igual que con otras instituciones jurídicas, es necesario conocer el contexto en el que se originó la casación civil, así como su posterior evolución y progresiva adaptación, sea para no distorsionar su naturaleza, contextualizarla en una nueva realidad o para no repetir los errores del pasado. Este ejercicio es muy ilustrativo si consideramos que el legislador peruano ha construido el derecho positivo peruano sobre la base de un continuo proceso de recepción

formal y sustantiva de diversas instituciones jurídicas y políticas. Tal es el caso de la casación civil. De allí que, en las siguientes líneas, realicemos un análisis retrospectivo de la casación respecto a su finalidad y alcances.

1.1. En el derecho romano

Parte de la doctrina encuentra el origen de la casación en el derecho romano, que contemplaba hasta siete recursos (Silva 2010: 14-17), que o bien se trataba de una impugnación nulificante o *infirmitas iudicati*, evitar el pago del doble de lo indebidamente reclamado o *revocatio in duplum*, una oposición de un magistrado a la ejecución de lo ordenado por otro magistrado o *intercessio tribunicia*, la invalidación de las sentencias por vicios de la voluntad o *in integrum restitutio*, el anular sentencias injustas que imponían graves condenas o *provocatio ad populum*, la impugnación de sentencias inicuas u *apellatio*, o la anulación de una sentencia que adolecía de algún defecto grave o *querella nullitatis*.

No obstante, cabe convenir que no existió esta vía impugnatoria tal como hoy es entendida en la Roma republicana, época en la que ya se distinguía el *ius litigatoris* (el interés individual del justiciable) y el *ius constitutionis* (aquel vicio de derecho que implica una inobservancia de la ley en su alcance general abstracto), es decir, que en esta última hipótesis había un peligro de carácter constitucional y político que excedía los límites de la controversia *inter partes* (Celis 2013: 47). De ahí que se considere que el recurso extraordinario de casación tiene su verdadero origen en el derecho francés y no en el derecho romano (Quiroga 1999: 715).

1.2. En el derecho germánico

El derecho germánico cobijaba dos medios impugnatorios (Silva 2010: 17-18) con los que o se desaprobaba una sentencia expedida en contra de la ley, exigiendo a su vez un resarcimiento pecuniario

por el agravio inferido², o permitía al señor feudal agraviado por una sentencia errónea desaprobar la misma y provocar al juez a un duelo ordálico para probar con las armas que la resolución dictada era falsa, malvada y desleal³.

1.3. En Francia

La doctrina procesal contemporánea concuerda en que la casación nace en Francia, siendo su antecedente el denominado *Conseil des parties* (1578), que luego de la Revolución francesa pasó a llamarse «Corte de casación» (1790), cuya función era anular las sentencias de los jueces que contravengan expresamente el texto de la ley o su solemnidad.

Tal prescripción se entiende bajo un contexto que presupone la supremacía del legislativo sobre el judicial. No obstante, en la clásica división de poderes nacida con el nuevo régimen, el juez no tenía la posibilidad de interpretar la ley, por lo que un tribunal de casación, predominantemente político, protegía la ley de los embates del poco confiable Poder Judicial a través de una función casatoria eminentemente negativa que no permitía emitir pronunciamiento de fondo, usando para ello el reenvío (Hurtado 2012: 25-32) para obtener de los jueces un nuevo pronunciamiento.

De manera que el Tribunal de casación no puede considerarse un producto puramente doctrinal: si exteriormente el mismo lleva, de una manera evidente, las huellas de aquellos postulados abstractos, en los cuales se inspiró toda la constitución revolucionaria, su núcleo central es un vestigio histórico procedente del *ancien régime* (Calamandrei 1945: 16).

2 La *Urteilsschelte*.

3 La *Faussation de Jugement*.

Sin embargo, la casación en Francia, a través de los decretos del 27 de noviembre y del 1 de diciembre de 1790 hasta la consagración definitiva de su poder de regulación positiva por la Ley del 1 de abril de 1837, evolucionó poco a poco hasta convertirse en el organismo que mantuvo la dirección suprema de toda la interpretación jurídica. A partir de ese momento fiscaliza: 1) la infracción expresa de la ley; 2) la falsa aplicación de esta y 3) la errónea interpretación que de ella se haga (Hitters 1998: 35-36).

La evolución de la casación francesa culminará con las leyes del 1 de abril de 1837 y del 7 de noviembre de 1979, que reformaron el mecanismo del reenvío; de este modo, el recurso de casación se transformará en un recurso de corte jurisdiccional cuyo objetivo principal será la tutela de los derechos de los litigantes y se constituirá en un elemento uniformador en la interpretación y aplicación del derecho por parte de los diferentes órganos jurisdiccionales; así entendida, la Corte de casación vino configurada como un órgano eminentemente político que nace con la finalidad de velar por la integridad de la ley y con la misión de anular las posibles interpretaciones erróneas, y contrarias a la ley, que pudiesen cometer los órganos jurisdiccionales (Delgado 2009: 349-350).

La casación francesa se encuentra regulada en *le nouveau code de procédure civile*, en sus artículos 604 a 639, bajo la denominación *pourvoir de cassation*, como recurso de carácter extraordinario que no tiene efectos suspensivos en la ejecución y que solo puede ser interpuesto por un número limitado de supuestos (Silva 2010: 3).

1.4. En Alemania

En Alemania surgió el denominado «Derecho libre» o «Escuela del Derecho libre», como crítica al legalismo a ultranza. En ella, se sostiene que el derecho es un fenómeno social y ha de exigirse

al juez fundamentar sus sentencias a la luz de los hechos sociales (Erlich). O que los jueces no solo crean jurisprudencialmente el derecho, sino que también son los arquitectos del bienestar social, moral, político y jurídico de una nación (Mendelssohn). También la atribución al intérprete, sobre el juez, de una función creatriz en la aplicación del derecho (Kantorowicz). O que el juez ha de tener en cuenta en su sentencia los intereses reales en pugna y los fenómenos sociales y económicos que integran el supuesto de las normas jurídicas, e inspirar sus fallos a la luz de la *equity* y la *aequitas* (Fuchs). Asimismo, que la tarea de la interpretación es siempre la de aprehender el sentido de la norma jurídica en conexión con la realidad viviente, con la experiencia y con la idea del fin en el derecho, que es un proceso vivo, por lo que el derecho positivo de una época nunca está concluido y sin lagunas (Binder). En suma, que el juez no es la boca que pronuncia las palabras de la ley sino el verdadero creador del derecho (English), y que el derecho jurisprudencial, por ser obra de jueces, tiene que ser obra de historiadores (Larenz). El movimiento del derecho libre surge ya claramente con Von Bülow, para quien la sentencia judicial no es solo la aplicación de una norma, sino una tarea jurídica creadora, toda vez que bajo el velo de una misma palabra se esconde una variedad de posibles interpretaciones (Silva 2010: 17-18).

La casación en Alemania tiene el nombre de *recurso de revisión* que, por existir un derecho federal aplicable a todo el territorio alemán, debe ser interpuesto ante el Tribunal Federal de Justicia, máximo órgano judicial del Estado. Tras la reforma del año 2001 el propósito del recurso en esta instancia ya no es, principalmente, obtener una decisión correcta para la causa particular, sino decidir las cuestiones jurídicas de relevancia fundamental con el propósito de desarrollar la doctrina jurisprudencial y asegurar su unidad (Gottwald 2008: 2).

1.5. En Italia

En Italia, Calamandrei sostuvo que el juez, lo mismo que el historiador, está llamado a indagar sobre los hechos del pasado y declarar la verdad sobre estos, es decir, una obra de construcción sobre datos preexistentes. Defendió que la finalidad del recurso era casi exclusivamente nomofiláctica, término que acuñó, en el sentido de que este recurso lo que busca es la determinación de la exacta observancia y significado exacto de las leyes (Sánchez 2002: 25). No obstante, como señala Niceto Alcalá-Zamora y Castillo en el prólogo de la edición en español de *La casación civil*, de Calamandrei, dicha obra: «se escribió cuando padecía Italia el régimen de las cinco Cortes de casación, de las que cuatro (Florencia, Nápoles, Palermo y Turín, o sea las llamadas regionales) fueron suprimidas en 1923, subsistiendo solo la de Roma, merced, en gran parte, a la prédica de Calamandrei» (Calamandrei 1945: 14). El rechazo a que en la casación se vean los hechos, la *quaestio facti*, llevó a plantear la nomofilaquia como principio de la casación. Pero dado el cuadro de litigiosidad donde se abusa de dicho recurso, se puede avizorar una crisis de la casación por el número excesivo de recursos que se revisan en la Corte.

El problema de la casación puede tener diversas causas, pero prevalece la excesiva carga de trabajo que pesa sobre la Corte, el excesivo número de recursos que produce la parálisis de la casación y distorsiones gravísimas en términos de retardos, bajo nivel cualitativo de las resoluciones, contradicción en los pronunciamientos; aunque la estabilidad y la uniformidad de la jurisprudencia de casación no son valores absolutos y más bien resulta indispensable un alto grado de elasticidad interpretativa para asegurar la concreta adaptación del derecho a las necesidades y a los valores de una sociedad en rápida transformación; pero pese a estas objeciones es posible considerar «en positivo» la uniformidad de la jurisprudencia que la casación debería tendencialmente garantizar, dado que dicha

uniformidad jurisprudencial puede aparecer estrechamente conexas a valores de fondo de los ordenamientos actuales, como la igualdad de los ciudadanos frente a la ley, la certeza del derecho, entendidos —precisamente— no de manera abstracta y formal, sino como objetivos que se deben realizar en la administración concreta de la justicia (Taruffo 2005: 20).

En efecto, la doctrina italiana ha dirigido sus esfuerzos hacia la redefinición del concepto de nomofilaquia, que habría de entenderse de modo diferente y más complejo, como procedimiento que permitiría llegar a la unidad a partir de la diversidad. En la nomofilaxis encuentra el modo de expresarse el pluralismo ideológico, puesto que la certeza del derecho resulta así redefinida en el sentido de que ella se presenta no como un valor absoluto y abstracto, sino como un «valor tendencial, correlativo al debate que ha precedido a la decisión». De este modo, la nomofilaxis no se apoyaría en los postulados de las teorías formalistas de la interpretación y en la «autoridad jerárquica» del tribunal de casación, sino en la «autoridad de las buenas razones» que el más alto tribunal ha de exteriorizar a la hora de aceptar o rechazar nuevos puntos de vista jurídicos adoptados por los órganos judiciales inferiores (González-Cuéllar 1993: 56-57).

La nomofilaxis se presenta así enlazada con la idoneidad de la casación como instrumento al servicio de la evolución de una jurisprudencia que pueda considerarse «coherente y responsable», que permita someter las decisiones innovadoras de los tribunales inferiores ante el tribunal de casación, con el fin de que dicho órgano enjuicie su legalidad y haga públicos los motivos de su rechazo o admisión, de forma que la sentencia pueda servir como precedente para la resolución de otros asuntos posteriores. La nueva perspectiva de la función nomofiláctica conduce a la cuestión de la aptitud del recurso para lograr la uniformidad de la jurisprudencia (González-Cuéllar 1993: 57).

1.6. En Iberoamérica

1.6.1. España

En España, surge el recurso de injusticia notoria (cuyo antecedente era la *querella nullitatis* ya citada), un medio impugnatorio más de revisión que de casación. Posteriormente, la Constitución de Cádiz de 1812 introduce el recurso de nulidad en el art. 261, inciso noveno, y es en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 donde aparece el recurso de casación. Posteriormente, en 1870 se dicta la Ley Provisional de Reforma de la Casación Civil, a la que siguió la Ley de Casación Civil de 1878 y luego la Ley de Enjuiciamiento Civil de febrero de 1881, con sus sucesivas reformas.

En tal sentido, destaca la reforma hecha por la Ley 34/1984, que dio una nueva redacción a todos los artículos que regulaban el recurso de casación, y las novedades introducidas por la Ley 10/1992 de abril de 1992, especialmente la potenciación de la fase de admisión con nuevas causas, la supresión del motivo cuarto de la redacción precedente del art. 1.692, circunscrito al error de hecho, y la incorporación de la regulación del recurso de casación ante los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas. Todas las reformas dieron a la casación española características propias que la diferencian del modelo francés. Las notas que la diferencian son las siguientes:

1. La facultad del juzgador de casación (Primera Sala del Tribunal Supremo y la Sala Civil del Tribunal Superior de las Comunidades Autónomas) de resolver sobre el fondo del asunto en caso de estimarse el recurso de casación (de esa manera se evita el reenvío).
2. Hasta antes de la reforma de 1992, la posibilidad de revisar la apreciación de los estrictos errores de hecho; y
3. Por la calidad dada a los órganos de casación de «tribunales jurisdiccionales» (Morales 1999: 105-108).

Entonces, la principal nota característica de la casación española es que nace como un recurso jurisdiccional que destaca tanto por ser un mecanismo defensor del *ius constitutionis* (función nomofiláctica, de protección y salvaguarda de la norma; y función uniformadora de la jurisprudencia en la interpretación y aplicación del derecho objetivo) como del *ius litigatoris*, es decir, al derecho de los litigantes, pues la unificación de la jurisprudencia es solo un bien en tanto que posibilita a los ciudadanos conocer de antemano, con cierta seguridad, la regla de juicio que les será aplicada en una eventual controversia, por lo que es importante que el órgano jurisdiccional garantice la uniformidad de la jurisprudencia. Sin embargo, el clásico recurso de casación español utiliza esta premisa como medio a través del cual alcanzar la protección del ordenamiento jurídico; el órgano de casación conseguirá una mejor protección del ordenamiento jurídico cuantos más sean los casos concretos que resuelva, conjurando las interpretaciones discrepantes con dicho ordenamiento jurídico (Delgado 2009: 350-351).

El art. 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil señala los motivos del recurso de casación civil ante el Tribunal Supremo y las resoluciones que son recurribles:

Artículo 477. Motivo del recurso de casación y resoluciones recurribles en casación

1. El recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso.
2. Serán recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, en los siguientes casos:
 - 1.º Cuando se dictaran para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución.
 - 2.º Siempre que la cuantía del proceso excediere de 600.000 euros.

3.º Cuando la cuantía del proceso no excediere de 600.000 euros o este se haya tramitado por razón de la materia, siempre que, en ambos casos, la resolución del recurso presente interés casacional⁴.

1.6.2. Colombia

El recurso de casación civil en Colombia data de hace más de un siglo y actualmente está contemplado en el capítulo IV del Código General del Proceso, aprobado por Ley 1564 del 2012. De acuerdo con su art. 30, sobre Competencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Suprema de Justicia conoce en Sala de Casación Civil: «1. De los recursos de casación».

Y en el art. 333 señala los fines del recurso de casación:

El recurso extraordinario de casación tiene como fin defender la unidad e integridad del ordenamiento jurídico, lograr la eficacia de los instrumentos internacionales suscritos por Colombia en el derecho interno, proteger los derechos constitucionales, controlar la legalidad de los fallos, unificar la jurisprudencia nacional y reparar los agravios irrogados a las partes con ocasión de la providencia recurrida.

La labor principal del Tribunal Supremo es la defensa del orden jurídico. De no existir una jurisprudencia uniforme y coherente, elaborada por el máximo tribunal de justicia, el resultado final sería anárquico, pues existirían tantas soluciones como casos particulares se presentan en la sociedad (Corte Suprema de Justicia. Consejo Superior de la Judicatura 2007: XVII).

4 Número 2 del artículo 477 redactado por el apartado diecisiete del artículo cuarto de la Ley 37/2011, del 10 de octubre, de medidas de agilización procesal («BOE» 11 octubre). Vigencia: 31 octubre 2011.

1.6.3. Chile

La casación civil en Chile, ya en marzo del 2003 cumplió un siglo con el centenario del Código de Procedimiento Civil, el cual siguió el modelo de casación española, que ya a mediados del siglo XIX se había apartado en importantes materias del modelo francés.

No obstante, se ha sustentado que en el siglo XXI no cabe mantener un recurso de casación civil tal como fue delineado por el legislador y operó en el pasado, por muchas razones que van desde la ambigüedad terminológica y regulatoria del recurso; la incompatibilidad del recurso con la estructura que deben tener los tribunales de justicia; la incompatibilidad del recurso con la concepción acerca del modo de impartir justicia; insuficiencia del recurso dentro de un sistema de justicia supranacional; incompatibilidad práctica de la estructura del recurso con la competencia que debe asumir una Corte Suprema; ambigüedad en la opción de privilegiar el *ius constitutionis* o el *ius litigatoris*; deficiente sistema de selectividad de los recursos que deben ser conocidos por la Corte Suprema; imposibilidad de concebir la casación como tercera instancia; ambigüedad en cuanto a las consecuencias que conlleva la falta de uniformidad por parte de los jueces y la fuerza vinculante de la jurisprudencia; la casación conduce a la consagración del mito de la posibilidad de separar las cuestiones de hecho y de derecho; o, la insuficiencia del recurso de casación para controlar las deficiencias en que se incurre en el sistema de apreciación de la prueba de la sana crítica (Maturana 2010: 317).

La ambigüedad regulatoria se ha hecho más evidente con motivo de las reformas introducidas recientemente a la legislación procesal chilena, que establecieron un nuevo sistema procesal penal, de familia y laboral; donde se constata la falta de uniformidad en cuanto a los sistemas de impugnación de las sentencias judiciales, que

tienen por objeto subsanar el vicio de la denominada infracción de ley que influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo (Maturana 2010: 320).

El recurso de casación civil en Chile está regulado en el título XIX «Del Recurso de casación», del libro III, artículos 764 y ss.:

Art. 764. El recurso de casación se concede para invalidar una sentencia en los casos expresamente señalados por la ley.

Art. 765. El recurso de casación es de dos especies: de casación en el fondo y de casación de la forma.

Es de casación en el fondo en el caso del artículo 767.

Es de casación en la forma en los casos del artículo 768.

1.6.4. Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica

La dación del Código Modelo Procesal Civil para Iberoamérica, aprobado en las XI Jornadas Iberoamericanas celebradas en Río de Janeiro en 1988, suscitó la discusión sobre la posibilidad de establecer un solo recurso de ilegalidad más general y limitado que sustituyera la casación, pero se incorporó la casación regulándola según las nuevas tendencias doctrinarias y jurisprudenciales, en la sección VI: «Del Recurso de casación» y siguientes. El art. 240 contempla las causales de casación:

El recurso solo podrá fundarse en la existencia de una infracción o errónea aplicación de la norma de derecho, sea en el fondo o en la forma. Se entenderá por tal, inclusive, la infracción a las reglas legales de admisibilidad o de valoración de la prueba.

No se tendrán en cuenta los errores de derecho que no determinaren la parte dispositiva de la sentencia.

En cuanto a las normas de procedimiento, solo constituirá causal, la infracción o errónea aplicación de aquellas que sean esenciales para la garantía del debido proceso y siempre que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS (CRONOLÓGICAMENTE) DE LA CASACIÓN CIVIL EN EL PERÚ

2.1. Código de Enjuiciamientos en Materia Civil de 1852

Los antecedentes del recurso de casación en el Perú se remontan a su inicial inclusión en la Ley de Enjuiciamientos Civiles de 1852, donde se le legisló sobre la base del «Recurso de nulidad» español que se adoptara del Real Decreto del 4 noviembre de 1838, al haberse traducido literalmente el término francés *Casser* por su acepción española de «anular», y el *Recours de Cassation* por su versión española literal de «Recurso de anulación» o «Recurso de nulidad», como finalmente lo denominó la Ley de Enjuiciamiento Civil de España del siglo pasado, impronta de nuestro Código de Enjuiciamientos Civiles de 1852 (Quiroga 1999: 719).

Sin embargo, la introducción del recurso de casación en el ordenamiento peruano fue tardía y fuera de cualquier contexto revolucionario, se vetó que este se pudiera fundar en un error de hecho (que es un error *in iudicando*), pues los legisladores de aquel entonces consideraron que ello no conducía ni a la nomofilaquia ni a la unificación de la jurisprudencia (Ariano 2003: 255).

El art. 1647 del Código de Enjuiciamiento en Materia Civil de 1852 prescribía que: «Es injusta la sentencia pronunciada contra el derecho probado de la parte, o contra ley expresa». Pero la nulidad, en sí, de las sentencias, estaba prevista en el art. 1649, que enumeraba las causales, y en tal caso:

1651. Si el tribunal considera nula la sentencia, lo declarará así; y repondrá la causa al estado que tenía cuando se pronunció, sin resolver la cuestión principal.

1653. Si la sala de súplica reformare el auto de vista en que se declaró la nulidad, resolverá al mismo tiempo sobre lo principal.

2.2. Código de Procedimientos Civiles de 1912

El art. 1133 del Código de Procedimientos Civiles, aprobado por la Ley n.º 1510 de diciembre de 1911, modificada por la Ley n.º 24670, estableció:

Cuando la Corte Suprema declare haber nulidad, fallará al mismo tiempo sobre lo principal; pero si la nulidad proviene de algunos de los vicios que anulan el juicio por constituir violación de alguna de las garantías de la administración de justicia y siempre que haya sido alegada en instancia inferior por la parte afectada, se limitará a reponer la causa al estado que corresponda.

En la redacción del precitado artículo se evidencia que el recurso de nulidad del Código de Enjuiciamientos en Materia Civil de 1852 se sobrepuso al recurso de casación, y esto se explica en que a inicios del siglo XX los miembros del Comité de Reforma Procesal elaboraron el proyecto, que luego se convertiría en el Código de Procedimientos Civiles, descartando la casación. En la exposición de motivos se señala que: «los tribunales de rigurosa casación se limitan a examinar si en la resolución recurrida hay infracción de la ley; no tienen la facultad de apreciar las pruebas producidas para acreditar los hechos, y esta sola consideración es bastante para justificar que el proyecto no introduzca ninguna variación en el régimen actual» (Ariano 2003: 255).

2.3. Constitución Política del Perú de 1979

Según el art. 241 de la Carta del 79: «Corresponde a la Corte Suprema fallar en última instancia o en casación los asuntos que la ley señala».

2.4. Ley n.º 23385, Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales

De acuerdo con el art. 42.º de la Ley n.º 23385, del 19 de mayo de 1982:

Agotada la vía judicial y mediante recurso extraordinario interpuesto por la parte o el Ministerio Público, el Tribunal conocerá en casación de las resoluciones denegatorias de las acciones de *habeas corpus* y de amparo.

El plazo para interponer el recurso es de 15 días, a partir de notificada la resolución denegatoria de la Corte Suprema.

Interpuesto el recurso, el Presidente de la respectiva Sala de la Corte Suprema envía los autos al Tribunal dentro del plazo máximo de 5 días, bajo responsabilidad.

Y en el art. 43.º del mismo cuerpo legal, se señala que la casación tiene por objeto observar:

1. Que las resoluciones no hayan violado la ley;
2. Que en las resoluciones no se haya aplicado falsa o erróneamente la ley; y
3. Que se hayan cumplido las formas prescritas por la ley para tramitar el procedimiento o para expedir el fallo.

2.5. Ley n.º 23436

Por el art. 1.º y ss. de la Ley n.º 23436, del 8 de junio de 1982:

En todos los juicios que se tramiten ante los Fueros Privativos, con excepción del Fuero Privativo de Trabajo, en los que intervenga el Estado, procederá la casación contra la resolución que ponga fin al procedimiento, a pedido de cualquiera de las partes, de conformidad con el artículo 241.º de la Constitución Política del Estado.

2.6. Decreto Legislativo n.º 767, Ley Orgánica del Poder Judicial

La Ley Orgánica del Poder Judicial, promulgada por el Decreto Legislativo n.º 767, del 4 de diciembre de 1991, en el art. 32 dispone: «La Corte Suprema conoce de los procesos en vía de casación con arreglo a lo establecido en la ley procesal respectiva».

Y en el art. 33 establece que las Salas Civiles conocen: «1. De los recursos de apelación y de casación de su competencia». A su vez, en el art. 34 señala que las Salas Penales conocen: «2. De los recursos de casación conforme a ley».

Finalmente, el citado cuerpo orgánico precisa en el art. 35 que la Sala de Derecho Constitucional y Social conoce:

- 4. De los recursos de casación en materia de Derecho Laboral y Agrario cuando la ley expresamente lo señala;
[...]
- 6. Del recurso de casación en las acciones de expropiación conforme a ley [...]

2.7. Decreto Supremo n.º 017-93-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial

El Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por el Decreto Supremo n.º 017-93-JUS, establece en el art. 32, primer párrafo, sin cambios, que: «La Corte Suprema conoce de los procesos en vía de casación con arreglo a lo establecido en la ley procesal respectiva». Y en un segundo párrafo, agregado por el art. 2 de la Ley n.º 27155, publicada el 11 de julio de 1999, indica que:

Conoce igualmente en vía de casación, las sentencias expedidas por las Salas de Familia en cualquier materia de su competencia e independientemente de la Ley que norme el proceso respectivo. En cualquier caso, el recurso debe reunir los requisitos de forma y fondo establecidos por el Código Procesal Civil.

Y mantiene igualmente la redacción de los artículos 33, 34 y 35 sobre la competencia especializada de las Salas Supremas en materia de casación civil, penal, laboral y agraria, y en las acciones de expropiación, respectivamente.

2.8. Constitución Política del Perú de 1993

La Carta Política vigente ha consagrado la casación en el art. 141:

Corresponde a la Corte Suprema fallar en casación, o en última instancia, cuando la acción se inicia en una Corte Superior o ante la propia Corte Suprema conforme a ley. Asimismo, conoce en casación las resoluciones del Fuero Militar, con las limitaciones que establece el artículo 173.

Se ha observado sobre este dispositivo constitucional que, si bien el primer párrafo pretende fijar los ámbitos de actuación de la Corte Suprema, sin embargo, al intentar hacerlo, la norma le incorpora tal cantidad de funciones que la convierte en el órgano jurisdiccional más recargado de todos. La norma dice que la Corte Suprema actúa en casación o en última instancia, es decir, que actúa como órgano encargado de establecer las líneas jurisprudenciales del ordenamiento jurídico y, además, de cuidar el empleo de la norma objetiva (función uniformadora y función nomofiláctica, respectivamente), que eso y no otra cosa es la función casatoria; pero inmediatamente después le impone otra función, la de ser órgano de grado, de último grado, aun cuando para eso usa un concepto equívoco: «última instancia», que se dará también en aquellos casos en los que otra Sala Suprema haya sido órgano de primer grado. Se concluye que la norma dispone que las funciones de la Corte Suprema pueden ser: a) actuar como órgano de primer grado; b) de segundo grado y c) como corte de casación. ¿Qué no es la Corte Suprema? Agrega Juan Monroy Gálvez a su comentario de dicho artículo que:

Resulta poco menos que insólito advertir cómo una deficiencia normativa coloca al órgano supremo de la jurisdicción nacional como un órgano emergente que cubre todos los ámbitos de la función jurisdiccional. Si cotejamos esto con lo que ocurre en otros sistemas, como el del Common Law, advertiremos el desperdicio en que se ha convertido la Corte Suprema por culpa de una norma constitucional malhadada (Gutiérrez 2005).

2.9. Resolución Ministerial n.º 10-93-JUS, Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, Decreto Legislativo n.º 768 (4 de marzo de 1992) y su modificatoria Ley n.º 29364

El art. 384 del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, modificado por el art. 1 de la Ley n.º 29364, del 28 de mayo de 2009, establece con claridad los fines de la casación: «El recurso de casación tiene por fines la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia».

Asimismo, en el art. 386 señala las causales: «El recurso de casación se sustenta en la infracción normativa que incida directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada o en el apartamiento inmotivado del precedente judicial».

Finalmente, el art. 400 del Código Procesal Civil regula expresamente el precedente jurisprudencial.

Artículo 400.- Precedente judicial

La Sala Suprema Civil puede convocar al pleno de los magistrados supremos civiles a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente judicial.

La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente.

Los abogados podrán informar oralmente en la vista de la causa, ante el pleno casatorio.

El texto íntegro de todas las sentencias casatorias y las resoluciones que declaran improcedente el recurso se publica obligatoriamente en el Diario Oficial, aunque no establezcan precedente. La publicación se hace dentro de los sesenta días de expedidas, bajo responsabilidad.

La casación, en nuestro ordenamiento procesal civil, constituye un recurso impugnatorio que se propone frente a resoluciones contra las cuales no es posible plantear un recurso ordinario. Es un recurso que tiene que ver con cuestiones de derecho y no de hecho, que responde al propósito de mantener la correcta observancia de la ley y cumple su cometido al revisar el juicio de derecho que contiene la resolución impugnada (Carrión 1994: 240). El sistema casatorio implantado por nuestro ordenamiento jurídico es netamente jurisdiccional. El medio impugnatorio se estableció rigurosamente sujeto al control de la legalidad de las resoluciones, es decir, con el propósito de vigilar la correcta aplicación de la norma de derecho material y de la doctrina jurisprudencial (con lo que el control no se restringe solo a la ley) y de la norma de derecho procesal (Carrión 2003: 29-30).

2.10. Ley n.º 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional

En la quinta y sexta Disposición Transitoria de la Ley n.º 26435, de fecha 6 de enero de 1995, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, se señala:

QUINTA.- Resolución de los casos pendientes sobre amparo y hábeas corpus. El Tribunal Constitucional conoce, como instancia de fallo, las resoluciones denegatorias de las acciones de Hábeas Corpus y Amparo que hubieran sido elevadas al Tribunal de Garantías Constitucionales en vía de casación y que se encuentren pendientes de resolución.

SEXTA.- Ejecución de sentencias estimatorias de amparo pendientes de resolución. Las resoluciones favorables a la parte demandante recaídas en los procesos de amparo en que el Estado

es parte, y que estuviesen pendientes de casación por el Tribunal de Garantías Constitucionales, se consideran firmes y ejecutables. Para tal efecto se remiten a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, para que disponga su ejecución con arreglo a ley.

3. LA FUNCIÓN UNIFORMADORA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA A TRAVÉS DE LOS PLENOS CASATORIOS SUPREMOS

Pero no cabe duda de que la misión esencial de la casación radica en lograr la uniformidad jurisprudencial, si bien frecuentemente se afirma que el citado recurso tiene como finalidad la defensa del *ius litigatoris*. Y es cierto que más que a la protección del *ius constitutionis* la casación debe orientarse hacia la tutela de los derechos de los ciudadanos. Ahora bien, ¿qué derechos? No es difícil dar respuesta al interrogante planteado cuando se constata la aptitud de la casación para salvaguardar los derechos de las personas a la igualdad y a la seguridad jurídica, los cuales expresan valores superiores del ordenamiento jurídico, de rango constitucional. En este sentido, la función uniformadora de la jurisprudencia es consecuencia de la protección del *ius litigatoris* (González-Cuéllar 1993: 57).

En el caso peruano, con la realización de los plenos jurisdiccionales supremos desde el año 2007, la Corte Suprema de Justicia de la República ha celebrado, solo en materia civil y procesal civil, nueve plenos casatorios y uno décimo actualmente en sustanciación, y ha ofrecido soluciones puntuales para los problemas hermenéuticos que afectan el eficaz ejercicio de la labor jurisdiccional. Gracias a la labor uniformadora de las Salas Supremas Civiles, se cuenta con pautas cualificadas de interpretación jurisprudencial que fortalecen la predictibilidad de las decisiones jurisdiccionales en el ámbito de la justicia civil. Dicha labor predictiva se realiza al amparo de los preceptos constitucionales, adjetivos y orgánicos

anteriormente glosados que, como se podrá advertir, han sufrido sucesivos cambios en el permanente deseo de afinar la regulación de la función casatoria.

Sin embargo, la complejidad teórica y práctica de la casación hace que deba ser analizada constantemente en su problemática. Concretamente, en el plano jurisprudencial se evidencia el impacto de la casación civil en el Perú a la luz del art. 400 del Código Procesal Civil, bajo cuya regulación primigenia⁵ se celebraron dos Plenos Casatorios Civiles, el primero sobre transacción extrajudicial e *indemnización* y el segundo sobre *prescripción adquisitiva de dominio*; pero con la nueva redacción del art. 400⁶ se han celebrado

5 **Doctrina jurisprudencial.-**

Artículo 400.- Cuando una de las Salas lo solicite, en atención a la naturaleza de la decisión a tomar en un caso concreto, se reunirán los vocales en Sala Plena para discutirlo y resolverlo.

La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al Pleno constituye doctrina jurisprudencial y vincula a los órganos jurisdiccionales del Estado, hasta que sea modificada por otro pleno casatorio.

Si los abogados hubieran informado oralmente a la vista de la causa, serán citados para el pleno casatorio.

El pleno casatorio será obligatorio cuando se conozca que otra Sala está interpretando o aplicando una norma en un sentido determinado.

El texto íntegro de todas las sentencias casatorias y las resoluciones que declaran improcedente el recurso, se publica obligatoriamente en el diario oficial, aunque no establezcan doctrina jurisprudencial. La publicación se hace dentro de los sesenta días de expedidas, bajo responsabilidad.

6 Texto según modificatoria introducida por el artículo 1 de la Ley n.º 29364, publicada el 28 mayo 2009:

Artículo 400.- Precedente judicial

La Sala Suprema Civil puede convocar al pleno de los magistrados supremos civiles a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente judicial.

La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente.

Los abogados podrán informar oralmente en la vista de la causa, ante el pleno casatorio.

El texto íntegro de todas las sentencias casatorias y las resoluciones que declaran improcedente el recurso se publican obligatoriamente en el Diario Oficial,

ya ocho plenos, el tercero sobre *divorcio por causal de separación de hecho*, el cuarto sobre *desalojo por ocupante precario*, el quinto sobre *nulidad de acto jurídico* (alcances del artículo 92 del Código Civil), el sexto sobre *ejecución de garantías*, el séptimo sobre *tercería de propiedad*, el octavo sobre *venta de bien social por un solo cónyuge*, el noveno sobre *otorgamiento de escritura pública* y uno décimo, en trámite, sobre *prueba de oficio y valoración de la prueba*.

En suma, dadas las bondades y ventajas de los Plenos Casatorios, hay estudiosos que refieren como elementos positivos los siguientes: «dar celeridad a los procesos, reducir los niveles de corrupción, aumentar la celeridad y confianza en el sistema judicial y procurar un trato igualitario para los ciudadanos» (Celis 2013: 122).

4. PROYECTOS DE REFORMA DEL RECURSO DE CASACIÓN EN EL PERÚ

Aquí una sucinta relación de las iniciativas legislativas dirigidas a modificar la regulación del recurso de casación civil:

- *Proyecto de Ley n.º 4260/2014-CR – Modifica artículo 392-A del Código Procesal Civil*. Propone modificar el artículo 392-A del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial 010-93-JUS, referente a casación excepcional.
- *Proyecto de Ley 3732/2014-PJ, de Ley General de Casación Civil y Contencioso Administrativa*. Propone Ley de Casación Civil y Contencioso Administrativa. Cuenta con dictamen favorable sustitutorio de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República, en mayoría (archivado).
- *Proyecto de Ley n.º 1873/2012-CR – Modificación artículos 384.º al 400.º del CPC*. Propone la modificación del capítulo IV, del

aunque no establezcan precedente. La publicación se hace dentro de los sesenta días de expedidas, bajo responsabilidad.

artículo 384 al 400 del Decreto Legislativo 768, TUO del Código Procesal Civil, sobre el recurso de casación. Pretende propiciar un importante cambio en la administración de justicia civil, comercial, contencioso administrativa, familia, laboral y seguridad social en el Perú.

- *Proyecto de Ley 4476/2010-PE*. Propone modificar los artículos 387.º, 388.º, 391.º, 393.º a 397.º, 400.º y 401.º del Código Procesal Civil, modifica la tramitación del recurso de casación.
- *Proyecto de Ley 749/2006-PE*. Propone la modificación del Código Procesal Civil respecto del recurso de casación (Monroy 2013: 17).

5. BREVES COMENTARIOS AL PROYECTO DE LEY 3732/2014-PJ, DE LEY GENERAL DE CASACIÓN CIVIL Y CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

La Corte Suprema de Justicia de la República ha presentado, con fecha 20 de agosto de 2014, el Proyecto de Ley 3732/2014-PJ, de Ley General de Casación Civil y Contencioso Administrativa, que ha merecido Dictamen Favorable Sustitutorio Justicia y Derechos Humanos en mayoría, del 12 de diciembre de 2014, según el cual el proyecto de ley tiene como objetivo que la Corte Suprema cumpla, a nivel jurisdiccional, su rol esencial en la unificación del contenido de la jurisprudencia, para lo cual le brinda a este órgano máximo, como base de tal unidad, un nuevo y novedoso modelo legal procesal para la tramitación del recurso de casación solo en cuanto a las materias civil y contencioso administrativa.

En primer lugar, se deja de usar la palabra «fines» y se reemplaza por «funciones», con lo cual queda sentado que no se trata de fijar una norma programática de futura realización, sino de determinar el contenido actual de la actividad jurisdiccional casatoria. Asimismo, se elimina la referencia al «caso concreto» que contiene el actual artículo 384 del Código Procesal Civil cuando se refiere a la adecuada aplicación del derecho objetivo, de manera que el interés particular de las partes quede claramente apartado de

las funciones del recurso. Son temas discutibles; pero así está el proyecto.

Sobre las causales se indica que el citado proyecto mantiene como causal la infracción normativa que incida directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada, considerando que dicha incidencia implica que los argumentos del recurso de casación deben referirse a la *ratio decidendi* o motivos principales de la resolución impugnada. Se añade que la segunda causal de casación es el apartamiento de los precedentes vinculantes de la Corte Suprema. Precisa que esta causal tiene que ver con el carácter vinculante de las decisiones de la Corte Suprema y la necesidad de conferirle predictibilidad a sus fallos jurisdiccionales. Si los fallos de la Corte Suprema sientan precedentes con carácter vinculante, el apartamiento de dichos precedentes no puede quedar exento de ser incluido como causal del recurso de casación, y de someterse a un análisis sobre el ámbito de aplicación y la extensión que se debe dar al precedente. Los precedentes, por formar parte de nuestro ordenamiento jurídico son de obligatorio cumplimiento en lo que corresponda, y es por ello que el órgano llamado a vigilar que ello sea así es el Poder Judicial. Se retira la palabra «inmotivado», pues será la Corte Suprema la que evaluará si existieron circunstancias especiales que permitieron a la Sala Superior apartarse del precedente y en consecuencia permitir a la propia Corte Suprema la oportunidad de variar su propio precedente, en concordancia con los artículos 16 y 17 del presente proyecto que regulan el procedimiento para la formación de precedentes vinculantes del Poder Judicial.

Respecto a los requisitos de admisibilidad del recurso de casación, se expresa que se pretende hallar concordancia con la modificación del artículo 128 de Código Procesal Civil, incluida en las Disposiciones Modificadorias del proyecto con el siguiente texto:

Art. 128.- Admisibilidad y procedencia.- El Juez declara la inadmisibilidad de un acto procesal cuando adolece de un defecto subsanable. Declara su improcedencia si el defecto es insubsanable.

6. ALGUNOS APORTES SOBRE LA CASACIÓN EN ARAS DE LA CELERIDAD Y LA JUSTICIA

6.1. Juan Monroy Gálvez

Lo hasta aquí desarrollado va dejando entrever que, desde la perspectiva de una reforma legislativa, la metodología idónea debería consistir en identificar, en primer lugar, el fin que se pretende privilegiar en la actuación de una corte suprema. Este fin o interés —público o privado— va a determinar, también, la función que debe ser privilegiada. Establecidas estas líneas vectoriales, deben regularse, entre otros aspectos complementarios, los requisitos de admisibilidad y procedencia del recurso, las regulaciones sobre la actuación del recurrente, las causales o motivos, la incorporación o no del recurso en interés de la ley, la admisión de *amici curiae*, los alcances de la decisión de la corte, entre otros aspectos técnicos⁷.

6.2. Sergio Casassa Casanova

Casassa sopesando la idea de que la fuerza persuasiva del antecedente es opuestamente proporcional al número de las resoluciones emitidas por un tribunal supremo, y que sería más eficaz si proviene de un tribunal supremo que decide pocos casos, afirma que

no hay duda alguna que existe una estrecha relación y, por no decirlo menos repercusión, entre a más permisivo sea el código en reducir los filtros a este recurso, los mismos seguirán proliferándose y consecuentemente la pendencia de los procesos seguirá en alza,

7 La presente cita corresponde a un libro inédito del Dr. Juan Monroy Gálvez (*El rol de la Corte Suprema de Justicia*).

pero no solo eso, los fallos de la Corte serán menos predictibles y no podrá cumplir con la función que el recurso de casación pretende (2015: 10-11).

No obstante, desliza algunas propuestas:

- i) El recurso de casación proceda contra resoluciones (sean sentencias o autos) que pongan fin al proceso expedidas en procesos de conocimiento. En los procesos abreviados, sumarísimos y de ejecución (solo en el caso que se expida un auto que declare fundada la contradicción u oposición), que se hubiesen iniciado ante jueces de primera instancia solo si existe discrepancia entre la resolución expedida por el juez civil con la del juez superior.
- ii) La interposición del recurso de casación no suspende la ejecución de las sentencias de condena, salvo que se preste caución dineraria por el monto de la ejecución. En casos de sentencias sin contenido patrimonial (sea declarativa, constitutiva o de condena), el juez fijará el importe de la caución dineraria.
- iii) La Corte Superior deberá realizar el análisis de admisibilidad del recurso de casación, pudiendo la Corte Suprema revisar vía queja el control de la inadmisibilidad del recurso (2015: 11).

6.3. Causales de inadmisibilidad, plazo y arancel judicial

Se propone que las causales de inadmisibilidad, plazo para interponer el recurso, arancel o tasa judicial, quejas por denegación del recurso de casación, sean calificadas por el juez natural (Sala Superior). En tal sentido, se puede retornar a la configuración anterior para que el recurso de casación sea interpuesto en la Sala Superior de origen.

6.4. Redefinir la competencia de la Corte Suprema de Justicia de la República

Se debe reducir el flujo de procesos a la Corte Suprema, a efectos de disminuir la elevada carga procesal. Como alternativa podría

seguirse el ejemplo de España, donde se estableció en el inciso 2 del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que las resoluciones son recurribles siempre que la cuantía del proceso excediere de 600 000 euros. Precisamente, el Proyecto de Ley 3732/2014-PJ incorporaba en el inciso tercero del artículo 4 la regulación de la denominada *summa gravaminis* o cuantía:

La cuantía de las pretensiones del proceso y en su caso del acto impugnado deben ser superiores a 150 Unidades de Referencia Procesal.

Cuando las pretensiones no sean cuantificables, procederá el recurso de casación siempre que se cumplan con los demás requisitos.

Asimismo, la Corte Suprema debe dejar de conocer en apelación procesos por cobranza coactiva (Sala de Derecho Constitucional y Social).

6.5. El Poder Judicial peruano y los nuevos intentos de reforma de la casación civil en el Perú

El Poder Judicial peruano, a través de la Comisión para la Reformulación de las Prácticas y Competencias Casatorias, designada por Acuerdo n.º 32-2018 de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia y Resolución de Presidencia del Poder Judicial del 2 de agosto de 2018, se avocó a la elaboración de un proyecto de ley dirigido a modificar, entre otras normas, diversos artículos del Código Procesal Civil relativos al recurso de casación, a fin de aligerar la carga procesal de los órganos casacionales y fortalecer la predictibilidad de los fallos judiciales, esto es, un rediseño de la casación civil que vaya de la mano con una reforma más sistémica e integral. En efecto, creemos que para asegurar una mayor predictibilidad es fundamental fortalecer el peso cualitativo de los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia y existe consenso

en que la reforma ha de empezar por limitar los casos que lleguen a la Corte Suprema, como condición necesaria para que la Corte pueda cumplir con la función esencial de fijar jurisprudencia, máxime si con ello lo que se quiere es establecer el marco y los procedimientos que permitan que los precedentes, que deben fijarse desde ese alto Tribunal, sean efectivamente vinculantes. Por ello resulta indispensable racionalizar la actividad de la Corte Suprema para que esta logre afianzarse como un órgano de debate y resolución, bajo parámetros jurídicos, de los problemas sociales y políticos más trascendentes en el Perú (Távora 2017: 2).

Estos nuevos intentos no son sino la consolidación y desarrollo de las propuestas ya antes señaladas por comisiones de reforma, proyectos de ley y estudios previos tendientes a modificar el recurso de casación, que en síntesis son las siguientes:

- Calificación de la admisibilidad del recurso de casación por las Cortes Superiores de Justicia. Modificación del artículo 387.º del Código Procesal Civil, por el que los jueces superiores deben elevar todos los recursos pese a que, en muchos casos, se verifica una manifiesta improcedencia, por afectar la celeridad procesal y el derecho de los justiciables a un pronunciamiento jurisdiccional dentro de un plazo razonable.
- Criterio mínimo de cuantía de la pretensión para la procedencia del recurso de casación. Filtro que disminuya la cantidad de recursos interpuestos. Es de considerarse que las experiencias de la casación por cuantía en materia laboral o contenciosa administrativa deben servir de parámetro de comparación para este tema; no fijar cuantías en casación civil, donde la mayoría de litigios son de orden patrimonial, pone en peligro las propuestas de mejora que se deben hacer en el recurso de casación civil (Hurtado 2012: 115).

- Causales de improcedencia. Reforma del artículo 392.º del Código Procesal Civil para incorporar causales de improcedencia que limiten el acceso al recurso de casación, tales como la adecuación de la técnica procesal del doble conforme⁸; asimismo, precisa en los casos de resoluciones de segunda instancia que declaren nula total o parcialmente la sentencia de primera instancia, toda vez que no se pone fin al proceso; en los procesos de ejecución de laudo arbitral salvo que se ampare la contradicción; en los procesos de ejecución de acta de conciliación y transacción, etc.; salvo en aquellos casos en que se ampare total o parcialmente la contradicción; y en los procedimientos no contenciosos, que son de jurisdicción voluntaria.
- Efecto suspensivo de la impugnación del recurso de casación. Supresión del segundo párrafo del artículo 393.º del Código Procesal Civil, en concordancia con la propuesta de que la calificación del recurso de casación sea realizada por las Salas de las Cortes Superiores de Justicia.
- Retorno del recurso de queja. La denegación del recurso de casación debe permitir el reexamen de la resolución que no lo concede, a fin de evitar que su sustanciación quede a merced del mismo órgano jurisdiccional cuya decisión ha sido impugnada. Para tal efecto, se debe retornar al texto primigenio de los artículos 401.º y 403.º del Código Procesal Civil⁹.
- En aras de mayor celeridad en los procesos también es importante la modificación de lo relativo al traslado del recurso

8 La expedición de dos sentencias conformes seguidas son garantía adecuada de la resolución del conflicto, ya que se ha respetado el derecho a la pluralidad de instancias. Esta figura ya ha sido incorporada en la casación en el proceso contencioso administrativo, de conformidad con el artículo 35.º del Texto Único Ordenado de la Ley n.º 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo.

9 Dichos artículos fueron modificados por el artículo 1 de la Ley n.º 29364.

de apelación y eliminación de la adhesión. Si bien se garantiza el derecho a la doble instancia y el derecho a la contradicción, la figura del traslado de la apelación y la adhesión genera demora innecesaria en los procesos debido a que el Código Procesal Civil no precisa los alcances de la adhesión, y se otorga al apelado un nuevo plazo para impugnar la resolución que le causa perjuicio, lo cual atenta contra el principio de igualdad procesal.

Es necesario, por tanto, que la Corte Suprema de Justicia de la República ejerza, diligentemente, la facultad de iniciativa legislativa que le confiere el artículo 80.º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, modificada por la Ley n.º 27465, y proponga las modificaciones a los artículos del Código Adjetivo Civil que regulan el recurso de casación, con el propósito de que los tribunales de casación de la Corte Suprema de Justicia de la República puedan cumplir con eficacia la finalidad de uniformizar la doctrina jurisprudencial y velar por la seguridad jurídica.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARIANO DEHO, Eugenia (2003). *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista Editores.
- CALAMANDREI, Piero (1945). *La casación civil*. Tomo I, 2 vols. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.
- CARRIÓN LUGO, Jorge (dir.) (1994). «La casación en el Código Procesal Civil». *Análisis del Código Procesal Civil*. Tomo I. Lima: Unidad de Postgrado de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos/Cultural Cuzco S. A., 239-263.
- ____ (2003). *El recurso de casación en el Perú*. Volumen I. 2.^a edición. Lima: Editorial Jurídica Grijley.

- CASASSA CASANOVA, Sergio Natalino (2015). *El recurso de casación. Cuando la cantidad atenta contra la calidad*. Recuperado de <https://infocarita.files.wordpress.com/2015/07/el-recurso-de-casacic3b3n1.pdf>
- CELIS ZAPATA, Carlos Alberto (2013). *Casación civil en el Perú*. Serie: Textos Universitarios/Derecho. Lima: Fondo Editorial de la UIGV.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA (2007). *Antología Jurisprudencial: Corte Suprema de Justicia 1886-2006. 120 años de Corte de Casación. Sala de Casación Civil*. Tomo I. Colombia: Sigma Editores.
- DELGADO CASTRO, Jordi (2009). «La historia de la casación civil española: una experiencia que aconseja no avanzar en el modelo de unificación de la doctrina». *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 33, 345-367. Recuperado de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rdpucv/n33/a09.pdf>
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás (1993). «Los fines de la casación en el proceso civil». *Jueces para la democracia*, 19, 55-61. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2552472>
- GOTTWALD, Peter (2008). *El recurso ante el Tribunal Supremo Federal alemán (revisión) tras la reforma de 2001. (Versión abreviada)*. Traducción de Esther Monzó (Universitat Jaume I, España). Recuperado de <https://www.uv.es/coloquio/coloquio/ponencias/c4got2.pdf>
- GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter (dir.) (2005). *La Constitución comentada: análisis artículo por artículo. Obra colectiva escrita por 117 destacados juristas del país*. Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica.
- HITTERS, Juan Carlos (1998). *Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación*. 2.^a edición. Argentina: Librería Editora Platense.

- HURTADO REYES, Martín (2012). *La casación civil. Una aproximación al control de los hechos*. Lima: Idemsa.
- MATURANA MIQUEL, Cristian (2010). «¿Presencia del recurso de casación en Chile durante el siglo XXI?». *Revista de Estudios de la Justicia*, 12, 315-349. Recuperado de <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/15240/15653>
- MONROY GÁLVEZ, Juan F. (2013). *La modificación del recurso de casación. Documentos reunidos (2001-2012)*. Volumen 3. Lima: Fondo Editorial de la Academia de la Magistratura.
- MORALES SUÁREZ, Hugo (1999). «La casación civil en España». *Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho de Puebla*, 1, 97-124. Recuperado de <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica-libre-puebla/article/download/566/516>
- QUIROGA LEÓN, Aníbal (1999). «La casación civil: mito y realidad. Proyecto de ley modificatorio». *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho*, 52, 715-759.
- SÁNCHEZ PALACIOS-PAIVA, Manuel (2002). *El recurso de casación civil: praxis*. Lima: Cultural Cuzco.
- SILVA VALLEJO, José Antonio (2010). *La casación civil: su crisis actual. Necesidad de derogarla y sustituirla por el recurso extraordinario de injusticia procesal y el certiorari*. Perú: Ara Editores.
- TARUFFO, Michele (2005). *El vértice ambiguo. Ensayos sobre la casación civil*. Lima: Palestra Editores.
- TÁVARA CÓRDOVA, Francisco A. (2017). «El nuevo rol de la Corte Suprema de Justicia». *Revista de la Maestría en Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, 1, 1, 1-6. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprosesal/article/view/1437/1386>

Revista Oficial del Poder Judicial

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

Vol. 9, n.º 11, enero-junio, 2019, 53-91

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.v9i11.3>

Delitos de organización criminal en el Código Penal peruano

Criminal organization offenses
in the Peruvian Criminal Code



VÍCTOR ROBERTO PRADO SALDARRIAGA

Presidente de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema
de Justicia de la República

(Lima, Perú)

Contacto: uprado_2000@yahoo.com

RESUMEN

El estudio realiza una revisión dogmática de los delitos de «organización criminal», previsto en el artículo 317.º del Código Penal peruano de 1991, y de «banda criminal» tipificado en el artículo 317.º-B del mismo código, con la finalidad de establecer y explicar las funciones y diferencias que subyacen en la pluralidad de disposiciones legales que buscan regular la relevancia penal de las organizaciones criminales. Asimismo, se analizan los aportes doctrinales, legislativos y jurisprudenciales que procuran delimitar, con meridiana precisión, las características, efectos y componentes normativos de ambos tipos penales y el catálogo de circunstancias agravantes específicas; para, finalmente, formular recomendaciones

sobre su actual regulación que promuevan las modificaciones legislativas necesarias para superar las deficiencias e inconsistencias, tanto teóricas como prácticas, de dichos dispositivos penales.

Palabras clave: organización criminal, banda criminal, tipo penal, agravante, concurso real de delitos.

ABSTRACT

The paper carries out a dogmatic revision of the crimes of «criminal organization», provided for in Section 317 of the Peruvian Criminal Code of 1991, and of «criminal gang», described in Section 317-B of the same Code, in order to establish and explain the functions and differences that underlie the plurality of legal provisions that seek to regulate the criminal relevance of criminal organizations. Likewise, it analyzes the doctrinal, legislative and jurisprudential contributions that seek to delimit, with extreme precision, the characteristics, effects, and normative components of both criminal types and the catalog of specific aggravating circumstances, in order to finally make recommendations on their current regulation that promotes the necessary legislative amendments to overcome the difficulties and inconsistencies, both theoretical and practical, of said criminal provisions.

Key words: criminal organization, criminal gang, criminal description, aggravating circumstance, multiple crimes.

Recibido: 25/04/19 Aceptado: 25/05/19

1. ANTECEDENTES

La regulación contemporánea de los delitos de organización criminal en los sistemas jurídicos del tercer milenio mantiene una dependencia importante de las propuestas normativas contenidas en la Convención de Palermo. No obstante, en no pocos países la

legislación penal ha conservado modelos de tipificación clásicos, como aquellos que, desde el siglo XIX, regularon tipos penales sobre asociaciones ilícitas o bandas. En otros casos encontramos todavía legislaciones donde la criminalización de las organizaciones criminales no ha alcanzado autonomía típica y se le incluye como un hecho punible periférico a determinados delitos de naturaleza grave como el tráfico ilícito de drogas; o, también, como una forma de circunstancia agravante específica relacionada con la condición del agente en la ejecución de determinados delitos comunes como el hurto o el robo. Es por ello que los principales problemas hermenéuticos generados en el derecho comparado y en la legislación o jurisprudencia nacionales, con relación a los delitos de organizaciones criminales, se han originado, mayormente, por la existencia paralela de varias disposiciones penales que aluden expresa o implícitamente a la constitución, integración u operatividad de modalidades diferentes de agrupaciones criminales.

Ahora bien, al parecer no todos los conflictos de interpretación detectados fueron motivados por la desidia o la confusión del legislador al intentar construir tipos penales dirigidos a criminalizar organizaciones criminales, sino que, en más de una ocasión, ellos también fueron consecuencia de la deformación o distorsión teórica y práctica que les impuso una doctrina y jurisprudencia poco consistente o controvertida. Es así que, por ejemplo, en España las reformas producidas el año 2010 y 2015 muestran con claridad este tipo de confusiones y debates. Especialmente por la coexistencia de dos tipos penales paralelos que tratan de una organización criminal y de un grupo criminal, los cuales, como destaca Muñoz Conde, desarrollan diferencias «sutiles y difíciles de precisar» (2017: 770). Por su parte, Llobet Anglí cuestiona que todavía se mantenga la criminalización de las asociaciones ilícitas con criterios de distinción poco consistentes. Y que, además, en torno a los grupos criminales se les distinga «por exclusión respecto a las organizaciones» (2018: 441-442).

En otros casos, se ha intentado también formular diferencias desde un enfoque histórico o dogmático. Esta posición la ha asumido Romero Sánchez al evaluar las categorías del derecho penal alemán que aluden a la asociación criminal y a los delitos cometidos en banda. Al respecto se ha precisado lo siguiente:

La primera, que por sí misma constituye delito, requiere de unos requisitos mucho más estrictos que la banda; así exige la existencia de una estructura organizativa sólida y de una voluntad colectiva y vinculante de sus miembros. La segunda, que necesita de la comisión de un tipo penal principal del cual depende, no requiere de los exigentes requisitos de la asociación criminal, pues sus presupuestos se reducen, limitando el concepto de banda al acuerdo de voluntades para cometer, por un cierto tiempo, varios y aún no determinados delitos (2015: 68).

En el caso peruano la situación normativa no ha sido ajena a estas disfunciones y dilemas hermenéuticos, ya que la legislación penal vigente contiene hasta cuatro clases de normas que hacen referencia directa o indirecta a la delincuencia organizada. En primer lugar, está el delito de organización criminal tipificado en el artículo 317.º del Código Penal, el cual ha sido construido como un tipo penal autónomo, de peligro abstracto, donde se sancionan los actos de constituir, organizar, promover o integrar una organización de tres o más personas destinada a cometer delitos. A esta disposición legal se le agregó, luego, con el Decreto Legislativo n.º 1244, del 27 de octubre de 2016, otro tipo penal contenido en el artículo 317.º-B para reprimir un inédito delito de banda criminal y que se regula de manera subsidiaria o alterna al delito de organización criminal.

Además, también en el Código Penal de 1991 se han configurado circunstancias agravantes específicas que operan con la comisión de diferentes delitos propios de la criminalidad organizada. Tales agravantes toman en cuenta que la realización de estos

delitos haya sido ejecutada por un agente que actúa en calidad de integrante de una organización criminal. Ello ocurre, por ejemplo, en los artículos 186.º, párrafo segundo, inciso 2 (delitos de hurto); 189.º, párrafo *in fine* (delitos de robo); 297.º, inciso 6 (delitos de tráfico ilícito de drogas); 10.º, inciso e de la Ley n.º 28008 (delitos aduaneros) y 4.º, inciso 2 del Decreto Legislativo n.º 1106 (delitos de lavado de activos). Y, finalmente, también se identifica en el artículo 2.º de la Ley n.º 30077 o Ley Contra el Crimen Organizado, una noción legal dirigida a caracterizar los componentes normativos que son requeridos para identificar la existencia de una organización criminal, destacando la necesidad de que ella esté compuesta por «tres o más personas». Esta difusa pluralidad de disposiciones legales, dirigidas a regular la relevancia penal de las organizaciones delictivas, ha promovido también el interés criminológico y dogmático para establecer y explicar las funciones y diferencias que subyacen entre todas ellas. Esto es, delimitar con meridiana precisión cuáles son sus características, sus efectos y sus componentes normativos. Entre los comentaristas nacionales, por ejemplo, se ha intentado establecer algunas distinciones entre los conceptos de organización criminal, banda criminal o concierto criminal. En ese sentido, Casas Ramírez ha formulado algunos criterios de diferenciación, aunque bastante confusos y que toman en cuenta la estructura, la permanencia operativa, el número de integrantes e incluso la conexión sistemática del concepto con la parte general o parte especial del derecho penal. Según dicho autor:

La diferencia entre la categoría jurídica denominada banda criminal y organización criminal radica en que en la primera no existe la característica de la «estructura»; respecto a la característica de «permanencia» en la banda criminal es solo parcial, muy débil e incipiente, respecto a la característica de «número y magnitud del delito» la banda criminal puede cometer delitos graves y simples; la categoría de la organización criminal mantiene como elemento

numérico un mínimo de tres personas, mientras que la categoría de banda criminal acepta la posibilidad que sea desde dos personas; respecto a la característica de «distribución»; esta se presenta en la organización criminal, mientras que en la banda criminal no aparece toda vez que los miembros actúan de manera más espontánea (2017: 180-181).

Por nuestra parte, en una publicación precedente y desde un enfoque esencialmente criminológico, nos hemos ocupado de establecer la existencia de rasgos propios que operativamente permiten distinguir entre industrias o empresas criminales, crimen organizado, asociaciones ilícitas o bandas y concierto criminal (Prado 2006: 52-54).

En la jurisprudencia de la Corte Suprema, desde hace más de una década, también se detectan algunos aportes hermenéuticos dirigidos a realizar un deslinde entre organización criminal y circunstancias agravantes específicas que aluden a la integración en una organización criminal. En efecto, de manera expresa esta diferenciación fue debatida en el marco del Acuerdo Plenario n.º 8-2007/CJ-116, del 16 de noviembre de 2007. En este documento jurisprudencial de eficacia vinculante, se evaluaron las posibles conexiones concursales, así como las discrepancias funcionales que podrían existir entre dos disposiciones del Código Penal de 1991. Por un lado, el artículo 317.º, referido al delito de integración en organización criminal; y, por otro lado, la agravante específica contenida en el párrafo final del artículo 189.º, que tiene como indicador calificante que el delito de robo sea cometido por quien es integrante de una organización criminal. Este dilema normativo fue resuelto al precisarse que la realización de un delito de robo con el agravante de que su autor sea el integrante de una organización criminal, excluye la posibilidad de un concurso ideal con aquel delito de peligro abstracto contemplado en el artículo 317.º sobre integración en una organización criminal. Además, el citado

texto jurisprudencial destacó que el delito de integración en una organización criminal, que prevé el mencionado artículo, solo puede operar como tipo penal subsidiario de un robo con agravantes. De esta manera, pues, se reconoció plenamente la autonomía típica de ese hecho punible frente a la aludida agravante específica¹.

Un segundo problema que también debió dilucidarse fue el concerniente a la conducta delictiva que debía materializar el autor del hecho punible según el tipo penal del artículo 317.º. Al respecto, cabe destacar que hasta antes de la Ley n.º 30077 solo constituía delito el formar parte de una organización criminal, es decir, bastaba con integrarse a ella. El debate por aquel entonces se redujo, por tanto, a discutir acerca de si la integración requería, necesariamente, de la preexistencia de una estructura delictiva o si abarcaba también los actos de constitución de la organización delictiva. El desenlace jurisprudencial fue favorable a que era necesaria «la existencia de la organización» como requisito material para que se pueda configurar el delito; precisándose, incluso, que la estructura de la organización criminal debe formarse «a través del acuerdo o pacto» (Poder Judicial 1999).

Ahora bien, con la promulgación de la Ley n.º 30077 surgieron nuevas dudas. Esta vez lo que se cuestionaba era el número mínimo de la composición del grupo criminal, ya que el artículo 2.º de la citada ley se refería a tres o más personas, mientras que en un reformado artículo 317.º del Código Penal no solo se incluían como nuevas conductas punibles los actos de constitución y promoción de organizaciones criminales, sino que también se mantenía en dos personas el número mínimo de sus componentes. Sobre este aparente conflicto legal no llegó a pronunciarse la jurisprudencia, pero sí la literatura especializada. Esta última señaló que no existía ninguna incompatibilidad entre tales disposiciones

1 Véase el Acuerdo Plenario n.º 8-2007/CJ-116, fundamentos jurídicos 6 al 9.

legales, ya que se requerían cuando menos dos personas para constituir la organización criminal y tres para materializar la conducta de integración en la estructura criminal ya formada. En consecuencia, pues, era pertinente y justificado reprimir las conductas constitutivas en función de solo dos personas y los actos de integración en torno a no menos de tres (Prado 2016: 82). Sin embargo, las reformas introducidas posteriormente por el Decreto Legislativo n.º 1244 superaron plenamente el tema debatido en el artículo 317.º en torno al número de componentes de la estructura criminal, al requerir expresamente la intervención mínima de tres personas, sea en los actos constitutivos de la organización o como integrantes de la misma luego de ocurridos aquellos. Por tanto, el supuesto fáctico regulado sería, cuando menos, el de dos constituyentes y un integrante.

El tercer problema que afrontó la jurisprudencia nacional surgió en función de la existencia de circunstancias agravantes específicas para diferentes delitos como el robo, el tráfico ilícito de drogas o el lavado de activos, las cuales se configuraban cuando tales delitos eran cometidos por integrantes de una organización criminal. Sobre ello se planteaba la incertidumbre de si cabía reconocer la realización de dos delitos independientes, considerando también el hecho punible tipificado en el artículo 317.º del Código Penal. Esto es, si se presentaba un caso de concurso real (artículo 50.º). También en el Acuerdo Plenario n.º 8-2007/CJ-116, del 16 de noviembre de 2007, se precisó que solo habría un concurso real de delitos si el autor del hecho punible era integrante de una organización criminal por mandato de la cual cometía un delito, pero que no tenía regulada la agravante específica por integración en organización criminal; puesto que si esa agravante estaba regulada para el delito cometido, ya no habría ninguna opción de concurso real con el delito contemplado en el artículo 317.º. Esta interpretación también fue acogida por los especialistas nacionales al señalar que

formar parte de la agrupación abona así la idea de ser integrante o miembro de dicha entidad ilícita, esto es, de participar en sus deliberaciones, proyectos, contribuir económicamente o a nivel de gestión en su desarrollo interno, sin traspasar a la esfera de los hechos delictivos concretos, pues de producirse ello el formar parte será absorbido por la tipicidad de los supuestos delictivos agravados que contengan menciones expresas a las bandas u organizaciones delictivas, y en su defecto a configurar situaciones de concurso real de delitos. En ambos contextos el peligro abstracto de la asociación ilícita cederá el paso al peligro concreto de los hechos criminales realizados (Caro, Reaño y San Martín 2002: 345).

También se ha suscitado una discusión menos intensa en la judicatura nacional, con relación a la posibilidad de que una misma persona realice una integración múltiple en varias organizaciones criminales y si ello daría lugar a un concurso real homogéneo; es decir, que el mismo agente se integre simultánea o sucesivamente en más de una organización criminal. Al respecto, la respuesta dada por la jurisprudencia ha sido afirmativa siempre que se trate de varias estructuras criminales distintas. Además, se ha sostenido que tal posibilidad es sobre todo factible cuando se trata de estructuras criminales flexibles como las de tipo red y donde el hombre clave puede constituir varios grupos criminales con propósitos delictivos diferentes. No obstante, ello no sería posible en el caso de estructuras de tipo jerarquía regional o agrupación jerárquica, ya que sus integrantes, a pesar de poseer una relativa autonomía operativa o regional siempre integran el mismo grupo criminal.

Seguidamente, se hará una revisión dogmática de los delitos de organización criminal (artículo 317.º) y de banda criminal (artículo 317.º-B) que se tipifican en la Parte Especial del Código Penal de 1991.

2. EL DELITO DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL

2.1. Antecedentes

Los procesos de criminalización de organizaciones criminales no han sido una constante histórica en nuestra legislación. En efecto, el interés legislativo por tipificar y reprimir modalidades específicas de constitución e integración de estructuras criminales organizadas ha sido en realidad un suceso reciente que se inicia hacia finales del siglo XX. En consecuencia, cabe reconocer que los trabajos impulsados por las Naciones Unidas y que culminaron con la suscripción de la Convención de Palermo, tuvieron un eco limitado en el derecho penal nacional que una década antes ya había concluido la elaboración del Código Penal de 1991. No obstante, con un atinado objetivo futurista el legislador peruano reguló en el artículo 317.º un tipo penal autónomo dedicado a reprimir la agrupación ilícita. Su texto legal era el siguiente:

El que forma parte de una agrupación de dos o más personas destinada a cometer delitos será reprimido, por el solo hecho de ser miembro de la agrupación, con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años. Cuando la agrupación esté destinada a cometer los delitos de genocidio, contra la seguridad y tranquilidad públicas, contra el Estado y la defensa nacional o contra los Poderes del Estado y el orden constitucional, la pena será no menor de ocho años, de ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 4.

Si bien aquella redacción típica no era del todo compatible con los estándares internacionales que promovió luego la Convención de Palermo, la importancia práctica y de política criminal de dicha disposición normativa era inobjetable. Sobre todo porque la generalidad de su descripción se adaptaba mejor a las estructuras criminales modernas, dejando de lado la que correspondía en

el derecho extranjero a las anacrónicas asociaciones ilícitas. Por tanto, fue un notorio error el haber asignado por mucho tiempo al delito contenido en el artículo 317.º la incoherente sumilla de «asociación ilícita», lo cual fue corregido, recientemente, con la promulgación del Decreto Legislativo n.º 1244 el año 2016, que con perfección semántica pasó a denominarle «organización criminal».

Ahora bien, rastreando entre los antecedentes normativos del delito de organización criminal, resulta evidente que ni el Código Penal de 1863 ni el de 1924 se preocuparon por incluir fórmulas legales para sancionar penalmente tales conductas. No obstante, con anterioridad al Código Penal de 1991, la legislación penal peruana sí había incorporado, aunque episódicamente, algunas disposiciones normativas que de una u otra forma aludían a organizaciones delictivas. En efecto, si bien nunca se incorporaron tipos penales sobre asociación ilícita o asociación para delinquir, como ocurrió en muchos sistemas jurídicos de la región, el legislador nacional consideró pertinente criminalizar la conducción, promoción o integración en estructuras criminales como conductas punibles autónomas en determinados delitos como el tráfico ilícito de drogas (artículo 55.º del Decreto Ley n.º 22095) o el terrorismo (artículo 5.º del Decreto Legislativo n.º 46). Pero, también, en otras ocasiones, optó por referirse a ellas con otras denominaciones. Por ejemplo, configuró como una circunstancia agravante específica en el artículo 238.º del Código Penal de 1924, el que determinados delitos patrimoniales, como el hurto o el robo, fueran ejecutados a través de una pandilla de malhechores, asociación o banda. Similar técnica legislativa se había aplicado en el Código Penal de 1863, el cual en su artículo 332.º establecía que «El jefe de una pandilla de tres o más malhechores, con quienes hubiere perpetrado el robo, será castigado con uno o dos términos más de la pena señalada para los autores». Asimismo, en el artículo

333.º también se precisaba que «El socio habitual de una pandilla de malhechores, será considerado como co-delincuente de estos en todo atentado que cometan, a no ser que pruebe no haber tenido participación alguna en el delito».

Fueron, pues, reformas legislativas posteriores a la puesta en vigencia del Código Penal de 1991, las que paulatinamente le dieron una redacción final y diferente de la original al artículo 317.º. Sin embargo, su ubicación sistemática se mantuvo siempre integrada dentro de un amorfo título XIV de la Parte Especial, dedicado a los delitos contra la tranquilidad pública. Lamentablemente, la evolución sufrida por la fórmula legal del artículo 317.º ha significado también notables retrocesos en cuanto a su técnica legislativa y precisión típica. Es así que los cambios de redacción del tipo penal introducidos con el Decreto n.º 1244, le han sobrecargado de elementos normativos que han obscurecido sensiblemente la identificación de las conductas criminalizadas. Lo que ha generado la adopción del Acuerdo Plenario n.º 01-2017-SPN, del 5 de diciembre de 2017, para esclarecer, por ejemplo, los componentes de la estructura de una organización criminal (ver fundamentos jurídicos 17 y 18).

Por lo demás, en el artículo 538.º del Proyecto de Código Penal de 2016 se mantiene al delito de organización criminal en la sección XIX, del libro segundo, que también está dedicada a los delitos contra la tranquilidad pública. No obstante, de manera inconsistente se retorna a la equívoca sumilla legal de «asociación ilícita», pese a que la descripción típica alude expresamente a la constitución, promoción e integración de organizaciones criminales. Pero, al margen de dicho cuestionamiento, cabe reconocer como un aporte positivo de dicha propuesta legislativa la inclusión de una inédita circunstancia agravante específica referida a que «se utilice a un menor de edad».

2.2. Características típicas

El delito de organización criminal se encuentra tipificado y reprimido en el artículo 317.º del Código Penal en los siguientes términos:

El que promueve, organice, constituya, o integre una organización criminal de tres o más personas con carácter estable, permanente o por tiempo indefinido, que de manera organizada, concertada o coordinada, se repartan diversas tareas o funciones, destinada a cometer delitos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36º, incisos 1), 2), 4) y 8).

Se trata, pues, de un tipo penal de estructura compleja y alternativa. Su ubicación sistemática lo conecta con un bien jurídico de naturaleza colectiva y funcional que responde a la necesidad de que el grupo social pueda contar con condiciones de sosiego o tranquilidad, para el ejercicio de sus rutinas e interacciones personales y a las cuales el Estado queda obligado de proveer y garantizar. Esto es, el legislador criminaliza la conformación o existencia de organizaciones criminales asumiendo que ellas, por sí mismas, aportan riesgos o amenazas que se internalizan en la población y perturban su paz interna y externa al asociarlas con la realización potencial o latente de actividades delictivas. Por tanto, es correcta la apreciación de Alan y Mori cuando destacan que es fundamento de la criminalización del delito de organización criminal «el peligro y la inestabilidad social que puede generar la sola existencia de un concierto criminal expresado en la conformación de colectivos cuya finalidad ha de infringir normas de contenido penal» (2018: 79).

Sin embargo, en la actualidad coexisten otros bienes jurídico formales que son también mediatamente comprometidos con la

presencia, activa o potencial, de organizaciones criminales como lo son el régimen internacional de prevención y control de la criminalidad organizada; así como la eficiencia y la eficacia de las políticas públicas diseñadas para preservar la seguridad nacional frente a la infiltración criminal. Puede señalarse, sin embargo, que en otros sistemas jurídicos la ubicación sistemática de este delito lo conecta con otros bienes jurídicos, aunque siempre de naturaleza colectiva. Así, por ejemplo, en el derecho penal español el delito de organización criminal forma parte de los delitos contra el orden público. Según Llobet Anglí ello responde

a que el fenómeno de la criminalidad organizada atenta contra la base misma de la democracia: a saber, dichas organizaciones multiplican cuantitativamente la potencialidad lesiva de las distintas conductas delictivas llevadas a cabo en su seno y cualitativamente generan procedimientos dirigidos a asegurar la impunidad de sus actividades y la ocultación de los rendimientos de aquellas. De este modo, la seguridad jurídica, la vigencia efectiva del principio de legalidad y los derechos y libertades de los ciudadanos constituyen objetivos directos de su acción destructiva (2018: 441-442).

Se trata de un delito cuyo sujeto activo se representa en una estructura colectiva que reúne e integra individualidades en pos de un mismo proyecto funcional pero de índole criminal. Esto es, un delito de aquellos a los que la doctrina tradicionalmente ha identificado como plurisubjetivos (Villavicencio 2013: 308).

En principio, pues, cualquier persona natural puede adscribirse y formar parte de la organización criminal; sin embargo, ella solo es un componente indiviso y no diferenciable de la organización, aun cuando la actividad que realice no involucre la intervención de otras personas. A ello es a lo que suele referirse el legislador nacional cuando alude a que determinados delitos deben ser ejecutados por quien es integrante de una organización criminal.

Es importante destacar que en la doctrina el debate sobre autoría y participación en organizaciones criminales se ha tornado nebuloso y poco productivo. Especialmente porque por lo general se ha pretendido «adaptar» conceptos propios de una autoría y participación de base formalmente individual a la realidad de una estructura funcional que se construye y existe sobre la base de un colectivo o sistema de individuos (delitos de adhesión o pertenencia). También porque ha sido igualmente frecuente el intentar reproducir o «ajustar» a dicha problemática los mismos criterios dogmáticos construidos para explicar la delincuencia desde el interior de las empresas o la autoría mediata por dominio de aparatos organizados de poder (Silva 2005: 101-120; Tisnado 2018: 272-276).

No obstante, todos esos esfuerzos de la doctrina resultan poco útiles o pertinentes para el caso del delito actualmente tipificado en el artículo 317.º del Código Penal peruano. Sobre todo porque la técnica legislativa ha regulado este hecho punible a través de un tipo penal autónomo, el cual para activar su punibilidad no requiere de la actuación concreta de los que componen la organización, en la realización o el evitamiento de otro delito distinto desde el interior o hacia el exterior del grupo criminal (Cuello 2013: 65-70). Al respecto, como propone Tisnado Solís, es importante tener en cuenta «que al sujeto que realiza un hecho típico delictivo a través de una organización criminal se le imputa dos injustos distintos: un injusto por el delito realizado en concreto, conforme a las reglas de autoría y participación (a), y, un injusto penal por participación en una organización criminal como delito autónomo (b)» (2018: 273).

De allí, pues, que resulte justificado que en el análisis dogmático de un delito de tales características se prefiera omitir una referencia específica a la calidad del sujeto activo; o se opte, más bien, por aceptar una genérica coautoría funcional y sistémica; o, también, solo se destaque las diferentes posiciones y roles de los

que componen la organización criminal y que son ejercidos por estos dentro de ella. Esto es, por procurar distinguir la presencia conjunta de fundadores, organizadores, promotores, financistas o integrantes. Así como, en algunos casos, hacer igualmente diferenciada la condición o función estratégica que alcanza a un determinado integrante al que se califica como líder, jefe o cabecilla de la estructura criminal².

El sujeto pasivo es la sociedad como ente colectivo indeterminado que requiere contar con un estado de tranquilidad que no sea alterado o distorsionado por la existencia de organizaciones criminales que aporten riesgos o amenazas a su seguridad y paz.

Ahora bien, la principal ventaja que ofrece el nuevo texto legal del artículo 317.º del Código Penal, luego de ser sometido a sucesivas modificaciones que le fueron aplicadas por la Ley n.º 30077 en el 2013 y por los Decretos Legislativos n.º 1181 de 2015 y n.º 1244 de 2016, radica en que su actual estructura normativa ha adquirido una configuración de tipicidad alternativa que permite considerar no solo la integración en una organización criminal, sino también la constitución, la organización y la promoción de estas. Pero, además, como se mencionó antes, fue igualmente positivo regular en tres personas el número mínimo de componentes de una organización criminal. Sin embargo, han resultado inconvenientes e innecesarias las detalladas referencias a otras características que debe tener la organización criminal. Esta modificación, que fue también introducida por el Decreto Legislativo n.º 1244, reproduce los mismos rasgos complementarios que a tales estructuras delictivas les adscribe el artículo 2.º de la Ley n.º 30077. Lamentablemente, estas adiciones han hecho nebulosa la actual descripción del hecho punible al recargarla de elementos normativos que harán dificultosas su aplicación judicial y su actividad probatoria,

2 Ver sobre el caso español Francisco Muñoz Conde (2017: 773-774).

obligando a construcciones jurisprudenciales no menos confusas, como las que aporta el Acuerdo Plenario n.º 1-2017-SPN (cfr. fundamento jurídico 17).

A continuación, se analizan los alcances interpretativos que se puede asignar a las cuatro conductas contenidas en el artículo 317.º.

Constituir una organización criminal. Es dar nacimiento formal a una estructura delictiva. Es un acto fundacional que define la composición funcional, los objetivos, las estrategias de desarrollo, el *modus operandi*, así como las acciones inmediatas y futuras de la organización criminal. De hecho la constitución de una organización criminal implica trascender la eventualidad del concierto criminal y de la conspiración criminal, para convertirlos en un proyecto criminal de realización temporal indefinida y con un proceso de ejecución continua y planificada. El mínimo de constituyentes de la organización criminal tiene que ser necesariamente de dos personas que conciertan voluntades, aportes, formas de acceso de los nuevos integrantes y funciones estratégicas u operativas básicas para la viabilidad del grupo delictivo.

Organizar una organización criminal. Esta conducta involucra todo acto dirigido a diseñar y proveer de una estructura funcional y operativa al grupo delictivo ya constituido. Esto es, por ejemplo, delinear los órganos de gestión y sus niveles operativos; precisando, además, sus líneas de comunicación y configurando sus facultades, poderes u obligaciones internas y externas. El que organiza no solo construye un organigrama de la estructura criminal, sino que la dota también de un orden para su funcionamiento. Esta actividad puede ser realizada también por quienes constituyeron o fundaron la organización criminal o por un integrante distinto de aquellos. Según el tipo de organización criminal esta modalidad delictiva puede ser ejecutada paralelamente por quien la conduce o dirige.

Promover una organización criminal. Comprende la realización posterior de actos de difusión, consolidación y expansión de una organización criminal ya creada y organizada e, incluso, en plena ejecución de su proyecto delictivo. Esto es, el agente que funge de promotor puede procurar alianzas delictivas así como impulsar la diversificación de las actividades ilícitas o la proyección de la organización criminal hacia nuevas áreas geográficas de influencia. El que promueve la organización criminal está a cargo, de modo formal o fáctico, de todo el proceso de planificación estratégica que ha de orientar el futuro de aquella. No se trata, pues, de crear solo mejores condiciones operativas para su desempeño local o internacional, sino de imprimir programáticamente el desarrollo funcional de la estructura y de sus operadores centrales o ejecutivos. Es posible precisar que el rol de promotor en el grupo criminal puede ser asumido por uno o más de sus integrantes. También es importante destacar que estas conductas pueden adquirir formas distintas según la tipología o el diseño de la organización criminal que se busca promover. Pero, además, que los actos de constituir y luego promover la organización criminal ya constituida pueden ser ejecutados secuencialmente por una misma persona.

Integrar una organización criminal. Es la cuarta conducta típica que contiene el artículo 317.º del Código Penal. Cabe recordar que ella era la única que sancionaba dicha disposición en su texto original. Ahora bien, sus alcances hermenéuticos comprenden todo acto de adhesión personal y material a una estructura delictiva preexistente y a la cual el autor del delito se incorpora de modo pleno e incondicional. Esto es, a través de esta conducta el agente se somete a los designios del grupo criminal, a las líneas y competencias de sus órganos de dirección, comprometiéndose, además, de modo expreso o implícito, a realizar las acciones operativas que le sean encomendadas. La duración de esa relación operativa en la que el integrado se hace parte de un todo estructurado es en principio

indeterminada, aunque su actuar concreto como miembro de la organización criminal no sea necesariamente continuo sino eventual, tal como lo hace notar el artículo 2.º 2 de la Ley n.º 30077 al resaltar que «La intervención de los integrantes de una organización criminal [...] puede ser temporal, ocasional o aislada». Ahora bien, el integrante puede realizar también actos de promoción pero no de constitución de la organización criminal. Esto último porque su conducta típica, como se ha destacado, solo puede ocurrir con posterioridad a la constitución del grupo criminal.

Un aspecto que resulta controvertido está vinculado a la punibilidad de todas estas conductas alternativas. En ese sentido, un tema de debate es si es posible considerar la misma pena para quien constituye que para quien organiza, promociona o meramente integra la organización criminal. Al respecto, cabe plantear que este último debería tener un nivel de punibilidad menor que el que corresponde a los otros tres supuestos. La legislación nacional no hace diferencias al respecto, esta opción político criminal es también la que actualmente predomina en el derecho extranjero, lo cual ha sido criticado por Muñoz Conde al comentar la normatividad española sobre la materia:

En el art. 870 bis.1 se castiga, por un lado, promover, constituir, organizar, coordinar o dirigir una organización criminal, y, por otro, participar activamente en la organización, formar parte de ella o cooperar económicamente o de cualquier otro modo con la misma. Esta segunda modalidad se castiga con menor pena, pero en ambas se incluyen y miden por el mismo rasero conductas de distinta significación y gravedad. Desde luego no es lo mismo promover la creación de una organización criminal que dirigir una ya constituida, como tampoco es igual participar activamente que formar parte, de manera pasiva, de una organización; ni cooperar económicamente que hacerlo de «cualquier otra forma», incluso meramente secundaria (Muñoz 2017: 773).

Es importante destacar, una vez más, que ya no hay contradicciones entre la noción legal de organización criminal que contiene el artículo 2.º de la Ley n.º 30077, con la descripción típica de los actos delictivos que hace el artículo 317.º del Código Penal. Ahora en ambas normas se menciona a «cualquier agrupación de tres o más personas que se reparten diversas tareas o funciones». Sin embargo, es pertinente diferenciar el rol funcional de ambos artículos. En efecto, el artículo 2.º es solo una definición de términos que explica lo que para la Ley n.º 30077 debe entenderse como una organización criminal. Corresponde a lo que en ciencias sociales se denomina también una simple operativización de conceptos. No es, pues, la tipificación de un delito ni está destinada a integrar o esclarecer el contenido punitivo de una ley penal en blanco. El artículo 317.º, en cambio, es un tipo penal que describe, como ya se ha precisado, cuatro conductas delictivas alternas donde, cuando menos, para la realización de una de ellas es suficiente la intervención conjunta de dos personas, lo que ocurre con el acto fundacional o de constitución de la organización criminal. Mientras que para que sea posible la materialización del acto también punible de integración o adhesión a una organización criminal, ella ya debe estar constituida. Por tanto, el autor de esta hipótesis delictiva siempre ha de ser el número tres del mínimo necesario que fija el artículo 317.º. Los dos constituyentes, por tanto, no integran la organización sino solo quien se adhiere luego a ella.

En cuanto a su tipicidad subjetiva, todos los actos criminalizados en el artículo 317.º son dolosos. Por tanto, el agente promueve, organiza, constituye o integra la organización criminal de modo consciente y voluntario. Además, la ley exige que todos estos actos estén orientados por una tendencia interna trascendente que el legislador destaca señalando que la estructura criminal debe estar «destinada a cometer delitos». Sin embargo, como reconoce

la doctrina, la realización material de esta «intención especial» no es un requisito para la consumación del delito. Por tanto, no es necesario para la tipicidad y punibilidad de tales conductas que la organización criminal llegue realmente a cometer delitos (Villavicencio 2013: 308).

Sobre la consumación del delito, es importante precisar que se trata de un delito de naturaleza permanente, esto es, el estado antijurídico que se representa en la constitución o existencia de la organización criminal perdurará en tanto esta no se sea disociada por decisión de sus componentes o la intervención de terceros (captura de todos sus integrantes o desactivación de su núcleo estratégico u operativo, etc.).

2.3. Penalidad y circunstancias agravantes específicas

La penalidad conminada para este delito es conjunta y comprende penas privativas de libertad, multa e inhabilitación. Como se adelantó, no hay diferencias en la punibilidad de los distintos actos criminalizados.

Ahora bien, las sucesivas reformas introducidas en el artículo 317.º también han afectado reiteradamente la composición del catálogo de circunstancias agravantes específicas. En efecto, entre los cambios más importantes ocurridos en este dominio, como consecuencia de la promulgación del Decreto Legislativo n.º 1244, destaca la eliminación de aquella circunstancia agravante que tomaba en cuenta la finalidad delictiva de la organización criminal. Según el texto original del párrafo segundo del artículo 317.º, la penalidad era mayor «cuando la agrupación esté destinada a cometer delitos de genocidio, contra la seguridad y tranquilidad públicas, contra el Estado y la defensa nacional o contra los Poderes del Estado y el orden constitucional». Posteriormente, dicho párrafo fue modificado con la Ley n.º 30077 de 2013 para

incorporar un largo listado numérico de artículos del Código Penal que sancionaban delitos muy disimiles entre sí (Prado 2016: 83). El confuso texto legal incorporado consideraba una penalidad más severa cuando la organización criminal estuviera destinada a cometer los delitos previstos

En los artículos 106, 108, 116, 152, 153, 162, 183-A, 186, 188, 189, 195, 200, 202, 204, 207-B, 207-C, 222, 252, 253, 254, 279, 279-A, 279-B, 279-C, 279-D, 294-A, 294-B, 307-A, 307-B, 307-C, 307-D, 307-E, 310-A, 310-B, 310-C, 317-A, 319, 320, 321, 324, 382, 383, 384, 387, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400, 401, 427 primer párrafo y en la Sección II del Capítulo III del Título XII del Libro Segundo del Código Penal; en los artículos 1, 2, 3, 4, 5 y 6 del Decreto Legislativo 1106, de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros actos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado y en la Ley 28008, Ley de los Delitos Aduaneros, y sus respectivas normas modificatorias.

Consideramos que esta clase de agravantes no ha debido suprimirse, puesto que la clase de delitos fin que integran el proyecto criminal de la organización criminal sí constituye un indicador de su mayor o menor relevancia penal. De hecho, no merece igual desvalor y atención punitiva una organización delictiva destinada al hurto o robo de vehículos o autopartes, que aquellas estructuradas con el propósito de realizar prácticas de lavado de activos, tráfico de drogas o trata de personas. Es por ello que en el Código Penal español se diferencia la penalidad en atención a que las organizaciones criminales tengan o no «por finalidad u objeto la comisión de delitos graves». Además, la normatividad ibérica considera como agravante específica si los delitos-fin de la organización criminal «fueren contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos» (véase el artículo 570.º bis, incisos 1 y 3).

En la actualidad, el texto legal del párrafo segundo del artículo 317.º del Código Penal peruano es el siguiente:

La pena será no menor de quince ni mayor de veinte años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa, e inhabilitación conforme al artículo 36.º, incisos 1), 2), 4) y 8) en los siguientes supuestos:

Cuando el agente tuviese la condición de líder, jefe, financista o dirigente de la organización criminal.

Cuando producto del accionar delictivo de la organización criminal, cualquiera de sus miembros causa la muerte de una persona o le causa lesiones graves a su integridad física o mental.

Según dicha disposición normativa solo coexisten dos supuestos agravantes. En primer lugar, está aquel que toma en cuenta como indicador calificante la posición de mando y gestión que ostenta el agente al interior de la organización criminal. Pero, también, el trascendente rol que le corresponde a quien actúa como financista de aquella. En efecto, se conservan como agravantes específicas el ser «líder, dirigente, jefe o financista de la organización». Si bien tales categorías parecen referirse a perfiles y roles semejantes de conducción o administración de la organización delictiva, es posible identificar en cada una de ellas diferencias funcionales en relación con el tipo de estructura de la organización criminal de que se trate. Por consiguiente, todas ellas no corresponden, necesariamente, a niveles estratégicos o de poder y control siempre equiparables entre sí. Resulta, por tanto, pertinente identificar a continuación sus diferencias.

Comencemos señalando que la norma legal se refiere en primer término al **líder**. Este debe ser identificado como un órgano estratégico y de gestión más próximo a las organizaciones criminales de estructura flexible como el grupo central o la red criminal. Se trata, en lo esencial, de un gestor funcional con

amplias facultades de orientación, conducción y coordinación de las actividades delictivas del grupo criminal. A él le corresponde, sobre todo, decidir el planeamiento de la oportunidad y modalidad de la intervención especializada de sus integrantes. El líder no ejerce un mando vertical ni coactivo sobre los demás miembros del grupo delictivo sino, más bien, finalista y consensuado. Actúa, pues, como un guía del proceder de aquellos hacia la realización de los proyectos ilegales que les son comunes. Los líderes son los que conducen organizaciones dedicadas a delitos de alta especialización como el lavado de activos.

El **dirigente**, en cambio, es un órgano central que ejerce una clara posición de mando y poder al interior de la organización criminal. Define y ordena el quehacer de los demás integrantes de modo directo y vertical. Aplica un control centralizado y excluyente que es propio de las estructuras criminales rígidas, como las denominadas de jerarquía estándar. El rol de dirigente se vincula, sobre todo, a las bandas o asociaciones ilícitas dedicadas a la comisión de delitos violentos.

Finalmente, el **jefe** es un órgano intermedio equivalente al «*capo decima*» de las clásicas organizaciones mafiosas italianas y norteamericanas. A él se le asigna el control sobre la ejecución de las acciones delictivas que deben cumplir los integrantes colocados bajo su mando. Su autonomía está siempre limitada a lo táctico y subordinada siempre al poder central del dirigente. El jefe suele ser un nivel eminentemente operativo que es frecuente en las organizaciones descentralizadas que adoptan la estructura de la jerarquía regional como, por ejemplo, las que se dedican al tráfico ilícito de drogas, el contrabando o la trata de personas, entre otras modalidades de crimen organizado.

Por último, en este tipo de circunstancia agravante específica se ubica también a quien **financia** la organización. La norma alude

a un gestor y proveedor especializado de recursos financieros y logísticos. Se trata de un órgano de asesoría y confianza de la organización criminal. A él le compete proyectar, procurar, suministrar o administrar la economía operativa que requiere la organización criminal para su continuidad delictiva. Por lo general este órgano se encarga también de controlar el flujo contable de las ganancias ilícitas y de contactar las operaciones de lavado de activos que sean necesarias para su aseguramiento y reinversión.

No obstante, pese a lo conveniente de esta primera circunstancia agravante específica, el texto reformado por el Decreto Legislativo n.º 1244 adicionó también un segundo supuesto de agravante específica, de escasa utilidad y de controvertida técnica legislativa. Efectivamente, este inédito supuesto calificante toma en cuenta el resultado dañoso producido por los integrantes de la organización criminal al actuar en ejecución de las actividades ilícitas dispuestas por ella. La redacción utilizada fue la siguiente: «Cuando producto del accionar delictivo de la organización criminal, cualquiera de sus miembros causa la muerte de una persona o le causa lesiones graves a su integridad física o mental». Se trata de una circunstancia agravante que, en principio, no es compatible con la naturaleza y eficacia del artículo 317.º que, como se señaló anteriormente, es un delito autónomo, de peligro abstracto y que no requiere para su realización típica de una actuación delictiva concreta de los integrantes de la organización criminal. Es más, por ello se ha precisado también que dicha disposición solo tiene una eficacia residual frente a cualquier otro delito que desde su interior sea cometido por los integrantes de la estructura criminal y cuente con una agravante específica. Por tanto, deberá ser ese delito y no el de organización criminal el que sea objeto de agravación o concurso, según el caso de que se trate, por la muerte o lesiones graves que sean ocasionadas a terceros. Por lo demás, en aquellos delitos que carezcan de agravantes por ser cometidos

por integración en una organización criminal, tales resultados lesivos deben ser imputables, cuando menos culposamente, a quien de modo directo los generó, pero no pueden trasladarse automáticamente hacia la organización criminal o a todos sus integrantes, si ellos no fueron dispuestos o cuando menos considerados y no evitados por aquella. De lo contrario, se estaría admitiendo una extendida responsabilidad objetiva que, en principio, es proscrita para cualquier clase de imputación de delito —incluido el de organización criminal— por el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal. Al respecto, sin embargo, es de tener en cuenta lo señalado por Silva Sánchez, cuando alude a las diferentes variantes o modos de intervención o favorecimiento de los miembros de la organización criminal en delitos concretos cometidos desde o por disposición de aquella. En ese sentido, alude al caso de «los miembros que realizan aisladamente actos de favorecimiento inmediato de delitos concretos cometidos a título de autor por otros miembros. En efecto, a estos no cabe imputarles una intervención en otros delitos realizados desde la organización, sino solo en aquellos a los que ha contribuido de modo directo» (2005: 114).

Lo que también resulta objetable es que pese a las sucesivas reformas que han recaído en las circunstancias agravantes específicas del artículo 317.º, se haya omitido reiteradamente el incluir una calificante que sobrecriminalice la captación o incorporación de menores de edad por y para la organización criminal. Sobre todo porque en el presente ello viene siendo una praxis frecuente de las organizaciones criminales violentas, que suelen inducir, reclutar o integrar a menores de edad a los cuales luego se les inicia o utiliza como sicarios o «gatilleros». También preocupa que no se haya considerado como circunstancia agravante específica el carácter o la operatividad transnacional de la organización criminal. Puede agregarse, al respecto, que en el

derecho penal comparado se incluyen igualmente otras calificantes especiales como el que la organización criminal «esté formada por un elevado número de personas», o cuando ella «disponga de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte que por sus características resulten especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los culpables» (artículo 570.º bis. 2, literales a y c del Código Penal español).

Otra modificación impertinente que realizó el Decreto Legislativo n.º 1244 ha sido la eliminación del mandato especial, que en el texto anterior a dicha norma autorizaba de modo expreso la aplicación de consecuencias accesorias a las personas jurídicas que por su cultura criminal sirven a la ejecución o a la cobertura de las actividades delictivas de organizaciones criminales. Especialmente de aquellas personas jurídicas que se constituyeron con las sospechosas características de empresas de fachada, de empresas de papel o de empresas *off shore*. La normatividad derogada consideraba, además, que en tales casos se deberían imponer las consecuencias accesorias previstas en los incisos 2 (disolución y liquidación) y 4 (prohibición de realización de actividades futuras afines al delito cometido) del artículo 105.º del Código Penal. No obstante, es de precisar que tales medidas todavía pueden ser dispuestas judicialmente a partir del mandato general del citado artículo, así como también en cumplimiento de lo estipulado por el artículo 23.º de la Ley n.º 30077. Pero, además, según los casos, es igualmente posible invocar tales disposiciones legales, vigentes en la actualidad, para imponer otras consecuencias accesorias de mayor gravedad como la disolución. Al respecto, es pertinente recordar que la disolución de una persona jurídica delincuente requiere, según lo estipulado por el párrafo final del artículo 105.º-A, que se acredite que ella «fue constituida y operó habitualmente para favorecer, facilitar o encubrir actividades delictivas». En la legislación penal española

el artículo 570.º *quater* del Código Penal dispone expresamente la disolución de la organización criminal o de otras consecuencias sancionadoras que resulten pertinentes al caso.

3. EL DELITO DE BANDA CRIMINAL

3.1. Antecedentes

El término banda criminal posee antecedentes normativos que se remontan al Código Penal de 1924. En este precedente legislativo nacional la banda era considerada una circunstancia agravante en los delitos patrimoniales de hurto. En efecto, como se mencionó anteriormente, el artículo 238.º sobrecriminalizaba los hurtos que eran cometidos por quien actuaba «en calidad de afiliado a una banda». Roy Freyre, al comentar esta disposición legal, señalaba que por banda debe considerarse «a la organización, más o menos jerarquizada, compuesta de tres o más sujetos, con armas o sin ellas, por lo común delincuentes habituales, que se asociaron para cometer delitos múltiples e indeterminados» (1983: 68).

Aquella misma función de calificante penal también le fue asignada inicialmente a la banda en el Código Penal de 1991. Es más, incluso en algunos delitos ella era referida como una estructura delictiva alterna a la noción de organización criminal o de asociación delictiva. Así, por ejemplo, según la redacción del párrafo final del artículo 189.º, que introdujo el Decreto Legislativo n.º 896 del 23 de mayo de 1998, se reguló como una agravante específica de segundo grado o nivel, que el agente de un delito de robo lo cometiera «en calidad de integrante de una organización delictiva o banda». Algo similar ocurrió en la redacción original del inciso 1 del artículo 257.º-A del Código Penal, que fuera incorporado por la Ley n.º 27593 del 13 de diciembre de 2001. En dicha norma legal se consignó como circunstancia agravante específica de los delitos monetarios, el que el agente hubiese

actuado «como miembro de una asociación delictiva o en calidad de integrante de una banda».

3.2. Características típicas

Fue el Decreto Legislativo n.º 1244 el que introdujo en la Parte Especial del Código Penal el artículo 317.º-B para tipificar y sancionar de modo autónomo un nuevo delito bajo la denominación de «banda criminal». Se trataba de una disposición penal inédita para nuestra legislación, pero cuya construcción normativa adolecía de una técnica legislativa muy deficiente. El texto legal incorporado fue el siguiente:

El que constituya o integre una unión de dos a más personas; que sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal dispuestas en el artículo 317, tenga por finalidad o por objeto la comisión de delitos concertadamente; será reprimido con una pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Al parecer, la fuente legal extranjera seguida por el legislador nacional fue el párrafo final del inciso 1 del artículo 570.º del Código Penal español. Efectivamente, esta norma penal hispana reprime el delito de grupo criminal precisando lo siguiente: «A los efectos de este Código se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos».

Sobre la necesidad y utilidad de este nuevo delito, la exposición de motivos del Decreto Legislativo n.º 1244 solo da explicaciones difusas e incoherentes que denotan graves carencias de soporte

técnico y criminológico. Por ejemplo, se llegó a mencionar lo siguiente:

No pretendemos redundar en lo que otros ya han señalado, pero sí dar por sentado algunos puntos sobre su configuración y su relación con el delito de asociación ilícita para delinquir, tipificado en el artículo 317, del Código Penal, todo ello con la finalidad de aterrizar en el objetivo del presente documento, cual es, dar cuenta de la carencia o la inexistencia de un tipo penal que sancione a aquellos grupos criminales que, sin presentar la complejidad de las grandes organizaciones criminales de corte empresarial en su conformación, la permanencia en su duración y la periodicidad en su accionar ilícito, afectan con mucho mayor ámbito, frecuencia y rigor a nuestra sociedad.

Al parecer, el objetivo político criminal de la incorporación de este innovador hecho punible fue cubrir las deficiencias operativas que demostraron las agencias de persecución y sanción del delito, al investigar o juzgar los actos tipificados en el artículo 317.º del Código Penal. Al respecto se sostuvo lo siguiente:

El 73 % de la carga [...] está conformada por casos donde no existen elementos para poder acreditar la existencia de organizaciones criminales, debido a que el grueso de estos casos son bandas, las cuales no presentan las características de alta complejidad de su composición en el número de sus integrantes, organización, permanencia y estabilidad [...]. Segundo, que al no existir un tipo penal que sancione a las bandas criminales, los operadores de justicia aplican el tipo penal más cercano que es asociación ilícita para delinquir, trayendo como consecuencia que en el transcurrir del tiempo dichos casos sean archivados en tanto nunca se configuró el citado delito, dejando así impune las conductas criminales o sancionándolas por conductas más leves.

En cuanto a errores técnicos, el tipo penal de «banda criminal» es sumamente confuso e incompleto. Por ejemplo, solo considera punibles los actos de constituir o integrar una unión de dos o más personas. La cual, además, debe tener como finalidad la comisión de delitos concertadamente, es decir, de hechos punibles futuros que operan como una tendencia interna trascendente de quienes constituyen o integran tal unión criminal que ha de ser necesariamente predelictiva. Esto significa que no es un componente de la tipicidad el cometer de modo concreto un delito como el hurto, el robo o el secuestro. Esta regulación se asemeja, por tanto, a una forma de conspiración criminal, similar a la que se encuentra regulada en el inciso 4 del artículo 296 del Código Penal. Cabe mencionar que en la doctrina española también se han planteado dudas al discutir los alcances dogmáticos del «grupo criminal». Al respecto, por ejemplo, Llobet Anglí ha señalado sobre este delito que «es realmente difícil diferenciarlo de la mera codelincuencia» (2018: 443). Por su parte Muñoz Conde anota que

menos prolija es la descripción de la conducta típica en el art. 570^a ter.1 que solo recoge las conductas de constitución, financiamiento o integración en el grupo criminal. Pero dada la estrecha relación del grupo con la organización criminal, es probable que los casos más relevantes de constitución o financiación del grupo sean reconducibles a la organización criminal, mientras que, si no llega al nivel de concertación y coordinación que exige esta ni tiene una cierta permanencia en el tiempo, no tiene por qué ser tratado de forma diferente a las distintas formas de codelincuencia, sean estas constitutivas de coautoría, cooperación necesaria o complicidad, o la preparatoria de conspiración (2017: 773).

Por otro lado, resulta necesario descartar que con el artículo 317.º B se pretenda criminalizar de forma autónoma al concierto criminal. Sobre todo porque este último siempre ha sido regulado en el derecho penal nacional solamente como una circunstancia

agravante específica por pluralidad de agentes. Y, además, únicamente aplicable a determinados delitos cuando son cometidos conjuntamente por varias personas en condición de coautores. Asimismo, porque de haber sido aquella la intención del legislador, hubiera bastado con construir una fórmula legal menos equívoca y no adscribirle la inadecuada sumilla de «banda criminal». Esto es, habría sido suficiente con sancionar penalmente «a quienes se concierten para cometer delitos».

Pero, además, la redacción utilizada exige la presencia de un presupuesto negativo para que este raro delito se perfeccione, cual es que la unión delictiva constituida o integrada por sus autores no reúna «alguna o algunas de las características de la organización criminal dispuestas en el artículo 317.^o». ¿Cuáles o cuántas? Nada de ello se especifica en el artículo 317.^o-B ni se esclarece mínimamente en la «Exposición de motivos» de dicha norma. De allí que sea explicable el desconcierto, la incoherencia y la especulación hermenéutica que sobre sus características típicas se aprecia en los comentarios que se formulan a este confuso delito (Páucar 2017: 32-ss.; Guevara 2017: 51-ss.; Toyohama 2017: 74-ss.).

Ahora bien, debe agregarse a lo señalado que en la jurisprudencia española se han planteado algunas alternativas hermenéuticas no menos convincentes. Es así que en la Sentencia del Tribunal Supremo 134/2018, se ha llegado a sostener que «mientras que la organización criminal requiere necesariamente la concurrencia de ambos requisitos conjuntamente: estabilidad y reparto de tareas, el grupo criminal puede apreciarse cuando no concorra ninguno de ellos, o cuando concorra uno solo» (Llobet 2018: 443).

En cuanto a su calificación criminológica, este delito no tiene la más mínima relación con la tipología criminal que corresponde en la literatura especializada y en el derecho comparado a una «banda criminal», la cual reúne históricamente cuatro componentes

característicos: pluralidad de agentes, estructura jerárquica, continuidad delictiva y ejecución de delitos comunes violentos. En ese sentido, McIntosh se refería a estas rústicas organizaciones delictivas como representativas de una tipología a la que denominó «organización picaresca» y donde estaban considerados tanto los bandoleros como los piratas (2008: 35-41).

Pero, además, la banda criminal es una forma anacrónica de organización criminal, por lo que ya está técnicamente cubierta por la previsión del artículo 317.º del Código Penal. De allí que en el derecho penal alemán, donde se conserva también esta antigua denominación y se alude a delitos cometidos en banda, se ha procurado siempre diferenciarla de la asociación ilícita, que equivale a lo que nuestro derecho penal califica como organización criminal, tomando en cuenta un componente fundamental temporal. En ese sentido, Romero Sánchez destaca que

el actual concepto de banda en el derecho penal alemán está fundamentado en la prognosis abstracta resultante del acuerdo general y previamente establecido de varias personas para delinquir por un cierto tiempo, así como también en la peligrosidad concreta para el bien jurídico protegido, derivada de la comisión de un hecho punible por varios miembros de una banda (2015: 68).

Ahora bien, a diferencia del delito de organización criminal, en el de banda del artículo 317.º B, solo se han considerado dos conductas típicas: constituir o integrar. Se trata por tanto de un tipo penal alternativo. En el derecho penal español el delito de grupo criminal incluye también el acto de financiar (artículo 570, ter. 1).

En cuanto al sujeto activo, este puede ser cualquier persona que interviene en la unión o concertación que la ley establece como elementos constitutivos de la banda criminal. Sea que los agentes se unan y concierten para dar vida a la banda criminal o sea que lo hagan para integrarla adhiriéndose a ella luego de su constitución.

El sujeto pasivo también es indeterminado y se representa en el colectivo social que ve amenazado o comprometido su sosiego y paz con la fundación y la existencia de bandas criminales.

Las dos conductas criminalizadas tienen características diferentes y que se analizan a continuación.

Constituir una banda criminal. Alude a todo acto fundacional que debe involucrar cuando menos a dos personas que acuerdan constituir la banda con la finalidad compartida de que se dedique a cometer delitos. En tanto la norma no considera a los actos de organización como conductas alternas a la de constitución, ellos pueden ser comprendidos también por esta siempre que ello comporte, simplemente, establecer por consenso una estructura básica y un orden interno para la realización de sus fines delictivos.

Integrar una banda criminal. Comprende la simple adhesión material a la banda criminal y luego que ella ya se ha constituido. El integrante, por tanto, no está comprendido en la conducta anteriormente señalada. No obstante, el integrante puede también fungir funcionalmente como un organizador o promotor de la banda si realiza actos propios de dotar de un orden interno a la banda ya constituida o de impulsar su expansión, crecimiento y desarrollo operativo. Incluso si además de su incorporación en la banda interviniera aportando recursos financieros para su accionar, también incurriría en un acto de integración. En la doctrina española se postula igualmente una interpretación análoga, al precisar que «dichos sujetos han de entenderse consumidos en la modalidad genérica del integrante» (Llobet 2018: 443).

La tipicidad subjetiva de la banda criminal es como en el delito de organización criminal dolosa. Asimismo, se requiere también, como se mencionó anteriormente, de la concurrencia de una tendencia interna trascendente, la cual es indicada en la ley al exigirse que los actos de constitución o integración de la banda

criminal tengan «por finalidad o por objeto la comisión de delitos concertadamente».

El delito de banda criminal es de consumación permanente desde que se produjo su constitución o integración. En consecuencia, no se requiere que la banda, después de constituida o integrada, realice o disponga desde su interior la comisión de un delito concreto.

3.3. Penalidad

La penalidad establecida para el delito del artículo 317.º-B es conjunta e integra penas privativas de libertad con penas de multa. Para el delito de banda criminal no se han regulado circunstancias agravantes específicas. Esto último llama la atención, ya que en el derecho penal español, que sirvió de fuente al legislador peruano, sí se han regulado agravantes específicas sobre todo tomando en cuenta que «el grupo esté formado por un elevado número de personas, disponga de armas o instrumentos peligrosos o de medios tecnológicos aptos para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los culpables» (Llobet 2018: 444).

4. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES DE LEGE FERENDA

En una publicación anterior del año 2006, ya habíamos planteado algunas observaciones *de lege ferenda* respecto al texto del artículo 317.º. Ellas años más tarde fueron en gran medida atendidas por el legislador nacional (Prado 2006: 87-88). Lamentablemente, reformas recientes en dicho artículo, así como la inclusión del artículo 317.º-B, han puesto en evidencia notables deficiencias e inconsistencias, tanto teóricas como prácticas, que motivan que este artículo deba concluir señalando nuevas recomendaciones respecto a la actual regulación de los delitos de organización criminal y de banda criminal. Sobre todo, con la finalidad de promover las modificaciones legislativas necesarias para un mejor rendimiento de aquellas disposiciones penales.

En lo que concierne al **artículo 317.º** sobre organizaciones criminales, debe aligerarse su descripción típica de modo que solo se destaquen las conductas criminalizadas y la finalidad delictiva de la organización criminal; esto es, que se excluyan características adicionales que muy bien pueden ser desarrolladas por la doctrina o la jurisprudencia. Asimismo, se debe estructurar mejor el catálogo de circunstancias agravantes específicas e incluir una disposición que haga referencia a la punibilidad de las personas jurídicas que resulten involucradas con la configuración, accionar o encubrimiento de aquella. Se sugiere el siguiente texto alternativo:

El que promueve, organice, constituya, o integre una organización criminal de tres o más personas, destinada a cometer delitos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación no menor de cinco años, conforme al artículo 36.º, incisos 1), 2), 4) y 8).

La pena será no menor de quince ni mayor de veinte años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa, e inhabilitación no menor de ocho años, conforme al artículo 36.º, incisos 1), 2), 4) y 8) en los siguientes supuestos:

1. Cuando el agente tuviese la condición de líder, jefe, financista o dirigente de la organización criminal.
 2. Cuando la organización criminal esté destinada a la comisión de los delitos previstos en los artículos 108.º-C, 153.º, 153.º-B, 252.º, 303.º-A, 307.º-A, 308.º, 318.º-A, 384.º, 387.º, 393.º, 395.º, 397.º, 398.º, 400.º del Código Penal; artículos 1.º, 2.º y 3.º del Decreto Legislativo 1106; y artículo 4.º-A del Decreto Ley 25475.
 3. Cuando el agente fuese funcionario público.
 4. Cuando el agente fuese persona expuesta políticamente.
 5. Cuando se integren a la organización criminal a menores de edad.
- Si en la comisión del delito interviene, de cualquier manera, una persona jurídica para promoverlo, facilitarlo o encubrirlo se le deberán aplicar las consecuencias accesorias que correspondan al caso.

Por lo que respecta al **artículo 317.º-B**, referido a la banda criminal, la principal recomendación es que sea suprimido por ser innecesario y confuso. No obstante, también sería factible reformular su actual redacción típica para transformarlo en un nuevo delito dirigido a sancionar toda forma de conspiración criminal. Cabe recordar que esta modalidad delictiva ha sido requerida por la Convención de Palermo, pero el legislador nacional solo la ha considerado para el caso del sicariato (véase el artículo 108.º-D) y del tráfico ilícito de drogas (véase el artículo 296.º *in fine*). Al respecto debe mencionarse que en el artículo 571.º, del Proyecto de Código Penal de 2016, se ha propuesto la criminalización autónoma y genérica de un delito de conspiración para delinquir, en los términos siguientes: «El que toma parte en una conspiración de dos o más personas para promover, favorecer o facilitar la comisión de cualquiera de los delitos previstos en este código es reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años».

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALAN CASTILLO, David A. y MORI ANTO, Mayda Virginia (2018). «Coautoría en casos de órdenes dictadas por el superior en organizaciones criminales». *Actualidad Penal*, 24, 79-91.
- CARO CORIA, Carlos, REAÑO PESCHIERA, José Leandro y SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio (2002). *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir*. Lima: Jurista Editores.
- CASAS RAMÍREZ, Wilfredo (2017). «Organización criminal y su deslinde con otras acepciones semejantes». *Actualidad Penal*, 41, 165-183.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín (2013). «Ensayo de determinación de la autoría y participación en la criminalidad a través de organizaciones». En GONZÁLES RUS, Juan José (dir.). *La criminalidad organizada*. Valencia: Tirant lo Blanch, 65-70.
- GUEVARA VÁSQUEZ, Iván Pedro (2017). «A propósito del Decreto Legislativo n.º 1244». *Actualidad Penal*, 31, 37-58.
- LLOBET ANGLÍ, Mariona (2018). «Delitos contra el orden público». En SILVA SÁNCHEZ Jesús-María (dir.), RAGUÉS I VALLÉS, Ramón (coord.) (2018). *Lecciones de derecho penal. Parte especial*. 5.ª edición. Barcelona: Atelier, 425-449.
- MCINTOSH, Mary (2008). *La organización del crimen*. 4.ª reimpresión. México: Siglo XXI Editores.
- MUÑOZ CONDE, Francisco (2017). *Derecho penal. Parte especial*. 21.ª edición. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- PÁUCAR CHAPPA, Marcial Eloy (2017). «El delito de organización criminal y banda criminal en el Perú». *Actualidad Penal*, 31, 27-36.
- PODER JUDICIAL (1999). *Recurso de nulidad n.º 782-98*. Lima Norte: 14 de mayo de 1999.

- PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto (2006). *Criminalidad organizada*. Lima: Idemsa.
- ____ (2016). *Criminalidad organizada. Parte especial*. Lima: Instituto Pacífico.
- ROMERO SÁNCHEZ, Angélica (2015). *La asociación criminal y los delitos en banda en el derecho penal alemán. Fundamentos históricos, dogmáticos y de política criminal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- ROY FREYRE, LUIS E. (1983). *Derecho penal peruano. Tomo III. Parte especial. Delitos contra el patrimonio*. Lima: Instituto Peruano de Ciencias Penales.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (2005). «¿“Pertinencia” o “intervención”? Del delito de “pertinencia de una organización criminal” a la figura de la “participación a través de organización” en el delito». *Lusíada. Direito*, 3, 101-120.
- SILVA SÁNCHEZ Jesús-María (dir.), RAGUÉS I VALLÉS, Ramón (coord.) (2018). *Lecciones de derecho penal. Parte especial*. 5.^a edición. Barcelona: Atelier.
- TISNADO SOLÍS, Luis (2018). *Responsabilidad penal del abogado en los delitos de organización criminal*. Tomo IV. Lima: Grijley.
- TOYOHAMA ARAKAKI, Miguel (2017). «El delito de organización criminal. Comentarios a partir del Decreto Legislativo n.º 1244». *Actualidad Penal*, 31, 74-59-76.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A. (2013). *Derecho penal. Parte general*. Lima: Grijley.

Revista Oficial del Poder Judicial

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

Vol. 9, n.º 11, enero-junio, 2019, 93-118

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.v9i11.4>

La licencia y la cuota sindicales en la legislación peruana

License and union fees
in Peruvian legislation



JAVIER ARÉVALO VELA

Corte Suprema de Justicia de la República del Perú
(Lima, Perú)

Contacto: jarevalo@pj.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0002-3827-8740>

RESUMEN

En el presente artículo se desarrolla la regulación de la licencia y de la cuota sindicales como derechos de los dirigentes y de la organización sindical en el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por el Decreto Supremo n.º 010-2003-TR, publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 5 de octubre de 2003 (en adelante TUOLRCT) y su reglamento.

Palabras clave: derecho sindical, licencia sindical, cuota sindical.

ABSTRACT

This article develops the regulation of the union license and fees as the rights of the leaders and of the trade union organization in the Consolidated Text of the Collective Labor Relations Act, as approved by Supreme Decree No. 010-2003-TR, published in the Official Gazette *El Peruano* on October 5, 2003 (hereinafter TUOLRCT) and its regulations.

Key words: union law, union license, union fees.

Recibido: 15/05/19 Aceptado: 25/05/19

1. LA LICENCIA SINDICAL

1.1. Introducción

Según el inciso 1 del artículo 28 de la Constitución Política del Perú, el Estado garantiza el derecho a la libertad sindical. Esta garantía se manifiesta no solo en la protección de los dirigentes frente a los actos antisindicales, sino también en el reconocimiento de ciertas prerrogativas para que dichos dirigentes puedan ejercer de modo eficaz su actividad de representación, así como en facilidades para el funcionamiento de la organización sindical. Entre estas facilidades están la licencia o permiso sindical y la cuota sindical.

El Decreto Supremo n.º 003-2017-TR, publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 6 de marzo de 2017, incorporó el artículo 16-A al Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por el Decreto Supremo n.º 011-92-TR; mientras que el Decreto Supremo n.º 003-2019-TR, publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 7 de febrero de 2019, modificó el artículo 16 y el literal d del artículo 16-A del referido Reglamento, estableciendo nuevas disposiciones en cuanto a la regulación de la licencia sindical para actos de concurrencia obligatoria y el pago de la cuota sindical, que han pasado a tener una nueva redacción.

1.2. Precisiones sobre el término licencia sindical

El tema de la licencia sindical, como bien nos dice el profesor Elías (1995: 109), es polémico; enfrentando, por un lado, los intereses patronales de lograr que el dirigente sindical labore el total de la jornada por la cual es remunerado y, de otro lado, los intereses de los dirigentes que buscan liberarse de trabajar, manteniendo el íntegro de sus remuneraciones y demás beneficios.

Tanto en el derecho comparado como en la doctrina, la palabra «licencia sindical» encuentra también como sinónimos a las expresiones «permiso sindical», «crédito de horas retribuidas», «tiempo libre sindical», «permiso gremial», «licencia gremial», entre otras.

Nuestro derecho positivo considera como sinónimos los conceptos de licencia y permiso sindical (artículo 15 del Decreto Supremo n.º 011-92-TR).

1.3. Definición de licencia sindical

Aunque siempre el definir algún concepto jurídico resulta difícil, a continuación, presentaremos algunas definiciones de distintos autores para luego formular la nuestra.

Según Etala:

Esta licencia, denominada habitualmente «licencia gremial», consiste en la suspensión de ciertos efectos del contrato de trabajo que se verifican sin necesidad de autorización del empleador; cuando las obligaciones derivadas del cargo que el representante desempeña, exigen una dedicación exclusiva a su función que resulta de hecho incompatible con el cumplimiento simultáneo de las obligaciones emergentes del contrato de trabajo (2001: 213).

A su vez, Haro nos dice que «La licencia sindical es la facultad que tienen los trabajadores de ausentarse de sus labores en su centro de

trabajo para ejercer las funciones inherentes a su responsabilidad sindical» (2004: 155).

Rendón sostiene lo siguiente: «La licencia sindical puede ser definida como la facultad de los dirigentes sindicales de ausentarse de sus labores en la empresa, como trabajadores, para ejercitar las funciones inherentes a su calidad de dirigentes de la organización sindical» (2014: 124).

Por nuestra parte, definiremos la licencia o permiso sindical como el tiempo libre remunerado que se concede a los dirigentes sindicales para ausentarse de su puesto de labores dentro de la jornada de trabajo, a efectos de desempeñar actos de representación propios del cargo dirigenal que ostentan dentro del sindicato.

La Recomendación n.º 143 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) considera el permiso sindical como una de las facilidades que debe otorgarse a los representantes de los trabajadores para desempeñar eficazmente sus tareas de representación, sin pérdida de salario ni de prestaciones u otras ventajas sociales (párrafo 10, apartado 1).

Respecto a la licencia sindical, Martín nos dice lo siguiente:

Su naturaleza de «crédito» significa que el representante puede utilizar esas horas hasta el límite que corresponda en la medida que lo necesite para el ejercicio de su función, sin que necesariamente agote cada mes el máximo establecido. [...] el representante está facultado para utilizar ese tiempo en funciones propias de su cargo «previo aviso y justificación» al empresario (2002: 315).

El Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT respecto a los permisos sindicales considera lo siguiente:

1110. Al examinar un alegato relativo a la negativa de conceder tiempo libre para participar en reuniones sindicales, el Comité recordó que si bien hay que tener en cuenta las características

del sistema de relaciones de trabajo en un país y si la concesión de esas facilidades no debe trabar el funcionamiento eficaz de la empresa, el párrafo 10, apartado 1), de la Recomendación sobre la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores, 1971 (núm. 143), prevé que en la empresa esos representantes deberían disfrutar, sin pérdida de salario ni de prestaciones u otras ventajas sociales, del tiempo necesario para desempeñar las tareas de representación. El apartado 2) del mismo párrafo añade que, si bien podría exigirse al representante de los trabajadores la obtención de un permiso de sus superiores antes de tomar tiempo libre, dicho permiso no debería ser negado sin justo motivo (OIT 2006: 241-242).

La licencia sindical no es una potestad del empleador sino un derecho de los dirigentes sindicales que debe ser respetado por su principal. Al respecto, la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (en adelante Sunafil) ha dicho lo siguiente:

[...] en el tema de las licencias sindicales no nos encontramos ante una facultad del empleador, quien en ejercicio de su poder de dirección podría autorizarlas o denegarlas sino que por mandato imperativo de la ley se encuentra obligado a otorgarlas siempre que estén referidos a asistir a reuniones, cursos de formación, seminarios, congresos y conferencias sindicales (2014).

1.4. Clases de licencia sindical

La Corte Suprema de Justicia de la República ha interpretado el artículo 32 del TUOLRCT en los términos siguientes:

La licencia o permiso sindical puede tener origen convencional o legal, entendiéndose lo siguiente:

- a) La licencia sindical convencional tiene como su fuente el acuerdo entre la organización representativa de los trabajadores y el empleador, debiendo plasmarse sus alcances en un convenio colectivo.

- b) La licencia sindical legal es aquella que se otorga ante la falta de un convenio colectivo que regule los permisos sindicales, solo se otorga a los dirigentes para actos de asistencia obligatoria con un límite de treinta días calendario por cada año y por dirigente, el exceso será considerado como licencia sin goce de remuneraciones y demás beneficios (Poder Judicial 2017: considerando décimo).

1.4.1. La licencia sindical convencional

El TUOLRCT reserva a la convención colectiva el establecer las estipulaciones tendientes a facilitar las actividades sindicales en lo relativo a reuniones, comunicaciones, permisos y licencias (primer párrafo del artículo 32 del TUOLRCT).

Por lo tanto, se puede afirmar que la primera fuente del permiso o licencia sindical es la convención colectiva, debiendo aplicarse para su ejercicio lo que en ella se pacte y solo a falta de esta se debe recurrir a lo previsto en la ley.

1.4.2. Licencia sindical legal

El TUOLRCT legisla que, ante la falta de convención colectiva que regule la licencia sindical, esta facilidad se otorgue para la asistencia a actos de concurrencia obligatoria a los dirigentes que el Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo señale, con un límite de treinta (30) días naturales por año calendario por dirigente, el exceso será considerado como licencia sin goce de remuneraciones y demás beneficios. Este límite no se aplicará cuando exista costumbre o convenio colectivo más favorable (segundo párrafo del artículo 32 del TUOLRCT).

El nuevo texto del artículo 16 del Reglamento, modificado por el Decreto Supremo n.º 003-2019-TR, introduce un concepto más amplio sobre los actos de concurrencia obligatoria de representación sindical, debiendo entenderse como tales, a modo

enunciativo y no limitativo: los convocados oficialmente por la autoridad judicial, policial o administrativa en ejercicio de sus funciones, los acordados por las partes en convención colectiva y la participación en reuniones de la organización sindical.

1.5. Forma de ejercicio de la licencia sindical

En el caso de que no exista acuerdo entre las partes en el ejercicio de la licencia sindical para actos de concurrencia obligatoria, se deberá comunicar el uso de esta al empleador con una antelación no menor a veinticuatro horas, salvo que por causas imprevisibles o de fuerza mayor no sea posible cumplir con tal anticipación (tercer párrafo del artículo 16 del Decreto Supremo n.º 011-92-TR, modificado por el Decreto Supremo n.º 003-2019-TR).

1.6. Dirigentes con derecho a solicitar licencia sindical

Según la modificatoria introducida al artículo 16 del Decreto Supremo n.º 011-92-TR por el Decreto Supremo n.º 003-2019-TR, los dirigentes con derecho a solicitar permiso del empleador para asistir a actos de concurrencia obligatoria serán los siguientes:

En el caso de las organizaciones sindicales de primer grado:
Secretario general;
Secretario adjunto, o quien haga sus veces;
Secretario de Defensa; y,
Secretario de Organización.

Cuando la organización sindical afilie entre veinte (20) o cincuenta (50) trabajadores, el permiso sindical se limitará al secretario general y el secretario de defensa.

En el caso de las federaciones de ámbito regional y nacional, se concederán licencias a seis (06) dirigentes; otorgándose licencia para un dirigente adicional por cada tres (03) sindicatos afiliados

adicionales a los necesarios para la constitución de una federación, con un máximo de doce (12) dirigentes.

En el caso de las confederaciones, se concederán licencias a doce (12) dirigentes; otorgándose licencia sindical para un (01) dirigente adicional por cada tres (03) federaciones en adición a las necesarias para la constitución de una confederación o cada tres (03) sindicatos nacionales afiliados o una combinación de estos, con un máximo de quince (15) dirigentes.

Las licencias sindicales se consideran en función del cargo ocupado y no de la persona.

Los sindicatos, las federaciones y las confederaciones deben comunicar a los empleadores y a la Autoridad Administrativa de Trabajo la relación de dirigentes con derecho a licencia sindical.

La acreditación de los sindicatos y federaciones afiliadas a organizaciones de grado superior será emitida por la Subdirección de Registros Generales o quien haga sus veces.

La organización sindical podrá distribuir las licencias de acuerdo a sus fines y prioridades institucionales, pudiendo, incluso, acumularlas en uno o más dirigentes.

En ningún caso esta regulación contravendrá las condiciones o beneficios más favorables obtenidos por convenio colectivo o costumbre.

En caso la duración de las licencias supere el límite temporal máximo, la Sunafil (2015) ha establecido lo siguiente:

[...] el límite temporal máximo de la licencia sindical de treinta (30) días naturales por año calendario, por dirigente, no implica que en caso el organismo sindical solicite licencia sindical superando el tope legal, a falta de convenio más favorable, el empleador pueda denegar el otorgamiento de la licencia sindical. En este caso cuando se solicite licencia sindical por un plazo que supere el tope

legal, el empleador igualmente debe otorgar la misma pero sin el goce de haberes.

1.7. Licencia de dirigentes integrantes de la comisión negociadora del pliego de reclamos

El artículo 17 del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo n.º 011-92-TR, establece lo siguiente:

Artículo 17.- No será computable dentro del límite de los treinta (30) días a que hace referencia el artículo 32 de la Ley, la asistencia de los dirigentes sindicales que sean miembros de la Comisión Negociadora, a las reuniones que se produzcan durante todo el trámite de la Negociación Colectiva o ante citaciones judiciales, policiales y administrativas por acciones promovidas por el empleador.

Al respecto, la Sunafil (2015) al resolver un caso en que se discutía el tema de la licencia sindical ha establecido lo siguiente:

8. En el presente caso, previamente debemos precisar que la licencia sindical corresponde a los dirigentes en atención a su condición de representantes de todos los trabajadores afiliados al organismo sindical, de conformidad con lo señalado en el precitado artículo 16º. También tienen derecho a la licencia sindical los integrantes de la Comisión Negociadora para el trámite de la misma y por acciones promovidas por el empleador relacionadas a las mismas, de acuerdo al artículo 17º antes mencionado.

9. El artículo 17º es claro al precisar que si un dirigente sindical es, a su vez, miembro de la Comisión Negociadora la licencia solicitada para el trámite de la Negociación Colectiva no puede ser computada dentro del plazo máximo de treinta (30) días hábiles que le corresponde en su condición de dirigente sindical, distinta a la licencia sindical que le corresponde en calidad de miembro de la Comisión Negociadora, la misma que no tiene un plazo máximo

puesto que el otorgamiento de la misma se encuentra supeditado al tiempo que demande el trámite de la Negociación, incluyendo sus etapas de Trato Directo, Conciliación Administrativa, Arbitraje o Huelga, incluyendo los trámites derivados de la tramitación de la misma, como puede ser la oposición a la presentación del Pliego de Reclamos, la negativa a brindar información de la situación económica financiera y otra promovida por el empleador.

10. La norma resulta totalmente clara, puesto que, en ningún extremo de la misma se precisa que las reuniones en el trámite de la Negociación Colectiva no son actos de concurrencia obligatoria. Afirmar ello, desconocería la protección establecida en el artículo 28° de la Constitución Política que reconoce y fomenta la negociación colectiva. Los miembros de la Comisión Negociadora tienen licencia sindical para asistir a todas las reuniones en el trámite de la Negociación Colectiva, desde su inicio hasta el término de la misma.

1.8. Comunicación al empleador y a la Autoridad Administrativa de Trabajo

En el caso de los dirigentes sindicales que gozan de licencia para asistir a actos de concurrencia obligatoria, así como los que participen de la comisión negociadora, la organización sindical deberá comunicar al empleador y a la Autoridad Administrativa de Trabajo los nombres y cargos de los dirigentes sindicales sujetos al beneficio de licencia sindical (artículo 18 del Decreto Supremo n.º 011-92-TR).

1.9. Forma de cómputo del permiso sindical

El permiso sindical se calcula con una periodicidad anual, por lo que en caso de renuncia o vacancia de un dirigente sindical, quien asuma sus funciones hará uso del tiempo de licencia restante que no hubiere sido agotado (artículo 19 del Decreto Supremo n.º 011-92-TR).

1.10. Prohibición de licencia sindical por acto o norma administrativa

De acuerdo con el TUOLRCT existe la prohibición de que se modifiquen o se otorguen permisos o licencias sindicales por acto o norma administrativa (último párrafo del artículo 32 del TUOLRCT).

1.11. Licencia prevista en el Decreto Ley n.º 14481

El Decreto Ley n.º 14481, publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 14 de mayo de 1963, otorgó licencias a los trabajadores que seleccione el Centro de Estudios Laborales del Perú y a los delegados de los trabajadores que integren el Consejo Nacional del Trabajo o Comisiones Oficiales.

Sobre este tipo de licencias, la Dirección General de Trabajo absolviendo una consulta sobre los alcances de la licencia otorgada por el Decreto Ley n.º 14481 expresó lo siguiente:

El Decreto Ley N° 14481 contiene dos disposiciones, en la primera de ellas (artículo 1º) se establece que los trabajadores que seleccione el centro de estudios laborales del Perú, para que sigan cursos de formación social o sindical, en Lima o en Provincias, no perderán sus salarios y demás beneficios sociales por el tiempo que dejen de trabajar para asistir a dichos cursos.

De otro lado, el artículo 2º de la misma norma señala que los delegados de los trabajadores que integren el Consejo Nacional de Trabajo o comisiones oficiales, encargados de estudiar problemas de interés general o nacional, gozarán de igual protección social durante los días en que asistan a las sesiones que convoque la institución u organismo correspondiente.

La norma objeto de análisis data del año 1963, y regula en esencia dos tipos de licencia sindical: la primera dirigida a facilitar la asistencia de los «delegados» de los trabajadores previamente seleccionados por el extinto Centro de Estudios Laborales del Perú para seguir cursos de formación sindical o social y la segunda

dirigida a facilitar la participación de los mismos «delegados» en el Consejo Nacional de Trabajo, ahora sustituido por el Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo (Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo 2011).

En cuanto a la vigencia de las licencias otorgadas conforme al Decreto Ley n.º 14481, en la absolución de consulta mencionada la Dirección General de Trabajo señaló lo siguiente:

Consecuentemente, las licencias establecidas en el Decreto Ley N° 14481 mantienen vigencia plena, ello no impide que a partir de una nueva regulación normativa complementaria a través de un decreto supremo, se establezcan reglas para regular su ejercicio y hacerlo armónico en relación a otras licencias propias de las relaciones colectivas de trabajo, lo que no significa de modo alguno que, en tanto no se produzca su reglamentación, el derecho pierda su vigencia y exigibilidad a los sujetos laborales que participan en el diálogo social (Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo 2011).

1.12. Licencia sindical especial por diálogo socio laboral

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 16 del Decreto Supremo n.º 011-92-TR, en concordancia con el Decreto Ley n.º 14481, los dirigentes de los sindicatos, federaciones y confederaciones, así como los representantes de los trabajadores designados por estos, que se encuentren acreditados para participar en espacios de diálogo socio laboral, de naturaleza bipartita o tripartita, que tengan la calidad de comisiones oficiales, dentro de las cuales se estudien los problemas de interés general o nacional, tendrán derecho a una licencia de dos (02) días por cada convocatoria que requiera su participación. En los casos en que para su asistencia requieran trasladarse a localidades donde el viaje no pueda realizarse el mismo día de la licencia concedida, el empleador deberá otorgar un (01) día adicional de permiso (primer párrafo

de la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo n.º 003-2019-TR).

De acuerdo con el segundo párrafo de la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo n.º 003-2019-TR, los espacios de diálogo a los que hace referencia comprenden, entre otros, los siguientes:

[...] al Foro del Acuerdo Nacional, el Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo y sus comisiones técnicas, el Consejo Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo y sus comisiones técnicas, el Comité Directivo Nacional para la Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil y la Comisión Nacional para la Lucha contra el Trabajo Forzoso. Así como aquellos otros espacios de diálogo socio laboral, promovidos por entidades del Estado, que cuenten con la participación del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, de alcance regional, nacional o internacional a los que los dirigentes sindicales o sus representantes sean convocados.

1.13. Sanciones por incumplimiento de concesión de licencia sindical

El numeral 25.10 del artículo 25 del Reglamento de la Ley n.º 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, aprobado por el Decreto Supremo n.º 019-2006-TR, publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 29 de octubre de 2006, modificado por el artículo 2 del Decreto Supremo n.º 007-2017-TR, tipifica como una infracción grave la siguiente:

25.10 La realización de actos que afecten la libertad sindical del trabajador o de la organización de trabajadores, tales como aquellos que impiden la libre afiliación a una organización sindical, promuevan la desafiliación de la misma, impidan la constitución de sindicatos, obstaculicen a la representación sindical, utilicen contratos de trabajo sujetos a modalidad para afectar la libertad sindical, la negociación colectiva y el ejercicio del derecho de

huelga, o supuestos de intermediación laboral fraudulenta, o cualquier otro acto de interferencia en la organización de sindicatos.

El artículo citado considera como una infracción grave en materia de relaciones laborales los actos que obstaculicen la representación sindical, dentro de los cuales se encuentra la negativa del empleador a otorgar la licencia sindical, pues, es en uso de este permiso que los dirigentes sindicales ejercen el derecho de libertad sindical.

2. LA CUOTA SINDICAL

2.1. Introducción

Si bien es cierto los sindicatos son organizaciones que no persiguen el lucro; sin embargo, para cumplir con los fines para los que fueron constituidos necesitan contar con recursos económicos que les permitan afrontar los gastos en que incurren, tales como el mantenimiento del local sindical, útiles de oficina, impresiones, pago de asesores, cuotas a organismos sindicales de grado superior, entre otros, para ello deben contar con un patrimonio sindical.

Según la legislación vigente, el patrimonio sindical está conformado por las cuotas y contribuciones sindicales, fijadas como obligatorias por el estatuto, las contribuciones voluntarias de sus miembros y terceros, así como los bienes que adquieran a título gratuito u oneroso (artículo 27 del TUOLRCT); sin lugar a dudas, de los conceptos mencionados como integrantes del patrimonio sindical, el más importante es la cuota sindical.

Sobre la importancia de que los asociados a un sindicato paguen su cuota sindical, La Hoz nos dice lo siguiente:

[...] la regularidad con que los asociados paguen sus cotizaciones es cuestión de capital importancia para la vida de una organización de trabajadores. Si las cotizaciones son insuficientes o irregulares,

es probable que el sindicato no pueda desarrollarse ni llevar a cabo una acción eficaz de defensa de los intereses de sus miembros (1976: 353).

La cuota sindical nace con las primeras organizaciones sindicales en las cuales los trabajadores aportaban directamente una suma de dinero mano a mano a favor de su organización gremial.

En el Perú, la Ley n.º 15171, publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 24 de octubre de 1964, estableció la obligación patronal de deducir por planilla de pago las sumas que, por concepto de cuotas sindicales ordinarias y extraordinarias, le fuesen solicitadas por los sindicatos, así como aquellas destinadas a la constitución y fomento de las cooperativas formadas por los trabajadores sindicalizados.

2.2. Precisiones sobre el término cuota sindical

Tanto en el derecho comparado como en la doctrina, la expresión «cuota sindical» encuentra también como sinónimos a las expresiones «cotización sindical», «cuota gremial», entre otras.

En nuestro derecho positivo encontramos que el artículo 28 del TUOLRCT utiliza la expresión cuota sindical.

2.3. Definición de cuota sindical

A continuación, presentaremos algunas definiciones de distintos autores para luego formular la nuestra.

Según Ramírez, la cuota sindical viene a ser la «Contribución periódica que hacen los miembros de las organizaciones sindicales para el sostenimiento de estas y para la realización de sus finalidades de solidaridad social» (s. f.).

Etala define la cuota sindical en los términos siguientes: «Las cuotas o cotizaciones son los aportes monetarios que los afiliados,

por su sola condición de miembros de la asociación, pagan a la entidad sindical con la finalidad de sostener sus actividades» (2001: 265).

De acuerdo con Ospina:

La principal fuente de financiamiento de las organizaciones sindicales son las cuotas que pagan sus afiliados, y así debe ser para que puedan mantener su independencia, sin depender de financiamientos que puedan condicionarlas. [...] Todas las clases de cuotas deben estar especificadas en los estatutos, y ser votadas en las asambleas estatutarias por las mayorías exigidas por la ley; el empleador tiene la obligación de deducirlas de los salarios de los socios para ponerlas a disposición de la organización sindical. Este es un caso claro en el que se pueden hacer descuentos del salario de los trabajadores (2005: 106).

Podemos definir la cuota sindical como aquella contribución pecuniaria efectuada por los afiliados a la organización sindical, mediante la cual se garantiza la supervivencia del sindicato, facilitando de esta manera su funcionamiento, así como la consecución de sus objetivos en beneficio de sus adeptos.

2.4. Clases de cuota sindical

A continuación, citaremos algunas de las clasificaciones efectuadas por la doctrina para finalmente realizar una propia.

Según Boza y otros, las cuotas sindicales pueden adoptar las formas siguientes:

- i) Cuotas sindicales legales: de la forma que lo determinen las normas legales que las institucionalicen. Lo cual podría constituir una injerencia estatal.
- ii) Cuotas sindicales ordinarias: siempre que se mantenga una afiliación activa al sindicato.

iii) Cuotas sindicales extraordinarias: siempre y cuando sean comunes a todos los miembros del sindicato. Limitación criticable en el supuesto que dicha cuota haya sido expresamente aceptada por aquellos militantes a quienes afecta la misma.

iv) Contribuciones destinadas a la constitución y fomento de cooperativas de trabajadores sindicalizados: siempre y cuando sean comunes a todos los militantes sindicales cooperativistas (1994: 68).

Por su parte, Etala presenta la clasificación de la cuota sindical en los términos siguientes:

Como la misma ley se encarga de clasificarlas, las cuotas o cotizaciones pueden ser ordinarias o extraordinarias. Son cuotas ordinarias las que, fijadas por las asambleas o congresos de la asociación sindical, aportan regularmente (por lo general en forma mensual) los afiliados para el sostenimiento de la administración normal de la entidad sindical. Son, en cambio, cuotas extraordinarias las que, fijadas también por las asambleas o congresos de la asociación sindical, son decididas excepcionalmente para atender una necesidad determinada no habitual de la administración sindical.

Se trata, por ejemplo, de superar una dificultad financiera impostergable, afrontar la creación de una biblioteca, la construcción de una guardería infantil o de un hotel de turismo, etcétera (2001: 265).

Por nuestra parte, consideramos que la cuota sindical puede ser legal, ordinaria y extraordinaria.

2.4.1. La cuota sindical legal

Es aquella que se establece mediante una norma jurídica estatal. Un ejemplo de este tipo de cuota fue la que estableció el Decreto Supremo n.º 039-90-TR del 27 de junio de 1990, la cual autorizaba a los empleadores de los centros de trabajo en los que existían

organizaciones sindicales, sin importar el nivel, a descontar el 1 % de la remuneración regular que percibía cada trabajador afiliado por concepto de cuota sindical. Dicho monto era distribuido proporcionalmente en sus correspondientes niveles a razón del 50 % para la organización sindical del centro de trabajo, 25 % para la federación que designara el sindicato y a la que se encontraba afiliado y 25 % para la confederación respectiva.

2.4.2. La cuota sindical ordinaria

La cuota sindical ordinaria es aquella suma retenida de la remuneración del trabajador de manera habitual por el empleador, cuyo destino es cubrir las necesidades permanentes de la organización sindical.

La cuota sindical ordinaria debe ser establecida en el estatuto de la organización sindical resultando exigible al trabajador mientras se mantenga como miembro activo de la misma.

2.4.3. La cuota sindical extraordinaria

La cuota sindical extraordinaria es aquel monto retenido por el empleador de la remuneración del trabajador para atender necesidades ocasionales o imprevistas.

El TUOLRCT exige que para que el empleador pueda retener la cuota sindical extraordinaria, esta debe ser común a todos los afiliados (artículo 28).

2.5. Procedencia del descuento por cuota sindical

Como sabemos, las remuneraciones solo pueden ser reducidas o gravadas por mandato legal o judicial; sin embargo, la legislación faculta que con autorización del trabajador y a solicitud del sindicato, el empleador puede deducir el monto correspondiente a la cuota sindical.

El artículo 28 del TUOLRCT establece lo siguiente:

Artículo 28.- El empleador, a pedido del sindicato y con la autorización escrita del trabajador sindicalizado, está obligado a deducir de las remuneraciones las cuotas sindicales legales, ordinarias y extraordinarias, en este último caso, cuando sean comunes a todos los afiliados. Similar obligación rige respecto de aquellas contribuciones destinadas a la constitución y fomento de las cooperativas formadas por los trabajadores sindicalizados.

Del contenido del artículo citado podemos concluir que, para la procedencia del descuento por concepto de cuota sindical de la remuneración de los trabajadores, deben cumplirse los siguientes requisitos:

- a) Solicitud cursada por el organismo sindical al empleador.
- b) Autorización expresa del trabajador sindicalizado.
- c) Y, en caso de tratarse de cuotas extraordinarias, que sean comunes a todos los afiliados.

Elías comentando este dispositivo legal nos dice lo siguiente:

Este artículo sustituye lo que estaba regulado en la Ley 15171 por la cual se le obligaba, previo cumplimiento de determinados requisitos señalados en dicho dispositivo, a retener las cuotas sindicales de la remuneración de los trabajadores, para entregar las mismas a la organización sindical.

El espíritu de la norma es facilitar la cobranza de las cuotas sindicales en la fuente, esto es del pago de la remuneración, lo que constituye una facilidad de gran importancia para el sindicato relevándolo del esfuerzo de cobranza individual que no siempre resulta fácil de cumplir por la renuencia natural de todo trabajador de sufrir un recorte en su remuneración (1995: 93).

Sobre la posibilidad de que el empleador unilateralmente deje de descontar los aportes por cuota sindical, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha señalado lo siguiente:

Que, teniendo en cuenta el ámbito de representación del Sindicato, la Empresa demandada de conformidad a los artículos veintiocho y veintinueve del Decreto Ley veinticinco mil quinientos noventitrés está obligada a deducir de las remuneraciones de sus trabajadores las cuotas sindicales entregadas al sindicato, ya que no existe petición de los trabajadores o del mismo sindicato para que se suspendan.

El empleador ha incurrido en un error de interpretación del artículo veintinueve del Decreto Ley veinticinco mil quinientos noventitrés al no disponer la entrega de las cuotas sindicales ya retenidas a favor del sindicato demandante (Poder Judicial 2001).

2.6. Procedimiento para el descuento de la cuota sindical

El artículo 16-A, incorporado al Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo por el Decreto Supremo n.º 003-2017-TR, establece el procedimiento siguiente:

a) Solicitud al empleador

La organización sindical deberá presentar al empleador por única vez el apartado de los estatutos o el acta de asamblea en el que se establezca la cuota ordinaria o extraordinaria, así como sus eventuales modificaciones; la relación y/o comunicación de trabajadores afiliados; y, la autorización de descuento por planilla de la cuota sindical firmada por cada uno de los trabajadores comprendidos en la comunicación (literal a del artículo 16-A, incorporado por Decreto Supremo n.º 003-2017-TR).

Sobre la autorización previa por escrito del trabajador para el descuento de la cuota sindical, el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT ha considerado lo siguiente: «476. La exigencia de que los trabajadores hiciesen constar por

escrito su afiliación sindical como condición previa para que se procediera al descuento de las cuotas sindicales en nómina no viola los principios de la libertad sindical» (2006: 105).

b) Depósito del monto de la cuota sindical en una entidad del sistema financiero

Toda organización sindical perceptora de la cuota sindical debe proceder a la apertura de una cuenta en el sistema financiero. El registro sindical otorga a la organización sindical personería para efectos de ser titular de una cuenta en el sistema financiero (literal b del artículo 16-A, incorporado por el Decreto Supremo n.º 003-2017-TR).

El empleador está obligado a realizar el depósito de las cuotas retenidas en una cuenta del sistema financiero de titularidad de la organización sindical en un plazo no mayor de tres (03) días hábiles de efectuada la retención. Está prohibido el pago de las cuotas retenidas en cualquier otra modalidad bajo sanción administrativa, de conformidad con lo establecido en la Ley General de Inspección del Trabajo y su Reglamento (literal c del artículo 16-A, incorporado por el Decreto Supremo n.º 003-2017-TR).

Si la organización sindical no es titular de una cuenta del sistema financiero, el empleador que retiene la cuota sindical se constituye en depositario hasta que la organización sindical le comunique la cuenta de su titularidad. Mientras dure esta situación no se genera ningún tipo de interés u otro beneficio en favor de ninguna de las partes (literal f del artículo 16-A, incorporado por el Decreto Supremo n.º 003-2017-TR).

c) Cuotas sindicales a organismos de grado superior

Según el literal d del artículo 16-A del Reglamento, modificado por el Decreto Supremo n.º 003-2019-TR, las federaciones y

confederaciones deberán comunicar a los empleadores de sus afiliados lo siguiente:

- (i) el apartado de los estatutos o el acta de la asamblea general de la organización de grado superior en el que se establezca la cuota sindical;
- (ii) la toma de conocimiento o aceptación del estatuto o acta de asamblea indicada en el numeral anterior, por parte del secretario general de la organización afiliada;
- (iii) el monto o la proporción correspondiente de la cuota sindical;
- (iv) la cuenta de la entidad del sistema financiero donde se efectúe dicho depósito.

La retención y depósito de la cuota sindical, conforme a la comunicación señalada en el párrafo anterior, exime de responsabilidad al empleador por los depósitos efectuados. Tampoco existe responsabilidad del empleador por la retención y pago de la cuota sindical a una federación o confederación que ya no corresponde, si la organización sindical no informa oportunamente su desafiliación o el cambio de organización de grado superior.

En supuestos de cambio de organización superior, debe cumplirse con la comunicación señalada en el literal d) para que el empleador proceda con la retención y liquidación de la cuota sindical.

En todos los casos, el pago a la cuenta de la entidad del sistema financiero se realiza conforme al literal c) del presente artículo.

d) Registro de descuentos por cuota sindical

El empleador debe registrar el monto de descuento por cuota sindical en la planilla electrónica, indicando el número de Registro Sindical o el número de Registro Único de Contribuyente (RUC) de la organización sindical u organizaciones sindicales, según corresponda (literal e del artículo 16-A, incorporado por el Decreto Supremo n.º 003-2017-TR).

e) Revocatoria de la autorización de descuento de la cuota sindical

Para revocar la autorización de descuento por planilla de la cuota sindical, el trabajador deberá presentar a su empleador un documento que acredite su desafiliación de la organización sindical correspondiente, sin perjuicio de la obligación de la organización sindical de informar oportunamente al empleador sobre la desafiliación (literal e del artículo 16-A, incorporado por el Decreto Supremo n.º 003-2017-TR).

f) Aportes a organizaciones de grado superior

En caso la organización sindical se encuentre afiliada a organizaciones de grado superior, se seguirán las mismas reglas en lo que resulte aplicable (último párrafo del artículo 16- A, incorporado por el Decreto Supremo n.º 003-2017-TR).

2.7. Sanciones por incumplimiento del descuento y entrega de la cuota sindical

El numeral 24.10 del artículo 24 del Reglamento de la Ley n.º 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, aprobado por el Decreto Supremo n.º 019-2006-TR, citado anteriormente, tipifica como una infracción grave en materia de relaciones laborales la siguiente: «El incumplimiento de las disposiciones relacionadas con el descuento y la entrega de cuotas sindicales y contribuciones destinadas a la constitución y fomento de las cooperativas formadas por los trabajadores sindicalizados».

El artículo en mención considera como una infracción grave en materia de relaciones laborales el incumplimiento de la retención y depósito en una entidad financiera de la cuota sindical, pues, dicho proceder atenta contra la subsistencia del sindicato como tal, debido a que impide que pueda acceder a los medios económicos que faciliten el cumplimiento de los fines para los cuales fue

constituido. De igual modo, considera que todo incumplimiento en el descuento o entrega de las contribuciones destinadas a la constitución y fomento de las cooperativas de trabajadores sindicalizados constituye falta grave.

3. CONCLUSIONES

1. La licencia y la cuota sindicales son una forma de garantizar el libre ejercicio del derecho a la libertad sindical, puesto que permiten a los dirigentes gremiales realizar con efectividad sus funciones de representación de los demás trabajadores, así como a las organizaciones sindicales contar con recursos para su funcionamiento.
2. La convención colectiva resulta ser el mejor instrumento para la regulación de las licencias sindicales derivadas del derecho a la libertad sindical.
3. El Decreto Supremo n.º 003-2017-TR, que introduce el artículo 16-A en el Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por el Decreto Supremo n.º 011-92-TR, acertadamente ha llenado los vacíos que existían en la regulación de los descuentos por pago de cuota sindical y las licencias sindicales.
4. El Decreto Supremo n.º 003-2019-TR modificó el artículo 16 y el literal d del artículo 16-A del Decreto Supremo n.º 011-92-TR, perfeccionando la regulación de la licencia sindical en lo relativo al diálogo social al precisar los espacios en que resulta aplicable.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOZA PRO, Guillermo *et al.* (1994). *Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo comentada*. Lima: Consultores Jurídicos Asociados.
- ELÍAS MANTERO, Fernando (1995). *Derecho laboral: relaciones colectivas de trabajo*. Lima: Jus.
- ETALA, Carlos Alberto (2001). *Derecho colectivo del trabajo*. Buenos Aires: Astrea.
- HARO CARRANZA, Julio E. (2004). *Derecho colectivo del trabajo*. Lima: Rao.
- LA HOZ TIRADO, Ricardo (1976). *Derecho colectivo del trabajo*. Volumen I. 2.^a edición. Lima: Pérez Pacussich.
- MARTÍN VALVERDE, Antonio, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín y GARCÍA MURCIA, Joaquín (2002). *Derecho del trabajo*. 11.^a edición. Madrid: Tecnos.
- MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO (2011). *Informe n.º 029-2011-MTPE/2/14*. Lima: 15 de diciembre de 2011.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT) (2006). *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. 5.^a edición revisada. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.
- OSPINA DUQUE, Edgar (2005). *Derecho colectivo del trabajo*. 2.^a edición. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- PODER JUDICIAL (2001). *Casación n.º 072-2001-Lima*. Lima: 29 de marzo de 2001.
- ____ (2017). *Casación laboral n.º 18449-2016-Lima*. Lima: 14 de julio de 2017.
- RAMÍREZ REYNOSO, Braulio (s. f.). «Cuota sindical». En *Enciclopedia jurídica online*. Recuperado de <http://mexico.leyderecho.org/cuota-sindical/>

RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge (2014). *Derecho del trabajo colectivo*. 8.^a edición. Lima: Grijley.

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE FISCALIZACIÓN LABORAL (SUNAFIL) (2014). *Resolución de Intendencia n.º 17-2014-SUNAFIL/ILM*. Lima: 10 de setiembre de 2014.

_____ (2015). *Resolución de Intendencia n.º 219-2015-SUNAFIL/ILM*. Lima: 18 de junio de 2015.

Revista Oficial del Poder Judicial

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

Vol. 9, n.º 11, enero-junio, 2019, 119-178

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.v9i11.5>

La autopercepción del control de convencionalidad por la propia Corte Interamericana: breves apostillas críticas

Self-perception of the control of conventionality by the Inter American Court: brief critical apostilles



GERARDO ETO CRUZ

Universidad San Martín de Porres

(Lima, Perú)

Contacto: getoc@usmp.pe

<https://orcid.org/0000-0001-7133-353X>

RESUMEN

El presente artículo presenta la transcripción oficial de los fallos que la propia Corte IDH ha divulgado a través del *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N.º 7: control de convencionalidad*, cuya presentación la suscribió el entonces presidente de la citada Corte, Humberto A. Sierra Porto, y la edición estuvo a cargo del profesor Claudio Nash. De nuestra parte, a dichos fallos o sentencias convencionales les hemos hecho un comentario previo y breve que corresponde a

nuestra autoría y absoluta responsabilidad. El afán es incorporar a nuestra jurisprudencia constitucional un contraste mínimo bajo el paradigma contemporáneo del control convencional dirigido, sobre todo, a los magistrados y fiscales a fin de que exista la posibilidad de que se llegue a impulsar progresivamente el control difuso de convencionalidad.

Palabras clave: Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencias, control de convencionalidad, jurisprudencia constitucional.

ABSTRACT

This article presents the official transcription of the judgments that the Inter American Court of Human Rights (IACHR) has disclosed through the IACHR Case Law Booklet No. 7: Control of Conventionality, the presentation of which was edited by professor Claudio Nash and signed by Humberto A. Sierra Porto, the President of the referred Court at the time. For our part, we have written a prior and brief comment to said judgments or conventional sentences, which we are fully responsible for as authors. The purpose is to incorporate a minimum contrast to our constitutional case law, under the modern paradigm of guided conventional control, particularly, for magistrates and prosecutors with a view to gradually boosting the diffuse conventionality control doctrine.

Key words: Inter American Court of Human Rights, judgments, conventionality control, constitutional case law.

Recibido: **25/05/18** Aceptado: **25/08/18**

1. LAS PRIMERAS APROXIMACIONES TEÓRICAS DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Lo que hoy ha tomado cuerpo en el marco de la jurisdicción supranacional en América Latina, bajo el *nomen iuris* de «control de convencionalidad» no ha surgido de un momento a otro (O'Donnell 1989). Ha significado un proceso evolutivo (Ventura *et al.* 1996) en el que si bien, subyacente en la Corte IDH, su rol de garante y guardián de la Convención Americana, tuvo que existir un punto de quiebre en el que este órgano jurisdiccional internacional delineara o esbozara los primeros elementos constitutivos de lo que es el hoy denominado control convencional (Quinche 2014).

Si hoy empieza a analizarse en perspectiva histórica, lo más probable es que aún resulta prematuro establecer el rol de la Corte IDH en la región, pues, a la fecha, diera la impresión de que, en el afán de tutelar el derecho internacional de los derechos humanos se produce una intromisión que afecta a ese espacio hoy cada vez más reducido de soberanía y discrecionalidad gubernamental (García Belaúnde 2015: 135-160; García y Palomino 2013: 223-241). En ese rol, potentes órganos de poder fáctico que se producen en la dinámica política y constitucional, como son hoy las ONG, convertidas en grupos de presión, sumado a un rol mediático e ideológico de la prensa¹, generan un rol que surca los horizontes de los árboles y

1 Al respecto puede consultarse como una breve muestra la bibliografía existente sobre el poder mediático de la prensa, entre otros: CASTELLS, Manuel (2011). *Comunicación y poder*. México: Siglo XXI Editores; RODRÍGUEZ, Esteban (2000). *Justicia mediática: la administración de la justicia en los medios masivos de comunicación. Las formas del espectáculo*. Buenos Aires: Ad-Hoc; BASTERRA, Marcela y ESPINOZA-SALDAÑA BARRERA, Eloy (2009). *El derecho de acceso a la información pública*. Lima: Editorial Adrus; NESPRAL, Bernardo (2005). *Manual de periodismo judicial*. Buenos Aires: Edit. García Alonso; SCHULIAQUER, Iván (2014). *El poder de los medios: seis intelectuales en busca de definiciones*. Buenos Aires: Capital Intelectual; FISS, Owen M. (2010). *Democracia y diseño. Una teoría de la libertad de expresión*. Buenos Aires: Ad-Hoc; DE MORAES, Dênis, RAMONET, Ignacio

los bosques de los sistemas políticos que ven en los tribunales internacionales una suerte de invasión a sus soberanías.

Pero si observamos el rol igualmente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Penal Internacional (Hernández 2017), la era de la posmodernidad ha desencadenado un nuevo orden mundial bajo complejos crecimientos por un lado y asimetrías por otro (Canosa 2015: 45-ss.).

El siglo XXI ha llegado con una población planetaria de aproximadamente 7350 millones de habitantes. Todo ello genera una revolución tecnológica en los transportes y las comunicaciones, las redes de la globalización posicionan el comercio internacional, las migraciones, las grandes transnacionales, impulsan una integración de la economía mundial (Ferrer 1998; Bauman 2017: 63-ss.). A ello se suma el dominio de metrópolis que posesionan el manejo de las políticas comerciales y las finanzas (Chomsky 2016: 195-ss.).

Estos escenarios han generado una globalización cultural en el mundo occidental (Lipovetsky y Juvin 2011: 105-ss.; Eagleton 2017: 13-ss.). Surgen así las nuevas concepciones de entendimiento de la realidad, con nuevos paradigmas que hoy se imponen: multiculturalismo, pluralismo jurídico, concepciones de género, etc. (Madicris y Hulliung 1998: 345-ss.).

En este contexto, si bien se mantiene en la actualidad el fenómeno que pobló las ideas y las concepciones de los Estados contemporáneos con nociones como la soberanía, la libre autodeterminación de los pueblos (Gordillo 2012: 103-ss.; Pastor 2011), la evolución de estas ideas-fuerza se encuentra relativizada, con estos factores externos,

y SERRANO, Pascual (2013). *Medios, poder y contrapoder*. Buenos Aires: Biblos; VILLARRUEL, Darío (2014). *(In)Justicia mediática: cuando el periodismo quiere ser juez*. Buenos Aires: Sudamericana; DE VEGA RUIZ, José Augusto (1998). *Libertad de expresión, información veraz, juicios paralelos, medios de comunicación*. Madrid: Universitas.

pero condicionantes, que generaron y desencadenaron la Segunda Guerra Mundial, y se crearon una serie de instituciones del derecho internacional público (Hitters y Fappiano 2007). Como corolario de esta evolución quedaron impregnadas las grandes declaraciones, también los pactos o tratados, en donde se afirma y respeta la vida, la libertad y la dignidad de los seres humanos.

Tuvo que ocurrir una amarga, dolorosa y cruenta experiencia en los genocidios de los sistemas totalitarios que banalizaron el mal (Arendt 2012), a pesar de que, en las últimas décadas del siglo XX se afirmaron declaraciones de lo que hoy se conoce como el derecho internacional de los derechos humanos. Sin embargo, nuevas formas de refinamiento del mal y de la maldad humana surgen y resurgen en la era contemporánea a nivel real (Wolfe 2013) y virtual (Casas 2017).

El rol que se le ha asignado a la Corte, en el marco del Sistema de Protección Internacional de los Derechos Humanos, es determinante en los Estados latinoamericanos. Este rol no siempre es bien recibido por los Estados emplazados por un control convencional. Así, mientras voces levantiscas de determinados gobiernos cuestionan y amenazan con salir y denunciar los tratados convencionales, otros simplemente recepcionan y acatan los fallos de la Corte IDH².

Como ya se verá en su momento, la propia Corte ha creado un margen de apreciación nacional (García Roca 2014: 915-917) que deben tener las jurisdicciones supranacionales a fin de que el control no sea de un absolutismo impositivo. En este juego de control entre el orden interno y el orden jurídico internacional, los escenarios contemporáneos tienen un desarrollo progresivo, paulatino y relativamente equilibrado (Gordillo 2012: 287-ss.).

2 Puede revisarse dos trabajos puntuales Ferrer y Herrera (2013); y Saiz y Ferrer (2014).

El primer punto de inicio que marca históricamente el control convencional se gesta con el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Allí la Corte IDH establece los lineamientos de los conflictos que se presentan dentro del ordenamiento interno. En el caso *Almonacid Arellano*, la Corte IDH hace una interpretación determinante frente a la disyuntiva que se le presenta a los jueces nacionales entre aplicar el orden interno o el orden convencional. Lo que a continuación se transcribe, ya se delinea la potestad convencional de la que se encuentra investido el juez nacional: si bien ellos están sujetos a aplicar el imperio de la ley y las disposiciones del orden jurídico interno, si dichas normas son contrarias a la convención, se debe aplicar la Convención Americana de Derechos Humanos.

Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de «control de convencionalidad» entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. En el mismo sentido: Caso *La Cantuta vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr.173.

2. EL MODUS OPERANDI. DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL ÁMBITO INTERNO

Al año siguiente de que la Corte IDH emite el fallo Almonacid Arellano (2006), a través del caso Boyce y otros vs. Barbados, precisa cómo deben ejercer el control convencional los jueces nacionales.

En rigor, también debe advertirse que en los hechos este control tampoco resulta una revolución copernicana en el derecho internacional. Y es que la misma Corte IDH advierte a los tribunales locales que frente a un conflicto entre las normas internas (incluyendo la constitucional) y el tratado internacional, prima este último en virtud del mandato expreso de la Convención de Viena que regula el régimen de los tratados en los actuales escenarios contemporáneos (Moyano 1985).

La metodología que precisa la Corte en este fallo radica en que los jueces nacionales no solo deben ejercer el clásico control constitucional de sus normas, sino que también la interpretación debe consistir en ver si tal norma infraconstitucional, digamos una ley, resulta «convencional». Veamos las partes pertinentes:

Caso Boyce y otros vs. Barbados. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007.

77. La Corte observa que el CJCP [Comité Judicial del Consejo Privado] llegó a la conclusión mencionada anteriormente a través de un análisis puramente constitucional, en el cual no se tuvo en cuenta las obligaciones que tiene el Estado conforme a la Convención Americana y según la jurisprudencia de esta Corte. De acuerdo con la Convención de Viena sobre la Ley de Tratados, Barbados debe cumplir de buena fe con sus obligaciones bajo la Convención Americana y no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de dichas obligaciones convencionales. En el presente caso, el Estado está precisamente invocando disposiciones de su derecho interno a tales fines.

78. El análisis del CJCP no debería haberse limitado a evaluar si la LDCP [Ley de Delitos del Estado contra la Persona] era inconstitucional. Más bien, la cuestión debería haber girado en torno a si la ley también era «convencional». Es decir, los tribunales de Barbados, incluso el CJCP y ahora la Corte de Justicia del Caribe, deben también decidir si la ley de Barbados restringe o viola los derechos reconocidos en la Convención. En este sentido, la Corte ha afirmado, en otras ocasiones, que[:]

el Poder Judicial debe ejercer una especie de «control de convencionalidad» entre las normas jurídicas internas [...] y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

79. En concordancia con lo expuesto, la Corte ha expresado en otras oportunidades que una «cláusula de exclusión» que se encontraba en la Constitución de Trinidad y Tobago tenía el efecto de excluir del escrutinio judicial ciertas leyes que, de otra forma, serían violatorias de derechos fundamentales. De manera similar, en el presente caso, el artículo 26 de la Constitución de Barbados le niega a sus ciudadanos en general, y a las presuntas víctimas en particular, el derecho de exigir protección judicial contra violaciones al derecho a la vida.

80. En este sentido, a la luz de la jurisprudencia de la Corte y en tanto que el artículo 26 de la Constitución de Barbados impide el escrutinio judicial sobre el artículo 2 de la Ley de Delitos contra la Persona, que a su vez es violatoria del derecho a no ser privado, arbitrariamente, de la vida, la Corte considera que el Estado no ha cumplido con el deber establecido en el artículo 2 de la Convención en relación con los artículos 1.1, 4.1, 4.2 y 25.1 de dicho instrumento.

3. ELEMENTOS Y CARACTERÍSTICAS EN LA EVOLUCIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Como se ha señalado en líneas precedentes, a partir del caso *Almonacid*, la Corte IDH sienta el precedente doctrinario de

control en sede interna, y habilita a las autoridades judiciales para realizar un examen interpretativo de cualquier norma interna (Constitución, leyes, normas infralegales, jurisprudencia, etc.) a fin de verificar si estos productos normativos internos de un país compatibilizan o no con el *corpus iuris* interamericano. En caso no exista incompatibilidad, dichas autoridades judiciales tienen, por imperio de los tratados internacionales, la obligación de inaplicar o de abstenerse de aplicar las normas cuya interpretación, desde el canon del bloque de convencionalidad, resulta ser inconvencional.

El caso Almonacid, como recuerda el actual presidente de la Corte IDH, Eduardo Ferrer, ha sido reiterado en más de veinte sentencias posteriores, si bien con matices y siempre en el marco evolutivo de afirmar y consolidar dicho control, y entre estos fallos destacan: Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú (2006), Heliodoro Portugal vs. Panamá (2008), Radilla Pacheco vs. México (2009), Cabrera García y Montiel Flores vs. México (2010), Gelman vs. Uruguay (2011) (Ferrer 2014a: 236-240).

3.1. Características del control de convencionalidad

El control de convencionalidad ostenta determinadas características, que son las siguientes:

3.1.1. El control de convencionalidad debe ser realizado *ex officio* bajo los marcos de competencias y de sus regulaciones procesales

Esta característica ha sido diseñada en el caso Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, fallo que corresponde al 24 de noviembre de 2006. En este caso señala la Corte IDH que los órganos jurisdiccionales no solo están habilitados para ejercer el control de constitucionalidad, sino también el de convencionalidad. Se trata de la intensidad con la que la autoridad debe efectuar el control del bloque convencional. Por esta característica, la Corte IDH le otorga a los jueces nacionales la potestad de inaplicar de oficio

cualquier norma que contraviene al derecho internacional de los derechos humanos. En los hechos, lo que ha desarrollado el Sistema Interamericano es utilizar el control difuso de constitucionalidad en el control difuso de convencionalidad. Apreciamos lo que oficialmente ha dispuesto la Corte IDH:

Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006.

128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también «de convencionalidad» *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones. En el mismo sentido: **Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008, párr. 180; Caso Radilla Pacheco vs. México. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, párr. 339; Caso Fernández Ortega y otros. vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010, párr. 236; Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010, párr. 219; Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de enero de 2014, párr. 151.**

3.1.2. La obligación de realizar el control de convencionalidad corresponde a los jueces y órganos vinculados a la impartición de justicia en todos los niveles

Esta segunda característica es la que debe identificar qué órgano o autoridad es la que debe ejercer el control. Aunque en este tema la Corte IDH ha tenido una oscilante postura y ha llegado a sostener que cualquier autoridad estatal se encontraría investida de ejercer dicho control convencional; este aspecto sí resulta ser muy opinable, pese a que lo diga la misma Corte. De nuestra parte somos de la opinión que las autoridades investidas deben ser de naturaleza jurisdiccional y no cualquier tipo de autoridad porque ello puede resultar contraproducente. Con todo, el decantamiento y los derroteros aún no logran definirse en la estructura interna del pensamiento convencional de este tribunal interamericano. Y esperamos que la Corte IDH en algún momento defina con su actual presidente una postura uniforme y determinante en el sentido de que el control difuso de convencionalidad solo debe reposar en las prerrogativas de los jueces en los países de la región, extender el control a cualquier autoridad no le hace bien al modelo y a la filosofía de la jurisdicción convencional en sede interna.

Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010.

225. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la

administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un «control de convencionalidad» entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. En el mismo sentido: Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de enero de 2014, párr. 151; Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014, párr. 311.

233. De tal manera, como se indicó en los Casos Radilla Pacheco, Fernández Ortega y Rosendo Cantú, es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal que han sido reiterados en el presente caso y que aplican para toda violación de derechos humanos que se alegue hayan cometido miembros de las fuerzas armadas. Ello implica que, independientemente de las reformas legales que el Estado deba adoptar [...] en el presente caso corresponde a las autoridades judiciales, con base en el control de convencionalidad, disponer inmediatamente y de oficio el conocimiento de los hechos por el juez natural, es decir el fuero penal ordinario.

3.1.3. El control de convencionalidad es una obligación de toda autoridad pública

La Corte IDH a partir del caso que a continuación se transcribe (Gelman vs. Uruguay) ha llegado a ampliar el radio de tutela en torno a quiénes son las entidades legitimadas para ejercer el control difuso de convencionalidad. En un primer momento sostuvo que eran los jueces, hoy sostiene que es el propio Estado a

través de «todos sus órganos». No obstante, luego enfatiza que son «los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia». Reiteramos nuestra crítica de que el control de convencionalidad constituye una atribución técnico-jurisdiccional y no puede ni debe extenderse a cualquier acto administrativo o gubernamental del Estado.

En este aspecto, existe una postura oscilante en la Corte IDH que en algún momento se tiene que decantar, si el control de convencionalidad se habilita a todas las autoridades, sin que estas sean de naturaleza jurisdiccional. Esta postura en la práctica llegó en conjunto con los ordenamientos constitucionales de la región, dado que son solo las autoridades judiciales las que, por imperio de la Constitución, se encuentran investidas para ejercer el control difuso de constitucionalidad y que, por ello mismo, se les habilita a ejercer en el mismo sentido y naturaleza el control difuso de convencionalidad. Este extremo que aquí afirmamos encuentra su peso y sustento en la propia doctrina de la Corte a través del llamado «margen de apreciación nacional».

Con todo, nos parece sumamente peligroso que la Corte IDH auspiciara la tesis de extender prerrogativas y competencias a «cualquier autoridad» del Estado. Esta postura puede, paradójicamente, resultar no solo contraproducente, sino que puede significar una anarquía en los ordenamientos internos de cada Estado, y el remedio, a la postre, puede resultar peor que la enfermedad.

Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011.

193. Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y

fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un «control de convencionalidad» entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

239. La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo «susceptible de ser decidido» por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un «control de convencionalidad» [...], que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no solo del Poder Judicial. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia ha ejercido, en el *Caso Nibia Sabalsagaray Curutchet*, un adecuado control de convencionalidad respecto de la Ley de Caducidad, al establecer, *inter alia*, que «el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la ley». [...]

Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014.

497. Finalmente, esta Corte considera pertinente recordar, sin perjuicio de lo ordenado, que en el ámbito de su competencia «todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un “control de convencionalidad”».

Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014.

213. Además, ha dispuesto en el *Caso de las Masacres de El Mozote y lugares aledaños* que el Estado debe asegurar que la *Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz* no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia del presente caso ni para la identificación, juzgamiento y eventual sanción de los responsables de los mismos y de otras graves violaciones de derechos humanos similares acontecidas durante el conflicto armado en El Salvador. Esta obligación vincula a todos los poderes y órganos estatales en su conjunto, los cuales se encuentran obligados a ejercer un control «de convencionalidad» *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. [...]

244. Por otra parte, la Corte estima pertinente ordenar al Estado que implemente, en un plazo razonable, programas permanentes de derechos humanos dirigidos a policías, fiscales, jueces y militares, así como a funcionarios encargados de la atención a familiares y víctimas de desaparición forzada de personas, en los cuales se incluya el tema de los derechos humanos de niñas y niños desaparecidos durante el conflicto armado interno y del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, así como del control de convencionalidad.

3.1.4. El parámetro del control de convencionalidad se extiende a diversos tratados de derechos humanos

El control de convencionalidad no solo gira su *corpus iuris* en la Convención Americana de Derechos Humanos, si bien ella es su núcleo principal; en realidad se trata de un conjunto de tratados que a lo largo de los años se han venido incorporando y, por tanto, todos estos documentos, llámense tratados, convenios o convenciones, constituyen el llamado bloque de convencionalidad, razón por la cual el control gira desde el orden internacional de los derechos humanos hacia el orden interno.

Quiere esto significar que si existe algún derecho fundamental previsto en un tratado específico, esta será la norma fundamental que se ve vulnerada por el orden jurídico interno de un Estado. A la postre, los escenarios de la posmodernidad giran en torno al conflicto que se puede confrontar entre dos grandes bloques: el regional de derechos humanos frente al bloque convencional; esas normas internas deben, en lo posible, ser interpretadas desde una perspectiva convencional.

Caso Gudiel Álvarez y otros («Diario Militar») vs. Guatemala. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012.

330. Asimismo, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que, cuando un Estado es parte de tratados internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención Belém do Pará, dichos tratados obligan a todos sus órganos, incluido el poder judicial, cuyos miembros deben velar por que los efectos de las disposiciones de dichos tratados no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un «control de convencionalidad» entre las

normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, como el ministerio público, deben tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana. En el mismo sentido: **Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012, párr. 262.**

3.1.5. El control de convencionalidad tiene igualmente como parámetro las opiniones consultivas

En este caso, la Corte Interamericana ha puesto de relieve que el parámetro para que pueda ejercerse el control de convencionalidad no solo es su «bloque», esto es, el *corpus iuris* interamericano más su jurisprudencia; sino que este «bloque» puede ampliar su espectro omnicompreensivo a otros ámbitos de la competencia no contenciosa o consultiva. Por último, estima la Corte que la protección de los derechos humanos no solo se manifiesta en los procesos contenciosos, sino también vía opiniones consultivas que pueden surgir desde su propio seno.

De nuestra parte, no estamos de acuerdo con esta postura porque la esencia del control de convencionalidad radica en ser un proceso judicial de orden internacional; es decir, la Corte debe pronunciarse sobre conflictos concretos y, a partir de dichas resoluciones, crear precisamente su doctrina jurisprudencial. Con todo, cierto es que las opiniones consultivas adelantan ya el criterio del pensamiento que va a tomar la Corte y se eliminan o generan expectativas y no se ven frustradas las posibilidades de entablar ya un contencioso convencional.

Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de enero de 2014.

[E]n relación con los argumentos del representante y de la Comisión [...] sobre la vulneración del derecho a la protección judicial con motivo de la ausencia de un Tribunal Constitucional, si bien la Corte reconoce la importancia de estos órganos como protectores de los mandatos constitucionales y los derechos fundamentales, la Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad. En este sentido, la Corte recuerda que la obligación de ejercer un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana le compete a todos los órganos del Estado, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles.

4. LA OBLIGACIÓN DE LOS ESTADOS DE ADECUAR SU LEGISLACIÓN INTERNA A LOS PARÁMETROS DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Normalmente la filosofía que subyace en el paradigma contemporáneo del control de convencionalidad es que si se ha declarado fundado un proceso contencioso contra un Estado, este tiene que expulsar de su respectivo ordenamiento interno el «producto normativo» bien sea una norma, una sentencia o un acto de gobierno. Pero también el control puede expresarse en que la norma objeto de cuestionamiento sea interpretada desde el bloque de convencionalidad. Si ello ocurre así, estamos ante una suerte de *sentencia interpretativa convencional*, en donde no se expulsa la norma en cuestión —o el «producto normativo»—, sino que se mantiene, pero su vigencia y aplicación tiene ya otra connotación hermenéutica: que se trata de una interpretación en conformidad ya no con la lealtad al bloque de constitucionalidad, sino al bloque de convencionalidad. Cuando el control ha significado la expulsión de una norma por ser inconvencional, el Estado emplazado tiene que adecuar su legislación acorde a la filosofía convencional. Veamos:

Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

121. El Estado, desde que ratificó la Convención Americana el 21 de agosto de 1990, ha mantenido vigente el Decreto Ley N.º 2.191 por 16 años, en inobservancia de las obligaciones consagradas en aquella. Que tal Decreto Ley no esté siendo aplicado por el Poder Judicial chileno en varios casos a partir de 1998, si bien es un adelanto significativo y la Corte lo valora, no es suficiente para satisfacer las exigencias del artículo 2 de la Convención en el presente caso. En primer lugar porque, conforme a lo señalado en los párrafos anteriores, el artículo 2 impone una obligación legislativa de suprimir toda norma violatoria a la Convención y, en segundo lugar, porque el criterio de las cortes internas puede cambiar, decidiéndose aplicar nuevamente una disposición que para el ordenamiento interno permanece vigente.

Caso Mendoza y otros vs. Argentina. Excepciones preliminares, fondo y reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013.

221. Al respecto, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que, cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y ejecutivo, cuyos miembros deben velar por que los efectos de las disposiciones de dichos tratados no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un «control de convencionalidad» entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, como el ministerio público, deben tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana.

331. El Tribunal valora positivamente el fallo Casal mencionado por el Estado en cuanto a los criterios que se desprenden sobre el alcance de la revisión que comprende el recurso de casación, conforme a los estándares que se derivan del artículo 8.2.h) de la Convención Americana. El Tribunal también destaca que este fallo fue invocado por los tribunales al resolver los recursos de revisión interpuestos por Saúl Cristian Roldán Cajal, César Alberto Mendoza, Claudio David Núñez y Lucas Matías Mendoza, y que se hizo un control de convencionalidad sobre el alcance del derecho de recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior. Sobre el fallo Casal, el Estado explicó la manera en que funciona el sistema de control constitucional con base al cual los criterios que se desprenden del mismo en materia del derecho de recurrir del fallo deben ser aplicados por los jueces argentinos en todas las instancias.

332. La Corte considera que los jueces en Argentina deben seguir ejerciendo un control de convencionalidad a fin de garantizar el derecho de recurrir del fallo conforme al artículo 8.2.h) de la Convención Americana y a la jurisprudencia de este Tribunal. No obstante, la Corte se remite a lo señalado sobre las obligaciones que se derivan de los artículos 2 y 8.2.h) de la Convención Americana [...] y considera que, dentro de un plazo razonable, el Estado debe adecuar su ordenamiento jurídico interno de conformidad con los parámetros establecidos en esta Sentencia.

5. LA EFICACIA INTERPRETATIVA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Como se tiene dicho, dos son los derroteros en donde se desenvuelve el control convencional: expulsar las normas que resulten ser inconvencionales; y que sus normas sean objeto de interpretación en conformidad con la Convención. En este último caso, ha dicho la Corte que cualquier tipo de interpretación que se imponga por los órganos jurisdiccionales, debe realizarse sobre todo en función de la interpretación que ha formulado la Corte y no lo que haya impuesto el intérprete supremo de cada país.

Caso Radilla Pacheco vs. México. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009.

338. Para este Tribunal, no solo la supresión o expedición de las normas en el derecho interno garantizan los derechos contenidos en la Convención Americana, de conformidad a la obligación comprendida en el artículo 2 de dicho instrumento. También se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. En consecuencia, la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención. En términos prácticos, la interpretación del artículo 13 de la Constitución Política mexicana debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana. En el mismo sentido: **Caso Fernández Ortega y otros. vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010, párr. 235; Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010, párr. 218.**

339. En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un «control de convencionalidad» *ex officio* entre las normas

internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

340. De tal manera, es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal, los cuales han sido reiterados en el presente caso [...].

341. Bajo ese entendido, este Tribunal considera que no es necesario ordenar la modificación del contenido normativo que regula el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

342. No obstante lo anterior, la Corte declaró en el Capítulo IX de este Fallo, que el artículo 57 del Código de Justicia Militar es incompatible con la Convención Americana [...]. En consecuencia, el Estado debe adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar la citada disposición con los estándares internacionales de la materia y de la Convención, de conformidad con los párrafos 272 a 277 de esta Sentencia.

Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012.

284. En conclusión, con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal en el presente caso. Ello es de particular relevancia en relación con lo señalado en el presente caso respecto a la proscripción de la discriminación por la orientación sexual de la persona de acuerdo a lo estipulado en el artículo 1.1. de la Convención Americana. En el mismo sentido: **Caso Furlan y familiares vs. Argentina. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012, párr. 305.**

Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014.

436. La Corte estima que, en el marco del ordenamiento jurídico chileno aplicado en este caso, resulta adecuado ordenar a Chile que, para evitar violaciones como las declaradas en la presente Sentencia, regule con claridad y seguridad la medida procesal de protección de testigos relativa a la reserva de identidad, asegurando que se trate de una medida excepcional, sujeta a control judicial en base a los principios de necesidad y proporcionalidad, y que ese medio de prueba no sea utilizado en grado decisivo para fundar una condena, así como regular las correspondientes medidas de contrapeso que aseguren que la afectación al derecho de defensa sea suficientemente contrarrestada, de acuerdo con lo establecido en la presente Sentencia [...]. Adicionalmente, el Tribunal recuerda que a fin de garantizar dicho derecho de la defensa a interrogar testigos, las autoridades judiciales deben aplicar esos criterios o estándares establecidos por la Corte en ejercicio del control de convencionalidad.

461. Debido a que concluyó que en el presente caso no fue acreditada una violación del artículo 2 de la Convención, sino que la violación al derecho a recurrir del fallo penal condenatorio derivó de la actuación de los tribunales judiciales en los casos concretos [...] la Corte no estima necesario ordenar a Chile la adecuación de su ordenamiento jurídico interno en esta materia. No obstante, la Corte recuerda la importancia de que las autoridades judiciales apliquen los criterios o estándares establecidos en la jurisprudencia de la Corte respecto al contenido del derecho a recurrir del fallo penal condenatorio en ejercicio del control de convencionalidad a fin de garantizar dicho derecho [...].

464. Al pronunciarse sobre las violaciones constatadas en el presente caso en relación con las medidas de prisión preventiva a que fueron sometidas las víctimas, la Corte tomó en cuenta que la causal de peligro para «la seguridad de la sociedad» estipulada en el artículo 363 del antiguo Código de Procedimiento Penal y en

el artículo 140.c del Código Procesal Penal de 2000, que tiene un sentido abierto, fue aplicada a las ocho víctimas sin un análisis de la necesidad que justificara la medida con base en un riesgo procesal en el caso concreto [...]. En consecuencia, la Corte no encuentra pertinente ordenar a Chile la adecuación de su derecho interno ya que las violaciones al derecho a la libertad personal constatadas en la presente Sentencia se derivan de la interpretación y aplicación judicial de dichas normas. No obstante, la Corte recuerda que las autoridades judiciales deben aplicar los criterios o estándares establecidos en la jurisprudencia de la Corte [...] en ejercicio del control de convencionalidad a fin de garantizar que la medida de prisión preventiva sea siempre adoptada de acuerdo a esos parámetros.

6. EL VALOR DE LOS FALLOS DE LA CORTE IDH: BREVE DESLINDE ENTRE LA COSA JUZGADA ORDINARIA, LA COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL Y LA COSA JUZGADA CONVENCIONAL

En el marco de la evolución de los nuevos paradigmas que surcan el actual horizonte contemporáneo del pluralismo jurídico y la globalización de la cultura y del derecho (Lipovetsky y Serroy 2010), encontramos un nuevo concepto que ha empezado a tomar cuerpo a nivel de la doctrina convencional, como es el que aquí nos atañe: *la cosa juzgada convencional*. No cabe duda de que la cosa juzgada clásica ha evolucionado en el marco de la doctrina y de la experiencia, y hoy podemos distinguir hasta tres clases de cosa juzgada: a) la cosa juzgada ordinaria o clásica; b) la cosa juzgada constitucional y c) la cosa juzgada convencional.

En el caso de la cosa juzgada clásica, a su vez se puede distinguir dos variantes o dimensiones: la formal y material. La doctrina procesal ha llegado a sostener que, mientras la cosa juzgada formal alude al proceso mismo del cual emana la resolución judicial (efecto interno de la cosa juzgada), la dimensión material quiere hacer referencia a

la relación entre dicho proceso y aquellos otros que se encuentran en curso (efecto externo de la cosa juzgada). Dicho en otras palabras: si el sentido formal no es algo distinto de la firmeza o irrevocabilidad de la decisión judicial, el sentido material es la vinculación de lo decidido hacia otros procesos distintos al originario³. Ello hace, a su vez, que si la cosa juzgada formal es predicable de los tres tipos de resoluciones judiciales civiles (providencias, autos y sentencias), la cosa juzgada material es predicable, de ordinario, solo de las sentencias, pues este tipo de resolución es el que ha de dictarse para resolver el fondo, sobre el objeto u objetos, de un proceso civil (De la Oliva 2005: 97-98). En este concreto sentido, pues, la cosa juzgada material presupone la formal (De la Oliva 2005: 103).

En un sentido diverso, aunque convergente, Beatriz Quintero y Eugenio Prieto proponen, recogiendo la doctrina de Enrico Allorio, que la cosa juzgada, en sentido sustancial, es la eficacia normativa de la declaración de certeza jurisdiccional: la regla concreta, la ley de la situación definida, el caso juzgado; en cambio, la cosa juzgada formal, prosiguen estos autores, es la inmutabilidad de la sentencia, que comprende tanto la irrevocabilidad por parte del juez como su inimpugnabilidad por obra de las partes (Quintero y Prieto 2008: 581-583)⁴. No obstante, agregan, si bien es justo reconocer que en doctrina apareció primero la concepción sustancial de la

3 Con todo, Andrés de la Oliva Santos considera que la cosa juzgada «formal» significa algo distinto de (o algo más que) la inimpugnabilidad o la firmeza, al afirmar que se trata, primordialmente, de que esa decisión tiene que ser respetada, es decir, de que tiene que ser efectiva, de que se ha de partir de lo dispuesto en ella, con su concreto contenido, en el proceso y en la instancia en que se ha dictado, para los sucesivos actos de ese mismo proceso. Vale decir, que además de un aspecto de carácter negativo, hay también en ella un aspecto positivo de vinculación, que es el de la efectividad u obligado respeto del tribunal a lo dispuesto en la resolución con fuerza de cosa juzgada, con la consiguiente necesidad jurídica de atenerse a lo resuelto y de no decidir ni proveer diversa o contrariamente a ello (2005: 99-100).

4 La obra de Enrico Allorio citada por los autores es *Problemas de derecho procesal* (tomo II) (1963).

cosa juzgada (siendo esta un aporte fundamental de la academia alemana), hoy la postura dominante es la concepción procesal, variación que no deja de tener importantes implicancias teóricas y prácticas (Quintero y Prieto 2008: 582).

A pesar de lo dicho, autores como Montero Aroca, entre otros, sostienen que, bien entendidas las cosas, no existiría distinción alguna entre cosa juzgada formal y cosa juzgada material, puesto que la única cosa juzgada es la llamada material, mientras que la así denominada «formal» no guardaría relación con la anterior al tratarse simplemente de la firmeza (1996: 255-ss.)⁵. Más aún, a decir de Nieva Fenoll, no existiría diferencia alguna entre ambas categorías, con excepción del proceso al cual afectan, ya que dicha nomenclatura no sería más que una desvirtuación de las ideas de Savigny: así pues, la cosa juzgada formal tendría la misma finalidad que la material, pues implica la inatacabilidad o inimpugnabilidad de la sentencia, así como la inmutabilidad o imposibilidad de que sea modificada por el mismo juez que la ha dictado; en suma, la cosa juzgada formal sería intraprocesal, mientras que la material sería extraprocesal (2011: 85).

Finalmente, la doctrina contemporánea, en la persona de Devis Echeandía, ha optado por postular una tesis que podríamos denominar ecléctica, pues afirma que la cosa juzgada tiene una naturaleza tanto procesal (porque es una consecuencia del proceso y la emanación de la voluntad del Estado manifestada en

5 Así, este autor entiende que «el fundamento de la firmeza es, pues, distinto según se trate de las resoluciones de ordenación y de la sentencia que pone fin al proceso. En el primer caso, ese fundamento se encuentra en una decisión del legislador ordinario que ha podido conformar el desarrollo del proceso como ha estimado pertinente, bien entendido que nada impide constitucionalmente que esa conformación sea diferente. En el segundo, el fundamento de la firmeza debe buscarse en la tutela judicial efectiva, por cuanto esta no existiría si el proceso no tuviera fin, en el sentido de que las partes pudieran ir recurriendo las sentencias sin límite siempre dentro del mismo proceso» (1996: 267).

la ley procesal) así como sustancial (ya que sus efectos jurídicos se extienden también indirectamente fuera del proceso y sobre las relaciones jurídicas sustanciales, como una consecuencia de la inmutabilidad de la decisión, que es su efecto directo, produciendo así la definitividad de la certeza jurídica de aquella) (Landoni 2003: 300).

En el caso de la *cosa juzgada constitucional*, este concepto ha surgido a partir de la evolución de la jurisdicción constitucional a nivel planetario; en el caso nuestro, el Tribunal Constitucional ha lanzado una aproximación conceptual señalando que una sentencia dictada dentro de un proceso judicial ordinario o un proceso constitucional, aun cuando se pronuncie sobre el fondo pero desconociendo la interpretación del Tribunal Constitucional o sus precedentes vinculantes, no puede generar constitucionalmente cosa juzgada. En tal sentido, solo cabe reputar como cosa juzgada constitucional aquellas resoluciones firmes que resuelven alguna controversia constitucional, bien sea de tutela de derechos fundamentales, de conflicto de competencias o atribuciones y de proceso de inconstitucionalidad que ha pronunciado el Tribunal Constitucional y que va a vincular a todo el sistema de fuentes de nuestro sistema jurídico. Destáquese aquí que el carácter vinculante de la cosa juzgada constitucional va más allá de los efectos de una cosa juzgada ordinaria, en tanto esta última, por lo general, vincula solo a las partes del proceso; en el caso de la cosa juzgada constitucional va a vincular a las partes de un proceso constitucional pero también a todos los poderes y órganos constitucionales. Subyace en esta cosa juzgada no solo la interpretación de la Constitución sino de la afirmación de un conjunto de valores superiores que rodean la interpretación del bloque de constitucionalidad⁶. Esta resolución que tiene dicha naturaleza no puede ser controvertida por ninguna

6 Véase la STC 006-2006-CC, fs. 39-54. Igualmente, puede apreciarse la *Revista Peruana de Derecho Constitucional. Cosa juzgada constitucional* (2016).

otra vía procesal. Sin embargo, somos de la opinión de que esta postura es relativa, ya que en materia de control constitucional, un fallo por la forma del TC, bien puede ser objeto de un nuevo emplazamiento por el fondo; y, al existir igualmente un primer fallo de control de constitucionalidad sobre el fondo, desestimativo, la regla sería «prohibir la repetición» de un nuevo proceso (art. 82 del C. P. Cons.). Con todo, si habiéndose pronunciado en fallo de fondo desestimativo, puede realizarse una nueva demanda, apelando a nuevos fundamentos, es lo que aún no ha sido enfáticamente señalado; y en parte hay ya un avance con la RTC 0025-2005-PI/TC (FJ. 9). Aparte de ello, la cosa juzgada constitucional en materia de tutela de derechos fundamentales, puede hoy presentar dos escenarios: que la parte afectada con el fallo del TC recurra al control de convencionalidad (lo que significa un largo vía crucis en años); o, plantear un proceso de amparo contra la sentencia del TC —pese a que formalmente ya no puede revisarse— si es que dicho fallo (cosa juzgada «constitucional») viola al bloque de convencionalidad. En buena cuenta, hoy el paradigma del control difuso de convencionalidad habilita a relativizar la cosa juzgada constitucional.

En lo que atañe a la *cosa juzgada convencional*, por principio la propia Corte IDH no lo califica así, y algunos autores a los fallos simplemente los califican como «cosa juzgada internacional». No obstante, bien somos de la opinión que la resolución o fallo emitido por el Tribunal Interamericano aplicando el *corpus iuris convencional* constituye ciertamente una cosa juzgada convencional que bien puede describirse como aquella resolución emanada por un tribunal internacional o de jurisdicción supranacional que resuelve una controversia de un Estado al cual se le imputa la violación de algún derecho sustentado en el bloque de convencionalidad, esto es, en la Convención Americana más sus tratados adicionales y la propia jurisprudencia convencional. Lo característico de esta cosa juzgada

es que constituye a la vez una *cosa juzgada interpretada* no de las normas de un ordenamiento jurídico sino de los tratados que regulan el derecho internacional de los derechos humanos, en el sentido de verificar si dicho bloque convencional se ha visto menoscabado por las normas internas del Estado emplazado. Adicional a ello, el fallo expedido por la Corte IDH vincula *prima facie* al Estado emplazado o condenado a realizar las reparaciones respectivas; pero a la vez los efectos de esta cosa juzgada se extienden a todos los países signatarios integrantes del sistema regional de derechos humanos. Es cierto, por otro lado, que la cosa juzgada convencional no puede en modo alguno compararse análogamente con la cosa juzgada clásica o la constitucional, pues en ambas el objeto radica en el pedido y la causa de pedir, «donde el primero es representado tanto por el pronunciamiento requerido como por el derecho por el cual se busca la tutela, mientras que el segundo elemento es representado por el hecho o el derecho presentado como fundamento del pedido» (Machado 2017: 216-ss.). En suma, el objeto de la cosa juzgada será siempre el *petitum* y de la *causa petendi*, donde se reconoce el pedido de la afectación de un derecho iusfundamental y la causa de pedir mediante la existencia de un agravio constitucional o un acto lesivo. En la cosa juzgada convencional estamos ante la verificación de si una norma o una sentencia se contrapone y viola a otra externa, heterónoma, que es el bloque de convencionalidad. Desde luego el *petitum* del afectado que recurre al control de convencionalidad, precisará en términos claros cuál norma internacional se ha visto afectada por la norma o el fallo nacional. Aunque la construcción doctrinaria aún es muy incipiente, lo importante aquí es que el Estado emplazado se encuentra vinculado con el fallo expedido por la Corte Interamericana, tanto como por los demás países de la región. Subyace en la cosa juzgada convencional una interpretación supraconstitucional, por ende, una interpretación convencional llevada a cabo por un Tribunal Internacional. Veamos aquí los delineamientos que ha emitido la Corte IDH:

Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013.

65. Por otro lado, se ha acuñado en la jurisprudencia interamericana el concepto del «control de convencionalidad», concebido como una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal.

66. Así, en varias sentencias la Corte ha establecido que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte en un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, también están sometidos al tratado, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, de modo que decisiones judiciales o administrativas no hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de las obligaciones internacionales. Es decir, todas las autoridades estatales, están en la obligación de ejercer *ex officio* un «control de convencionalidad» entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

67. De tal manera, es posible observar dos manifestaciones distintas de esa obligación de los Estados de ejercer el control de convencionalidad, dependiendo de si la Sentencia ha sido dictada en un caso en el cual el Estado ha sido parte o no. Lo anterior debido a que la norma convencional interpretada y aplicada adquiere distinta vinculación dependiendo si el Estado fue parte material o no en el proceso internacional.

68. En relación con la primera manifestación, cuando existe una sentencia internacional dictada con carácter de cosa juzgada respecto de un Estado que ha sido parte en el caso sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos al tratado y a la sentencia de este Tribunal, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención y, consecuentemente, las decisiones de la Corte Interamericana, no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin o por decisiones judiciales o administrativas que hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de la sentencia. Es decir, en este supuesto, se está en presencia de cosa juzgada internacional, en razón de lo cual el Estado está obligado a cumplir y aplicar la sentencia. En esta situación se encuentra el Estado de Uruguay respecto de la Sentencia dictada en el *caso Gelman*. Por ello, precisamente porque el control de convencionalidad es una institución que sirve como instrumento para aplicar el Derecho Internacional, en el presente caso que existe cosa juzgada se trata simplemente de emplearlo para dar cumplimiento en su integridad y de buena fe a lo ordenado en la Sentencia dictada por la Corte en el caso concreto, por lo que sería incongruente utilizar esa herramienta como justificación para dejar de cumplir con la misma, de conformidad con lo señalado anteriormente [...]

69. Respecto de la segunda manifestación del control de convencionalidad, en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias [...]

7. EL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD

Si bien históricamente el control difuso surge a partir del emblemático caso emitido por el juez John Marshall en la celeberrima

sentencia *Marbury vs. Madison*, hoy podemos destacar que este control es típico de todos los países que siguen el *modelo americano* (Cueva 2011) en virtud del cual el juez no declara en abstracto la inconstitucionalidad de una norma sino simplemente la declara inaplicable y por lo general con efectos entre las partes en conflicto. En lo que respecta al control difuso de convencionalidad, así como la revisión judicial comprende el control que ejercen los jueces frente a una norma infraconstitucional, lo propio se puede homologar el control difuso de convencionalidad cuando un juez desaplica algún «producto normativo» como puede ser una norma o una resolución judicial si estas violan ya no, en este caso, el bloque de constitucionalidad sino el bloque de convencionalidad. Estamos, en consecuencia, ante un nuevo paradigma que forma parte de la posmodernidad.

Siguiendo aquí muy de cerca al actual presidente de la Corte Interamericana Eduardo Ferrer, se pueden observar, en mérito a lo que ha venido desarrollando la jurisdicción convencional, las siguientes características del control difuso de convencionalidad:

- a) Es de carácter «difuso», es decir, todos los jueces nacionales deben ejercerlo.
- b) Intensidad del «control difuso de convencionalidad»: de mayor grado cuando se tiene competencia para inaplicar o declarar la invalidez de una norma general, como también de una sentencia.
- c) Debe ejercerse «de oficio»: sea invocado o no por las partes.
- d) Parámetro del «control difuso de convencionalidad»: «El bloque de convencionalidad».
- e) Efectos del «control difuso de convencionalidad»: retroactivos cuando sea necesario para lograr la plena efectividad del derecho o libertad (Ferrer Mac-Gregor 2014b: 46-70).

7.1. La subsidiariedad del control convencional

Lo que caracteriza al control de convencionalidad no es que las controversias en torno a las afectaciones de los derechos fundamentales tengan que ir directamente a ser puestas en conocimiento a la Corte IDH. Ello, de por sí, es utópico, dada la carga procesal que tendrían que resolver, aun cuando medie la Comisión Interamericana que define qué casos son judicializados ante la citada Corte. La nota o característica de la subsidiariedad identifica al control, en tanto debe *prima facie* resolver el Estado internamente, a través de sus autoridades judiciales respectivas. En tal situación, el control convencional resulta ser más bien complementario, puesto que son los Estados signatarios los obligados y garantes a respetar la vigencia efectiva de los derechos humanos. Esto significa que la subsidiariedad básicamente va dirigida a las autoridades judiciales, las que deben ejercer un estricto control de los procesos constitucionales que deben resolver. Deja de ser subsidiario si un Tribunal Constitucional, en lugar de ser garantista, emite fallos que no interpreta de acuerdo con los cánones de la teoría general de los derechos fundamentales y de la copiosa jurisprudencia convencional, sino que lo hace por medio de una judicatura pusilánime que no engancha ni con la lealtad a la Constitución, ni mucho menos con el control convencional. Esto es, el bloque de convencionalidad que no ha cobijado una tutela de algún derecho fundamental ni ha hecho eco de sus reclamos o controversias de orden constitucional. El fallo que viene a continuación destaca nítidamente esta característica que venimos señalando en esta breve nota. Veamos.

Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Sentencia de excepciones preliminares, fondo y reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012.

142. La responsabilidad estatal bajo la Convención solo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el

daño ocasionado por sus propios medios. Esto se asienta en el principio de complementariedad (subsidiariedad), que informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, «coadyuvante o complementario de la [protección] que ofrece el derecho interno de los Estados americanos». De tal manera, el Estado «es el principal garante de los derechos humanos de las personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos». Esas ideas también han adquirido forma en la jurisprudencia reciente bajo la concepción de que todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un «control de convencionalidad».

143. Lo anterior significa que se ha instaurado un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas (primariamente obligadas) y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión puedan ser conformados y adecuados entre sí. Así, la jurisprudencia de la Corte muestra casos en que se retoman decisiones de tribunales internos para fundamentar y conceptualizar la violación de la Convención en el caso específico. En otros casos se ha reconocido que, en forma concordante con las obligaciones internacionales, los órganos, instancias o tribunales internos han adoptado medidas adecuadas para remediar la situación que dio origen al caso; ya han resuelto la violación alegada; han dispuesto reparaciones razonables, o han ejercido un adecuado control de convencionalidad.

144. Es decir, si bien el Sistema tiene dos órganos «competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en la Convención», la Corte solo puede «conocer un caso» cuando se han

«agotado los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50» de dicho instrumento, sea el procedimiento de peticiones individuales ante la Comisión Interamericana. De tal modo, solamente si un caso no se ha solucionado a nivel interno, como correspondería primariamente hacerlo a cualquier Estado Parte en la Convención en ejercicio efectivo del control de convencionalidad, entonces el caso puede llegar ante el Sistema, en cuyo caso debería resolverse ante la Comisión y, solamente si las recomendaciones de esta no han sido cumplidas, el caso podría llegar ante la Corte. De tal manera, el funcionamiento lógico y adecuado del Sistema Interamericano de Derechos Humanos implica que, en tanto «sistema», las partes deben presentar sus posiciones e información sobre los hechos en forma coherente y de acuerdo con los principios de buena fe y seguridad jurídica, de modo que permitan a las otras partes y a los órganos interamericanos una adecuada sustanciación de los casos. La posición asumida por el Estado en el procedimiento ante la Comisión determina también en gran medida la posición de las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes, lo que llega a afectar el curso del procedimiento.

7.2. Jurisprudencia de las Salas, Cortes y Tribunales Constitucionales de América Latina: el diálogo interjurisdiccional

Hoyses habla intensamente de la presencia de un diálogo jurisdiccional que se expresa entre los propios Tribunales, Salas o Cortes Constitucionales, como también de la que proviene heterónomamente de la Corte IDH hacia las cortes o tribunales nacionales⁷. Este

7 Al respecto existe ya una aplastante bibliografía mínima sobre la materia: SAGÜÉS, Néstor Pedro (2004). *El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina*. México: Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, 107 pp.; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2004). *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI*. México: Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, 303 pp.; FIX-ZAMUDIO, Héctor y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (2009). *Las sentencias de los tribunales constitucionales*. México: Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional,

diálogo ha generado un *ius* constitucional común latinoamericano que representa una evolución propia de la mundialización y globalización en los diversos sectores que hoy identifican la posmodernidad⁸. En este contexto, no está exento el paradigma del

161 pp.; FIGUEROA MEJÍA, Giovanni A. (2010). *Las sentencias atípicas en el derecho comparado y en la jurisdicción constitucional mexicana*. México: Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, 469 pp.; DÍAZ REVORIO, Francisco Javier (2010). *Las sentencias atípicas del tribunal constitucional*. México: Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, 376 pp.; BUSTILLOS, Julio (2011). *El juez constitucional en el mundo. Perfil, carrera judicial, nombramiento, remuneración, desempeño y costos*. México: Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, 594 pp.; BUSTOS GISBERT, Rafael (2012). *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*. México: Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, 227 pp.; AYALA CORAO, Carlos (2013). *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*. México: Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, 302 pp.; GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (2014). *La tutela de los derechos humanos en la jurisdicción interamericana. Aportaciones, recepción y diálogo*. México: Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, 611 pp.; CABALLERO OCHOA, José Luis (2013). *La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*. México: Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, 273 pp.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio (2014). *La jurisdicción constitucional iberoamericana. El reto competencial*. México: Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, 185 pp.; ALONSO GARCÍA, Ricardo (2015). *El juez nacional en la encrucijada europea de los derechos fundamentales*. México: Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, 152 pp.; BAGNI, Silvia (coord.) (2014). *Justicia constitucional comparada*. México: Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, 408 pp.; PÉREZ FERNÁNDEZ CEJA, Ydalia (2017). *La incorporación de la jurisprudencia internacional de derechos humanos por los tribunales de derecho interno*. México: Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, 230 pp.

- 8 VON BOGDANDY, Armin, MORALES ANTONIAZZI, Mariela y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.) (2013). *Ius constitutionale commune en Derechos Humanos en América Latina*. México: Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 273 pp.; ARP, Björn (2014). *Las peticiones individuales ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Una guía práctica*. México: Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, 381 pp.; FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R. (2014). *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en perspectiva histórica*. México: Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, 575 pp.; FLORES SALDAÑA, Antonio (2014). *El control de convencionalidad y la hermenéutica constitucional de los*

pluralismo jurídico. En el presente caso, la Corte repasa cómo las jurisdicciones domésticas de los diversos países latinoamericanos invocan y hacen suya la jurisprudencia convencional; de esta manera se produce un diálogo interjurisdiccional.

Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010.

226. Así, por ejemplo, tribunales de la más alta jerarquía en la región se han referido y han aplicado el control de convencionalidad teniendo en cuenta interpretaciones efectuadas por la Corte Interamericana. La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica ha señalado que:

[D]ebe advertirse que si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos [...], la fuerza de su decisión al interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá —de principio— el mismo valor de la norma interpretada.

227. Por su parte, el Tribunal Constitucional de Bolivia ha señalado que:

En efecto, el Pacto de San José de Costa Rica, como norma componente del bloque de constitucionalidad, est[á] constituido por tres partes esenciales, estrictamente vinculadas

derechos humanos. México: Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, 383 pp.; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (2016). *Derecho procesal constitucional transnacional. Interacción entre el derecho nacional y el derecho internacional*. México: Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 743 pp.; PÉREZ FERNÁNDEZ CEJA, Ydalia (2017). *La incorporación de la jurisprudencia internacional de derechos humanos por los tribunales de derecho interno*. México: Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, 230 pp.; VON BOGDANDY, Armin et al. (2010). *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿hacia un ius constitutionale commune en América Latina?* 2 volúmenes. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.

entre sí: la primera, conformada por el preámbulo, la segunda denominada dogmática y la tercera referente a la parte orgánica. Precisamente, el Capítulo VIII de este instrumento regula a la C[orte] Interamericana de Derechos Humanos, en consecuencia, siguiendo un criterio de interpretación constitucional «sistémico», debe establecerse que este órgano y por ende las decisiones que de él emanan, forman parte también de este bloque de constitucionalidad.

Esto es así por dos razones jurídicas concretas a saber: 1) El objeto de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y, 2) La aplicación de la doctrina del efecto útil de las sentencias que versan sobre Derechos Humanos.

228. Asimismo, la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana ha establecido que:

[E]n consecuencia, es de carácter vinculante para el Estado dominicano, y, por ende, para el Poder Judicial, no solo la normativa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sino sus interpretaciones dadas por los órganos jurisdiccionales, creados como medios de protección, conforme el artículo 33 de esta, que le atribuye competencia para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes.

229. De otro lado, el Tribunal Constitucional del Perú ha afirmado que:

La vinculatoriedad de las sentencias de la C[orte Interamericana] no se agota en su parte resolutive (la cual, ciertamente, alcanza solo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o *ratio decidendi*, con el agregado de que, por imperio de la [Cuarta Disposición Final y Transitoria (CDFT)] de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del [Código Procesal Constitucional], en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que

tiene la Corte Interamericana], reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal.

230. Dicho Tribunal también ha establecido que:

[S]e desprende la vinculación directa entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y este Tribunal Constitucional; vinculación que tiene una doble vertiente: por un lado, *reparadora*, pues interpretado el derecho fundamental vulnerado a la luz de las decisiones de la Corte, queda optimizada la posibilidad de dispensársele una adecuada y eficaz protección; y, por otro, *preventiva*, pues mediante su observancia se evitan las nefastas consecuencias institucionales que acarrearán las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la seguridad jurídica del Estado peruano.

231. La Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina ha referido que las decisiones de la Corte Interamericana «resulta[n] de cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino (art. 68.1, CADH)», por lo cual dicha Corte ha establecido que «en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional». Igualmente, dicha Corte Suprema estableció «que la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos» ya que se «trata de una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos».

232. Además, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que en virtud de que la Constitución colombiana señala que

los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse «de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia», se deriva «que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales».

Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011.

239. [...] Otros tribunales nacionales se han referido también a los límites de la democracia en relación con la protección de derechos fundamentales.

Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012.

283. Así, por ejemplo, tribunales de la más alta jerarquía en la región, tales como la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, el Tribunal Constitucional de Bolivia, la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana, el Tribunal Constitucional del Perú, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, la Corte Constitucional de Colombia, la Suprema Corte de la Nación de México y la Corte Suprema de Panamá se han referido y han aplicado el control de convencionalidad teniendo en cuenta interpretaciones efectuadas por la Corte Interamericana. En el mismo sentido: **Caso Furlan y familiares vs. Argentina. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012, párr. 304.**

Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013.

75. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina ha referido que las decisiones de la Corte Interamericana «resulta[n] de cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino (art. 68.1, CADH)», por lo cual dicha Corte ha establecido que «en

principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional». Igualmente, dicha Corte Suprema manifestó «que la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», ya que se «trata de una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos».

76. Por su parte, el Tribunal Constitucional de Bolivia ha indicado que:

[E]n efecto, el Pacto de San José de Costa Rica, como norma componente del bloque de constitucionalidad, est[á] constituido por tres partes esenciales, estrictamente vinculadas entre sí: la primera, conformada por el preámbulo, la segunda denominada dogmática y la tercera referente a la parte orgánica. Precisamente, el Capítulo VIII de este instrumento regula a la C[orte] Interamericana de Derechos Humanos, en consecuencia, siguiendo un criterio de interpretación constitucional «sistémico», debe establecerse que este órgano y por ende las decisiones que de él emanan, forman parte también de este bloque de constitucionalidad.

Esto es así por dos razones jurídicas concretas a saber: 1) El objeto de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y, 2) La aplicación de la doctrina del efecto útil de las sentencias que versan sobre Derechos Humanos.

77. Además, en la sentencia C-442 de 25 de mayo de 2011, la Corte Constitucional de Colombia apuntó que «la jurisprudencia de la Corte IDH contiene la interpretación auténtica de los derechos contenidos en la [Convención Americana], instrumento internacional que integra el parámetro de control de constitucionalidad». Asimismo, en la sentencia C-370 de 18 de mayo de 2006, al analizar distintas disposiciones de la ley n.º 975 de 2005

relacionadas con los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos, la Corte Constitucional de Colombia señaló respecto de la jurisprudencia de la Corte que son decisiones «que expresan la interpretación auténtica de los derechos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos [...]». Además, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que, en virtud de que la Constitución colombiana señala que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse «de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia», se deriva «que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales».

78. La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica ha señalado que:

[D]ebe advertirse que si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos [...], la fuerza de su decisión al interpretar la Convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá —de principio— el mismo valor de la norma interpretada.

79. Además, en el *caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*, la Corte Interamericana ordenó al Estado la realización de un nuevo juicio al que debía ser sometido el peticionario. La Corte observó y valoró positivamente los términos del Acuerdo N.º 96-2006 tomado por la Corte Suprema de Justicia de Guatemala, el cual constituía un precedente de importante trascendencia en el ámbito del sistema interamericano en lo concerniente a la ejecución de sentencias de este Tribunal, al designar un tribunal para que realizara un nuevo juicio en virtud de lo resuelto por la Corte Interamericana.

80. Por otra parte, la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala emitió diversas resoluciones declarando la autoejecutabilidad de las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los *casos De la «Panel*

Blanca» (Paniagua Morales y otros), De los «Niños de la Calle» (Villagrán Morales y otros), Bámaca Velásquez, y Carpio Nicolle y otros, todos contra el Estado de Guatemala. En estos fallos, la Corte Interamericana encontró que el proceso penal referido a cada uno de los casos mencionados había violado la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo que, en consecuencia, ordenó al Estado guatemalteco investigar efectivamente los hechos que generaron dichas violaciones, así como identificar, juzgar y sancionar a los responsables. En cumplimiento de lo ordenado por la Corte Interamericana, la Cámara Penal de la Corte Suprema declaró la nulidad de las sentencias nacionales correspondientes así como de todo lo actuado con posterioridad y, en consecuencia, ordenó un nuevo procesamiento respetuoso de las reglas del debido proceso y el cumplimiento de los fines del proceso penal de demostración de los hechos y sanción de los autores responsables. Finalmente, la Cámara Penal de la Corte Suprema declaró que como la República de Guatemala no podía oponer su Derecho interno ni alegar ausencia de procedimientos o normativa para el cumplimiento de la sentencia internacional, el acto de ejecución de la misma tenía el efecto de acto extraordinario del procedimiento común.

81. Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México ha señalado que «las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son obligatorias para el Poder Judicial de la Federación en sus términos. Por tanto [en los casos en que México haya sido parte del caso], para el Poder Judicial son vinculantes no solamente los puntos de resolución concretos de la sentencia, sino la totalidad de los criterios contenidos en la sentencia mediante la cual se resuelve ese litigio».

82. Asimismo, el 12 de mayo de 2010, mediante el Acuerdo Número 240, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá indicó que «la República de Panamá, como miembro de la comunidad internacional, reconoce, respeta y acata las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», y resolvió remitir el Fallo de este Tribunal en relación con el caso Tristán Donoso a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Posteriormente, la Sala Segunda de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia

emitió una sentencia en la que se indicó que «en atención a lo dispuesto en la sentencia de 27 de enero de 2009, dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, considera[ba] esta Superioridad necesaria la absolución del señor Santander Tristán Donoso de los cargos como autor del delito de Calumnia [...] y en consecuencia, dejar sin efecto, la pena».

83. De otro lado, el Tribunal Constitucional del Perú ha afirmado que:

[L]a vinculatoriedad de las sentencias de la C[orte Interamericana] no se agota en su parte resolutive (la cual, ciertamente, alcanza solo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o *ratio decidendi*, con el agregado de que, por imperio de la [Cuarta Disposición Final y Transitoria (CDFT)] de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del [Código Procesal Constitucional], en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la C[orte Interamericana], reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal.

84. Dicho Tribunal también ha establecido que:

[S]e desprende la vinculación directa entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y este Tribunal Constitucional; vinculación que tiene una doble vertiente: por un lado, *reparadora*, pues interpretado el derecho fundamental vulnerado a la luz de las decisiones de la Corte, queda optimizada la posibilidad de dispensársele una adecuada y eficaz protección; y, por otro, *preventiva*, pues mediante su observancia se evitan las nefastas consecuencias institucionales que acarrearán las sentencias condenatorias

de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la seguridad jurídica del Estado peruano.

85. Asimismo, la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana ha establecido que:

[E]n consecuencia, es de carácter vinculante para el Estado dominicano, y, por ende, para el Poder Judicial, no solo la normativa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sino sus interpretaciones dadas por los órganos jurisdiccionales, creados como medios de protección, conforme el artículo 33 de esta, que le atribuye competencia para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes.

86. De lo anterior se desprende que varios tribunales nacionales de la más alta jerarquía han entendido que la jurisprudencia internacional es fuente de derecho, si bien con distintos alcances, y han utilizado los *obiter dicta* y/o las *ratio decidendi* de dicha jurisprudencia para fundamentar o guiar sus decisiones e interpretaciones.

8. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

Ha bastado este amplio excurso introductorio en torno a la teoría del control convencional para poder sostener hoy que en toda América Latina se viene impulsando un *diálogo jurisdiccional* en dos niveles que ya hemos aludido en otros trabajos. Hoy se puede apreciar que son diversos los Tribunales, Salas o Cortes Constitucionales que han venido impulsando de oficio una postura hermenéutica, ya no solo teniendo como baremo el parámetro del *bloque de constitucionalidad*; sino del hoy llamado *bloque de convencionalidad* cuyo *corpus iuris* comprende los tratados de derechos humanos de la región, más las sentencias de la Corte IDH y que, al ser cosa juzgada convencional, es la fuente dinámica y jurisprudencial del control convencional. En el caso peruano es bueno reivindicar a nuestro colegiado constitucional que ya antes

de que la Corte Interamericana emitiera en el 2006 la Doctrina del Control de Convencionalidad, nuestro Tribunal Constitucional sostenía *in extenso* lo siguiente:

b. Con relación a los derechos humanos, cabe señalar que el artículo 8.º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que «toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra los actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o la Ley». Asimismo, el inciso 3) del artículo 2.º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que «Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) toda persona cuyos derechos o libertades reconocidas en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; b) la autoridad competente [...] decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso y desarrollará las posibilidades del recuso judicial [...]». Igualmente, el artículo 25.º de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que: «1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo al de los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra los actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en el ejercicio de su función oficial. 2. Los Estados Partes se comprometen a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso [...]».

Dentro de ese contexto es necesario recordar que la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993 señala taxativamente que las normas relativas a los derechos y las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú. En ese sentido, es pertinente recordar que

la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en aplicación de lo establecido en el artículo 29.º de la Convención Americana de Derechos Humanos, ha señalado que no es admisible que ningún Estado Parte suprima o limite el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la referida Convención.

A mayor abundamiento, es evidente que una lectura sistemática de la Constitución y una aplicación integral de las normas relativas a los derechos fundamentales de la persona no admiten «zonas de indefensión», menos aún de los denominados estados de excepción previstos en el artículo 137.º de la Constitución, y que siempre es permisible a un justiciable la utilización de las acciones de garantía en defensa de sus derechos básicos, así como la actuación contralora y tuitiva del Tribunal Constitucional sobre dicho material. Finalmente, cabe consignar que en atención a que el artículo 44.º de la Constitución establece como deber fundamental del Estado el garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, con la actuación eficaz del Tribunal Constitucional dentro del marco de sus competencias en pro de la defensa de la dignidad de la persona y de sus derechos y libertades esenciales, este contribuye de manera decisiva a la legitimación de la razón y sentido de la existencia del cuerpo político.

Esta posición corresponde a la STC 2409-2002-AA/TC, caso Diodoro Antonio Gonzales Ríos, y que fue publicada el 10 de diciembre de 2002. Inclusive, el magistrado Sergio García Ramírez ya había emitido su voto concurrente como padre y gestor del control de convencionalidad en el caso Myrna Mack Chang en el 2003, y recién la Corte IDH en el caso Almonacid Arellano y otros contra el Estado de Chile lo institucionaliza el 26 de diciembre de 2006.

El TC peruano tiene una serie de fallos en donde ya alude al control de convencionalidad, como en la STC 05854-2005-PA, en donde afirmó lo siguiente:

22. Tal como lo dispone el artículo 55º de la Constitución, los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. De esta manera, los tratados sobre derechos humanos

ratificados por el Estado peruano, por pertenecer al ordenamiento jurídico interno, son Derecho válido, eficaz y, en consecuencia, inmediatamente aplicable al interior del Estado.

23. Los derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución deben ser obligatoriamente interpretados de conformidad con los tratados y los convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú y en concordancia con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).

En tal sentido, el ejercicio interpretativo que realice todo órgano jurisdiccional del Estado (o que desempeñe funciones materialmente jurisdiccionales), para determinar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, debe estar obligatoriamente informado por las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos y por la interpretación de las mismas realizada por los tribunales internacionales sobre derechos humanos a través de sus decisiones.

24. De ahí que el derecho fundamental de acceso a la justicia frente a toda vulneración de los derechos humanos, como manifestación del derecho al debido proceso reconocido en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución, no solo se reduce al acceso a los tribunales internos, sino también a los internacionales, tal como se tiene previsto en el artículo 205° de la Constitución:

Agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte.

Es también en base a estas consideraciones que debe ser analizada la aplicación aislada de los artículos 142° y 181° de la Constitución, según la cual las resoluciones del JNE en materia electoral no pueden ser objeto de control constitucional, incluso en los supuestos en los que resulten contrarias a los derechos fundamentales.

25. En criterio de este Tribunal, resulta manifiesto que dicha aplicación se opone a una interpretación de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano y las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos, constituidos según tratados de los que el Perú es parte, tal como lo exigen la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y el Artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (CPConst.).

En efecto, el artículo 8° 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, dispone:

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otra índole.

Mientras que los incisos 1) y 2) de su artículo 25°, refieren:

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga el recurso;

b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial; y

- c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que haya estimado procedente el recurso.

26. Sobre el particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sostenido:

[...] el artículo 25.1 de la Convención es una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo, como procedimiento sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de los derechos fundamentales. Establece este artículo, igualmente, en términos amplios, la obligación a cargo de los Estados de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Dispone, además, que la garantía allí consagrada se aplica no solo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquellos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley.

Para posteriormente afirmar que:

los Estados Partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (Art. 25°), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (Art. 8.1°), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción.

27. Asimismo, en el Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, la Corte ha referido:

El respeto a los derechos humanos constituye un límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo órgano o funcionario que se encuentre en una situación de poder, en razón de su carácter oficial, respecto de las demás personas. Es así, ilícita, toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. [...].

De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo. Es decir que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un «juez o tribunal competente» para la «determinación de sus derechos», esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8° de la Convención Americana (STC 05854-2005-PA, fs. 22-27).

Mucho más reciente, el Tribunal Constitucional ha asumido en términos más orgánicos la concepción jurídica y procesal del control de convencionalidad que aquí insertamos en sus partes pertinentes. Veamos:

5. Cuando el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial, según sea el caso, verifica la constitucionalidad de una norma, la no existencia de conflictos de competencias entre órganos estatales, la no existencia de actos lesivos a los derechos fundamentales de las personas, no está ejerciendo más que un control de constitucionalidad. Pero la magistratura constitucional no solo debe centrarse en ejercer únicamente un control de constitucionalidad; sino que se encuentran en la obligación de ejercer un *control de convencionalidad*, es decir, la potestad jurisdiccional que tienen los jueces locales y la jurisdicción supranacional, que en nuestro caso está constituida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), para resolver controversias derivadas de normas, actos y conductas contrarios a la Convención Americana de Derechos Humanos, a los tratados regionales en materia de derechos humanos ratificados por el Perú, al *ius cogens* y a la jurisprudencia de la Corte IDH.

6. La terminología de «control de convencionalidad» fue utilizada, en el ámbito regional, por vez primera, en el voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez contenido en la sentencia de la Corte IDH recaída en el caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala del 25 de noviembre de 2003. Lo expresado no quiere decir que recién a partir de la resolución del citado asunto la Corte IDH haya ejercido el control de convencionalidad; sino que siempre lo ejerció. Lo que sucede es que a partir del referido caso se comienza a utilizar la terminología de «control de convencionalidad».

7. Siguiendo su misma postura el juez Sergio García Ramírez vuelve a incidir sobre el control de convencionalidad en otros casos resueltos por la Corte IDH. Así, en el caso Tibi vs. Ecuador, del 7 de diciembre de 2004, en su voto concurrente razonado, párrafos 3 y 4 expresa que:

En cierto sentido, la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados —disposiciones de alcance general— a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la «constitucionalidad», el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la «convencionalidad» de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público —y, eventualmente, de otros agentes sociales— al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía.

Del mismo modo que un tribunal constitucional no podría —ni lo pretende— traer ante sí todos los casos en que se cuestione o se pueda cuestionar la constitucionalidad de actos

y normas, un tribunal internacional de derechos humanos no aspira —mucho menos todavía que el órgano nacional— a resolver un gran número de litigios en los que se reproduzcan violaciones previamente sometidas a su jurisdicción y acerca de cuyos temas esenciales ya ha dictado sentencias que expresan su criterio como intérprete natural de las normas que está llamado a aplicar, esto es, las disposiciones del tratado internacional que invocan los litigantes. Este designio, que pone de manifiesto una función de la Corte, sugiere también las características que pueden tener los asuntos llevados a su conocimiento [Subrayado nuestro].

Como se observa, el juez Sergio García Ramírez considera que, en el ámbito regional, los países deben tener en cuenta la jurisprudencia emitida por la Corte IDH y aplicar tales criterios en las controversias constitucionales de su jurisdicción interna. De la misma manera, el referido juez sentó su posición particular sobre el control de convencionalidad en otras ocasiones, como en el caso *López Álvarez vs. Honduras*, sentencia del 1 de febrero de 2006, voto concurrente razonado, párrafo 30; caso *Vargas Areco vs. Paraguay*, sentencia del 26 de septiembre de 2006, voto concurrente razonado, párrafo 7; caso del Penal *Miguel Castro Castro vs. Perú*, sentencia del 25 de noviembre de 2006, párrafos 16 y 17.

8. La Corte IDH, como ente colegiado, hizo referencia al control de convencionalidad, por primera vez, en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia del 26 de septiembre de 2006, expresando en su párrafo 124 que:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe

ejercer una especie de «control de convencionalidad» entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana [Subrayado nuestro].

9. Sin restarle importancia a la sentencia anterior, es en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, del 24 de noviembre del 2006, donde todos los jueces de la Corte IDH hicieron un análisis más sesudo de la temática del control de convencionalidad expresando, por ejemplo, en su párrafo 128 que:

Quando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también «de convencionalidad» ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes [...] [Subrayado nuestro].

10. Posteriormente, la Corte IDH habría de ocuparse nuevamente del control de convencionalidad. Así, en la sentencia del caso *Boyce y otros vs. Barbados*, del 20 de noviembre de 2007, expresó que en la jurisdicción interna se había hecho un análisis puramente constitucional de la cuestión litigiosa en la cual no se tuvieron en cuenta las obligaciones que tiene el Estado conforme al Pacto de San José. De acuerdo con la Convención de Viena sobre los Tratados (art. 26), el Estado debió cumplir de buena fe con sus obligaciones convencionales «[...] y no podrá invocar disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de dichas obligaciones convencionales [...]». La jurisdicción interna no se debió limitar a evaluar si la norma local era constitucional o

no, ya que la Corte de Justicia del Caribe, debió también decidir si la ley de Barbados, esgrimida en las sentencias locales, violó o no la Convención. (Véase párrafos 77 y 78). De la misma forma, en la sentencia del caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, del 12 de agosto de 2008, se expresó que a través del control de convencionalidad cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, por ende, el derecho doméstico debe adecuar sus normas al Pacto de San José. La «adecuación» de los preceptos locales «[...] implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio; y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías». (Véase párrafos 180 y 181).

11. La Corte IDH no se ocupa de las cuestiones internas sino que su función es la de inspeccionar si los países han vulnerado o no las convenciones sujetas a su competencia. No se trata en verdad de revisar las sentencias de los tribunales domésticos, sino de una función más importante e imprescindible dentro de un mecanismo que se jacta de ser protector de los derechos humanos, puesto que la Comisión y la Corte como únicos órganos de supervisión, pueden y deben determinar la compatibilidad o no con el Pacto de San José de cualquier acto u omisión en que incurran los Estados, a través de algunos de sus poderes, órganos o agentes (GERMÁN, Albar y CANÇADO TRINDADE, Antonio, «Reflexiones sobre el futuro del sistema interamericano de derechos humanos», en *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, Cox Editores, 1998, Costa Rica, p. 584).

12. Conforme lo expresado en el caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile (Véase fundamento 8 de la presente sentencia), no solo la Corte IDH ejerce el control de convencionalidad, sino que dicha facultad debe ser ejercida por los jueces locales para evitar que la controversia llegue a la instancia supranacional, cuya intervención es subsidiaria, es decir, que para llegar a esta instancia, previamente

se debe agotar «los recursos de jurisdicción interna» (artículo 46.1.a de la Convención Americana de Derechos Humanos).

13. Demostrada la vulneración de las disposiciones supranacionales resulta necesario adecuar el derecho interno a los tratados. Esto implica que si la normativa doméstica (legislativa, administrativa o de cualquier otro carácter) y las prácticas estatales de cualquiera de los tres poderes, no garantizan los derechos fundamentales reconocidos en el derecho internacional, el Estado debe adecuarlas o, en su caso, suprimirlas y crear garantías que verdaderamente protejan los derechos fundamentales. No estamos más que ante el deber general del Estado de adecuar su derecho interno (artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). No está de más expresar que no solo el Poder Judicial debe cumplir con las disposiciones de derecho supranacional, sino también el Legislativo y el Ejecutivo, bajo apercibimiento de generar responsabilidad internacional del Estado.

14. Se puede distinguir un control de convencionalidad *vertical* que surge a partir de un ordenamiento supranacional, de una jurisdicción supranacional y de una interpretación supraconstitucional. Es un control concentrado ejercido por la Corte IDH, cuyos fallos generan una doctrina jurisprudencial con efectos *erga omnes*, es decir, que vinculan a todos los tribunales domésticos de la región, quienes tienen un «margen de apreciación nacional» que les permite aplicar la doctrina convencional de la Corte IDH, según estimen conveniente. Asimismo existe un control de convencionalidad horizontal, ejercido por las judicaturas domésticas de cada país (control difuso), cuyos efectos son solo para el país en el cual sus jueces han aplicado los instrumentos internacionales (Tratados, *ius cogens* o jurisprudencia de la Corte IDH) antes que su normativa interna (STC 04617-2012-AA, fs. 5-14).

9. EPÍLOGO

Hoy el pluralismo jurídico permite vislumbrar un mundo globalizado y complejo en donde ordenamientos jurídicos distintos se yuxtaponen y la teoría de la soberanía y los principios de la libre

autodeterminación de los pueblos cada vez ven más su ocaso. Con todo, el desarrollo del control convencional debe manejarse con mucho tino por sus integrantes, debiendo respetar el margen de apreciación nacional sin que esto, por cierto, pueda significar el no respeto a los tratados internacionales de derechos humanos, cuyo Estado emplazado no puede, en absoluto, anteponer su ordenamiento interno por encima del internacional. Tino, prudencia y un fino juicio jurídico y político no hace daño en los integrantes de la Corte Interamericana a fin de que el control de convencionalidad, ícono de la posmodernidad contemporánea, no devenga, a futuro, en una politización de la justicia cuyas violaciones de los derechos humanos precisamente son por las garras políticas de los ordenamientos internos y cuya sublime esperanza radica en sus tribunales y en la Corte Interamericana.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALLORIO, Enrico (1963). *Problemas de derecho procesal*. Tomo II. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- ARENDT, Hannah (2012). *Eichmann en Jerusalén: un estudio sobre la banalidad del mal*. Traducción de Carlos Ribalta. Buenos Aires: Lumen.
- BAUMAN, Zygmunt (2017). *La globalización. Consecuencias humanas*. Traducción de Daniel Zadunnisky. México: FCE.
- CANOSA USERA, Raúl (2015). *El control de convencionalidad*. Pamplona: Civitas-Thomson Reuters.
- CASAS HERRER, Eduardo (2017). *La red oscura*. Madrid: La Esfera de los Libros.
- CHOMSKY, Noam (2016). *Hegemonía o supervivencia: la estrategia imperialista de Estados Unidos*. Traducción de Miguel Izquierdo. Barcelona: Ediciones B.

- CUEVA FERNÁNDEZ, Ricardo (2011). *De los niveladores de Marbury vs. Madison: la génesis de la democracia constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés (2005). *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. Navarra: Thompson-Civitas.
- EAGLETON, Terry (2017). *Cultura*. Traducción de Belén Urrutia. Barcelona: Taurus.
- FERRER, Aldo (1998). *Historia de la globalización. Orígenes del orden económico mundial*. México: FCE.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (2014a). «Control de convencionalidad (sede interna)». En FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, MARTÍNEZ RAMÍREZ, Fabiola y FIGUEROA MEJÍA, Giovanni (coords.) *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*. 2.^a ed. México: UNAM IIJ, 236-240.
- _____ (2014b). «Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano». En FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y FIGUEROA MEJÍA, Giovanni A. (coords.). *El amparo del siglo XXI*. México: Porrúa.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y HERRERA GARCÍA, Alfonso (coords.) (2013). *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos*. México: Tirant lo Blanch.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, MARTÍNEZ RAMÍREZ, Fabiola, FIGUEROA MEJÍA, Giovanni (coords.) (2014). *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*. 2.^a ed. México: UNAM IIJ.
- GARCÍA BELAÚNDE, Domingo (2015). «El control de convencionalidad y sus problemas». *Pensamiento Constitucional*, 20, 135-160.
- GARCÍA BELAÚNDE, Domingo y PALOMINO MANCHEGO, José (2013). «El control de convencionalidad en el Perú». *Pensamiento constitucional*, 18, 223-241.

- GARCÍA ROCA, Javier (2014). «Margen de apreciación nacional». En FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, MARTÍNEZ RAMÍREZ, Fabiola, FIGUEROA MEJÍA, Giovanni (coords.) (2014). *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*. 2.^a ed. México: UNAM III, 915-917.
- GORDILLO PÉREZ, Luis Ignacio (2012). *Constitución y ordenamientos supranacionales*. Prólogo de Pablo Pérez Tremps. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- HERNÁNDEZ HOYOS, Diana (2017). *Derecho internacional humanitario. La Corte Penal Internacional (CPI), su estructura y sus funciones*. Bogotá: Nueva Jurídica.
- HITTERS, Juan Carlos y FAPPIANO, Oscar L. (2007). *Derecho internacional de los derechos humanos*. 2.^a ed. Buenos Aires: Ediar.
- LANDONI SOSA, Ángel (2003). «La cosa juzgada: valor absoluto o relativo». *Derecho PUCP*, 56, 297-360.
- LIPOVETSKY, Gilles y JUVIN, Hervé (2011). *El Occidente globalizado. Un debate sobre la cultura planetaria*. Traducción de Antonio-Prometeo Moya. Barcelona: Anagrama.
- LIPOVETSKY, Gilles y SERROY, Jean (2010). *La cultura mundo. Respuesta a una sociedad desorientada*. Traducción de Antonio-Prometeo Moya. Barcelona: Anagrama.
- MACHADO MARTINS, Priscila (2017). *La cosa juzgada constitucional*. Prólogo de Raúl Nuñez Ojeda. México: Ubijus.
- MACRIDIS, Roy C. y HULLIUNG, Mark (1998). *Las ideologías políticas contemporáneas*. Madrid: Alianza Editorial.
- MONTERO AROCA, Juan (1996). «Cosa juzgada, jurisdicción y tutela judicial». *Derecho privado y Constitución*, 8, 251-296.
- MOYANO BONILLA, César (1985). *La interpretación de los tratados*. Montevideo: MBA.

- NIEVA FENOLL, Jordi (2011). *La cosa juzgada*. Barcelona: Atelier.
- O'DONNELL, Daniel (1989). *Protección Internacional de los Derechos Humanos*. 2.^a ed. Lima: Comisión Andina de Juristas.
- PASTOR RIDRUEJO, José A. (2011). *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. 15.^a ed. Madrid: Tecnos.
- QUINCHE RAMÍREZ, Manuel (2014). *El control de convencionalidad*. Bogotá: Temis.
- QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio (2008). *Teoría general del Derecho Procesal*. 4.^a ed. Bogotá: Temis.
- SAIZ ARNAIZ, Alejandro y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (2014). *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial*. México: Porrúa.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2007). *Exp. n.º 0006-2006-PC/TC. Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional*. Lima: 13 de febrero de 2007.
- _____ (2016). *Revista Peruana de Derecho Constitucional. Cosa juzgada constitucional*, 9.
- VENTURA ROBLES, Manuel E. *et al.* (1996). *Sistematización de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Presentación de Héctor Fix-Zamudio. San José: Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- WOLFE, Alan (2013). *La maldad política. Qué es y cómo combatirla*. Traducción de Ana Herrera. Barcelona: Galaxia Gutenberg.

Revista Oficial del Poder Judicial

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

Vol. 9, n.º 11, enero-junio, 2019, 179-217

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.v9i11.6>

Lo que los juristas no dicen. Normas no expresadas y despositivización¹

What jurist don't say.

Unexpressed and de-positivating norms



MAURO BARBERIS

Universidad de Trieste

(Trieste, Italia)

Contacto: barberis@units.it

<https://orcid.org/0000-0002-1913-0863>

RESUMEN

Uno de los problemas más intrigantes de la reciente teoría del derecho está representado por las reglas implícitas y/o no expresadas. Sin embargo, el tema, propuesto por Riccardo Guastini en los años

1 Informe que fuera discutido en el Instituto Tarello, en Génova, el 6 de junio de 2018. Agradezco a todos los que participaron en el debate, así como a todos los que han leído y comentado la primera versión de la obra. En particular, agradezco a Riccardo Guastini, como de costumbre el más generoso en sugerencias y objeciones, las que he tenido en cuenta, como siempre.

noventa del siglo pasado, incomoda a otros juristas y teóricos: de hecho, lo discuten casi solo los genoveses y sus amigos, como veremos. El artículo reconstruye la tematización del problema, estrechamente relacionado con otros típicos temas «genoveses», como son la distinción interpretación/construcción y el mismo concepto de marco de Kelsen. Aquí se distinguen, especialmente, las normas implícitas de las normas (totalmente) no expresadas, volviendo a definir las primeras como una variable dependiente de su aplicación judicial, y considerando las segundas como un elemento del proceso que llamo despositivización del derecho.

Palabras clave: normas implícitas, normas no expresadas, interpretación, construcción, despositivización.

ABSTRACT

One of the most intriguing issues treated by recent legal theory are implicit and/or unexpressed norms. However, this topic, proposed by Riccardo Guastini in the last century's Nineties, evidently embarrasses other lawyers and law theorists; in fact, it is discussed almost by Genoese and their friends alone, as we shall see. The paper reconstructs the thematization of this problem, deeply connected with other typical «Genoese» topics such as interpretation/construction distinction and the very concept of Kelsenian *Rahmen*. Finally, a distinction of implicit and (totally) unexpressed norms is proposed, by redefining implicit ones as a dependent variable of judicial application and dealing with unexpressed norms as an element of a process I call law's de-positivization.

Key words: implicit norms, unexpressed norms, interpretation, construction, de-positivization.

Recibido: 07/06/2018 Aceptado: 30/10/2018

*Hay más cosas en la tierra
y en el cielo, Horacio,
de las que han sido soñadas
en tu filosofía.*
W. SHAKESPEARE

1. PREMISA

Uno de los problemas más intrigantes de la teoría del derecho actual son las normas implícitas o no expresadas. Sin embargo, este tema, propuesto por Riccardo Guastini en los años noventa, todavía parece incomodar a los juristas y teóricos del derecho; de hecho, parece ser que es discutido casi solo por los teóricos genoveses, como veremos². Aquí reconstruyo la tematización del problema y distingo las normas implícitas y (absolutamente) no expresadas. En particular, redefino las primeras como una variable dependiente de su aplicación judicial, y considero las últimas como un síntoma del proceso que llamo despositivización de la ley.

2. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA

El problema, viéndolo en retrospectiva, surge en el estado legislativo, pero es ignorado por la teoría del derecho que prevalece en ese momento: el positivismo jurídico³. De hecho, esta teoría tiende

2 Hablo de la teoría analítica «latina» e incluso angloamericana, en la que otros argumentos de Riccardo han sido ampliamente discutidos. No me refiero, en cambio, a obras de constitucionalistas estadounidenses como la de A. Amar: *America's Unwritten Constitution: The Precedents and Principles we Live By* (2012), en las que se argumenta, de manera similar, que los principios como la separación de poderes y *rule of law* (gobierno del derecho) están totalmente sin expresar en la constitución federal de los Estados Unidos.

3 Hablo de «estados» jurisdiccionales, legislativo y constitucional respectivamente, en el sentido puntualizado en mi libro *Una filosofia del diritto per lo stato costituzionale* (2017), pero común en literatura, excepto por un aspecto: «estado», con minúscula, indica una condición o época de la evolución del derecho, y no el Estado, con mayúscula, moderno.

a asimilar el derecho a la legislación y las normas jurídicas a sus formulaciones legislativas: una asimilación que promueve el mismo objetivo directo de los códigos y la legislación, y el mismo objetivo indirecto del positivismo jurídico, es decir, la seguridad de las leyes. Una formulación típica del estado legislativo es el artículo 12.º del Título Preliminar al actual Código Civil italiano (1942), artículo que rige la interpretación y la integración de la ley.

El primer inciso trata sobre la interpretación y establece que si el caso se rige por una disposición específica —una norma explícita aplicable al caso— entonces esta debe interpretarse literalmente y de acuerdo con la intención del legislador. El segundo inciso, en cambio, trata sobre la integración; cuando no hay una disposición específica que se pueda aplicar al caso, el juez está autorizado a obtenerla de una norma que regule casos similares (analogía *legis*) o, en el caso de que esta tampoco exista, de los principios generales del orden jurídico del Estado (analogía *iuris*).

Ahora, las normas individuales obtenidas por analogía, tanto *legis* como *iuris*, y los mismos principios generales, según la definición que nos brinda Guastini, son normas meramente implícitas, inferidas por reglas explícitas. Sin embargo, ningún teórico juspositivista las ha calificado de esta manera. Los mismos Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin —la mayor fuente de inspiración de Riccardo después de Hans Kelsen— admiten las normas implícitas solo en el sentido de reglas deducidas lógicamente de las normas explícitas, y no de reglas meramente inferidas por los intérpretes⁴.

4 Ver, entre los numerosos ejemplos, R. Guastini (2011a: 428-429) y n.º 2, donde se menciona explícitamente *Normative Systems* (1971). Ver también uno de los mejores trabajos sobre el tema, G. B. Ratti, «An Analysis of Some Juristic Techniques for Handling Systematic Defects of the Law» (2015: 151-177), especialmente 157-159, donde, por lo demás, se afirma que la insuficiencia de la deducción para la reconstrucción de los contenidos de un sistema legal sería «a widespread opinion among jurists» (una opinión generalizada entre los juristas).

Esta auténtica pérdida del problema (*Problemverlust, loss of problems*) se encuentra paradigmáticamente ejemplificada por la tipología de las normas de Georg-Henrik von Wright: filósofo más juspositivista de muchos juristas. Bien, Von Wright considera como normas jurídicas por excelencia las prescripciones, es decir, las leyes, no solo formuladas por definición, sino cuya formulación se considera un elemento constitutivo, una *conditio sine qua non*, de su existencia⁵. Y esto aunque otros ya habían distinguido normas con formulación proclamativa (leyes) y normas con formulación meramente declarativa (costumbres, precedentes)⁶.

¿Por qué, entonces, esta pérdida del problema? Hasta ahora solo hemos hablado de teóricos del derecho, cuyo silencio sobre este punto ya es bastante significativo. Sin embargo, es probable que, respecto a ello, la teoría del derecho juspositivista comparta una actitud típica de los juristas positivos. Como los jueces prefieren decir que aplican la ley vigente, y no que la integran de conformidad con el artículo 12.º, inciso 2, *Preleggi*, del mismo modo el jurista tiene buen cuidado de admitir que produce derecho. Pero, atención, no por su fidelidad al positivismo jurídico, sino más bien para no exponerse a la sospecha de estar reemplazando al legislador (ver en este mismo artículo, § 5 *in fine*).

En cambio, intentemos imaginar la razón de esta solitaria tematización de normas implícitas o no expresadas por parte de Guastini. De los dos eventos que han marcado la teoría

5 Ver Th. Geiger: *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts* (1947), traducido en italiano *Studi preliminari di sociologia del diritto* (2018: 140).

6 Así G. H. von Wright, *Norm and Action* (1963), traducido en italiano, Bolonia, Il Mulino, 1989, 44 y especialmente 142: «En el caso que la norma sea una prescripción, la promulgación de la regla [...] constituye [...] un término de enlace esencial [...] del proceso a través del cual se origina esta norma»; y un poco más adelante: «se puede decir que las prescripciones *dependen del lenguaje*». En la página 46, por otra parte, el autor habla de las costumbres (*customs*) como «prescripciones implícitas».

de las normas en el último medio siglo, no se trata ni del «descubrimiento» de las reglas constitutivas por John Rawls y John Searle, ni del redescubrimiento de los principios por Ronald Dworkin. Pensemos solo en el ejemplo favorito de este último, el principio de que «nadie puede beneficiarse de su maldad»: donde la *ratio decidendi* (la razón para decidir) está implícita en una serie de precedentes de *common law*.

En lugar de eso, la tematización de las normas implícitas o no expresadas parece estar sugerida por otras tres razones: dos teóricas generales, la otra doctrinal. La primera razón teórico-general caracteriza al realismo jurídico genovés ya desde Giovanni Tarello, que se diferencia de los demás precisamente porque persigue explicitar la producción legislativa no solo por parte de los jueces, sino también por la doctrina. Hablar de normas implícitas o no expresadas, producidas por la jurisprudencia y la doctrina, hace explícita esta producción, rompiendo el silencio de los juristas positivos sobre este.

La segunda razón, también teórico-general, es el desarrollo de los estudios sobre la argumentación jurídica: cuyo texto fundamental, *The Foundation of Legal Reasoning* (1981), de Aulis Aarnio, Robert Alexy y Aleksander Peczenik, ha sido precisamente traducido por Guastini⁷. Este motivo parece ya evidente leyendo un ensayo de Riccardo de aquellos años, que aún pertenece a la prehistoria del concepto de normas implícitas: *Producción de normas por medio de normas* (1986)⁸. Podemos hacer un análisis del razonamiento jurídico sin postular reglas implícitas.

7 Ver A. Aarnio, R. Alexy, A. Peczenik (1987: 121-187).

8 R. Guastini: «Produzione di norme a mezzo di norme. Un contributo all'analisi del ragionamento giuridico» (1986: 173-201). La obra pertenece a la prehistoria de la tematización por tres razones: insiste en que «una norma [...] solo puede ser expresada» (180); luego, usa «normas implícitas» en Alchourrón y Bulygin, refiriéndose a normas meramente deducidas de otras normas (190); finalmente, menciona

La tercera razón, doctrinal, es que, durante una década, a partir de mediados de la década de 1980, Guastini enseñó Derecho Constitucional, aunque su manera de tratar este tema nunca se confundió con otros constitucionalistas. Es decir, Riccardo nunca interpretó la Constitución italiana en primera persona, sino que solo proporcionó la interpretación cognitiva y *wertfrei* sugerida por Kelsen, y ya aplicada por Tarello. En otras palabras, Guastini nunca produjo normas constitucionales implícitas: se ha limitado a señalar su producción por parte de otros constitucionalistas.

En cambio, ¿qué hacen los otros constitucionalistas? Tres cosas, designadas ya sea conjuntamente, ya sea por separado por la expresión «interpretación constitucional»⁹. Mientras tanto, interpretan en sentido estricto: atribuyen significado al texto constitucional y obtienen reglas explícitas. Luego, complementan la Constitución, infiriendo de las normas constitucionales explícitas normas implícitas e incluso totalmente no expresadas. Finalmente, argumentan: es decir —como veremos al retomar el tema en la sección final—, utilizan las mismas normas implícitas o no expresadas como argumentos para interpretar e integrar todas las demás.

3. TEMATIZACIÓN DEL CONCEPTO

La tematización del concepto de normas implícitas o no expresadas, como se ha dicho, tiene lugar en los años noventa. En el volumen *Dalle fonti alle norme* (1990, de ahora en adelante FN), donde desarrolla ideas presentes en el ensayo «Produzione di norme a mezzo di norme», retoma la correspondencia no biunívoca entre enunciados y significados, en los términos de Alf Ross y Tarello,

principios como la división de poderes y la llamada regla general exclusiva (197) sin utilizar expresiones como «normas (totalmente) no expresadas».

9 Una expresión a la que inexplicablemente Riccardo le ha querido siempre atribuir solo el sentido estricto de la interpretación. Ver, más recientemente, R. Guastini: *Discutendo* (2017: 299-304).

así como entre disposiciones y normas, en los términos de Vezio Crisafulli, y de ello obtiene la siguiente consecuencia: puede haber normas sin disposiciones¹⁰.

Aquí podemos recordar de paso la entificación de las normas producidas por todos estos enfoques: el término «norma», en realidad, no designa objetos, ni de pensamiento, ni lingüísticos¹¹, sino relaciones entre hechos, en particular calificaciones de la conducta como obligatoria, prohibida o permitida. Como vemos en las siguientes tres subsecciones, Guastini primero discute el fenómeno de las normas implícitas o no expresadas, luego formula el problema de su dependencia del lenguaje, y finalmente diferencia las normas explícitas o expresadas, producto de la interpretación de las disposiciones, de las normas implícitas o no expresadas, producto de la integración.

3.1. Veamos primero cómo Guastini conceptualiza (define) el fenómeno de las normas implícitas/no expresadas.

Según una opinión —discutible, pero absolutamente obvia entre los juristas—, el sistema legal no está constituido solo por normas que puedan obtenerse mediante la interpretación de las disposiciones contenidas en las fuentes: este sistema está lleno de normas sin disposiciones [...]. Una norma está desprovista de disposiciones cuando no puede estar relacionada con un enunciado preciso de las fuentes como su significado. En símbolos, podríamos escribir: ? => N. Por lo demás, se puede hablar de normas sin disposición de dos maneras bastante diferentes: a) En un sentido débil, una norma está desprovista de disposición cuando se deriva no de una disposición única, sino de una pluralidad de disposiciones

10 Ver R. Guastini, *Dalle fonti alle norme* (1990). Una traducción española de algunos textos básicos para tales distinciones —que sin embargo ignora a Ross y a Von Wright— se encuentra en Pozzolo y Escudero (2011). El texto clásico de Crisafulli sobre el tema es la voz «Disposizione (e norma)» (1964: 195-209).

11 Una crítica wittgensteiniana de la entificación de normas producida por estas distinciones se encuentra en M. Narváz Mora (2015: 43-69).

combinadas [...]; b) En un sentido determinante, una norma no tiene disposición cuando es una norma implícita o no expresada: es decir, una norma que no puede derivarse por interpretación de ninguna disposición específica o de una combinación de interpretaciones encontradas en las fuentes. Generalmente, una norma no expresada se deriva de otra norma expresada (por ejemplo, por analogía) o del sistema legal en su conjunto, o de algún subconjunto de normas consideradas en su totalidad (el sistema de derecho civil, el sistema de derecho administrativo, etc.)¹².

Aquí podrían ser útiles una observación y una propuesta terminológica. La observación es que desde el primer texto en el que se discuten estos conceptos, Guastini considera oposiciones como normas implícitas/explicitas e interpretación/integración no solo como dicotomías —diferencias entre clases mutuamente excluyentes y conjuntamente exhaustivas—, sino también como oposiciones básicamente coextensivas entre ellas. Dicho de otra manera, las normas explícitas-expresadas son producidas por la interpretación de disposiciones, mientras que las normas implícitas-no expresadas son producidas por su integración.

En cambio, la propuesta terminológica es la siguiente: Riccardo siempre ha utilizado los términos «normas implícitas» y «normas no expresadas» como sinónimos; sin embargo, con respecto al ejemplo paradigmático del concepto, siempre ha diferenciado principios implícitos, es decir, obtenidos de una disposición (como la razonabilidad) o de más de una (como la buena fe), y principios totalmente no expresados (como la división de poderes). Por lo tanto, ahora propongo denominar *implícitas* a las normas o principios derivados de una o más disposiciones, (*totalmente*) *no expresadas* a las normas o principios no formulados.

12 FN, 30-31. Aquí Guastini no se refiere a las *Lezioni di diritto costituzionale*, de Crisafulli, como lo hará más adelante, sino a N. Bobbio: *Sul ragionamento dei giuristi* (1955), en Comanducci y Guastini (1989: 171-189).

3.2. Guastini no oculta que la distinción plantea el problema de la dependencia del lenguaje de las normas. Si adoptamos la definición jusepositivista de norma como producto de un acto de lenguaje —de acuerdo con la tradición voluntarista e imperativista, desde Bulygin, expresamente mencionado en la nota, al último Kelsen y a Von Wright, hasta John Austin y Thomas Hobbes— «el término “norma no expresada” es una especie de oxímoron. Estrictamente hablando, no existe algo como normas no expresadas, ya que una norma o está expresada por una disposición o no es» (FN, 33).

En el siguiente punto vemos cómo Guastini sale del dilema —pero no de la entificación que eso produce— al referirse a las actividades de interpretación e integración. Aquí no puedo dejar de recordar que el suscrito había propuesto una manera muy simple de salir del dilema. No todas las normas jurídicas son prescripciones, por definición *language-dependent* (dependientes del lenguaje): también existen normas jurídicas que no son prescripciones, por lo tanto no formuladas sino solo formulables. En otras palabras, se puede abandonar la dependencia directa del lenguaje y adoptar una indirecta, como mera formulabilidad¹³.

3.3. «Es muy claro —concluye Guastini en la sección de FN dedicada a las normas sin disposiciones— que las normas no expresadas no son en absoluto el resultado de la interpretación, por cuanto se elaboran en ausencia de disposiciones que las expresan. Son el resultado de la producción (o integración) de la ley». El término «producción», que ya se había utilizado en «Produzione di norme a mezzo di norme», se refiere a otra fuente de la diferencia de Guastini: la distinción, efectuada pero también criticada unos años antes por Tarello, entre argumentos interpretativos y productivos. Pero no está tan clara, según Tarello, como la está de acuerdo con Guastini.

13 Barberis (1990: 9-28), donde «formulabilidad» se refiere al principio de expresibilidad de John Searle.

De hecho, en *L'interpretazione della legge* (1980), al examinar las clasificaciones de los argumentos interpretativos, Tarello critica la diferencia, en su opinión tradicional, «entre los llamados argumentos “productivos” o “de la producción legal”, y los argumentos (meramente) interpretativos». «Los productivos serían sobre todo (y en ciertos sistemas y culturas efectivamente aparecen como tales) argumentos que concluyen por la existencia o la inexistencia de normas, mientras que los otros concluyen por la atribución de uno u otro significado a las formulaciones normativas» (1980: 392).

Sin embargo, Tarello se liberaba de la diferencia de este modo: «por un lado, [también] la actividad interpretativa, al atribuir significados a los enunciados [...] *produce* las normas expresadas por los enunciados; por otro lado, la producción de normas de acuerdo con los argumentos [productivos] depende de una actividad interpretativa previa» (1980: 393-394)¹⁴. En resumen, Tarello atribuye la diferencia solo a los juristas de la precodificación, cuando en cambio esta captura precisamente el modo de razonar del codificador italiano de 1942, que dedica el primer inciso del artículo 12.º del Título Preliminar a los argumentos interpretativos, y el segundo a los argumentos integrativos o productivos.

4. EL EJEMPLO DE LOS PRINCIPIOS

Al proceder en FN, Guastini aduce, e ilustra ampliamente, un ejemplo paradigmático del concepto de normas implícitas o no expresadas: los principios. Se trata del tema quizá más debatido de la teoría de la norma de la segunda mitad del siglo XX. Aquí me limito a reportar un ejemplo. Riccardo escribe: «Quizás se puede decir que un principio no está expresado cuando se está de acuerdo

14 Serían productivos los argumentos también llamados «lógicos», a saber: los de integridad, de coherencia, a *fortiori*, a *simili*, a *contrario*.

(los operadores jurídicos están de acuerdo) en que no existe, en el lenguaje legislativo [*rectius*, de las fuentes]¹⁵, una disposición que constituya una formulación adecuada y exhaustiva del mismo principio» (FN, 122).

Por operadores jurídicos Guastini se refiere aquí —principal e indistintamente— a doctrina y jurisprudencia: aunque exista una diferencia importante entre una y otra, como veremos. De cualquier modo, Riccardo repite, con respecto a los principios, la diferencia entre normas que he sugerido llamar implícitas y no expresadas respectivamente: «Existen principios que, aunque no están expresados, pueden considerarse implícitos en el discurso legislativo [de las fuentes]. Mientras que los otros principios aparecen, por así decirlo, totalmente inexpresados, esto es, ni formulados ni implícitos en ningún segmento del discurso [de las fuentes]» (FN, 124).

Riccardo se cuida de especificar, siguiendo a Crisafulli (1984: 35, vol II), que diferentes principios pueden estar implícitos incluso en la misma disposición: por ejemplo, de la prohibición de discriminaciones, regla explícita derivada del artículo 3, inciso 1, de la Constitución italiana, el Tribunal Constitucional ha derivado el principio de igualdad, y de este el principio de razonabilidad (FN, 125). En cambio, son denominados totalmente no expresados principios como la división de poderes, el Estado de derecho, los llamados principios supremos de la constitución material, el mismo principio de igualdad, la preservación de los documentos legislativos, la llamada norma general exclusiva (FN, 126).

Otra advertencia formulada por Guastini es que «de hecho, puede ser muy difícil o incluso imposible decidir si una disposición constituye la interpretación de una cierta disposición (y por lo

15 De ahora en adelante reemplazaré en el texto de Guastini «legislativo» con «de las fuentes»: aunque el adjetivo refleja la asimilación del autor —que ya era de Tarello en expresiones como «interpretación de la ley»— entre el discurso legislativo y el discurso del derecho en general.

tanto que sea una norma expresada) o si en cambio constituye una norma implícita adicional» (FN, 125). Más aún, se diría que si se adopta el escepticismo interpretativo, comprendido por Riccardo e incluso por mí como la teoría de la interpretación según la cual toda disposición siempre puede expresar varias normas, ¿cuáles de estas pueden considerarse explícitas, cuáles implícitas y, sobre todo, qué diferencia hay?¹⁶.

En aquella época, surgió una controversia sobre la interpretación constitucional, que considero necesario recordar brevemente. Algunos de los principales constitucionalistas italianos, a principios del nuevo milenio, se dividieron como partidarios de dos métodos interpretativos del texto constitucional: el llamado método juspositivista moderado, defendido por Alessandro Pace, y el llamado método «por valores», apoyado por Franco Modugno y Antonio Baldassarre¹⁷. Controversia en la actualidad superada con la amplia victoria de estos últimos¹⁸, pero confusa precisamente porque ignora de modo sistemático los principios implícitos.

16 Como Riccardo ha reconocido recientemente, probablemente aludiendo al inferencialismo de Robert Brandom: «El punto es que no existe una distinción clara entre lo que significa un texto y lo que su significado implica. No en vano, según algunos, el significado de un enunciado no es más que el conjunto de sus implicaciones, el conjunto de las inferencias que este permite» (Guastini 2017: 251).

17 Los textos de Pace y Modugno, ambos titulados editorialmente «Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori», publicados por *Quaderni costituzionali* en el año 2001 y luego repetidos en un debate en la Universidad Sapienza en el 2005, se encuentran disponibles en línea, en <http://www.costituzionalismo.it/>. El texto de Baldassarre y su respuesta a Guastini, por otro lado, se pueden encontrar en <http://archivio.rivistaaic.it/>. Los tres textos de Riccardo, de críticas contra los constitucionalistas, actualmente se pueden encontrar en R. Guastini, *Discutendo* (2017: 315-347).

18 Mientras tanto, me parece que, efectivamente hoy los constitucionalistas están incluso más dispuestos a la interpretación «por principios», si no en realidad «por valores»; y que el mismo Guastini, sin quererlo, y tal vez queriendo exactamente lo contrario, ha contribuido a esta evolución.

Pace, en efecto, se limita a abogar por una mayor adhesión al texto constitucional, que debe interpretarse principalmente como una formulación de reglas. Cuando el artículo 13.º, inciso I de la Constitución, declara la libertad personal inviolable, por ejemplo, expresaría sí un principio, pero simplemente «recapitulativo» de las reglas expresadas en los incisos siguientes. Modugno y Baldassarre, por otro lado, propugnan una menor adhesión al texto, que debe interpretarse ante todo como la formulación de principios: siendo así, el principio del artículo 13.º, inciso I, se prestaría, junto con otros, para formular reglas y otros principios aún, como el derecho a la vida.

Ahora bien, los contendientes —que incluso mencionan a Tarello a favor de la aplicación del artículo 12.º del Título Preliminar al texto constitucional¹⁹— tienen mucho cuidado de no usar expresiones como «principios implícitos» o «no expresados». Pero no porque ignoren la diferencia de Guastini, sino más bien porque en su calidad de constitucionalistas, les parece obvio que todas las normas constitucionales —reglas o principios, explícitos o implícitos— solo pueden ser expresados. En efecto, describirlos como no expresados los expondría a la objeción de que un constitucionalista no tiene el poder de integrar el texto constitucional²⁰.

Y esto confirma, *a fortiori*, el motivo por el cual la noción de normas implícitas permanece sin ser tematizada por los juristas positivos, sino solo por un teórico del derecho como Guastini. En efecto, una de las condiciones pragmáticas ineludibles del discurso judicial y doctrinal es que cualquier norma jurídica solo puede estar expresada por una disposición, especialmente si es una

19 Favor que le parecerá extraño solo a quienes aún asocian el escepticismo interpretativo con el favor para la producción judicial de la ley: cuando en el caso de los escepticos genoveses se trata, al contrario, no de una constatación avalorativa, como ellos afirman, sino de una especie de denuncia.

20 Que el juez se mostraba reacio a asumir la responsabilidad de integrar el derecho vigente, ya lo había observado H. Kelsen: *Reine Rechtslehre* (1960), traducido al italiano (1966: 279-ss.).

norma constitucional. En efecto, ¿con qué autoridad podría un juez constitucional o un constitucionalista agregar una norma al sagrado texto constitucional? Calificar dicha actividad como integración, y tales normas como implícitas o no expresadas, solo puede ser obra de la teoría del derecho, y en particular de una teoría iusrealista.

5. LA TEORÍA DEL MARCO

Ya desde los años noventa²¹, Guastini precisa el escepticismo interpretativo heredado de Tarello al incorporar la teoría del marco de Kelsen y criticar la teoría mixta de Hart. Respecto a esta teoría mixta, me limitaré a repetir, como siempre, que se trata de una teoría (en mi opinión, casi incuestionable) de la *aplicación* de reglas abstractas en casos concretos: precisamente la teoría según la cual estos pueden ser fáciles o difíciles. El escepticismo «genovés», por otro lado, es una teoría (en mi opinión, igualmente incontrovertible) de la *interpretación*, según la cual cada disposición puede expresar varias normas. Centrándose en diferentes objetos, aplicación e interpretación, siempre en mi opinión las dos teorías son perfectamente compatibles²².

En cuanto a la teoría kelseniana del marco²³, al adoptarla, Guastini corrige sustancialmente el escepticismo «genovés», pero convierte en problemáticas algunas distinciones hasta entonces bastante

21 La adopción de la teoría del marco, en la forma que le da H. Kelsen (1966: 386-388), creo que se presenta por primera vez en Guastini (1996: 70).

22 De hecho, ahora Guastini admite que puede haber casos fáciles de aplicación. Ver en este mismo escrito § 7. Sin embargo, incluso Hart, si alguna vez distinguió disposiciones y normas, debería admitir que la disposición «Prohibido el ingreso de vehículos al parque» podría expresar varias normas.

23 Hay que tener en cuenta que «marco» (primera traducción del original alemán *Rahme*) no aparece en las traducciones italianas de las dos *Dottrine pure*, de Renato Treves y Mario G. Losano, que lo traducen como «esquema». El término tampoco se encuentra en la traducción de la *General Theory*, de Sergio Cotta y Giuseppino Treves, en la que, además, ni siquiera hay un capítulo sobre la interpretación, lo que nos dice mucho sobre el interés de Kelsen en la teoría de la interpretación.

claras. La corrección sustancial —de hecho, el único contenido efectivo de la teoría del marco, por lo demás una idea-límite que señala un problema sin resolverlo— se refiere a la circunstancia de que incluso solo para hablar de interpretación, no se le puede atribuir a un texto cualquier significado. La interpretación, por definición, tiene sus límites, pero ¿dónde están estos límites? La teoría del marco no lo dice²⁴.

Sin embargo, con esta aclaración o corrección, el escepticismo genovés se convierte en «moderado»: una forma de realismo interpretativo, teniendo en cuenta que el «escepticismo» era el nombre adoptado por Hart solo para desacreditarlo. El escepticismo moderado, aparte del oxímoron, no solo se vuelve más tranquilizador para los juristas positivos, sino también para aquellos que creen, todavía, que la interpretación puede atentar contra la democracia. La teoría de la interpretación termina por admitir lo que ya reconocía la escuela posrealista del Legal Process: el legislador y el juez cooperan en la producción legislativa²⁵.

Empero, el precio que ha pagado Guastini por esta operación es poner en tela de juicio las distinciones que hasta ahora eran claras. Ya hemos mencionado el hecho de que la diferencia entre normas explícitas e implícitas se superponía a aquella entre interpretación e integración: son explícitas las normas producidas por la interpretación, e implícitas las resultantes de la integración. Ahora la distinción se extiende a la producción de normas dentro o fuera

24 La noción de marco juega un papel opuesto en la teoría pura y el escepticismo genovés. En la teoría pura, introduce la idea de la ambigüedad de la norma, tanto involuntaria como intencional; en el escepticismo genovés, en cambio, introduce un límite a la indeterminación, que Tarello da por sentado. Además, este límite no está especificado ni siquiera en los análisis más minuciosos de la noción de marco: ver para todos P. Chiassoni (2015: 352-354).

25 El problema para esta admisión salomónica es que, como Guastini siempre ha pensado, y como lo explicó B. Celano, el juego de la interpretación no es cooperativo sino conflictivo.

del marco: se dice que son explícitas las normas producidas por la interpretación dentro del marco, e implícitas aquellas producidas por la integración fuera del marco.

Esta triple diferencia debería reforzar cada una de las distinciones que abarca, pero en realidad las debilita, haciendo que todas dependan de una noción indeterminada como la de marco. De hecho, veremos que todos los intentos de precisar la noción de marco —en términos del texto de la disposición, de cánones argumentativos y/o de tesis doctrinales— la han expuesto a críticas y propuestas para abandonarla (ver § 7). Mientras tanto, por otro lado, ha tenido lugar una evolución adicional en la teoría de Guastini: la introducción de la noción de construcción jurídica.

6. INTERPRETACIÓN Y CONSTRUCCIÓN

En la década del 2000, Guastini reemplaza el término «integración», hasta entonces usado en oposición al de «interpretación» como en los dos incisos del artículo 12.º del Título Preliminar, por el término «construcción». Este también había aparecido ocasionalmente con anterioridad: por ejemplo, en la traducción de Guastini de un conocido pasaje de Peczenik²⁶. Ahora, en cambio, se refiere a las técnicas interpretativas típicas de la doctrina, como en Giorgio Lazzaro (1965)²⁷, y termina extendiéndose a todas las actividades más allá de la mera atribución de un significado a un texto (la interpretación propiamente dicha)²⁸.

26 Ver FN, 127, n.º 40, que traduce de este modo un pasaje de A. Peczenik: *Non-Equivalent Transformation and the Law* (1979): «Pero ¿de dónde viene esta norma? No proviene de ninguna fuente escrita. En realidad ha sido *construida*. Las fuentes del derecho no son nada más que argumentos utilizados en el proceso de construcción de esta norma» (cursiva en el texto).

27 Quien a su vez piensa en los usos del alemán «Konstruktion», de Rudolf von Ihering.

28 A mi entender, la primera aparición del término «construcción jurídica», entre comillas, se encuentra en R. Guastini (2004: 106). Con respecto a una partición

Sin seguir la evolución de la noción de una obra a otra, tomemos su versión más completa, disponible en *Interpretare e argomentare* (2011b). El término «construcción» incluye una lista larga e incompleta de actividades, ulteriores a la interpretación propiamente dicha, típicas de la doctrina, más que de la jurisprudencia. En efecto, recordemos que otro aspecto original del iusrealismo «genovés», no solo de Guastini, es precisamente la insistencia en las funciones nomopoiéticas de la doctrina²⁹.

Riccardo enumera de este modo las actividades de construcción:

a) la creación de vacíos axiológicos; b) la elaboración de normas no expresadas o «latentes» («reglas» y «principios», según los casos, que se afirma son implícitos); b1) a fin de llenar estos vacíos, o b2) para concretar principios; c) la creación de jerarquías axiológicas entre normas; d) el equilibrio entre principios en conflicto; e) la solución de (ciertas antinomias) [...]. Entre estas numerosas operaciones, la elaboración de normas no expresadas juega un papel especial (Guastini 2011b: 32-33)³⁰.

Así, «construcción» indica lo que previamente fue llamado integración o interpretación creativa.

múltiple de normas implícitas, aquí se lee: «las normas del tercer tipo (las obtenidas de tesis dogmáticas) son el producto de una obra de “construcción jurídica”: en resumen, nacen de una combinación de interpretación y dogmática».

29 Por otra parte, todos los demás iusrealismos insisten en las funciones nomopoiéticas de la jurisprudencia, especialmente en el derecho común, para el cual el tema de la cientificidad de la doctrina es extraño. Por lo tanto, otra característica distintiva del realismo legal de Guastini es el normativismo, en el sentido de la producción de normas implícitas o no expresadas, como también en la interpretación, los hechos, los casos concretos, no parecen desempeñar ningún papel.

30 La expresión «latentes» también se deriva de Lazzaro. Hay que tener en cuenta que las «normas implícitas», que compartían la misma extensión de «integración», ya no lo son de «construcción», lo que también indica actividades adicionales a la producción de reglas implícitas; todas las normas no expresadas son el resultado de la construcción, pero no todas las construcciones producen normas no expresadas.

Retomando las ideas de Kelsen, Guastini denomina *cognitiva* a la interpretación «científica», que enumera las normas contenidas en el marco; *decisoria* a la interpretación «auténtica», eligiendo una dentro del marco; *creativa* a aquella que la «construye» fuera del marco. Y concluye: «La única diferencia entre interpretación decisoria e interpretación creativa radica [...] en lo siguiente: que el significado asignado al texto en un caso (interpretación estándar de la toma de decisiones) está comprendido entre aquellos identificados o identificables a través de la interpretación cognitiva, en el otro caso (interpretación creativa), no» (Guastini 2011b: 33)³¹.

Antes de examinar las objeciones, consideremos la aparición contemporánea de una diferencia similar en la literatura de los Estados Unidos sobre interpretación constitucional. En inglés, «interpretation» (interpretación) y «construction» (construcción) son casi sinónimos, incluso a veces son utilizados en conjunción, como una endíadisi. En la interpretación constitucional estadounidense, y precisamente en su versión más «formalista», el originalismo, pero para hacerla competitiva con las posiciones no originalistas³², el significado de los dos términos se diferencia, redefiniéndose.

Al final del milenio, la terminología aún oscila en los textos de lo que se llamará «nuevo» originalismo (*new originalism*) o neo-originalismo (*neo-originalism*), cuyo rasgo distintivo, comparado con el originalismo anterior o sin calificaciones, es precisamente el siguiente³³. Los originalistas, en respuesta a la jurisprudencia de los tribunales de Warren y Burger, habían desarrollado una teoría de la *adjudication* constitucional cuyo elemento principal, si no el

31 Riccardo me señala que en otras partes diferencia entre interpretación creativa y construcción, pero afirma que la primera tiende a resolverse en la segunda, produciendo a veces normas totalmente no expresadas.

32 Respecto a todos estos eventos, ver por último A. Sardo (2018).

33 Esta construcción se basa principalmente en Berman y Toh (2013: 545-576). Ver también Cisneros (2010: 71-93); y Kay (2017: 1-25).

único, era la *interpretation*: la atribución al texto constitucional del significado original (*original*), identificado de diversas maneras.

En cambio, los neo-originalistas (Kart Whittington, Randy Barnett, Larry Solum) añaden a la *interpretation*, concebida como el conocimiento del significado lingüístico del texto constitucional mediante la eliminación de sus posibles ambigüedades, la *construction*, la elaboración del significado legal. La *construction* consiste no solo en identificar la regla aplicable al caso, reduciendo la ambigüedad del significado lingüístico (lo que nosotros llamamos aplicación), sino también en su justificación mediante una *doctrine* judicial específica. Con estas adiciones, el neo-originalismo pretende evitar las objeciones antioriginalistas³⁴.

Como se puede ver, la diferencia neo-originalista entre *interpretation* y *construction* no corresponde en absoluto con la de Riccardo bajo al menos tres perfiles. Primero, es diferente la noción de interpretación (decisoria): en originalistas y neo-originalistas, se trata de una mera *aclaración* del significado lingüístico, mientras que en Guastini se trata de la *adscripción* del significado tanto lingüístico como jurídico. Segundo, la noción de construcción es diferente: en Riccardo tiene connotaciones sobre todo *doctrinales*, mientras que en los (neo) originalistas es exclusivamente *judicial*.

Tercero, y sobre todo, los (neo) originalistas, como todos los constitucionalistas incluso italianos, *prescriben* los significados que deberían adscribirse a las disposiciones constitucionales, mientras que Riccardo *describe* la adscripción constitucional llevada a cabo por jueces constitucionales o constitucionalistas. Sin embargo,

34 Esto es especialmente cierto para autores como Solum (2010: 95-118), los que conciben la *construcción* como un paso a una *interpretación* posterior, pero necesaria: a la interpretación lingüística siempre le debe seguir una construcción jurídica, si quiere tener efectos.

la distinción estadounidense puede traducirse en términos de Guastini: la *interpretation* remedia la ambigüedad de la disposición, la *construction* la vaguedad de la norma. Pero, sobre todo, la distinción estadounidense confirma que los constitucionalistas, y los juristas positivos, en general, rechazan la tematización de las normas implícitas o no expresadas.

De hecho, ni siquiera los neo-originalistas, empeñados en «liberalizar» el originalismo para hacerlo competitivo con los enfoques antioriginalistas, sueñan con hablar de normas constitucionales implícitas o no expresadas. Sospecho que tampoco lo hacen sus adversarios históricos, los partidarios de una *living constitution*. Todos respetan la condición pragmática de la interpretación doctrinal y judicial: «normae non sunt multiplicanda praeter legislationem», las únicas normas de las que se puede hablar siempre deben poderse atribuir al legislador o, *a fortiori*, al constituyente.

7. LAS CRÍTICAS DE DICIOTTI Y PINO

En el año 2013, en la *Rivista di filosofia del diritto*, se llevó a cabo un debate sobre *Interpretare e argomentare* con el arbitraje de Vito Velluzzi; en particular, Giorgio Pino presentó objeciones a toda la teoría de la interpretación de Guastini, mientras que Enrico Diciotti criticó específicamente la teoría de las normas implícitas o no expresadas³⁵. Ambas críticas y la réplica de Guastini están llenas de ideas que nos llevarían muy lejos. A continuación, me concentraré principalmente en la conceptualización de las normas implícitas o no expresadas: salvo una excepción preliminar.

La excepción consiste en el comentario, compartido por Pino y Diciotti, de que Guastini habría terminado por aproximarse a la

35 Pino (2013: 77-101); Diciotti (2013: 103-124). R. Guastini (2013a: 125-136); mientras tanto se ha vuelto a escribir y puede leerse en Guastini (2017: 241-252).

teoría interpretativa mixta: observación que deriva, según creo, del malentendido sobre el objeto de las teorías mixta y escéptica, que ya he señalado (§5)³⁶. La teoría de Guastini, repito entonces, es una teoría (escéptica) de la *interpretación*: cada disposición puede formular varias normas. La teoría de Hart, en cambio, es una teoría (mixta) de la *aplicación*: hay casos fáciles y casos difíciles. Que en la actualidad Guastini admita los casos fáciles (2011b: 277)³⁷, en sí, no significa un acercamiento a Hart, que no se ocupa de la interpretación en sentido estricto sino de la aplicación.

Pino critica directamente la dicotomía interpretación/construcción, y solo de manera indirecta la dicotomía entre normas explícitas/implícitas: dicotomías no coincidentes, hago notar, porque no toda construcción produce normas implícitas. Para él, «en la mayor parte de los casos existen razones justificadas y plausibles para calificar la misma actividad como interpretación y como construcción»³⁸. En efecto, si el marco es más amplio, entonces más normas resultarán explícitas, producto de la interpretación, y menos implícitas, producto de la construcción; la misma norma se vuelve explícita o implícita dependiendo de la extensión del marco³⁹.

Guastini, como lo hace notar siempre Pino, tiende a definir la noción de marco en términos del conjunto de las normas producidas, en forma independiente, sobre la base de reglas de

36 Equivocación de la que comparto la responsabilidad: ver Barberis (2000: 2-36).

37 Dada una norma cualquiera, existen casos en los que ciertamente se puede aplicar, casos en los cuales dicha norma no puede ser aplicada y finalmente hay casos «dudosos» o «difíciles» (Pino 2013: 78, n.º 4).

38 De este modo G. Pino (2013: 88), que usa indistintamente, como todos, los opuestos, normas implícitas/explicitas y normas expresas/no expresas.

39 Sobre esta observación de Pino se inserta un trabajo reciente de Giorgio Maniaci: *Interpretazione cognitiva, decisoria e creativa. La teoria delle due cornici*, aún inédito, que propone definir en forma distinta el marco dependiendo de si la interpretación es extensiva o restrictiva.

la lengua, cánones interpretativos y tesis dogmáticas⁴⁰. En la aplicación separada de los tres criterios, como se puede observar, surgen sin embargo dos problemas. Mientras tanto, las normas explícitas adoptadas solo en función de tesis dogmáticas son denominadas por Riccardo no implícitas, sino totalmente no expresadas. Luego, y sobre todo, el marco cambia en el tiempo: las normas implícitas se suman a las explícitas, incorporándose al marco y convirtiéndose también en explícitas⁴¹.

La noción de marco, como he dicho antes, indica un problema, pero no lo resuelve, siendo irreductiblemente vaga. Reconociendo dicha falta de determinación, por lo demás admitida siempre por Guastini, Pino considera que habría solo dos posibilidades: limitar los criterios que determinan el marco solo a las reglas de la lengua, como ocurre en muchas teorías originalistas de la *interpretación*, o abandonar del todo la noción de marco, aparentemente inservible; lo cual, por otra parte, anularía también las diferencias entre interpretación/construcción y normas implícitas/explicitas (Guastini 2011b: 99).

Del mismo modo, Diciotti critica la diferencia que existe entre normas explícitas/implícitas porque a veces los mismos argumentos

40 Ver R. Guastini (2011b: 29), donde estrictamente hablando no se mencionan las reglas de la lengua, sino solo el texto más «ambos métodos interpretativos», así como «ambas tesis dogmáticas». Riccardo no se pregunta si los tres criterios funcionan conjunta o separadamente. Entonces se puede notar que si fueran explícitas solo las normas elaboradas conjuntamente, sobre la base de reglas de la lengua y cánones interpretativos y tesis dogmáticas, entonces las normas explícitas serían raras, y las normas implícitas comunes. Si, en cambio, fueran explícitas, por separado, todas las normas elaboradas en función de reglas de la lengua o cánones interpretativos o tesis dogmáticas, entonces las normas explícitas serían comunes y las normas implícitas raras. Guastini, en la misma obra, parece elegir la segunda posibilidad: «La interpretación creativa, como se ha definido, es un fenómeno bastante raro» (2011b: 31).

41 En el mismo libro: «Una eventual interpretación creativa [...] tiene el efecto de ampliar, para el futuro, la lista de significados que se pueden identificar en la interpretación cognitiva» (2011b: 36).

se usan para justificar tanto la interpretación como la integración, que sigue siendo el caso paradigmático de la construcción. La solución que propone Diciotti corresponde a la primera alternativa de Pino: trazar el marco solo en función «de los significados que los textos tengan de por sí, en base a las reglas sintácticas y semánticas de la lengua». Aunque el argumento literal —el principal, pero no el único entre los que se utilizan para obtener normas expresas— sea hoy blanco de críticas devastadoras⁴².

Como ya se mencionó, en *Interpretare e argomentare* Guastini, en su respuesta, admite que las diferencias entre interpretación/construcción y normas explícitas/implícitas están lejos de ser claras, y que en muchos casos se pone en duda de que se trate de una o de otra cosa. En la versión original de su respuesta, Riccardo aceptaba con renuencia la propuesta de Pino y Diciotti de denominar interpretación solo a la asignación del significado literal (2013a: 135)⁴³. En cambio, ahora la rechaza, y por una buena razón: que, al aceptarla, todas las normas no producidas a través de la interpretación literal —es decir, la mayoría— se convertirían en implícitas⁴⁴.

Las dudas de Guastini se remontan a Tarello. Como se ha visto, este menciona la diferencia entre argumentos interpretativos y

42 E. Diciotti: «Norme espresse e norme inespresso» (2013: 105 y 108); que el argumento literal sea solo uno entre los argumentos usados para recabar normas expresas se precisa en «Equivocità dei testi normativi, norme espresse e norme inespresso» (Diciotti 2015: 57-70). Para una crítica de las tesis de Diciotti, ver P. Chiassoni: «Frames of interpretation and the Container-Retrieval view» cit.; sobre el significado literal, ver por lo menos F. Poggi (2013: 313-335).

43 Sin embargo, ver el ya mencionado: *Interpretare e argomentare* (2011b: 418).

44 «Me temo que aceptando la tesis *en discusión*, se tendría un resultado bastante paradójico al considerar como normas no expresadas casi la totalidad de las normas que llenan el sistema» (Guastini 2017: 251). Lo que —y lo incluyo yo— haría definitivamente imposible la teoría de las normas implícitas para los juristas positivos.

productivos solo para criticarla, aunque esté incorporada en el artículo 12.º, Título Preliminar, que a él le gustaría incluso aplicar a la interpretación constitucional. Para incrementar aún más la confusión, Tarello no consideraba ni siquiera el argumento literal entre los muchos argumentos interpretativos enumerados en *L'interpretazione della legge* (1980). Finalmente, si Guastini tiene razón —no se puede usar el argumento literal para hacer menos indeterminado el marco—, ¿esto no conducirá al abandono de la noción misma de marco, precisamente como le gustaría a Pino?

8. LA DEFENSA DE CANALE

En el mes de marzo de 2018, los temas de la discusión del 2013 fueron retomados por Damiano Canale, en presencia de Riccardo, en un informe discutido al Instituto Tarello de Génova, titulado de manera provisional «In difesa della distinzione tra interpretazione e costruzione giuridica»⁴⁵. Canale adopta, desde hace años, el inferencialismo de Robert Brandom, quien concibe el significado de un enunciado como el conjunto de las inferencias que ese permite⁴⁶: un enfoque al mismo tiempo favorable y desfavorable para diferenciar interpretación y construcción y, por lo tanto, también normas explícitas e implícitas.

El inferencialismo parece idóneo para hacer explícita la dimensión tácita de prácticas como la interpretación y la construcción: especialmente, para volver explícitas las normas implícitas o no

45 Del que, mientras escribo, solo conozco el título y diapositivas, ambos provisionales, proporcionados gentilmente por Damiano.

46 Esta en realidad es la síntesis que hemos visto hacer a Riccardo en *Discussendo* (2017: 251); es arduo encontrar formulaciones así de claras en los libros de Brandom como *Articulating Reasons. An introduction to inferentialism* (2000), traducido al italiano (2002), que presentan el inferencialismo como una especie de superación de las teorías del significado del siglo XX. El mismo Canale habla del contenido conceptual de enunciados y no de significado (2017: 31-60).

expresadas elaboradas en las prácticas jurídicas⁴⁷. Por otro lado, el mismo enfoque no parece particularmente apropiado para ocuparse de prácticas no cognitivas sino más bien normativas, ni favorable para identificar normas, como las normas implícitas o no expresadas de Guastini, ni para marcar diferencias claras entre el significado del enunciado (interpretación) y las inferencias a partir de dicho significado (construcción).

Sin embargo, Canale realiza precisamente esta última operación: defiende la distinción interpretación/construcción, reformulándola en términos de dos tipos distintos de relaciones⁴⁸. La interpretación llega a ser una relación —inferencial solo en el sentido amplísimo de conclusión obtenida de premisas— *entre disposiciones y normas*. En cambio, la segunda es una relación —inferencial en el sentido estricto de producción argumentativa de conclusiones y normas— a partir de premisas que son otras normas: es decir, una relación entre *normas explícitas*, obtenidas con anterioridad de disposiciones, y normas *implícitas* adicionales a ellas.

De esta manera, la «inferencia» en el sentido más amplio, de disposiciones a normas, se diferencia claramente de la inferencia en sentido estricto, de normas explícitas a normas implícitas. Por otro lado, el mismo Canale menciona que eso no excluye metarrelaciones, relaciones entre las relaciones, que habrían sido percibidas solo de manera imperfecta por Pino y Diciotti. Mientras tanto, como ya había observado Tarello, la construcción presupone la interpretación; se trata precisamente de una relación entre normas

47 Desde el título del primer libro conocido de Brandom, *Making it Explicit* (1994); sobre el inferencialismo y sus posibles aplicaciones al derecho, ver al menos Canale y Tuzet (2009).

48 Canale caracteriza dichas relaciones en los términos de Russell (1919: 42-51); y MacBride (2016), como relaciones didácticas asimétricas. Entre relaciones en dos términos se dicen relaciones simétricas cuando «A y B están casados», relaciones no simétricas cuando «A ama a B», relaciones asimétricas cuando «A es más alto que B».

explícitas, producto de la interpretación y normas implícitas: aunque ya se puede observar que esto parece menos obvio para normas (totalmente) no expresadas.

Luego, los argumentos interpretativos y constructivos son diversos, justifican inferencias diferentes: un ejemplo obvio es la diferencia entre interpretación extensa, que recae desde el nombre entre los argumentos interpretativos, y argumento analógico, que recae claramente entre los argumentos constructivos. Por último, puede ocurrir que las normas explícitas y las normas implícitas tengan el mismo contenido: la producción de una misma norma incriminatoria penal, por ejemplo, puede justificarse por interpretación extensa o por analogía, y si se hace de la primera manera es más que nada para eludir la prohibición de la analogía en lo penal⁴⁹.

Basado en estas premisas, Canale critica de manera explícita las objeciones de Pino y Diciotti, y rechaza la solución propuesta por los primeros, que al final también es rechazada por Riccardo, es decir, denominar normas explícitas solo a las normas producidas por medio de la interpretación literal. Mientras tanto, Damiano contradice las objeciones diciendo que siempre se puede diferenciar, en principio —es decir, sobre la base de la redefinición propuesta por él— entre normas explícitas e implícitas, dependiendo de si han sido obtenidas por mera interpretación o por auténtica construcción, aunque de hecho, añadido, siempre puede haber duda en casos particulares.

49 En especial, Damiano sostiene que siempre es posible diferenciar analíticamente argumentos interpretativos y constructivos llamados con el mismo nombre por los intérpretes. Por ejemplo, a la pregunta de si la norma por la cual los derechos inviolables del hombre se excluyen de la revisión constitucional es explícita o implícita, siempre se puede responder en el primer sentido, si la norma se obtiene directamente de la disposición, en el segundo caso si se obtiene de manera indirecta de otra norma obtenida de la disposición.

A la solución propuesta por los críticos, pero finalmente rechazada por Guastini, Canale responde que el (pretendido) significado literal no puede ser constatado solo en función de las reglas semánticas y sintácticas de la lengua. Al contrario, bajo una teoría pragmática, es decir, contextualista del significado⁵⁰, dichas reglas solo subdeterminan los contenidos de los enunciados. No existe un significado literal independiente del contexto; interpretar, por el contrario, quiere decir precisamente asumir un contexto —un agente, un tiempo, un lugar, un mundo— en el cual la disposición adquiere precisamente ese significado.

El marco con respecto al cual se puede hablar de normas explícitas (producidas dentro del marco) o implícitas (producidas fuera del marco) puede por lo tanto definirse en términos sí lingüísticos, pero contextuales. Y no solo en términos de reglas de la lengua, sino también en términos de argumentos interpretativos —diferenciados en estrictamente interpretativos y puramente constructivos— y de tesis dogmáticas. Estos tres criterios serían, según afirma Canale, «necesarios y suficientes» para trazar el marco y diferenciar interpretación y construcción, así como normas implícitas y explícitas.

Unificando las posiciones de Riccardo, su reformulación por parte de Canale y la propuesta de integración en ambas, voy a proponer, como anuncié desde el comienzo, una distinción entre tres tipos de normas: normas *explícitas*, obtenidas de la disposición por interpretación, a través de argumentos puramente interpretativos; normas *implícitas*, inferidas de las normas explícitas, por construcción, a través de argumentos constructivos; finalmente, normas (totalmente) *no expresadas*, que no se han inferido ni de disposiciones, ni de normas, sino que se han solo «enganchado» a

50 Dicho de paso, sobre puntos como este una teoría general del significado es evidentemente necesaria, necesidad que Guastini siempre ha pretendido minimizar.

las primeras, a través de tesis dogmáticas. El caso más interesante, al que dedico la sección final, es, naturalmente, el tercero.

Empero, es necesario precisar desde ahora que, en realidad, los problemas están lejos de ser resueltos. Las diferencias entre interpretación/construcción y normas explícitas/implícitas permanecen basadas en la noción de marco, criterio difícil de manejar, como ya lo ha planteado Guastini admitiendo el cambio del marco en el tiempo, pero que llega a serlo aún más en la reformulación de Canale en términos contextuales. Y bien, la vaguedad de los criterios solo se puede reducir, nunca eliminar del todo. Pero, si doctrina y jurisprudencia ya *no* usaban estas distinciones, es improbable que comiencen a usarlas ahora.

Sin embargo, pienso que dichas distinciones son instrumentos conceptuales —no prácticos, como se ha visto— indispensables para conferir comprensibilidad a un análisis jusrealista de doctrina y jurisprudencia e incluso, en el límite, a la propia crítica de Damiano; pero precisamente en el límite, como vemos en la sección final. En efecto, justamente las normas en apariencia más criticables de todas, porque son totalmente no expresadas, de hecho son las menos criticadas. Por lo tanto, diferenciarlas de las implícitas sirve ante todo para mostrar los procesos de despositivización típicos del estado constitucional.

9. NORMAS NO EXPRESADAS Y FALTA DE POSITIVIZACIÓN

El caso más interesante entre los destacados por Guastini, porque vuelve a poner en discusión, de modo involuntario, algunos dogmas positivistas, está representado por las normas (totalmente) no expresadas. Riccardo distingue este caso desde el FN, y luego también cuando propone la noción de construcción jurídica. Son principios (totalmente) no expresados para él: la división de poderes, el Estado de derecho, los llamados principios supremos de la constitución material, el principio de igualdad, el principio de

conservación de los documentos legislativos y la llamada norma general exclusiva (FN, 126).

Esta primera lista ya muestra que entre los principios no expresados vuelven a incluirse principios de construcción doctrinal y jurisprudencial, y también teórica, como la norma general exclusiva, o incluso filosófica, y como la división de poderes. Lo que obliga a una *primera* aclaración, con la cual creo que Riccardo está de acuerdo: para admitir normas (totalmente) no expresadas, en una teoría juspositivista, no es suficiente que sean propuestas por juristas, teóricos o filósofos, sino que sean aceptadas por la jurisprudencia, incluso constitucional, y que lo sean *obviamente*, de manera no conflictiva.

En este sentido, creo que se pueden admitir ideas como la de Akhil Amar, de una *unwritten constitution* (constitución no escrita): para no hablar de la de Gustavo Zagrebelsky, y antes de Joseph de Maistre, que en las constituciones las cosas más importantes no se escriben, para no admitir que, así como se escriben, también se pueden borrar. Me parece que principios (totalmente) no expresados pueden ser admitidos por una teoría positivista e incluso realista, pero con esta condición: no solo deben ser aceptados por los jueces constitucionales, sino también deben serlo *obviamente*, de manera indiscutible⁵¹.

Sin embargo, no se puede ocultar que esta admisión pone en duda dogmas, o más bien, suposiciones tácitas del positivismo jurídico,

51 Conclusión a la cual ya se podría llegar, en el caso de Kelsen, a propósito de las normas individuales elaboradas por los jueces ordinarios. Sin embargo, estamos hablando de otro fenómeno típico del estado constitucional y no solo del legislativo. En la división del trabajo jurídico típica del estado constitucional, a los jueces constitucionales e internacionales les corresponde dar una opinión autorizada sobre los principios máximos: aunque luego, hablando estrictamente, para que se diga pacífica, esa opinión no debe ser objetada por los órganos supremos constitucionales e internacionales.

como las que se refieren a la positividad y a la positivización del derecho: dogmas o suposiciones tácitas respecto a las cuales la teoría positivista siempre ha sido bastante evasiva para requerir una *segunda* aclaración. Se puede decir que el positivismo siempre ha estado contento con negar la tesis iusnaturalista de que se dan normas incorporadas en la naturaleza y/o en la razón humana. Según los positivistas, todas las normas son positivas, producidas por los hombres. Pero ¿producidas cómo?

Aquí es necesario diferenciar al menos tres sentidos de «positividad»: tres especificaciones del sentido genérico de «positivo» como producido por hombres. En el *primer* sentido, fuerte, solo las normas expresas o explícitas son positivas, es decir, solo las prescripciones legislativas: normas generalmente elaboradas con intención de producirlas. Pero es claro que este sentido es demasiado estricto, y que ya el caso de las normas implícitas muestra que hay un *segundo* sentido, débil, de «positividad». En este segundo sentido, también hay normas positivas de origen doctrinal y judicial, por lo general elaboradas sin la intención de producirlas, sino con el objetivo principal de estudiar o aplicar el derecho⁵².

Asimismo, la existencia —por definición obvia, aceptada por todos y especialmente por los órganos judiciales supremos, ya en el estado legislativo— de normas (totalmente) no expresadas, como el principio de la división de poderes, induce a preguntarse si no

52 De aquí deriva mi polémica con el *creazionismo* (*creacionismo*), especialmente genovés, a la cual no tengo por qué volver: para mí es obvio que se dan también normas producidas como efecto no intencional de otras actividades intencionales, como estudiar o aplicar el derecho. Los juristas siempre han elaborado normas de este tipo, precisamente como el *bourgeois gentilhomme* de Molière que siempre ha hablado en prosa: y, siempre como Monsieur Jourdain, continúan haciéndolo incluso después de que los teóricos se lo han mostrado. Como me confesó una vez Giulio Itzcovich, la idea de efectos no intencionales de la acción humana es tan banal, que para tenerla no es necesario haber leído a Adam Smith, Carl Menger o Friedrich Hayek: Molière basta y sobra.

debe presumirse un *tercer* sentido de «positividad», debilísimo. Entonces, en este tercer sentido, llegan a ser positivas, como lo admite el mismo Ross, incluso las normas inferidas de las tesis dogmáticas de Guastini, establecidas ni formalmente (primer sentido de «positividad»), ni informalmente (segundo sentido), sino solo «libremente», en el sentido de que son comúnmente aceptadas por la comunidad de los intérpretes⁵³.

Una teoría positivista o realista, con mayor motivo si es «liberalizada», para sobrevivir en el ambiente del estado constitucional debe tematizar un proceso de despositivización del derecho que invierte el proceso de positivización. La despositivización parte del ápice de la positivización: que no es la codificación, como se podría pensar, sino la decodificación, es decir, la sustitución progresiva de los códigos con leyes especiales. Desde este momento, e incluso en el estado constitucional, el derecho tiende, por un lado, a resolverse en la legislación; y, por otro lado, a encontrar el límite de los principios⁵⁴.

Sin embargo, el ejemplo más característico de dicho proceso —tan estridente como para ser susceptible de lecturas iusnaturalistas

53 Ver Ross (1958: 76-78), donde se distinguen fuentes objetivadas (legislación), parcialmente objetivadas (costumbres y precedentes) y no objetivadas (razón), y se afirma (100-101) que el realismo jurídico se distingue del positivismo porque admite fuentes «not formally established» (no formalmente establecidas). Ver también mi «Pragmatics of Adjudication» (2017), especialmente 334-337, y Ratti (2015: 161), en términos de «*adding “non positive” premises*» (añadir premisas no positivas) (cursivas en el texto).

54 He esbozado tentativamente este proceso y su complemento, el proceso de positivización, en *Il diritto futuro e la sua de-positivizzazione*, en proceso de impresión por «Derecho y persona», 2019. Asumo, asimismo, que el elemento distintivo de la positividad sea la (doble) *contingencia* del derecho: su no necesidad, por un lado, y la apertura a la posibilidad, por el otro. El tema de la (doble) contingencia del derecho —planteado por Niklas Luhmann: *Soziale Systeme* (1984), traducido al italiano *Sistemi Sociali* (2001)— pone un problema: cuánta contingencia puede admitir el derecho para que se pueda decir que regula la conducta.

o (neo)constitucionalistas— no es la división de poderes y tampoco la familia de ideales a la que pertenecen *rule of law* (gobierno del derecho), Estado de derecho y similares. Quizá el ejemplo más significativo es la producción, a partir de las disposiciones del artículo 3.º, inciso 1, de la Constitución, de normas antes explícitas, después implícitas, y luego cada vez más claramente no expresadas, que terminan por acercarse a la asíntota de la justicia⁵⁵.

Esta evolución jurisprudencial podría trazarse, como hago rápidamente en la conclusión, incluso solo para ilustrar su alcance, pero también para resaltar los problemas de mi tripartición entre normas explícitas, implícitas y (totalmente) no expresadas. El primer paso consiste en la producción, a partir de las disposiciones del artículo 3.º, inciso 1, de la Constitución, de una norma indiscutiblemente explícita, aunque ambigua: *la prohibición de la discriminación* por sexo, raza, religión y otras razones explícitamente mencionadas, ambigua porque no especifica si el listado es obligatorio o ilustrativo.

El segundo paso consiste en la producción, a partir de esta norma explícita, de una norma implícita, que FN consideraba incluso (totalmente) no expresada, y que ahora es casi explícita, porque llega a ser una de las interpretaciones indiscutibles del artículo 3.º, inciso 1: el *principio de igualdad*, es decir, tratar casos similares de modo semejante, y casos diversos de manera diferente. En función del criterio analítico propuesto por Canale, se trata evidentemente de una norma implícita, construida a partir de aquella norma explícita que es la prohibición de la discriminación; sin embargo, eso plantea al menos una duda.

Uno se puede preguntar si no sería más informativo adoptar otro criterio, más empírico: la aplicación constante por parte del

55 La mejor y también más sintética reconstrucción de dicho proceso se encuentra en Sorrentino (2018: 27-61). Sin embargo, ver también R. Guastini (2013b: 255-266).

Tribunal. Y hablo de aplicación porque la interpretación, de por sí, no cambia el derecho positivo, en el sentido débil de «positividad», hasta cuando no es aplicada por la jurisprudencia. El criterio es más empírico, respecto al casi solo analítico propuesto por Canale, no solo porque la misma distinción empírico/analítico es vaga, sino porque depende tanto de la experiencia como de una definición del significado como uso.

Efectivamente, antes de mostrar los desarrollos sucesivos de la jurisprudencia constitucional italiana, se debe considerar que el principio de igualdad no es una norma positiva como las otras. De hecho, incluso si fuera formulado por la Constitución como un principio explícito, seguiría correspondiendo a lo que la teoría estándar de la justicia (distributiva) considera el núcleo —el concepto— común a todas las concepciones de la justicia⁵⁶. Pongámoslo de este modo: la cultura jurídica italiana ha utilizado una disposición como la del artículo 3.º, inciso 1 de la Constitución, para «colgar» a esa un principio de justicia.

Pero la tendencia no se detuvo aquí. A partir del principio de igualdad —norma que ya puede considerarse explícita, implícita o incluso no expresada, dependiendo de que se adopte un criterio más analítico o más empírico— se ha inferido otra norma: el principio de la razonabilidad (la prohibición de las diferencias irrazonables que en cambio podrían admitirse sobre la base del principio de igualdad). Y aquí reaparece la duda ya planteada frente al principio de la igualdad: entre todas las normas producidas a partir del artículo 3.º, inciso 1 de la Constitución, ¿dónde pasa la línea divisoria entre normas explícitas, implícitas o no expresadas?

Si nos basamos en el criterio más analítico del tipo de inferencia, el principio de razonabilidad es una norma implícita inferida por

56 Esta es la idea expresada, en términos diferentes, por autores tan diversos como Chaim Perelman, Alf Ross, Herbert Hart, John Rawls.

otra norma; en cambio, si es adoptado el criterio empírico de la jurisprudencia constante, se trata de una norma casi explícita, obviamente atribuida a la disposición y, al mismo tiempo, de una norma (totalmente) no expresada, «colgada» a la disposición que más se prestaba para sostenerla. Quizá el próximo paso sea la adopción del principio de *proporcionalidad*: son razonables las diferencias de disciplina que sean adecuadas, necesarias y proporcionadas para conseguir un fin constitucional.

Si la teoría del derecho también debe tener la función crítica que le atribuye Canale, entonces distinguir entre normas explícitas, implícitas y (totalmente) no expresadas debería servir para duplicar los controles democráticos sobre el pase de unas a otras. Pero ¿quién podría cuestionar, aquí y ahora, los principios de igualdad y de razonabilidad, aunque confieran una gran discrecionalidad al Tribunal Constitucional? ¿Y con qué criterio se podría hacerlo: más analítico, más empírico, y en el segundo caso, definido solo cuantitativamente o también cualitativamente⁵⁷?

Aquí, evidentemente, hay aún mucho por hacer. Yo me he limitado a señalar la originalidad de la tematización de Guastini, indispensable para el análisis de la doctrina y de la jurisprudencia, pero también su carácter idiosincrático, respecto a doctrina, jurisprudencia y teoría del derecho, no solo mayoritarias, sino dominantes. ¿Por qué? Lo he dicho muchas veces en este ensayo, pero puedo decirlo de una manera más simple. Las normas implícitas y no expresadas forman parte de lo que los juristas no dicen, y que no pueden decir, si quieren continuar haciendo lo que siempre han hecho: producir derecho⁵⁸.

57 A saber: ¿teniendo en cuenta solo la cantidad de las decisiones o incluso su calidad, es decir, el hecho de que sean adoptadas por jueces ordinarios o por jueces especialmente calificados? En el segundo sentido, ver Canale y Tuzet (2009: cit. 88, n. 31).

58 A diferencia del caso del caballero burgués de Molière (nota 52 de este artículo), es decir, admitir que él siempre había hablado en prosa, a saber, que siempre había

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AARNIO, Aulis, ALEXU, Robert y PECZENIK, Aleksander (1987). «I fondamenti del ragionamento giuridico». En COMANDUCCI, Paolo y GUASTINI, Riccardo (eds.). *L'analisi del ragionamento giuridico*. Turín: Giappichelli, 121-187.
- AMAR, Akhil Reed (2012). *America's Unwritten Constitution: The Precedents and Principles we Live By*. Nueva York: Basic Books.
- BARBERIS, Mauro (1990). «Regole e linguaggio. Primi elementi per la critica del prescrittivismismo». En COMANDUCCI, Paolo y GUASTINI, Riccardo (eds.). *Analisi e diritto*. Turín: Giappichelli, 9-28.
- ____ (2000). «Lo scetticismo immaginario. Nove obiezioni agli scettici à la génoise». En COMANDUCCI, Paolo y GUASTINI, Riccardo (eds.). *Analisi e diritto*. Turín: Giappichelli.
- ____ (2017a). *Una filosofia del diritto per lo stato costituzionale*. Turín: Giappichelli.
- ____ (2017b). «Pragmatics of Adjudication». En CAPONE, Alessandro y POGGI, Francesca (eds.). *Pragmatics and Law. Practical and Theoretical Perspectives*. Dordrecht: Springer, 333-348.
- BERMAN, Mitchell N. y TOH, Kevin (2013). «On What Distinguishes New Originalism from Old: a Jurisprudential Take». *Fordham Law Review*, 82, 545-576.
- BOBBIO, Norberto (1989). «Sul ragionamento dei giuristi» (1965). En COMANDUCCI, Paolo y GUASTINI, Riccardo (eds.). *L'analisi del ragionamento giuridico: Vol. II*. Turín: Giappichelli, 171-189.
- BRANDOM, Robert (2002). *Articolare le Ragioni: Un'introduzione all'inferenzialismo*. Milán: Il Saggiatore.

producido derecho, no carecería de consecuencias sobre el poder social de los juristas, que es tanto más efectivo como tácito.

- CANALE, Damiano (2017). «L'indeterminatezza interpretativa delle norme: un approccio inferenzialista». *Analisi e Diritto*, 31-60.
- CANALE, Damiano y TUZET, Giovanni (eds.) (2009). *The Rules of Inference. Inferentialism in Law and Philosophy*. Milán: Egea.
- CELANO, Bruno (2017). *Due problemi aperti della teoria dell'interpretazione giuridica*. Módena: Mucchi.
- CHIASSONI, Pierluigi (2015). «Dei difetti dell'evoluzionismo giuridico». *Revista de Filosofía del Derecho*, 4/2, 352-354.
- CISNEROS, Laura A. (2010). «The Constitutional Interpretation/Construction Distinction: a Useful Fiction». *Constitutional Commentary*, 27, 71-93.
- COMANDUCCI, Paolo y GUASTINI, Riccardo (eds.). *Analisi e diritto*. Turín: Giappichelli.
- CRISAFULLI, Vezio (1964). *Enciclopedia del diritto*. Vol. XIII. Milán: Giuffrè.
- _____ (1984). *Lezioni di diritto costituzionale*. Vol. II. «L'ordinamento costituzionale italiano: le fonti normative. La Corte costituzionale». Padua: Cedam.
- DICIOTTI, Enrico (2013). «Norme espresse e norme inespresse». *Teoría de la interpretación de Riccardo Guastini*. *Revista de Filosofía del Derecho*, 2/1, 103-124.
- _____ (2015). «Equivocità dei testi normativi, norme espresse e norme inespresse». *Analisi e Diritto*, 57-70.
- GEIGER, Theodor (2018). *Studi preliminari di sociologia del diritto*. Milán, Udine: Mimesis.
- GUASTINI, Riccardo (1986). «Produzione di norme a mezzo di norme. Un contributo all'analisi del ragionamento giuridico». En GIANFORMAGGIO, Letizia y LECALDANO, Eugenio (eds.). *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*. Bari: Laterza, 173-201.

- ____ (1990). *Dalle fonti alle norme*. Turín: Giappichelli.
- ____ (1996). *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*. Turín: Giappichelli.
- ____ (2004). *L'interpretazione dei documenti normativi*. Milán: Giuffrè.
- ____ (2011a). *La sintassi del diritto*. Turín: Giappichelli.
- ____ (2011b). *Interpretare e argomentare*. Milán: Giuffrè.
- ____ (2013a). «Replica». *Revista de Filosofía del Derecho*, 2/1, 125-136.
- ____ (2013b). *Distinguendo ancora*. Madrid: Marcial Pons.
- ____ (2017). *Discutendo*. Madrid: Marcial Pons.
- KAY, Richard S. (2017). «Construction, Original Interpretation and the Complete Constitution». *Journal of the Constitutional Law*, 19, 1-25.
- KELSEN, Hans (1966). *Dottrina pura del diritto*. Turín: Einaudi.
- LAZZARO, Giorgio (1965). *Storia e teoría della costruzione giuridica*. Turín: Giappichelli.
- LUHMANN, Niklas (2001). *Sistemi Sociali*. Bologna: Il Mulino.
- MACBRIDE, Fraser (2016). «Relations». En SALTA, Edward N. (ed.). *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Recuperado de <http://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/relations/>
- NARVÁEZ MORA, Maribel (2015). «Expressing Norms. On Norm-formulations and Other Entities in Legal Theory». *Revus*, 25, 43-69.
- PINO, Giorgio (2013). «Interpretazione cognitiva, interpretazione decisoria, interpretazione creativa». *Rivista di filosofia del diritto*, 2/1, 77-101.
- POGGI, Francesca (2013). «The Myth of Literal Meaning in Legal Interpretation». *Analisi e Diritto*, 313-335.

- POZZOLO, Sussana y ESCUDERO, Rafael (eds.) (2011). *Disposición vs. norma*. Lima: Palestra.
- RATTI, Giovanni Battista (2015). «An Analysis of Some Juristic Techniques for Handling Systematic Defects of the Law». En BUSTAMANTE, Thomas y DAHLMAN, Christian (eds.). *Argument Types and Fallacies in Legal Argumentation*. Dordrecht: Springer, 151-177.
- ROSS, Alf (1958). *On Law and Justice*. Londres: Stevens.
- RUSSELL, Bertrand (1919). *Introduction to Mathematical Philosophy*. Londres: Allan & Unwin.
- SARDO, Alessio (2018). *L'originalismo e la sfida del bilanciamento*. Madrid: Marcial Pons.
- SOLUM, Lawrence (2010). «The Interpretation-Construction Distinction». *Constitutional Commentary*, 27, 95-118.
- SORRENTINO, F. (2018). «Le dimensioni dell'uguaglianza nella Costituzione e nella giurisprudenza della Corte Costituzionale italiana». En MASTROMARTINO, Fabrizio (ed.). *Teoria e pratica dell'eguaglianza. Percorsi di analisi critica*. Roma: L'Asino d'Oro, 27-61.
- TARELLO, Giovanni (1980). *L'interpretazione della legge*. Milán: Giuffrè.
- WRIGHT, Georg Henrik von (1989). *Norma e azione* (1963). Trad. it. Bolonia: Il Mulino.

Revista Oficial del Poder Judicial

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

Vol. 9, n.º 11, enero-junio, 2019, 219-249

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.v9i11.7>

Los abogados como integrantes de una organización criminal. Apuntes sobre la conducta neutral en el ejercicio de la profesión de abogado y el secreto profesional

Lawyers as members
of a criminal organization.

Notes on the neutral conduct in the practice of
the profession of lawyer and professional secrecy



CÉSAR ANTONIO DELGADO CASTRO
Ministerio Público. Fiscalía de la Nación
(Lima, Perú)

Contacto: cadelgado@mpfn.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0003-4858-2524>

RESUMEN

La práctica habitual forense en materia penal en nuestro medio normalmente se ampara en el ejercicio abusivo del derecho a ejercer la profesión de abogado y del derecho al secreto profesional, y cuya conducta criminal violatoria de la ley penal o transgresora del

Código de Ética del Abogado se justifica con el argumento manido de la conducta neutral o socialmente adecuada. Pero esta responde muchas veces a motivos de no verse eventualmente involucrados en los hechos que se investigan o de querer proteger al investigado que patrocinan —o patrocinaron—, más que a razones que de modo directo tengan que ver con el secreto profesional o con el correcto ejercicio de la profesión, por lo que nuestras autoridades y operadores del derecho deben estar atentos para no permitir la mala utilización del ejercicio de la profesión y del derecho al secreto profesional. No existen conductas *per se* neutrales, pues cualquiera que genéricamente y en abstracto pueda calificarse de neutral, esto es, de penalmente irrelevante y atípica, puede adquirir sentido delictivo y ser, por tanto, penalmente relevante si se dan ciertas condiciones entre las cuales es esencial la inserción de dicha conducta en un contexto delictivo.

Palabras clave: criminalidad organizada, conducta neutral, secreto profesional del abogado.

ABSTRACT

Routine criminal forensic practice in our country is usually based on the abusive practice of the right to exercise law and of the right to professional secrecy and whose criminal conduct that violates the criminal law or that transgresses the Code of Ethics of the Lawyer is justified with the worn-out argument of the neutral or social adequate conduct. However, this is often because the lawyer does not wish to become eventually involved in the facts under investigation or wishes to protect the investigated party who he sponsors – or sponsored – rather than for reasons directly related to professional secrecy or to the proper practice of the profession, hence our legal authorities and operators must pay close attention to prevent the poor use of the profession and of the right to

professional secrecy. There are no neutral behaviors per se because anyone who can generically and abstractly be qualified as neutral, that is, criminally irrelevant and atypical, can acquire a criminal sense and therefore, be criminally relevant if certain conditions are met among which the incorporation of said conduct in a criminal context is essential.

Key words: criminal law, criminal organization, professional secrecy.

Recibido: 31/05/18 Aceptado: 25/08/18

No es cierto, como he oído decir a algún profesional sin escrúpulos, que la cuestión jurídica sea de la competencia del abogado y la cuestión moral de la competencia del cliente. Creo más bien que es oficio nobilísimo del abogado, precisamente, el llamar la atención del cliente antes sobre la cuestión de moralidad que sobre la de derecho, y hacerle entender que los artículos de los códigos no son cómodos biombo fabricados para ocultar suciedades (Calamandrei 2009: 107).

1. INTRODUCCIÓN

En nuestro país, como en otras partes del mundo, hay abogados de todos los pelajes: desde los más honestos u honorables, que ejercen la profesión —ponen en práctica sus conocimientos jurídicos y experticia forense— observando las reglas de la ética, la ley y la Constitución, hasta los que no tienen ningún tipo de escrúpulos y forman parte de una estructura criminal, ya sea formando parte del aparato de protección legal de una organización criminal, cuya función es la de facilitar la actividad criminal y defensa de los líderes y demás integrantes mediante actos de corrupción, tráfico de influencias o *lobbies* para obtener impunidad, o intimidando a testigos, jueces, fiscales, entre otras autoridades, con denuncias penales o quejas ante los órganos de control interno del Ministerio Público y del Poder Judicial. Asimismo, pueden

constituir o ser directivos (testaferros) de empresas de fachada para la comisión de delitos precedentes y de lavado de activos; o pueden actuar como operadores que participan asesorando o directamente en los actos ejecutivos de la comisión de los delitos, etc. Otras veces, y con frecuencia, estas organizaciones recurren a la contratación de abogados juristas renombrados —nacionales e internacionales— para que emitan informes o dictámenes, escriban y publiquen libros sesgados, brinden entrevistas y dicten conferencias para los jueces que resuelven casos emblemáticos o bien para que emitan opiniones favorables ante los medios de comunicación, con el único fin de defender los intereses de la organización. De esa manera crean una línea de opinión favorable en los jueces y en la opinión pública.

Estas diversas formas de rol o función y el grado de involucramiento de los abogados con las organizaciones criminales, permiten establecer varias clases de abogados y diferenciar si estos resultan ser integrantes, cómplices o simplemente ejercen la profesión como conducta neutral.

Ejemplos de abogados que han formado parte de organizaciones criminales y que terminaron por utilizar su profesión a favor de la realización del proyecto criminal son muchos, como es el caso de Vladimiro Montesinos Torres, quien, a decir de Jochamowitz, era un exoficial del Ejército y abogado de profesión cuando en la campaña electoral de 1990 conoció a Alberto Fujimori y llegó a convertirse en su asesor de confianza y en el jefe *de facto* del SIN. Según el citado autor: «Montesinos era una fuerza corruptora constante, ejercida día y noche, durante diez años seguidos, hasta que llegó a crecer como un tumor» (2002: 225).

Como caso emblemático actual tenemos a la organización criminal denominada Clan Orellana, cuyos líderes y la mayoría de sus integrantes han sido abogados de diferentes especialidades (derecho real, registral, notarial, comercial, financiero, arbitraje,

proceso concursal de liquidación de empresas, derecho penal, etc.) y tenían como función instrumentalizar sus profesiones para lograr los fines del proyecto criminal. Estos abogados participaron en las adquisiciones y transferencias fraudulentas de bienes inmuebles de propiedad del Estado y de particulares, para lo cual falsificaron documentos, utilizaron laudos arbitrales fraudulentos, testafierros, etc., crearon empresas de fachada y de papel para emplearlas en el delito de lavado de activos de procedencia ilegal. También utilizaron empresas liquidadoras para la adquisición fraudulenta de bienes inmuebles (Aladem E. I. R. L., Delta Liquidadores y Consultores S. A. C., entre otras); así como la Cooperativa de Ahorro y Crédito de Empresas Exportadoras (Coopex) para la emisión de cartas fianzas sin estar autorizadas por la SBS y AFP y sin contar con el respaldo económico suficiente. Tramitaron procesos de amparo, *habeas corpus* y medidas cautelares en los distritos judiciales de Ucayali¹, Chimbote (La República, 9 de mayo de 2015: 2-3) y Trujillo, donde obtenían resoluciones favorables de jueces corruptos; incoaron la tramitación de querrelas y denuncias como medio de intimidación contra periodistas, jueces, fiscales, empresarios y agraviados que se atrevían a investigarlos, denunciarlos y procesarlos. Estos abogados en su actuación criminal emplearon documentos falsificados; atestados o informes policiales, resoluciones judiciales y laudos arbitrales *delivery* que eran amañados o fraudulentos; testafierros para adquirir, ocultar y custodiar bienes de procedencia ilegal; tasaciones subvaluadas o sobrevaloradas. Para ello contaron con la coautoría y complicidad de notarios, registradores públicos, árbitros únicos de

1 En el diario *La República*, se informó: «Ordenan prisión para cinco jueces de Corte Superior de Ucayali. Justicia. En una decisión inédita, el ex presidente de la corte de esa región y otros cuatro magistrados deben someterse a 18 meses de detención preventiva. Según la Fiscalía Especializada en Lavado de Activos, los jueces recibieron dinero a cambio de sentencias que favorecieron a integrantes de la red dirigida por Rodolfo Orellana» (9 de mayo de 2015: 7). Mientras que *El Comercio* daba cuenta de lo siguiente: «Medidas restrictivas para jueces de Ucayali» (9 de mayo de 2015: A2).

derechos, policías, jueces y fiscales del más alto nivel, así como de congresistas, entre otros.

Esta presunta organización criminal denominada Clan Orellana tenía como integrantes a jueces y magistrados y contaba con un aparato legal, los primeros para favorecer a la organización con resoluciones judiciales recaídas en procesos de *habeas corpus*, amparo y medidas cautelares; y los segundos, que incoando procesos de garantías o cautelares pagaban o coimeaban a los jueces y magistrados para que emitan resoluciones a favor de la organización.

En ese sentido, resulta ilustrativo lo señalado por el Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Suprema de Justicia, en relación con el Clan Orellana: «Se le incrimina [...] el delito de asociación ilícita para delinquir en circunstancias que habría formado parte del aparato legal de la presunta organización criminal denominada “Clan Orellana”, liderada por Rodolfo Orellana, a la cual también pertenecerían también sus coimputados [...] en su condición de jueces supernumerarios adscritos de la Corte Superior de Justicia de Ucayali [...]» (Poder Judicial 2015a: 7)².

Asimismo, tenemos como nuevo caso de corrupción que involucra a una presunta organización criminal integrada por árbitros de derecho que a cambio de haber recibido dinero de la empresa Odebrecht habrían llegado a favorecer a los consorcios o concesiones que integraba o dirigía la constructora brasileña en perjuicio del Estado peruano. Es así que una de las fiscalías del subsistema anticorrupción ha iniciado una investigación contra diecinueve árbitros del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, quienes intervinieron en veinticuatro procesos arbitrales favorables a la empresa brasileña (La República, 5 de mayo de 2018: 7).

2 Sobre la prisión preventiva de Tomás Enrique Torrejón Guevara, véase el Exp. n.º 03-2015-3.

En el derecho comparado, como antiejemlo de lo que no debería ser un abogado (jurista), tenemos a uno de los más grandes constitucionalistas de la época contemporánea, Carl Schmitt, nacido el 11 de julio de 1888 en la ciudad de Plettenberg, de la provincia de Sauerland, quien se hizo miembro del partido nazi el 1 mayo de 1933. Este constitucionalista antidemocrático escribió un ensayo titulado «El *führer* como el guardián del derecho», que fue su justificación jurídica y moral de los asesinatos cometidos entre el 30 de junio y el 2 julio de 1934, con ocasión del «Röhm-Putsch». Se le cita a veces como ejemplo de las bajezas a las que se redujo el mundo académico alemán. En su afán de agradar a los asesinos, demostró una estremecedora falta de integridad, pues su anterior amigo y mentor Karl von Schleider y su esposa se encontraban entre las víctimas (Müller 2006: 55-57). En realidad, toda la justicia alemana estuvo al servicio del régimen nazi de Adolf Hitler y con sus resoluciones trató de validar las graves violaciones a los derechos humanos del pueblo judío, entre otros.

De igual modo, como noticia reciente se tiene el caso del bufete de abogados panameño Mossack Fonseca, firma especializada en la creación de sociedades *offshore*, que actuó presuntamente como una organización criminal dedicada a ocultar activos de origen sospechoso³. «Mossack Fonseca [...] se dedica a ocultar las propiedades de sus clientes, pero no solo eso: lo mismo hace con las suyas propias [...] Mossfon no es un simple despacho de abogados. ¡Es un pulpo con muchos tentáculos! (Obermaier y Obermayer 2016: 214-219). El portal Ojo Público dio cuenta de que «Un año después de la revelación de los Panamá Papers el Ministerio Público inició investigación contra la firma legal Mossack Fonseca de Panamá y su delegación en el Perú, al considerarla una organización criminal

3 La agencia EFE, Panamá, el 10 de febrero de 2017 informó: «Caso Lavajato: Mossack Fonseca detenidos en Panamá implicados en el mayor caso de corrupción en Brasil».

dedicada al lavado de dinero. La investigación incluye a 46 sociedades *offshore* en los paraísos fiscales del Caribe, EE. UU. y África, y a 28 personas» (Castilla y Cabral 2017).

La situación descrita, sobre todo la referida a nuestro medio, se presenta como parte de una práctica habitual forense que se ampara en el ejercicio abusivo del derecho a ejercer la profesión de abogado y del derecho al secreto profesional, y cuya conducta criminal violatoria de la ley penal y transgresora del Código de Ética del Abogado se justifica con el argumento manido de la conducta neutral o socialmente adecuada. Pero esta responde muchas veces a motivos de no verse eventualmente involucrados en los hechos que se investiga o de querer proteger al investigado que patrocinan —o patrocinaron—, más que a razones que de modo directo tengan que ver con el secreto profesional o con el correcto ejercicio de la profesión, por lo que nuestras autoridades y operadores del derecho deben estar atentos para no permitir la mala utilización del ejercicio de la profesión y del derecho al secreto profesional.

Así, estos hechos ya no resultan ajenos al Colegio de Abogados de Lima, ya que a través del Consejo de Ética Profesional, durante el año 2016 llegó a sancionar a 95 abogados, y hasta abril del año 2017 se sancionó a 19 letrados. En la mayoría de casos a estos les imputan delitos de estafa, falsedad y obstrucción de la justicia, o el haber cobrado por servicios profesionales que nunca cumplieron (La República, 28 de abril de 2017: 12). Sin embargo, el que no se inicie de oficio una investigación disciplinaria y la no consecuente suspensión y/o destitución para condenados por diversos delitos termina convirtiendo a dicho código ético normativo en algo simbólico e ineficaz, que contradice abiertamente la prevención general positiva y negativa de la sanción.

Siendo así, de lo expuesto se precisa que este artículo no tiene como fin el estudio de la conducta procesal del abogado que

defiende a imputados que presuntamente han cometido los delitos más graves y abominables que puedan existir (como, por ejemplo, los delitos de trata de personas, terrorismo, tráfico ilícito de drogas, violación de menores de edad, etc.) y que generan graves cuestionamientos éticos y de objeción de conciencia, pero que forman parte del ejercicio legítimo de la profesión del abogado y del derecho a la defensa, ya que todo imputado tiene el derecho a ser asistido por un abogado defensor, y este último, a elegir la causa y al imputado a quien defenderá. Por el contrario, el presente trabajo de investigación está dirigido al estudio de la conducta procesal del abogado defensor que transgrede la ley penal, el Código Procesal Penal, la Constitución Política del Estado y el Código de Ética del Abogado en sus diversas actuaciones como abogado, y que lo hacen ser considerado un simple y vulgar delincuente.

La situación descrita, que corresponde a nuestra realidad criminológica-forense, desborda abiertamente el correcto ejercicio de la profesión de la abogacía como manifestación del derecho a la defensa técnica y la conducta neutral del abogado; y, por el contrario, constituye un acto de abuso del derecho en el proceso o conductas jurídicas penalmente relevantes, que muchas veces pasan desapercibidas o se justifican bajo el mal entendido derecho a la defensa y la tutela judicial efectiva.

2. CRIMINALIDAD ORGANIZADA

El concepto de criminalidad organizada es esencialmente sociológico, engloba a distintas categorías o manifestaciones de fenómenos de criminalidad organizada, aunque la doctrina suele abordar su estudio desde tres puntos de vista: criminalística, criminológico y jurídico penal. Esta presenta diversas estructuras y niveles de complejidad organizacional.

En ese sentido, desde el punto de visto jurídico penal, el artículo 317 del Código Penal, modificado por el artículo 2 del Decreto Legislativo 1244 (del 29 de octubre de 2016), tipifica y sanciona el delito de organización criminal, cuando prescribe: «El que promueva, organice, constituya, o integre una organización criminal de tres o más personas con carácter estable, permanente o por tiempo indefinido, que de manera organizada, concertada o coordinada, se repartan diversas tareas o funciones, destinada a cometer delitos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años [...]».

En el Acuerdo Plenario n.º 1-2017-SPN, f. 17, del I Pleno Jurisdiccional 2017, de la Sala Penal Nacional y Juzgados Penales Nacionales, se precisan los elementos de la estructura de la organización criminal como sigue:

1. Elemento personal: esto es, que la organización esté integrada por tres o más personas.
2. Elemento temporal: el carácter estable o permanente de la organización criminal.
3. Elemento teleológico: corresponde al desarrollo futuro de un programa criminal.
4. Elemento funcional: la designación o reparto de roles de los integrantes de la organización criminal.
5. Elemento estructural: como elemento normativo que engarza y articula todos los componentes (Poder Judicial 2017: 7).

3. LOS ABOGADOS COMO PARTE DE UNA ESTRUCTURA CRIMINAL

En el ejercicio de la profesión, algunos abogados pueden cometer delitos (cuya acción queda fuera de toda conducta neutral), pero no todos tienen que formar parte de una estructura criminal, pues para que esto sea así tienen que actuar en coordinación con otros

integrantes en busca de la realización del proyecto criminal que es la obtención de lucro, mediante la comisión de diversos delitos.

En este caso, estos abogados participan directamente en el planeamiento o en la ejecución del delito; así como también, luego de su consumación, en actos de lavado de activos, para lo cual instrumentalizan su profesión bajo la cobertura de asesorías jurídicas o defensas penales, tratan de darle apariencia de legalidad o de conducta neutral a su conducta delictiva.

De este modo se presentarán situaciones en las cuales el partícipe no se aviene a realizar una prestación con carácter neutral, sino que específicamente configurará su prestación de tal modo que encaje dentro de un contexto delictivo de comportamiento. En este supuesto encontramos a aquellos abogados que brindan asesorías en empresas delictivas, donde ocurrirá que la prestación de servicios está específicamente diseñada a efectos de contribuir a la comisión del delito (Asmat 2013: 133). En ese sentido, podemos identificar varias clases de abogados.

3.1. Clases de abogados

a) Abogados asesores y/o consultores

Estos abogados se desempeñan como asesores de diversos ministerios del Poder Ejecutivo y Legislativo, la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM), como viceministros o ministros de Estado, etc.; muchos de ellos provienen de las canteras del Poder Judicial. En esos espacios de trabajo tienen contacto con el poder y conocen a gente muy influyente. Así, mientras trabajan o cuando han dejado de trabajar para el sector público, realizan para terceros particulares prácticas de *lobbies* o tráfico de influencias. Otros abogados que llegan a ocupar altos cargos en el Poder Ejecutivo o Legislativo provienen del sector privado, y una vez que están en el sector público, o luego de dejar el cargo, hacen *lobbies* o

tráfico de influencias a favor de empresas privadas. Ejemplos de estos casos hay muchos y son de conocimiento público por ser emblemáticos⁴.

b) Abogados que se desempeñan como jueces o fiscales

Estos abogados ejercen o ejercieron el cargo de jueces o fiscales, que son de los más importantes servicios de justicia que a nombre de la nación prestan los hombres de derecho. Sin embargo, muchos de ellos en el ejercicio de la función o cargo, motivados por un beneficio económico o ventaja patrimonial u otro beneficio, incumplen o tuercen su deber funcional para favorecer a un tercero corruptor con la emisión de resoluciones judiciales y/o fiscales.

Como indica Montoya Vivanco:

Determinados jueces y fiscales de toda jerarquía interna representan muchas veces los funcionarios de jerarquía más alta en las redes de corrupción del sistema de justicia. Sus actos de corrupción consisten, mayoritariamente, en la venta de fallos, agilización o dilatación de los procesos judiciales y en las preferencias en los procesos. Los sobornos usualmente se manifiestan a través de viajes, favores sexuales y/o cursos de especialización (2016: 23).

La venta de fallos o el cobro de sobornos para tener preferencias en un proceso judicial, resulta entonces una técnica común dentro de las dinámicas de acción de algunos jueces de los juzgados penales del Palacio (ahora reubicados en otros lugares del distrito judicial de Lima). El modo de contacto tiende a producirse a través de los abogados de confianza de las Relatorías que les corresponden o de las Secretarías, los que generan una intermediación entre los jueces y los demandantes (que suelen ser abogados litigantes de estudios que conocen de antemano a alguno de los trabajadores

4 Por ejemplo, ver la Casación n.º 374-2015-Lima, del 13 de noviembre de 2015.

de las Relatorías o a los asistentes directos del propio juez. He ahí una forma de las redes que se tejen en este sistema (Mujica 2011: 136).

Asimismo, tenemos como ejemplo no muy lejano los actos de corrupción sistémica de la década de los noventa —del gobierno de Fujimori—, en donde

el poder y la influencia corruptora ejercida por Montesinos en el Poder Judicial se hicieron casi absolutos después de 1992. Los jueces de la Corte Suprema y de los juzgados superiores y provinciales conformaron una red de prevaricación y cohecho que otorgaba decisiones y sentencias a favor de intereses privados y políticos protegidos por Montesinos. Un aliado principal de Montesinos en la Corte Suprema fue el juez Alejandro Rodríguez Medrano⁵, quien convocaba a otros jueces para presionarles a dictaminar según lo requerido por el asesor presidencial [...] Aproximadamente cincuenta jueces de cortes superiores y provinciales colaboraron en la red judicial de Montesinos (Quiroz 2013: 475).

«En otro caso notorio, Blanca Nélica Colán, la fiscal de la Nación y cabeza del Ministerio Público, desestimó diversas acusaciones formales contra Montesinos» (Quiroz 2013: 475-476).

Es así que este poder corruptor llegó a infiltrar, entre otras instituciones públicas, al Tribunal Constitucional, lo que quedó demostrado con la sentencia condenatoria expedida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, recaída en el Exp. n.º 21-2001, de fecha 3 de abril de 2003, que falló condenando al acusado José Ramos García Marcelo como autor del delito de asociación ilícita para delinquir en agravio del Estado. En esta sentencia se llegó a establecer:

5 Abogado que a pesar de haber sido condenado por actos de corrupción, a la fecha sigue siendo miembro del Colegio de Abogados de Lima y se encuentra habilitado para ejercer la profesión.

que para tener un manejo eficaz y efectivo del poder, Vladimiro Montesinos Torres había diseñado y organizado desde el Servicio de Inteligencia Nacional una estructura en la que se insertaban funcionarios públicos como el acusado, que siendo amigo personal de Montesinos y por ello un asiduo concurrente a las oficinas del SIN [...] actuaba oficiosamente al margen de su cargo en el Tribunal Constitucional en un estricto apoyo y asistencia a los designios del ex asesor» (Poder Judicial 2003: 17).

Asimismo, como ejemplo actual tenemos que en enero de 2014, la organización criminal La Gran Cruz de Piura, dedicada a la extorsión, usurpación agravada, estelionato, sicariato, etc., fue desarticulada, y durante el desarrollo de la investigación se llegó a determinar que dentro de sus miembros contaba con policías y fiscales corruptos. Entre ellos se encontraba un mayor PNP y su esposa fiscal, que desapareció un celular como evidencia incriminatoria, además otro fiscal que archivó la investigación seguida contra sicarios de la organización (Becerra 2017: 56-74).

De igual manera, un ejemplo sumamente grave de cómo el Poder Judicial puede ser infiltrado por la criminalidad organizada mediante actos de corrupción, es el caso de los jueces y magistrados de la Corte Superior de Ucayali, quienes se integraron a la presunta organización criminal Clan Orellana a cambio de recibir ventajas económicas. Estos emitían resoluciones favorables a la mencionada organización criminal sobre procesos constitucionales de *habeas corpus*, amparo y medidas contracautelares.

En ese sentido, el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) registraba 24 resoluciones de destitución a magistrados que en el ejercicio del cargo realizaron el «cobro de suma de dinero a los litigantes con la finalidad de favorecerlos en los procesos judiciales». En su mayoría se trataba de jueces supernumerarios o suplentes y fiscales adjuntos provisionales. Del mismo modo, el Registro Nacional de Abogados sancionados por mala práctica profesional,

creado mediante el Decreto Legislativo n.º 1265 y reglamentado mediante el Decreto Supremo n.º 002-2017-JUS reporta a 249 abogados sancionados. Muchos de ellos actuaban como magistrados y fueron destituidos.

c) Abogados defensores en procesos penales

En este rubro existen varias clases de abogados:

1. Abogados que fueron altos magistrados hasta del primer nivel (jueces y fiscales supremos, superiores y de primera instancia)

Estos exmagistrados son contratados como abogados defensores no solo porque conocen el proceso penal —pero con nula o casi nula práctica como abogados litigantes—, sino principalmente porque tienen contactos e influencias en el interior del Poder Judicial, que llegan a utilizar mediante actos de *lobbies*, tráfico de influencias y de corrupción de funcionarios, como delitos medios para obtener resoluciones judiciales y/o fiscales a favor de sus patrocinados.

2. Abogados expolicías

Estos abogados generalmente cuentan con múltiples antecedentes por denuncias, investigaciones, procesos y/o condenas. Debido a sus influencias o contactos con la policía en actividad y con algunos fiscales (en menor proporción) realizan actos de corrupción para favorecer a sus patrocinados.

3. Abogados mediáticos

Estos abogados comienzan asumiendo la defensa de casos comunes u ordinarios, pero que por su alta gravedad (por ejemplo, violación de menores de edad, homicidios, etc.), o por tratarse de casos de artistas conocidos o personajes públicos —como víctimas o imputados—, son cubiertos por diversos medios de

comunicación social masiva, como la televisión, la prensa escrita, el internet, etc., que finalmente terminan haciendo conocido o popular al abogado. Estos casos pequeños pero mediáticos hacen que estos abogados asuman la defensa de casos mediáticos más grandes e importantes. Es así que estos letrados generan que los medios de comunicación formen parte importante de su defensa: si la prensa no va a ellos, ellos van a la prensa, por lo que en las diligencias donde participan, graban para filtrar información a la prensa, brindan entrevistas, etc. En resumen, se caracterizan por no tener escrúpulos ni ser reconocidos juristas, pero cubren esta carencia con la ayuda de la prensa, que infla su desempeño profesional.

4. Abogados como integrantes de una estructura criminal

Asimismo, existen abogados que forman parte de una estructura criminal, ya sea liderándola o como parte del área legal o de protección de la organización (área de saneamiento de inmuebles, constitución de empresas, defensa legal, etc.), en cuyo accionar recurren a la comisión de delitos contra la fe pública, fraude procesal, estelionato, corrupción de funcionarios, entre otros. Estos abogados instrumentalizan su profesión como cubierta o ropaje jurídico de actos delictivos que están lejos de ser considerados conductas neutrales o socialmente adecuadas.

Señala Héctor Gadea, socio del Estudio Benites, Forno & Ugaz:

Muchos casos de corrupción se canalizan a través de los estudios de abogados con el invento de consultorías y otros pagos, que muchas veces se inflan, con servicios inexistentes o para sacar el dinero en efectivo para cancelar a magistrados o policías por favores. Esto sucede en el mercado y desde hace muchísimos años. Es la tercerización de la corrupción (Gestión, 10 de marzo de 2017: 16).

Ejemplo de esto es la organización criminal Clan Orellana, que tenía dentro de su relación de pagos a terceros —que era una contabilidad interna en cuadros del programa Excel con códigos del responsable de la caja, del intermediario y del beneficiario final—, pagos de coimas o de corrupción a jueces, fiscales, policías, notarios, registradores públicos, etc.

En este rubro se encuentran el estudio de abogados del Clan Orellana, el estudio de abogados de William Galindo Peralta⁶, así como el bufete de abogados panameño Mossack Fonseca, por citar algunos.

Sobre la participación de abogados en organizaciones criminales, la prensa informa que «La Fiscalía del Crimen Organizado y la policía capturaron a 28 presuntos integrantes de los injertos del Comandante Mela en Piura, integrada por 8 policías, 3 abogados, entre otros integrantes»⁷.

De igual manera, tenemos por ejemplo a la organización criminal denominada Los Malditos del Triunfo, que se dedicaba a la extorsión a empresas y personas naturales, la usurpación agravada de terrenos de particulares y del Estado, así como al sicariato orientado a eliminar a miembros de organizaciones

6 Este abogado fue asesinado por sicarios en el año 2013. El móvil fue un terreno ubicado en la ciudad de Trujillo, valorizado en \$ 21 000 000 y que fue adquirido fraudulentamente por la organización criminal de este abogado. Véase al respecto lo que informa el diario *La República*: «Sicario contratado para matar a William Galindo se confesó ante fiscal y señaló que el socio y amigo de este, el empresario José Antonio Manucci, financió el homicidio para apropiarse de un área de 7 hectáreas que invadieron en Trujillo» (10 de setiembre de 2017: 14-15).

7 Véase la p. A24 de la edición del 12 de diciembre de 2015 del diario *El Comercio*. Del mismo modo, *La República* informa: «Golpe al hampa en Piura. Integraban banda los “Injertos del Comandante Mela” junto a otros 18 hampones. Durante el operativo se allanaron 40 viviendas y 11 celdas del penal de Piura (ex Río Seco). Entre los detenidos se encuentra el jefe de la Policía Fiscal, mayor PNP César Augusto Cabrera, informo la Fiscalía» (12 de diciembre de 2015: 2-3).

criminales rivales, además de lavado de activos, la tenencia ilegal y comercialización de armas de fuego, etc. Entre los integrantes de esta organización criminal se encontraban un alumno de la Escuela de la Policía de Tarapoto, que se dedicaba a adaptar armas; un abogado y un contador, que lavaban el dinero obtenido del cobro de cupos (La República 9 de agosto de 2017: 18).

5. Abogados juristas

Estos abogados son juristas renombrados, tanto nacionales como extranjeros, que bajo la cubierta de prestar servicios de asesoría, elaboran informes dogmáticos legales, publican libros de la especialidad, brindan conferencias o entrevistas defendiendo la posición de los abogados lobistas nacionales que patrocinan a investigados por actos de corrupción o lavado de activos en organización criminal, para lo cual dejan de lado la rigurosidad y científicidad dogmático penal de sus ideas a cambio de dinero, no les importa que los imputados a quienes favorecen sean unos delincuentes corruptos y desalmados.

6. Abogados especialistas en derecho corporativo y/o constitución de empresas

La constitución de un entramado societario por las organizaciones criminales, por medio de sus abogados especialistas en derecho societario o corporativo, para la comisión de los delitos precedentes (por ejemplo, la utilización de empresas de fachada para exportar productos contaminados con clorhidrato de cocaína, para comprar y exportar oro proveniente de la minería ilegal, para adquirir y transferir bienes inmuebles de procedencia ilícita, etc.) y de lavado de activos de procedencia ilícita, es una de las tipologías delictivas más importantes y usuales que emplean las organizaciones para la adquisición y consolidación de su patrimonio criminal.

Empresas de fachadas o de papel son generalmente representadas por testaferros u hombres de paja, con el único fin de ocultar la identidad del verdadero titular o propietario de dichas empresas y del capital social de procedencia ilícita que estas tienen.

Es así que con el Decreto Legislativo n.º 1249 —Decreto Legislativo que dicta medidas para fortalecer la prevención, detección y sanción del lavado de activos y el terrorismo—, publicado el 25 de noviembre de 2016 en el Diario Oficial *El Peruano*, se incorpora al abogado y notario como nuevos sujetos obligados a reportar a la UIF-SBS las operaciones sospechosas de sus clientes, con lo cual se compatibiliza o armoniza con las cuarenta recomendaciones del GAFI.

Ahora bien, la explicación de esta ampliación del ámbito de sujetos obligados a los profesionales independientes del ámbito jurídico radica en que los delincuentes están buscando otras vías de acceso a los circuitos financieros legales que no pasen por el fuerte control de entrada que está ejerciendo la banca sobre el depósito de dinero en efectivo, ni por el recurso a la banca *offshore* de los paraísos fiscales que, debido a su origen sospechoso, dispara los mecanismos de alarma de los demás operadores intervinientes en la transacción: el blanqueador busca por ahora «una entrada más discreta y esa puerta abierta la ha encontrado en algunos despachos profesionales» (Faraldo-Cabana 2006: 20).

El típico ejemplo es el caso del bufete de abogados panameño Mossack Fonseca, firma especializada en la creación de sociedades *offshore*, tal como se ha señalado líneas arriba.

7. Abogados árbitros como parte de una organización criminal

El subsistema de las Fiscalías Supraprovinciales Corporativas Especializadas en Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio viene investigando a diecinueve abogados por los delitos

de cohecho, lavado de activos y asociación ilícita, quienes en su actuación como árbitros de derecho de la Cámara de Comercio de Lima intervinieron en veinticuatro procesos arbitrales seguidos entre el Estado y la empresa brasileña Odebrecht, y terminaron por emitir laudos arbitrales de derecho a favor de esta empresa o del consorcio del que formaba parte a cambio de una ventaja económica. Estos laudos arbitrales fueron sobre proyectos u obras de rehabilitación del Sistema de Agua Potable de Chimbote, IIRSA Norte, IIRSA Sur, tramo 2 y 3 de la carretera Callejón de Huaylas-Chacas-San Luis (La República, 5 de mayo de 2018: 7).

3.2. Tipologías delictivas

Estos abogados en su actuación forense habitual generalmente recurren a prácticas antiéticas que el Código de Ética del Abogado y la Ley Orgánica del Poder Judicial prohíben; también cometen delitos, tales como:

1. Interponer denuncias y/o quejas contra jueces y fiscales que investigan y/o procesan a imputados, ante Control Interno de la Fiscalía Suprema o del Poder Judicial, con el único fin de intimidar.
2. Interponer *habeas corpus* sin fundamento, con el objetivo de archivar la investigación o proceso penal.
3. Cuando el investigado es un político se suele utilizar las subcomisiones de investigación del Congreso con la única finalidad de archivar y generar impunidad.
4. La utilización de actos de corrupción en procesos de *habeas corpus*, amparo, etc., con jueces supernumerarios que generalmente pertenecen a distritos judiciales alejados.
5. La utilización de prácticas de *lobbies* y/o tráfico de influencias y/o de corrupción en el ejercicio de la profesión para favorecer a sus clientes.

6. La compra de testigos para desacreditar al fiscal encargado de la investigación, atribuyéndole el fabricar pruebas falsas, a fin de que el fiscal sea apartado del caso⁸; o para que con su testimonio apoye la tesis de defensa del investigado (caso Madre Mía), o para que se retracte de su dicho (caso del financista de una candidata presidencial).
7. La contratación por parte de los abogados principales de otros abogados para que participen en las declaraciones de algunos coimputados de sus patrocinados, con el objetivo de que estos guarden silencio o se abstengan de declarar, con el único fin de perturbar la investigación fiscal.
8. La contratación por parte de los abogados principales de un abogado —exmagistrado— para que informe oralmente y que tenga influencia con todos o alguno de los magistrados que conforman el colegiado que va a resolver una incidencia de prisión preventiva u otro, para obtener un fallo favorable.

Además de lo señalado, la literatura forense ha reportado como técnicas de corrupción más usuales del abogado las siguientes:

- «Coimas».
- *Lobbies*.
- Redes ilícitas.
- Acciones de «copamiento».
- Redes de información.
- Estilos de prevalimiento; magistrados que se aprovechan de su condición para extorsionar a otros operadores de justicia y a las partes del proceso.
- Intercambio de favores.

8 Véase la p. 32 del semanario *Hildebrandt en sus trece*, del viernes 26 de enero de 2018.

- Elaboración de borradores de dictámenes y resoluciones judiciales por parte de los abogados defensores.
- Vulnerabilidad en la situación laboral de los operadores de justicia (provisionabilidad de los cargos, elecciones basadas en criterios subjetivos, discrecionalidad de los presidentes de las cortes judiciales para integrar salas y elegir magistrados suplentes, promociones no fundamentadas en la OCMA).
- Manejo arbitrario de la asignación de expedientes.
- Nepotismo (Montoya 2016: 25).

4. LA CONDUCTA NEUTRAL EN EL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN DE ABOGADO Y EL SECRETO PROFESIONAL

Los abogados, al igual que otros profesionales como los contadores, economistas y banqueros, en el ejercicio de su profesión u oficio pueden cometer delitos, y eso suele ocurrir con bastante frecuencia, contrario a lo que muchos piensan. El contar con este tipo de profesión u oficio otorga conocimientos especiales al sujeto activo, que le hacen tener una condición especial y por tanto ser necesario, imprescindible y más peligroso para la comisión de determinados delitos económico-financieros, como el lavado de activos.

En ese sentido, no existen conductas neutrales *per se*, pues cualquier conducta que genéricamente y en abstracto pueda calificarse de neutral, esto es, de penalmente irrelevante y atípica, puede adquirir sentido delictivo y ser, por tanto, penalmente relevante si se dan ciertas condiciones entre las cuales es esencial la inserción de dicha conducta en un contexto delictivo (Pérez 2009: 173).

De este modo, el ejercicio de la profesión de abogado utilizando las formas legales para cometer delitos se puede dar, por ejemplo, en el saneamiento de un bien inmueble de un tercero, utilizando para ello minutas falsas, laudos arbitrales fraudulentos y actos de corrupción con el notario, árbitro y registrador público, los cuales constituyen claramente actos criminales. Es decir, la adaptación de

la conducta del profesional a un contexto delictivo hace perder la naturaleza neutra de su conducta (Caro 2015: 233).

Es en el marco del riesgo permitido donde se han de resolver los problemas de las acciones neutrales formalmente subsumibles en los tipos de cooperación necesaria y de la complicidad (Blanco 2001: 155).

Así, el legislador nacional por medio del Decreto Legislativo n.º 1249 —Decreto legislativo que dicta medidas para fortalecer la prevención, detección y sanción del lavado de activos y el terrorismo (publicado el 26 de noviembre de 2016)—, además del contador público, considera al abogado colegiado como sujeto obligado a informar a la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF), ya sea en su actuación como abogado independiente o en sociedad, que

realizan o se disponen a realizar en nombre de un tercero o por cuenta de este, de manera habitual, las siguientes actividades:

- a. Compra y venta de bienes inmuebles.
- b. Administración de dinero, valores, cuentas del sistema financiero u otros activos.
- c. Organización de aportaciones para la creación, operación o administración de personas jurídicas u otras estructuras jurídicas.
- d. Compra y venta de acciones o participaciones sociales de personas jurídicas (Congreso de la República 2016).

Actividades del abogado que el citado decreto considera fuera del secreto profesional, al precisar que: «La información que estos sujetos obligados proporcionan a la UIF-Perú se restringe a aquella que no se encuentra sujeta al secreto profesional».

Esta consideración del abogado como sujeto obligado se encuentra acorde con las cuarenta recomendaciones del GAFI, pero ha generado en el derecho comparado un fuerte desencuentro entre los abogados

y el GAFI, ya que este último busca imponer un deber activo de denuncia maximalista que en muchos países vulnera abiertamente las normas deontológicas, e incluso legales, del secreto profesional (García 2010: 298).

Ahora bien, es obvio que el blanqueo mueve mucho dinero y que es un factor criminógeno:

Las redes de lavado no siempre contratan abogados con experiencia; al contrario, gustan de integrar a los letrados jóvenes, bajo la dirección de un profesional avezado y corrupto, para introducirlos progresivamente en el negocio [...] Del mismo modo que en algunos ambientes financieros se considera un mérito ser un tiburón, en la abogacía económica es frecuente que se alabe la inmoralidad disfrazada de ingenio o astucia profesional (García 2010: 300).

En ese sentido, bajo una lógica utilitarista y una actuación antiética y amoral, para muchos estudios de abogados, la eficiencia es requerida no solo en tanto las capacidades académicas de los abogados, sino también de manera precisa en las redes que estos abogados tienen dentro del sistema de justicia (Mujica 2011: 120).

Sin embargo, el abogado debe abstenerse de realizar cualquier conducta que pudiera influir indebidamente en el tiempo o el modo de resolver por parte de la autoridad. No debe utilizar medios que representen una injerencia para el ejercicio imparcial e independiente de la autoridad ni permitir que el cliente lo haga (Poder Judicial 2015b: 26).

Es así que en lo que respecta a la actuación del abogado en el delito de lavado de activos, resulta acertado lo señalado por Ramón Ragués i Vallès, que en los casos en que la labor del abogado consiste en asesorar al cliente sobre cómo obtener una mayor rentabilidad de los bienes obtenidos o cómo ocultarlos de manera eficaz a la acción de las autoridades, el letrado contribuye directamente con su conducta

al mantenimiento de la capacidad económica del autor del delito previo, y, por tanto, su conducta debe ser castigada atendiendo a los fines de la punición del blanqueo (2003: 158).

5. CONCLUSIONES

1. La profesión de abogado en nuestro país, en la mayoría de los casos, lamentablemente viene siendo ejercida bajo el influjo de una cultura utilitarista, lucrativa y un mal entendido concepto de eficiencia, que se considera como sinónimo del uso de un sinnúmero de argucias legales tendientes a entorpecer o dilatar la investigación o proceso penal buscando la prescripción de la acción penal de los delitos. Ello se busca mediante la reprogramación de lecturas de sentencias o de la realización de audiencias o diligencias —por alegar que tiene pocas horas de asumir la defensa⁹ o que no han sido notificados dentro del plazo legal—, el recusar al juez, el solicitar la inhibición o exclusión del fiscal, el interponer todas o casi todas las excepciones procesales que ponen fin al proceso o lo dilatan, etc., o a la recurrencia de actos de corrupción hacia jueces, fiscales, entre otros.
2. Desafortunadamente, casi todos los jueces y fiscales, en el desarrollo de la investigación preliminar y/o proceso penal (diligencias preliminares e investigación preparatoria) permiten que los imputados y sus abogados, abusando del ejercicio del derecho a la defensa, realicen dilaciones indebidas en perjuicio de la eficacia del proceso, y no aplican el último párrafo del numeral 10 del artículo 84 del Código Procesal Penal (2004), que sanciona: «El abogado defensor está prohibido de recurrir

9 Por ejemplo, tenemos la decisión del juez Javier Carrión Basauri, del Séptimo Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior del Santa, quien llegó a sancionar a un abogado por aducir que «desconocía» el caso, con el objeto de que por esa razón el juez decida reprogramar la audiencia de prisión preventiva (Legis. pe 12 de enero de 2018).

al uso de mecanismos dilatorios que entorpezcan el correcto funcionamiento de la administración de justicia», en consonancia con el artículo 288, numerales 1 y 2, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que prescribe como deberes del abogado patrocinante: «actuar como servidor de la Justicia y como colaborador de los Magistrados», y «Patrocinar con sujeción a los principios de lealtad, probidad, veracidad, honradez y buena fe»; y el artículo 6, numeral 1, del Código de Ética del Abogado, que prescribe: «Actuar con sujeción a los principios de lealtad, probidad, veracidad, honradez, eficacia y buena fe; así como del honor y dignidad propios de la profesión».

3. Ante el panorama descrito, la Comisión de Ética del Colegio de Abogados de Lima, y otros, poco o nada vienen haciendo por sancionar a los malos profesionales, sobre todo porque se sustraen a su deber de iniciar de oficio investigaciones disciplinarias en contra de abogados condenados o procesados, tal como sucedió por ejemplo con la condenada por el delito de terrorismo Marta Huatay.
4. Los Órganos de Control del Poder Judicial y del Ministerio Público, así como la Junta Nacional de Justicia, no solo deben estar permanentemente alertas para investigar y sancionar a los malos jueces y fiscales que vienen laborando en estas dos importantes instituciones encargadas de la administración de justicia, sino también para no caer en la trampa de estos malos abogados particulares que por sí mismos o por intermedio de sus patrocinados —a quienes aconsejan denunciar—, denuncian o quejan a los jueces y fiscales con el fin de apartarlos de la investigación o proceso, o influir en sus decisiones.
5. No existen conductas *per se* neutrales, pues cualquier conducta que genéricamente y en abstracto pueda calificarse de neutral, esto es, de penalmente irrelevante y atípica, puede adquirir sentido delictivo y ser, por tanto, penalmente relevante si se dan ciertas

condiciones entre las cuales es esencial la inserción de dicha conducta en un contexto delictivo (Pérez 2009: 169-206).

6. Resulta necesario e imprescindible que las universidades establezcan como curso obligatorio la deontología forense, para que se interioricen y afiancen los valores éticos y morales en los alumnos de derecho, que una vez siendo abogados ejerzan la profesión con sujeción y observancia al Código de Ética del Abogado.
7. Los casos de abogados corruptos y sin escrúpulos son abundantes y esto tiene que ver con los valores éticos y morales que hayan recibido —o dejado de recibir— en el hogar, puesto que ese es el espacio o ambiente adecuado que le marca el ADN anticorrupción para toda la vida. Además, las universidades o los colegios profesionales de abogados de nuestro país, poco o nada hacen por impartir cursos de deontología forense para orientar la práctica forense que vaya acompañada por sanciones cuando estos infringen el Código de Ética del Abogado.
8. Así como existen juristas del mal, como Carl Schmitt, que sirvieron al régimen nazi, y son el antiejemlo de los principios éticos y morales en el ejercicio de la profesión, también tenemos abogados que como jueces son ejemplo de la lucha anticorrupción y contra la criminalidad organizada, como Giovanni Falcone¹⁰, Paolo Borsellino¹¹, entre otros, que en los años noventa del siglo

10 La justicia italiana fue golpeada profundamente: el 23 de mayo de 1992, a las cinco de la tarde, Giovanni Brusca hace saltar con un mando un tramo de la autovía Palermo-Punta Raisi, a la altura de la localidad de Capaci. En el atentado a Giovanni Falcone, decidido por los corleoneses Toto Riina y Bernardo Provenzano, murieron, además del juez, su mujer Francesca Morvillo y tres hombres de la escolta (2011: 352).

11 El 19 de julio de 1992 un Fiat rojo lleno de explosivos controlado a distancia estalla apenas Borsellino baja del coche. Junto con el juez antimafia, que iba a buscar a su madre, murieron seis agentes de la escolta, entre los que se encontraba Emanuela Loi, de veinticinco años, la primera policía asesinada en un atentado mafioso (2011: 357).

pasado se enfrentaron a la mafia italiana al encabezar la lucha Operación Manos Limpias. Estos jueces son referentes para todos los abogados del mundo que deciden ser jueces y fiscales penales, y el compromiso que ello implica con el valor justicia y la lucha indomable por su realización. En nuestro medio, para hacer frente a la corrupción de funcionarios y la criminalidad organizada tenemos a los fiscales de los subsistemas de las Fiscalías Supranacionales Corporativas Anticorrupción, Criminalidad Organizada y de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio; y a los jueces del Poder Judicial representados por la Sala Penal Nacional y a los jueces anticorrupción para el caso Odebrecht.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMBOS, Kai (2005). *Principios del proceso penal europeo. Análisis de la Convención Europea de Derechos Humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- ASMAT COELLO, Diana Marisela (2013). «La relevancia típica de la intervención del abogado en un caso de delito de lavado de activos. Comentario al auto de no lugar emitido por la Sala Penal Nacional, el 08 de abril de 2009». En CARO CORIA, Dino Carlos y REYNA ALFARO, Luis Miguel (coords.). *Compliance y prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo*. Lima: Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa (CEDPE), 125-134.
- BECERRA, Charlie (2017). *El origen de la hidra. Crimen organizado en el norte del Perú*. Lima: Aguilar.
- BLANCO CORDERO, Isidoro (2001). *Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito*. Granada: Comares.
- CALAMANDREI, Piero (2009). *Elogio de los jueces escrito por un abogado*. Madrid: Reus.

- CARO JHON, José Antonio (2015). «Los abogados ante el lavado de activos: recepción de honorarios sucios y deber de confidencialidad». *Lavado de activos y compliance. Perspectiva internacional y derecho comparado*. Lima: Jurista Editores, 197-237.
- CASTILLA, Óscar y CABRAL, Ernesto (21 de noviembre de 2017). «Megainvestigación por lavado contra Mossack Fonseca y sus clientes en Perú». *Ojo Público*. Recuperado de <https://panamapapers.ojo-publico.com/articulo/Mega-investigacion-fiscal-por-lavado-de-dinero-en-Caso-Panama-Papers/>
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA (2016). *Decreto Legislativo n.º 1249*. Lima: 26 de noviembre de 2016.
- EL COMERCIO (9 de mayo de 2015). «Medidas restrictivas para jueces de Ucayali». *El Comercio*, A2.
- FARALDO-CABANA, Patricia (2006). «Los profesionales del derecho ante el blanqueo de bienes: prevención del blanqueo y secreto profesional: el ejercicio de la profesión como conducta típica del blanqueo». *Revista de Derecho Penal y Procesal*, 6, 13-38.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor (1988). «Los problemas contemporáneos del Poder Judicial». En MORENO CATENA, Víctor (coord.). *Problemas actuales de la justicia. Homenaje al Prof. Gutiérrez-Alviz y Armario*. Valencia: Tirant lo Blanch, 125-160.
- GARCÍA NORIEGA, Antonio (2010). *Blanqueo y antiblanqueo de capitales: cómo se lava el dinero. Cómo se combate el lavado*. Madrid: Difusión Jurídica.
- GESTIÓN (10 de marzo de 2017). «Nuevos escenarios de la responsabilidad penal de las empresas y los abogados». *Gestión*, 16.
- JAUCHEN, Eduardo M. (2014). *Derechos del imputado*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.

JOCHAMOWITZ, Luis (2002). *Vladimiro. Vida y tiempo de un corruptor*. Lima: El Comercio.

LA REPÚBLICA (8 de mayo de 2015). «Dos jueces y dos fiscales investigados por presunta relación con mafia de Orellana». *La República*, 2-3.

____ (9 de mayo de 2015). «Ordenan prisión para cinco jueces de Corte Superior de Ucayali». *La República*, 7.

____ (12 de diciembre de 2015). «Ocho policías y tres abogados en banda de extorsionadores, sicarios y asaltantes». *La República*, 2-3.

____ (28 de abril de 2017). «Consejo de Ética del CAL suspendió a 114 abogados por malas prácticas». *La República*, 12.

____ (9 de agosto de 2017). «Polémica entre PJ y Mininter por caso “Los malditos del triunfo”». *La República*, 18.

____ (10 de setiembre de 2017). «Un terreno de US\$ 21 millones fue el móvil del asesinato de abogado». *La República*, 14-15.

____ (5 de mayo de 2018). «Investigan la actuación de 19 árbitros a favor de Odebrecht». *La República*, 7.

LEGIS.PE (12 de enero de 2018). «Sancionan a abogado por pedir que se re programe audiencia con excusa de “desconocer” el caso». Recuperado de <https://legis.pe/sancionan-abogado-reprograme-audiencia-excusa-desconocer-caso/>

MONTOYA VIVANCO, Yvan (coord.) (2016). *Manual sobre delitos contra la administración pública*. 2.^a edición. Lima: IDEHPUCP-Open Society Foundations.

MUJICA, Jaris (2011). *Micropolíticas de la corrupción. Redes de poder y corrupción en el Palacio de Justicia*. Lima: Asamblea Nacional de Rectores.

MÜLLER, Ingo (2006). *Los juristas del horror. La «justicia» de Hitler: el pasado que Alemania no puede dejar atrás*. Traducción de Carlos Armando Figueredo. Caracas: Actum.

- OBERMAIER, Frederik y OBERMAYER, Bastian (2016). *Panamá Papers. El club mundial de los evasores de impuestos*. Barcelona: Planeta.
- PÉREZ MANZANO, Mercedes (2009). «Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abogacía y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales». En BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y BACIGALUPO, Silvina (coords.). *Política criminal y blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 169-206.
- PICÓ I JUNOY, Joan (1996). *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona: José María Bosch Editor.
- PODER JUDICIAL (2003). *Expediente n.º 21-2001*. Lima: 3 de abril de 2003.
- _____ (2015a). *Resolución n.º 7*. Emitida por el Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria de la Corte Suprema. Lima: 9 de julio de 2015.
- _____ (2015b). *Expediente n.º 00087-2013-15-1826-JR-PE-01*. Sentencia de Segunda Instancia de la Primera Sala Penal de Apelaciones. Lima: 15 de mayo de 2015.
- _____ (2017). *Acuerdo Plenario n.º 1-2017-SPN*. Lima: 5 de diciembre de 2017.
- QUIROZ, Alfonso W. (2013). *Historia de la corrupción en el Perú*. Lima: IEP/IDL.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramón (2003). «Blanqueo de capitales y negocios standard. Con especial mención a los abogados como potenciales autores de un delito de blanqueo». En SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (coord.). *¿Libertad económica o fraudes punibles?: riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*. Madrid: Marcial Pons, 127-162.
- s. a. (2011). *Mafia*. Florencia: Scala Group S. A.

Revista Oficial del Poder Judicial

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

Vol. 9, n.º 11, enero-junio, 2019, 251-276

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.v9i11.8>

Violencia basada en género. Una visión actual

Gender-based violence.

A current vision



EDWIN FIGUEROA GUTARRA

Corte Superior de Justicia de Lambayeque
(Lambayeque, Perú)

Contacto: efigueroag@pj.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0003-4009-3953>

RESUMEN

Los problemas de violencia basada en género representan una preocupación en todos los ordenamientos jurídicos contemporáneos, y el examen de sus causas y manifestaciones es una tarea pendiente para los sistemas regionales de protección de los derechos humanos. Queda por dilucidar, en ese contexto, el problema de visibilización de la violencia basada en género y cuál es el rol que le corresponde a la sociedad en su conjunto respecto de este fenómeno.

Palabras clave: violencia basada en género, visibilización, invisibilización, feminicidio, derechos humanos.

ABSTRACT

The issues of gender-based violence represent a concern in all contemporary legal systems, and the examination of their causes and manifestations is a pending task for the regional human rights protection systems. It remains to be elucidated, in this context, the problem of visibility of gender-based violence and what is the role of society as a whole with respect to this phenomenon.

Key words: gender-based violence, visibility, invisibility, femicide, human rights.

Recibido: 10/05/18 Aceptado: 25/08/18

1. IDEAS INTRODUCTORIAS

Abordar el problema de los desarraigos a partir de las cuestiones de violencia basada en género en nuestros ordenamientos jurídicos, nos remite a un serio problema de visión y concepción cultural. Este conflicto está, a su vez, vinculado a un grave entorno de irracionalidad humana. Las razones de esta aseveración residen en que, frente a esas colisiones de derechos, aparece la exigencia de progresividad de los derechos humanos, y de su debida contextualización, en un mundo cuyas aspiraciones materiales más altas se elevan hacia las mejoras sustantivas en el espectro de los derechos humanos, tanto de su concientización como de su universalización.

Este estudio pretende desarrollar, tentativamente, algunas de las variables características del enojoso problema que hoy denominamos *violencia basada en género*, en tanto el análisis de las causas del problema nos brinda un escenario de aproximación más real al problema que nos ocupa. A su vez, las variables de este delicado problema social, tanto endógenas como exógenas, apuntan, también, a una demanda de los actores sociales a través de políticas públicas para combatir los trances complejos que

representa la violencia basada en género. Y el problema no termina allí: una cuestión ulterior de relevancia es cuán eficaces devienen esas políticas públicas, en tanto de cara a las cifras que representa esta cuestión, hemos de aducir si son necesarios ajustes de dirección, proyección o rectificación respecto de esas políticas públicas.

No podemos dejar de lado, en ese mismo propósito de análisis, algunas de las formas que asume la violencia basada en género, entre ellas manifestaciones o bien dirigidas a las mujeres como grupo de personas que resultan destinatarias de estas formas de violencia irracional; o, en su caso, dirigidas a otros grupos por prejuicio, siempre desde una disyuntiva de negación del género mismo.

En este marco valorativo destaca, a juicio nuestro, un componente de irracionalidad, noción que puede ser entendida desde una actitud de negación de los valores humanos, y cuanto expresamos en ello reside en la posición de minusvaloración de la persona humana que sufre la violencia basada en género. En ese orden de ideas, las modalidades de esta violencia implican una contradicción con el sentido de racionalidad que exige la dignidad humana. En efecto, el ser humano goza de derechos manifiestos desde su existencia como tal, desde que su vida se hace viable en el útero materno y, sin embargo, este tipo de violencia significa antes una renuncia y una negación manifiesta de las condiciones humanas de la mujer o los grupos afectados por la violencia basada en género. Entonces, nos corresponde enfatizar en este estudio esa contradicción a la racionalidad que implica esta forma de violencia.

Una cuestión que se debe dilucidar adicionalmente, en ese mismo orden de ideas, reside en si estamos frente a un fenómeno de mayor visibilización de la violencia basada en género. Fundamentamos nuestra afirmación en una especificación de relevancia: los instrumentos de protección de los derechos humanos —no lo podemos negar— han expresado una naturaleza *in crescendo* especial desde el fin de la Segunda Guerra Mundial en el siglo

pasado. En efecto, el fenómeno de *fiebre de Constituciones* y, por consiguiente, de crecimiento de los derechos fundamentales, se ha extendido sin cesar desde mediados de la centuria pasada, y la réplica de instrumentos en materia de derechos humanos ha sido muy similar.

Podemos sintetizar lo aseverado en que hoy existe un conjunto amplio de instrumentos normativos sobre derechos humanos, tanto de *soft law* como de *hard law*, es decir, de efectos exhortativos y de vinculación en sentido fuerte, respectivamente, lo cual nos conduce a señalar que nunca antes, hasta donde han avanzado los sistemas de protección regional de los derechos humanos, se ha avanzado tanto como hasta ahora. Por tanto, hoy puede afirmar un ciudadano de un Estado que, en modo potencial, los sistemas jurídicos nacionales contemplan mecanismos de salvaguarda jurisdiccional de los derechos fundamentales de las personas. Sin embargo, cuando contrastamos esa realidad no solo normativa, sino también jurisprudencial, con los índices de evolución de protección de los derechos de los grupos afectados por la violencia basada en género, el resultado de ese contraste expresa amargos resultados.

Baste un ejemplo para sostener lo enunciado: a pesar de que los Estados nacionales en todo el orbe trabajan con denuedo instrumentos normativos por excelencia contra el feminicidio, este tiende a expresar estadísticas en el sentido de mantenerse en iguales estándares de ocurrencia, o bien incluso de crecimiento preocupante.

Lo expresado nos conduce a una tesis de reducción del fenómeno de invisibilización o de incremento de visibilización, según sea el caso, de los derechos que guardan directa relación con la violencia basada en género. De esa forma, nos corresponde expresar que hacen bien los Estados en el diseño que realizan de sus políticas públicas contra el feminicidio, mas de otro lado es relevante asumir que una realidad sórdida antes expresada en una cantidad considerable de

casos de feminicidio, muchos de ellos aún ocultos, hoy en día se va revelando en clave de exigencia de transparencia, y más casos salen a la luz, con lo cual se visibiliza mejor el fenómeno de las cifras ocultas del feminicidio.

La afirmación que hacemos entonces debe ser ajustada: no se trata de que a pesar de existir más instrumentos tuitivos de los derechos de la mujer, como se hace para combatir el feminicidio, estos no sean útiles para un propósito de mejor defensa de los derechos de las mujeres, sino que precisamente se van haciendo cada vez más visibles los casos que antes permanecían ocultos *sine die*, y esto de suyo es positivo: la lucha por los derechos humanos también debe apuntar a una reducción de la tasa de invisibilización de las afectaciones de estos derechos.

Así, denunciar la afectación grave o muy grave de un derecho humano protegido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos o el Convenio Europeo de Derechos Humanos, como sucede con el valor dignidad humana que precisamente afecta la violencia basada en género, no solo es un imperativo categórico kantiano, sino que ayuda a la consolidación de políticas públicas para combatir estas patologías fácticas contra los derechos de las personas. Creemos que se trata de un propósito insoslayable, impostergable e ineludible.

2. VIOLENCIA BASADA EN GÉNERO. PRECISIONES CONCEPTUALES

Históricamente, desde los pensadores griegos, una noción material de fuerza ha sido la exclusión de la mujer de los asuntos públicos. Así, para Aristóteles (Hernández 2014: 33), esta no podía participar en la vida de la polis griega, pues para el Estagirita, la vida de bien, que a su vez concernía a participar de la bondad y la racionalidad, únicamente era viable en la polis, mas la pauta central era que en ella solo podían participar los ciudadanos, entre los cuales no se

incluía a las mujeres (dado que eran exclusivamente privadas), ni esclavos, ni metecos (extranjeros).

El término *violencia basada en género* parte de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, también conocida como Convención de Belém do Pará, 1994, instrumento normativo cuyo artículo primero consigna que esta violencia es «una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres» y se trata de «cualquier acción o conducta basada en su género, que cause, muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico en la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado» (MIMP 2016: 9).

La noción conceptual expuesta ciertamente se circunscribe con énfasis a la afectación de la dignidad de las mujeres, pero debemos advertir, de igual modo, al referirnos a género, a una lectura de carácter incluyente y omnicomprensiva del mismo término género, pues el planteamiento de la existencia de esta forma de violencia se extiende también a las minorías sexuales afectadas por prejuicios, lo cual da lugar a los denominados crímenes de odio.

A su vez, esta violencia es unas veces estructural, otras veces episódica, pero constituye violencia al fin y al cabo y, por lo tanto, expresa una forma de agresión que no solo comprende una expresión de carácter físico, sino se extiende a formas psicológicas de afectación, las cuales por su misma dificultad de identificación pueden, muchas veces, o bien conducir a escenarios de impunidad, o bien a una dificultad de configuración en la expresión de caracteres que identifiquen la violencia física o psicológica.

Es lo que sucede, por ejemplo, con la violencia económica en agravio de la mujer. Al tratarse de una figura de reciente configuración en muchos ordenamientos nacionales, se desprende de la misma una ausencia de identificación de los elementos del tipo de esta conducta, y puede ocurrir, otras tantas veces, que la

acción persecutora de la justicia quede solo en eso: en un propósito de sanción o en un esfuerzo volitivo de persecución.

De esta forma, los ordenamientos normativos o bien no disponen de herramientas legales que combatan esta forma de violencia o, en su defecto, los jueces procuran desarrollar una función integradora del tipo normativo respectivo a través de la jurisprudencia, como suele suceder con la dinámica jurisprudencial. Ciertamente que en el derecho penal no existe la aplicación de la analogía, esta es una exigencia conceptual tipo, y, sin embargo, los ordenamientos pueden desarrollar a través de la figura del precedente, como forma de dinamización del derecho, exhortaciones al legislador positivo para el desarrollo de figuras que repriman al interior del ordenamiento conductas previas que pueden luego conducir a la violencia de género. Por ejemplo, el acoso a la mujer, al constituir regularmente una simple falta y no conllevar una sanción más drástica, puede desembocar en problemas más graves de violencia basada en género.

Es importante visualizar, al abordar la idea abstracta de violencia de género, que esta refleja la asimetría existente en las relaciones de poder entre varones y mujeres, y que perpetúa la subordinación y desvalorización de lo femenino frente a lo masculino (Rico 1996: 8). A este respecto, dichas asimetrías llevan a escenarios de agresión en los cuales el factor de riesgo o de vulnerabilidad se expresa en el solo hecho de ser mujer.

La atingencia a la que aludimos implica, de la misma forma, hacer más visible el problema referido. La violencia deja de ser oculta y con ella expone todos los fenómenos, incluso psicológicos (Andrés, Gaspar y Jimeno 2011: 14), que supone, dejando de lado la idea de que pueda tratarse de un asunto invisible, no existente, ajeno a la sociedad. En esta misma lógica de razonamiento, las denuncias de actos que constituyen violencia basada en género ciertamente ayudan a que este problema reduzca sus ámbitos de invisibilización. Las sociedades toman así nota de que se enfrenta un problema

complejo que exige soluciones y corresponden tareas legislativas y jurisdiccionales que se deben conducir.

La violencia basada en género tiene determinados componentes, partiendo de la misma Convención de Belém do Pará, que resulta relevante anotar:

- a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual;
- b. que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y
- c. que sea perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra (MIMP 2016: 11, artículo 2).

Los elementos constitutivos de estas conductas nos remiten a una causa estructural, a una etiología que es importante dilucidar, pues la primera anotación reflexiva por enunciarse es ¿de dónde proviene esa violencia y cómo se expresa? Y en relación con esta misma interrogante: ¿cuáles formas de manifestación asume esa violencia o acaso presenta distintos matices?

La violencia basada en género parte de un formato de dominación masculina que reviste la calidad de elemento generador de las disfunciones que comprende esta forma de violencia. Advirtamos que las conductas que pudieran alterar ese *modus vivendi* de dominación, irrefrenablemente se traducen en formas de agresión que recaen en las mujeres o, en su caso, en otro tipo de minorías.

Ahora bien, esa modalidad de dominación se confunde con el inicio mismo de los tiempos: el varón asumió tempranamente la conducta de único conductor de la especie humana y, en rigor, esa fue

la forma en que se condujeron los primeros clanes de la humanidad, habida excepción de las condiciones de matriarcado que algunas culturas generaron, sin que ello fuera un contexto general sino más bien excepcional. Más aún, en ese formato de dominación hay una percepción del varón respecto a que no se dan condiciones efectivas de desigualdad (Meil 2016: 5).

En propiedad, la dominación masculina se consolidó entonces en la historia de la humanidad como pensamiento rector de las comunidades originarias y posteriores, que pretendía constituir un elemento invariable de las culturas. Y, además, esta forma de visión del mundo consolidó una conducta autoritaria que ante el menor atisbo de contradicción —leamos derechos de las mujeres en perspectiva *prima facie*— comenzó a generar modos de reacción fundamentalmente agresivos. Se entiende esta cuestión, entonces, desde una perspectiva de reacción irracional frente a cualquier amenaza al *statu quo* entonces imperante.

Ahora bien, estas formas de reacción, en buena cuenta expresiones de la violencia basada en género, trabajan, en esencia, dos campos de acción: de un lado, una reacción propiamente dicha frente a atisbos de contradicción del *statu quo*, y desde otro ámbito, se expresan como una forma de consolidación de ese *modus vivendi*. Esto significa que la reacción asume estas dos vertientes: o bien pretende reprimir con gravedad los intentos por cuestionar el *statu quo* de dominación masculina y de ahí una conducta ciertamente reprochable de agresión física o psicológica comprobable; o bien ese contexto de dominación pretende seguir cultivando formas de dominación menos graves pero igualmente expresivas, más atenuadas en signos de violencia frente al primer tipo que indicamos, incluso más sutiles en su forma de expresión. Ejemplo de esta segunda vertiente es la aceptación de conductas machistas por parte de las mujeres «porque siempre dominó el varón». Se trata de una valoración impregnada poco a poco en la cultura social y que tiende a ser aceptada.

En concordancia con las ideas vertidas, la violencia basada en género adopta, según Galtung (MIMP 2016: 12), tres importantes formas de expresión: la directa, la cultural y la estructural.

La violencia directa puede ser expresada a través de cifras y, en ese sentido, existen medios de constatación directos respecto a sus causas, alcance y efectos. Es a través de las estadísticas oficiales que puede determinarse la cantidad de feminicidios, por ejemplo, que tienen lugar en determinada circunscripción geográfica. Así, dicha data sirve para una reorientación de las políticas públicas, en la que se realicen ajustes para reencaminar una política pública que pretende ser eficaz frente a un problema de campo, palpable, evidenciable.

La violencia cultural es más compleja. Tiene un carácter simbólico y perdura en el tiempo (MIMP 2016: 13). Ella sirve de medio de ejecución de la violencia directa y la estructural, en tanto corresponde a una forma de idiosincrasia, percepción y visión del mundo. En este caso, distorsiones como el machismo responden a un enraizamiento de patrones de conducta que a través del tiempo se han ejercitado como conductas portadoras de valores de un pretendido correcto estado de las cosas. Combatir esta concepción implica tareas de mediano y largo plazo, pues se trata de conductas arraigadas en el modo de concebir los valores culturales de una sociedad. Frente a ello, son exigibles políticas públicas de concientización de derechos como la igualdad de género, la dignidad sin distinciones de sexo, etc.

Por último, siempre siguiendo a Galtung (MIMP 2016: 13), la violencia estructural se vincula a lo económico, atendiendo al lugar que ocupa la mujer en el orden social y económico propiamente dicho. Cuestiones como la desigualdad en el acceso a la propiedad, la diferencia salarial entre varones y mujeres, las diferencias en el acceso a las posiciones de poder, la feminización de la pobreza y la división social del trabajo, constituyen manifestaciones de esta violencia estructural y nos remiten a esa visión agrietada del rostro de la violencia basada en género.

Junto a estas formas de violencia, coexisten mecanismos referenciales, que Bordieu (MIMP 2016: 14) nombra de dominación simbólica, que se refiere a esquemas de percepción, apreciación y acción expresados a través de hábitos. La afirmación que antecede es de la máxima importancia, pues las sociedades encuentran en sus modos de interacción conductas que no discuten por encontrarlas amoldadas a su *statu quo*: así, expresar que la mujer es de su casa y el hombre de la calle, a la luz de este análisis, es cuestionable y, sin embargo, no deja de estar arraigado en muchas sociedades, desde las más prósperas hasta las menos ricas.

Entonces podemos hablar de una violencia intrínseca (MIMP 2016: 15) que exige no solo ser develada, sino que demanda que la sociedad realice denodados esfuerzos para cambiar patrones de conducta tan aceptados. Para ello, es necesario un reenfoque de las políticas públicas y el Estado debe manifestar su posición de enfoque de los derechos de las mujeres y de las minorías sexuales.

3. INTERSECCIONALIDAD Y VIOLENCIA BASADA EN GÉNERO

Creenshaw define la interseccionalidad como un «sistema complejo de estructuras de opresión que son múltiples y simultáneas» (MIMP 2016: 16). El análisis interseccional acusa las desigualdades de las cuales son víctimas las mujeres desde una visión histórica, social, cultural, y su determinación revela intersecciones o nudos de encuentro entre el género, la raza, la clase, la edad o la orientación sexual (MIMP 2016: 16).

Por ejemplo, y a fin de entender mejor esta proposición, los niveles de violencia hacia grupos de mujeres pueden variar según el nivel socioeconómico. Sin ser una regla estricta, taxativa y definitiva, los grados de violencia tienden a ser mayores en tanto menor es el nivel socioeconómico analizado, esto es, a más educación en la pareja, menor tiende a ser el nivel de violencia

generado. Por tanto, hay un nudo que se debe identificar respecto a que a menor nivel de formación, la violencia del varón tiende a ser mayor en la relación de pareja.

La utilidad de estos nudos o intersecciones es considerable para reorientar, una vez más, la eficacia de las políticas públicas, en cuanto habrá que reorientar la acción del Estado, en específico, si el nivel de preparación de sus agentes no es óptimo, digamos en la atención de los derechos que afectan los problemas de violencia basada en género.

Y a guisa de ejemplo, el caso Campo Algodonero, México, puede ser de utilidad para identificar la exigencia del necesario mejor nivel de preparación de la Policía ante cuestiones de violencia contra las mujeres, dado que sus agentes, ante desapariciones de mujeres en zonas neurálgicas en Ciudad Juárez hacia inicios del año 2000, tan solo atinaban a mostrar una conducta verdaderamente negligente, sin advertir que diversas zonas de esa circunscripción geográfica se habían convertido en escenario de crímenes frecuentes contra mujeres. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en su fallo de sanción a México, dispuso como obligación del Estado la exigencia de formar a los agentes de la Policía para un diligente apoyo en caso de desapariciones.

A su vez, estas estadísticas que brinda el análisis interseccional pueden ser útiles en la materialización de determinadas políticas públicas en específico. Así por ejemplo y siguiendo un esquema de aproximación de campos expresamente útiles para ello (MIMP 2016: 76), puede influir este análisis para que se conduzcan determinadas modificaciones a la Constitución, en el propósito de poner de relieve el valor de los bienes jurídicos protegidos en materia de género. Igualmente, habrá un reforzamiento de las figuras legales tendientes a combatir las agresiones y violencia contra las mujeres u otras minorías sexuales.

De otro lado, este análisis interseccional puede ayudar eficazmente a replantear el problema de la misma violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, en tanto la violencia tanto física como psicológica despliegan sus efectos de daño hacia el mismo entorno familiar. De este modo, los hijos sufren emocionalmente el maltrato de la madre, o son afectados por parte del padre, o incluso la agresión tiene lugar entre padre y madre.

Las estadísticas de las intersecciones ayudan, de igual forma, a prevenir, de mejor forma, el hostigamiento sexual en el ámbito laboral, tanto público como privado. Veamos, en su caso, las conductas de hostigamiento producidas en el mundo artístico contemporáneo en el año 2017, lo cual ha acarreado una conducta de rechazo por parte de la sociedad. Nótese aquí el énfasis de violencia que existe en el plano jerárquico laboral, es decir, del superior hacia el subordinado, y ello tiene lugar en tanto el jefe, usualmente varón, se atribuye el formato de dominación masculina que le permite asumir la noción de que puede disponer como desee de sus subordinados.

Añadimos a esto la trata de personas, problema de raigambre internacional que constituye una forma de captación, traslado o retención de personas, recurriendo a violencia, amenaza u otras formas de coacción, privación de libertad, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o beneficios, con fines de explotación sexual, esclavitud sexual, explotación laboral, o extracción o tráfico de órganos o tejidos humanos (MIMP 2016: 80). Las intersecciones de datos y realidades sobre este problema nos pueden ayudar a implementar mejores políticas públicas al respecto.

En adición a ello, el análisis interseccional nos puede ayudar a prevenir el acoso sexual en lugares públicos, acción que puede entenderse como la conducta pública o verbal, de naturaleza o connotación sexual, realizada por una o más personas en contra

de otra u otras, quienes no desean o rechazan esas conductas por considerar que afectan su dignidad, sus derechos fundamentales como la libertad, la integridad y el libre tránsito, y crean con ellas intimidación, hostilidad, degradación, humillación o un ambiente ofensivo en los espacios públicos (MIMP 2016: 81).

Otro campo de utilidad para este rediseño de políticas públicas respecto al análisis interseccional es el referido al feminicidio, materia que, como se comentó, a pesar de las marchas «Ni una menos» a nivel internacional, no ha mostrado una disminución de agresiones de diverso orden contra las mujeres. Esto puede implicar, de otro lado, una mayor visibilización de las cifras de agresiones contra las mujeres; sin embargo, es importante el conteo de cifras que permite el análisis interseccional, a efectos no solo de implementar los tipos legales penales contra el feminicidio, sino de reforzar las políticas públicas tendientes a la revalorización de la misma mujer.

La lista puede ser aún más extensa, pero razones de espacio nos obligan solo a sintetizar las ideas respecto a la utilidad del análisis interseccional: así tenemos el valor de las cifras que permiten estas intersecciones para implementar leyes de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, rediseñar políticas nacionales de obligatorio cumplimiento y reforzar los planes nacionales de igualdad de género (MIMP 2016: 85).

4. GÉNERO Y SEXO

El género constituye una construcción cultural, en tanto el sexo alude a las características biológicas de hombres y mujeres (MIMP 2016: 18). Esta segunda acepción no merece diferencias ostensibles que se deban remarcar, pero el concepto «género» sí, y para ello juega un rol fundamental la violencia simbólica, pues es «el eficaz mecanismo opresor mediante el cual el sistema de género es incorporado en las personas» (MIMP 2016: 18).

En relación con lo expresado, es importante anotar que el género no constituye una definición acabada. Tampoco lo es el sexo propiamente dicho, en tanto hoy es rebasado el concepto de masculino y femenino como únicos rasgos distintivos.

El género, como viene siendo construido en nuestras sociedades, traduce un nivel de violencia simbólica en tanto aquilata los modelos de dominación masculina para definir un conjunto de valores, creencias y arraigos que conciben a lo femenino como algo inferior. Esta conducta goza de un rango de afianzamiento en sociedades en las cuales los prototipos de dominio masculino son manifiestos, y los intentos de abandono de ese formato de convivencia en sociedad son castigados en distinta forma: maltrato físico o psicológico a la mujer, feminicidio, crímenes de odio, etc.

De otro lado, cuestión de relevancia es cómo viene a ser construido el concepto de género, ya que no sustentamos en estricto la existencia de nuevos géneros, sino hay necesidad de interpretar los géneros desde los estereotipos existentes (MIMP 2016: 19). Así, el sistema de género determina atributos, roles y espacios que las personas asumen según su sexo.

En cita de Ruiz que el MIMP hace suya (2016: 19), entre los atributos se entiende que lo femenino es asociado a la pasividad, la ternura, la abnegación y la renuncia, en tanto que lo masculino se vincula a la acción, la agresividad, la fuerza, la competencia y la razón.

A su turno, en cuanto a roles, y siguiendo la fuente anterior, las mujeres deben ser madres y amas de casa, y estar al servicio de las necesidades de los hombres, a quienes les deben obediencia. Los hombres, por otro lado, deben ser proveedores y ejercen la autoridad como jefes de hogar.

Por último, respecto a espacios, en ellos se expresan los roles y atributos. El espacio público es «masculino», allí se despliegan los

poderes políticos, económicos, religiosos. Estos, a su vez, otorgan mayor poder y estatus social. En el espacio privado «femenino» se realizan labores reproductivas, domésticas y de cuidado de otros (MIMP 2016: 19).

La conjugación de estos factores implica una propuesta de *statu quo* que se pretende conservar, y que la sociedad va afianzando, casi por reflejo e inercia. Es innegable que estos valores son representativos del mundo actual y son las conductas que contradicen este *modus vivendi* las que desencadenan las manifestaciones de violencia basada en género.

Estas manifestaciones de la violencia basada en género aludidas se expresan a través de diversas modalidades, tanto respecto de las mujeres como de otras minorías sexuales. En sentido enunciativo, en cuanto a la violencia de género hacia las mujeres tenemos la violencia física, la de raíz psicológica contra la mujer en relación de pareja, feminicidio, violencia sexual, violencia y derechos reproductivos, violencia en situaciones de conflicto armado, violencia en el trabajo, violencia económica o patrimonial, acoso sexual callejero, y trata de personas y violencia contra las mujeres migrantes (MIMP 2016: 25). Al mismo tiempo, esta lista no es cerrada, en la medida que la naturaleza de las relaciones de género es evolutiva y dinámica, y se producen nuevas expresiones de estas formas de agresión contra las mujeres.

En otro ámbito de análisis, la violencia por orientación sexual e identidad de género nos remite a las ya aludidas minorías sexuales, aunque ello no resulte un factor totalmente excluyente. En este grupo (MIMP 2016: 25) tenemos la violencia familiar por orientación sexual e identidad de género contra lesbianas y otros grupos, violencia de género contra la población trans, y el acoso escolar o *bullying* por orientación sexual e identidad de género.

Acotábamos que estas listas no son cerradas y, por cierto, aunque la violencia a la que aludimos es prevalentemente contra

la mujer por su sola condición de tal, creemos que esto no es un criterio cerrado. Propondríamos en ese segundo grupo, de modo tentativo, que existen también formas de coacción de un género contra otro, y un espacio al respecto es aquel en el cual la mujer puede ejercer violencia contra el hombre, a modo de coacción.

Si esta coacción ocurriera respecto del varón contra la mujer, puede tener cabida en el primer grupo que hemos señalado, aquí nos referiríamos a un tipo de violencia directa. Sin embargo, si la coacción es de la mujer contra el hombre, esta asume en propiedad una forma atípica, y ello puede deberse a información reservada, particular o íntima que la mujer guarde contra el hombre para explotarla económicamente. Sin duda, fuera de la connotación delictiva que esto representa, ya que se subsumiría en el delito de extorsión, traduce, del mismo modo, una forma de violencia atípica, en cuanto la coacción se expresaría en un fin manifiestamente económico, pero que de igual forma transmite un nivel de violencia emocional que constituye a su vez violencia basada en género.

Nos ocupamos aquí casuísticamente de un escenario; empero, las causales pueden ser variadas y muchas más en una lista difícil de cerrar. Corresponde así acotar que el escenario de agresión puede ser efectivamente amplio. Entonces podemos inferir que la violencia basada en género asume formas típicas y atípicas, definidas en esencia por la connotación de agresividad de un sexo contra otro, simplemente por el hecho de ser la víctima una persona del sexo opuesto.

5. MARCO NORMATIVO SOBRE LA VIOLENCIA BASADA EN GÉNERO

En materia normativa, los esfuerzos de los Estados han sido incesantes en los últimos lustros por establecer instrumentos de *hard law* y *soft law* para combatir la violencia basada en género.

Corresponde indagar, en nivel de prospección, cuán activos han sido los Estados al respecto, pues es evidente que si no existe un marco legislativo lo suficientemente idóneo, resultará muy compleja la tarea de reprimir las conductas lesivas de las cuestiones de género. Algo más al respecto: la ausencia de un marco normativo de represión puede constituir impunidad para los agresores y esto resulta un escenario que se debe evitar.

El marco jurídico en materia de violencia basada en género en el sistema universal de protección de derechos humanos (MIMP 2016: 51) es como se indica a continuación.

Con carácter vinculante o como instrumentos de *hard law*:

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) y su Protocolo Facultativo.
- Convención sobre los Derechos del Niño.
- Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos y Degradantes.
- La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Con carácter no vinculante o como herramientas de *soft law*:

- Declaración de la eliminación de la violencia contra la mujer.
- Resoluciones aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas.
- Resolución 1325 del Consejo de Seguridad, relativa a las mujeres, la paz y la seguridad.

- Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos «Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género».
- Informes de la Relatoría Especial sobre la violencia contra la mujer.
- Principios de Yogyakarta: principios en la aplicación de la ley de derechos humanos internacionales en relación a la orientación sexual e identidad de género.

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, disponemos de los siguientes instrumentos.

De carácter vinculante:

- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar, y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belém do Pará).
- Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

De carácter no vinculante:

- Declaraciones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos.

La distinción que hacemos entre carácter vinculante y no vinculante reside en la naturaleza de los instrumentos de *hard law* y *soft law*, respectivamente, y de ahí que anotemos ese carácter al enunciar los respectivos instrumentos. Su importancia respecto a los ordenamientos nacionales en cuanto a violencia basada en género reside en que efectivamente bajo el principio de *effet utile*, puedan coadyuvar a una mejor solución de las controversias que afectan, en materia de género, tanto a las mujeres como a las minorías sexuales.

Es relevante aquí que el sistema normativo de protección de los derechos humanos en materia de género, sea universal o regional, se traslade hacia la propia concepción del juzgador así como hacia sus propias justificaciones, que sean parte de las razones que aporte para este efecto, antes que los ciudadanos tengan que recurrir a estos sistemas de protección ante las carencias de tutela que presenten los ordenamientos nacionales.

Pongamos esto en términos efectivos reales: si el juez es conocedor profundo de las cuestiones de violencia basada en género, una discusión respecto a esta materia será solucionada en la propia vía nacional, sin la necesidad de que se recurra a la vía supranacional. *A contrario sensu*, si el juzgador no se encuentra imbuido de los principios del sistema internacional de protección de derechos humanos, ante un acto de discriminación negativa hacia una persona trans, es muy probable que haya respuesta negativa en sede nacional y que sea exigible que el sujeto afectado tenga que recurrir al sistema supranacional. En términos más sencillos, requerimos entonces que los sistemas de protección vayan al juez antes que el juez derive estos asuntos al sistema supranacional.

6. JURISPRUDENCIA SOBRE VIOLENCIA DE GÉNERO

Hemos alcanzado hasta aquí un rango de enfoques materiales, de perfil, y de contenidos hasta cierto punto abstractos, es necesario engarzar todo esto hacia un entorno más pragmático y de campo, y he aquí la utilidad de los fallos del sistema supranacional de protección de derechos humanos, aspecto que se ha logrado a través de determinados fallos que sientan estándares de justificación en materia de posiciones sobre violencia basada en género.

Insistamos aquí en un aspecto enfáticamente importante: los estándares jurisprudenciales de las Cortes supranacionales tienen efecto vinculante para los Estados nacionales. En el ámbito interamericano, ciertamente los fallos de la Corte Interamericana de

Derechos Humanos, Corte IDH, constituyen posiciones vinculantes para los Estados parte, sin que pueda alegarse un margen de apreciación respecto a lo alegado por la Corte o, en su caso, un principio de autonomía normativa del Estado nacional por encima de los tratados internacionales.

Cuanto anotamos con lo referido se expresa en el hecho de que los Estados parten de un sistema de protección de derechos humanos que han aceptado al firmar la Convención Americana de Derechos Humanos, así como se ven instados a acatar para sus ordenamientos nacionales los estándares jurisprudenciales que fija la Corte IDH en sus decisiones. De ese modo, no resulta un argumento válido que un Estado parte pueda sostener una apreciación particular contraria a aquella que expresa el Alto Tribunal.

De esa forma, argumentos como adoptar una posición propia, en contra de aquello que decide la Corte IDH o, en su caso, declarar inejecutable un fallo de la misma Corte en el ordenamiento nacional, constituyen trasgresiones a la Convención Americana de Derechos Humanos y, como tales, resultan conductas sancionables en el marco de la Carta de la Organización de Estados Americanos, en cuanto concierne a nuestro sistema regional.

Sentadas estas perspectivas, siguiendo el pauteo señalado por el MIMP (2016: 71), veamos algunos fallos emblemáticos de la Corte IDH sobre la materia discutida.

6.1. Caso Penal Miguel Castro Castro us. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de fecha 25 de noviembre de 2006

Este caso es un típico asunto cercano a la figura de violencia contra la mujer en situaciones de conflicto armado. Se trata de un suceso ocurrido en Perú después del año 1992, al disponerse sin aviso alguno el traslado de presos por terrorismo de un penal a otro. El denominado «Operativo Mudanza 1» significó, respecto a las mujeres internas, una revisión corporal vejatoria de sus derechos

como personas, pues quedaron probadas «inspecciones» vaginales dactilares realizadas por varias personas encapuchadas, una de las internas fue trasladada a un hospital, dada la magnitud de las lesiones sufridas.

La Corte IDH declaró que el Estado había violado los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial protegidos por la Convención Americana de Derechos Humanos, en forma vinculada a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

6.2. Gonzales y otras vs. México. Campo Algodonero. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de fecha 16 de noviembre de 2009

El caso Campo Algodonero, ya referido, es uno de los fallos más duros de la Corte IDH en la forma de describir las agresiones físicas sufridas por mujeres a raíz de casos de violación sexual.

El proceso se refiere a la desaparición y muerte de Claudia Ivette Gonzáles, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monarrez, jóvenes cuyos cuerpos fueron encontrados en los campos algodoneiros de Ciudad Juárez, Estado de Chihuahua, en noviembre de 2001.

La Corte IDH destaca la inacción de las autoridades frente a estos problemas de desaparición, ya que el patrón de violencia sistemática contra las mujeres se reproducía con frecuencia, y se expresaba en un número considerable de muertes de mujeres adultas y niñas, en un medio en el que confluían desigualdades sociales, narcotráfico, trata de personas, tráfico de armas y lavado de dinero, todo ello generaba un clima de violencia e inseguridad manifiestos.

La Corte IDH destacó la necesidad de que el Estado implemente programas y cursos permanentes de educación y capacitación

en derechos humanos y género, incorporando la perspectiva de género para la debida diligencia en la conducción de averiguaciones previas y procesos judiciales relacionados con la discriminación, violencia y homicidios de mujeres, dirigidos a funcionarios públicos.

6.3. Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de fecha 24 de noviembre de 2009

La Corte IDH destaca en este fallo la preocupante falta de debida diligencia en la investigación, juzgamiento y sanción de los responsables de la masacre de 251 personas del parcelamiento de las Dos Erres en Guatemala en el año 1992.

La masacre fue autoría de las Fuerzas Armadas de Guatemala y en dicho suceso las mujeres fueron objeto de especial violencia: las mujeres embarazadas fueron violadas y golpeadas hasta sufrir abortos, mujeres y niños fueron llevados con los ojos vendados hasta un pozo de agua, allí fueron maniatados, fusilados y sus cuerpos luego fueron lanzados al interior del pozo. También ocurrió que los victimarios se llevaron a dos niñas, las violaron repetidas veces y finalmente las degollaron.

La reacción del Estado frente a estos hechos fue de ausencia de diligencia, pues las investigaciones se iniciaron recién en el año 1994 y dicha inacción se manifestó en la mora judicial expresada en el uso excesivo de recursos judiciales dilatorios, así como la demora excesiva por parte de las autoridades judiciales para dar con los responsables.

La Corte destaca, conforme a fallos anteriores (MIMP 2016: 75), que la violencia de género es una violación a los derechos a la integridad personal y la protección de la dignidad de las mujeres, denomina a la violación sexual de los agentes del Estado como una forma de tortura. Acota, de igual forma, que la violencia doméstica es una violación de los derechos humanos de la mujer.

Esta lista se extiende aún más en casos de violencia contra las mujeres (MIMP 2016: 76). Por razones de espacio, hacemos un enunciado referencial: Rosendo Qantú vs. México, Espinoza Gonzales vs. Perú. Extensivamente, aunque no desarrollan en sí mismos el tema de la violencia de género, abordan en su parte considerativa dichos aspectos los casos Artavía Murillo vs. Costa Rica, y Atala Riffo vs. Chile.

¿Qué nos enseñan estos casos en general? Creemos que el legado es la importante contribución de la jurisprudencia supranacional con el objetivo de aportar estándares específicos de agresión, desde el marco de análisis de los casos en concreto que representan las decisiones de una alta Corte. Aquí corresponde que pongamos de relieve no solo la configuración jurisprudencial que le asiste a la Corte IDH dentro de sus atribuciones de valoración en los casos que examina, sino el efecto vinculante que se desprende de sus decisiones, situación que no solo exhorta a los Estados parte del sistema, sino que los insta a adaptar sus ordenamientos jurídicos internos a los efectos que se desprenden de sus fallos.

Desde esta perspectiva, a juicio nuestro contamos con una sólida herramienta para combatir la violencia basada en género, aspecto que permite a los Estados el ajuste necesario de sus políticas públicas internas y externas.

7. CONCLUSIONES

La violencia basada en género constituye una preocupación trascendente de los sistemas de protección regional de derechos humanos, y, como tal, involucra no solo la violencia propiamente dicha que sufran las mujeres, sino también otras formas de violencia que podemos denominar violencia por prejuicio, fundamentalmente dirigidas contras minorías sexuales u otros grupos.

De otro lado, los análisis interseccionales implican un conteo de cifras por cierto valioso para la construcción de políticas públicas

orientadas a luchar contra las manifestaciones de la violencia basada en género. Así, al escrutar las cuestiones que atañen a esta forma de violencia, los Estados construyen o reconstruyen aquello que deben perfilar o reajustar para que las incidencias sociales de estos problemas sean menores.

El género, a diferencia del sexo, constituye una expresión cultural y se va construyendo a partir de formatos culturales que imponen formas que las sociedades van definiendo como situaciones de *statu quo*. Estos *modus vivendi* se constituyen a su vez en formatos de dominación masculina que imponen una expresión de violencia simbólica: toda acción en contra de ese esquema de dominación se expresa a través de manifestaciones directas o indirectas de la violencia basada en género.

Por último, la Corte IDH reúne varios fallos representativos en los cuales ha abordado esta forma de violencia y en los que fija estándares de actuación de los Estados para enfrentar este tipo de violencia. Decisiones de la Corte como en los casos Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, Gonzales y otras vs. México (Campo Algodonero), y Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, fijan importantes estándares de actuación frente a situaciones de arbitrariedad de agentes estatales en contra de las mujeres, y falta de diligencia del Estado en las investigaciones sobre asesinatos de mujeres, entre otras cuestiones abordadas.

En suma, la violencia basada en género nos plantea muchos retos. Lo trabajado hasta ahora por parte de los Estados es un marco normativo que progresivamente ha sido reforzado y el ámbito jurisprudencial significa un campo de actuación que se debe ir desarrollando vía integración, en aras de una mejor protección de los derechos humanos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRÉS LAVILLA, Silvia, GASPAR CABRERO, Ana, JIMENO ARANDA, Alicia (2011). *Perspectivas psicológicas de la violencia de género*. Recuperado de <https://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/Organismos/InstitutoAragonesMujer/Documentos/perspectivas%20psicologicas.pdf>
- HERNÁNDEZ PITA, Iyamira (2014). *Violencia de género. Una mirada desde la sociología*. La Habana: Editorial Científico-Técnica.
- MEIL LANDWERLIN, Gerardo (2016). *Percepción social de la violencia de género*. Colección Contra la Violencia de Género. Documentos. Madrid: Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Centro de Publicaciones.
- MINISTERIO DE LA MUJER Y POBLACIONES VULNERABLES (MIMP) (2016). *Violencia basada en género. Marco conceptual para las políticas públicas y la acción del Estado*. Lima: MIMP.
- RICO, Nieves (1996). *Violencia de género: un problema de derechos humanos*. Serie Mujer y Desarrollo 16. Unidad Mujer y Desarrollo de la CEPAL. Recuperado de https://artecontraviolenciadegennero.org/?wpfb_dl=8

Revista Oficial del Poder Judicial

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

Vol. 9, n.º 11, enero-junio, 2019, 277-298

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.v9i11.9>

Violencia familiar, un paso al feminicidio

Family violence,
one step to femicide



JHONNY HANS CONTRERAS CUZCANO
Poder Judicial del Perú-Sala Penal Nacional
(Lima, Perú)

Contacto: jcontrerasc@pj.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0002-5066-9306>

RESUMEN

Las sociedades como la nuestra actualmente se debaten en una crisis estructural de diversa índole, que afecta gravemente la convivencia pacífica. Uno de esos factores está dado por los casos de violencia familiar, los cuales a pesar de los esfuerzos de la comunidad internacional y del propio Estado peruano se incrementan geométricamente, y lo que es peor, ello no acaba allí, sino que casi todos estos casos de violencia doméstica terminan en «feminicidio». Estos hechos que determinan un vínculo unívoco entre la violencia familiar y el feminicidio requieren, además de leyes, un tratamiento integral y multidisciplinario de protección efectiva cuando se

denuncia la violencia doméstica, como campañas y tratamiento de salud mental, así como reafirmar y potenciar a la familia en la crianza de los hijos en valores, complementándose ello con un trabajo formativo integral desde los primeros años en las escuelas públicas y privadas.

Palabras clave: violencia familiar, feminicidio, vínculo directo, medios de comunicación, salud mental.

ABSTRACT

Societies like ours are currently struggling in a structural crisis of different kinds, which seriously affects peaceful coexistence. One of these factors lies on family violence cases, which, despite the efforts of the international community and the Peruvian State itself, are increased geometrically and, what is worse, it does not end there, but almost all these cases of domestic violence end in «femicide». These facts that determine a univocal connection between family violence and femicide require, besides laws, a comprehensive and multidisciplinary treatment of effective protection when domestic violence is denounced, such as campaigns and mental health treatment, as well as reaffirming and strengthening the family in the raising of children in values, complementing it with an integral formative work since the first years in public and private schools.

Key words: family violence, femicide, direct link, mass media, mental health.

Recibido: **23/03/18** Aceptado: **25/08/18**

1. INTRODUCCIÓN

A pesar de la promulgación de la Ley n.º 30364 («Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar»), en el año 2015, que derogó la Ley n.º 26260 («Ley de protección frente a la violencia familiar»), sigue vigente una realidad inocultable que ha ido en crecimiento geométrico, a tal punto que en los Juzgados de Familia más del 70 % de la carga procesal está referida a este rubro, desnudando una realidad que se trata de ocultar, pero que últimamente ha tomado ribetes alarmantes, ya que en muchos de los casos esta violencia familiar ha culminado en la muerte de uno de ellos, en su gran mayoría el deceso es de la mujer, por lo que ya se escucha con mayor frecuencia y se nos ha hecho cotidiano el término «feminicidio», el cual viene determinado por el asesinato de mujeres por el solo hecho de serlo, lo cual aparte de causar alarma social justificada, ha creado un grave problema a los menores que quedan huérfanos. Es en este contexto que de acuerdo con su gravedad, se ha criminalizado en el artículo 108-B del Código Penal el delito de feminicidio con penas no menores de quince años a cadena perpetua, lo que nos debe llevar a reflexionar respecto a cuáles son las alternativas jurídicas y sociales por las que debemos optar para cortar el círculo de la violencia doméstica y evitar que se llegue al homicidio de una mujer por su condición de tal.

2. DEFINICIÓN DE VIOLENCIA FAMILIAR. MODALIDADES

La Ley n.º 30364 («Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar») define la violencia contra las mujeres como «cualquier acción o conducta que les causa muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico por su condición de tales, tanto en el ámbito público como privado»; y define como violencia contra los integrantes del grupo familiar «cualquier acción o conducta que le causa muerte,

daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico que se produce en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder, de parte de un integrante a otro del grupo familiar». A ello se agrega la aproximación estadística de que seis de cada diez mujeres viven una situación de violencia y que solo una de cada tres mujeres víctimas denuncia esta situación.

Las modalidades, según el texto de la Ley n.º 30364, se traducen en:

- a) Violencia física. Es la acción o conducta, que causa daño a la integridad corporal o la salud. Se incluye el maltrato por negligencia, descuido o por privación de las necesidades básicas, que hayan ocasionado daño físico o que puedan llegar a ocasionarlo, sin importar el tiempo que se requiera para su recuperación.
- b) Violencia psicológica. Es la acción o conducta, tendiente a controlar o aislar a la persona contra su voluntad, a humillarla o avergonzarla y que puede ocasionar daños psíquicos. Daño psíquico es la afectación o alteración de algunas de las funciones mentales o capacidades de la persona, producida por un hecho o un conjunto de situaciones de violencia, que determina un menoscabo temporal o permanente, reversible o irreversible del funcionamiento integral previo.
- c) Violencia sexual. Son acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona sin su consentimiento o bajo coacción, incluyen actos que no involucran penetración o contacto físico alguno. Asimismo, se consideran tales la exposición a material pornográfico y que vulneran el derecho de las personas a decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva, a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación.
- d) Violencia económica o patrimonial. Es la acción u omisión que se dirige a ocasionar un menoscabo de los recursos económicos o patrimoniales de cualquier persona, a través de:
 1. La perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes;

2. La pérdida, sustracción, destrucción, retención o apropiación indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales;
3. La limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna; así como la evasión del cumplimiento de sus obligaciones alimentarias;
4. La limitación o control de sus ingresos, así como la percepción de un salario menor por igual tarea, dentro de un mismo lugar de trabajo.

3. EL FEMINICIDIO. DEFINICIÓN Y TIPOS

La ONU establece como definición del feminicidio que este es «El asesinato de mujeres como resultado extremo de la violencia de género que ocurre tanto en el ámbito privado como en el espacio público». En el informe *La violencia contra la mujer: feminicidio en el Perú*, se señala:

El término *feminicidio* viene de *femicide*, cuya traducción es *femicidio*, que es el homólogo a homicidio de mujeres. Se ha preferido en la voz castellana denominar esta nueva categoría de estudio *feminicidio*, dentro del cual se pueden abarcar las especificaciones de esta clase de crímenes contra las mujeres. El término se acuña desde la teoría feminista por primera vez por Diana Russell y Jill Radford en su texto *Femicide. The politics of woman killing*, de 1992 (CMP Flora Tristán 2005: 14).

De acuerdo con el estudio efectuado por la organización feminista Flora Tristán y Amnistía Internacional. Sección peruana, el feminicidio no responde a una coyuntura ni a actores específicos, ocurre tanto en tiempos de paz como en tiempos de conflicto armado y las mujeres víctimas no poseen un perfil único de rango de edad ni de condición socioeconómica.

Los tipos de feminicidio señalados se enmarcan como sigue:

- a) Feminicidio íntimo. Se presenta en aquellos casos en los que la víctima tenía (o había tenido) una relación de pareja con el homicida, que no se limita a las relaciones en las que existía un vínculo matrimonial sino que se extiende a los convivientes, novios, enamorados y parejas sentimentales. En el feminicidio íntimo también se incluyen los casos de muerte de mujeres a manos de un miembro de la familia, como el padre, el padrastro, el hermano o el primo.
- b) El feminicidio no íntimo. Ocurre cuando el homicida no tenía una relación de pareja o familiar con la víctima. En esta categoría se incluye la muerte perpetrada por un cliente (tratándose de las trabajadoras sexuales), por amigos o vecinos, por desconocidos cuando se ataca sexualmente a la víctima antes de matarla así como la muerte de mujeres ocurrida en el contexto de la trata de personas.
- c) El feminicidio por conexión. Se da en aquellos casos en los que las mujeres fueron muertas en la «línea de fuego» de un hombre que pretendía matar o herir a otra mujer. Por lo general, se trata de mujeres parientes (por ejemplo hija, madre o hermana) que intentaron intervenir para evitar el homicidio o la agresión, o que simplemente se encontraban en el lugar de los hechos (Villanueva 2010: 3).

La violencia por razones de género se encuentra ampliamente desarrollada en el trabajo *Homicidio y feminicidio en el Perú*, realizado por Rocío Villanueva Flores con la colaboración de Juan Huambachano, en el cual se señala que si bien

las mujeres pueden ser víctimas de una acción violenta al igual que los hombres; sin embargo, hay un tipo de violencia que se dirige a ellas por su condición de mujeres, como consecuencia de su situación de subordinación con respecto a los hombres. Por ello se emplean los términos de violencia de género, violencia basada en el género o violencia por razones de género para poner de

manifiesto que este tipo de violencia no está constituida por hechos aislados sino que está asociada a la situación de desigualdad, de menor poder y desventaja de las mujeres respecto a los hombres. Esta situación explica que en el mundo aquellas mujeres mueran mayormente a manos de sus parejas o ex parejas, que sean las víctimas frecuentes de la violencia familiar, de la violencia sexual o de la trata de personas para fines de explotación sexual, por poner solo algunos ejemplos (2009: 15).

Según el CEPAL, el vínculo entre la violencia y la discriminación de género «es indisoluble y debe ser considerado para entender la violencia contra las mujeres (2007: 12). En el ámbito universal de protección de los derechos humanos, el artículo 1 de la «Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer», aprobada por Resolución n.º 48/104 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, señala que por violencia contra la mujer «se entiende 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 tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la privada».

Si bien en el ámbito universal de protección de los derechos humanos no hay un tratado que se ocupe específicamente de las obligaciones que tienen los Estados para combatir la violencia contra la mujer, la Recomendación General n.º 19 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (CEDAW) ha señalado que la definición de discriminación contra la mujer, contenida en el artículo 1 de la «Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer»:

incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada. Incluye actos que infligen daños o sufrimientos

de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad. La violencia contra la mujer puede contravenir disposiciones de la Convención, sin tener en cuenta si hablan expresamente de la violencia (CEDAW 1992).

Por su parte, en el ámbito regional de protección de los derechos humanos, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará, adoptada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos¹ establece en su artículo 1 que «debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que causa muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado». Es importante destacar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha señalado que no todo acto de violencia contra la mujer conlleva necesariamente una violación de la Convención de Belém do Pará, pues la violencia de género supone agresiones específicamente dirigidas a las mujeres, que las convierten en un mayor blanco de ataque por su condición de tales. Según la Corte IDH, es esencial demostrar que son actos dirigidos o planificados hacia las mujeres, que resultan agravados por su condición de tales o que las afectan de manera diferente o en mayor proporción².

1 Esta Convención fue adoptada por la Asamblea General de Estados Americanos en su vigésimo cuarto periodo ordinario de sesiones del 9 de junio de 1994, en Belém do Pará, Brasil.

2 Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 28 de enero de 2009, párrafos 279 y 280 (caso Ríos y otros vs. Venezuela) y sentencia de 28 de enero de 2008, párrafos 295 y 296 (caso Perozo y otros vs. Venezuela). Sobre violencia de género, veáse también la sentencia del 25 de noviembre de 2006, párrafos 223 y ss. (caso Miguel Castro Castro vs. Perú).

4. EL FEMINICIDIO Y SU TRATAMIENTO EN EL PERÚ

Las estadísticas en nuestro país nos dan una muestra del crecimiento alarmante de estos hechos, ya que conforme se ha recogido en la publicación especial, aparecida en el diario *La República* el 23 de octubre de 2017, en el periodo enero de 2009 a setiembre de 2017 se han registrado 1015 casos de feminicidio. Por ello, con fecha 19 de julio de 2013, mediante la Ley n.º 30068 se incorporó en el Código Penal el artículo 108-A, tipo penal de feminicidio, que supone un gran paso en la ardua tarea para enfrentar los alarmantes casos de asesinatos de mujeres en nuestro país. En dicho artículo se contempla penas no menores de quince años de privación de libertad.

El texto aprobado en el artículo 108-B del Código Penal precisa que será reprimido con pena privativa de libertad aquel que mata a una mujer por su condición de tal, en contextos como la violencia familiar, con las agravantes de minoría de edad y otros, donde la pena es no menor de veinticinco años. Se considera, además, que se impondrá cadena perpetua cuando concurren dos o más circunstancias agravantes. Asimismo, el 7 de mayo de 2015, por la Ley n.º 30323 se incluyó el presupuesto de que si tiene hijos con la víctima, se le impondrá la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela³.

3 Art. 108-B.- Feminicidio

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años el que mata a una mujer por su condición de tal, en cualquiera de los siguientes contextos:

1. Violencia familiar;
2. Coacción, hostigamiento o acoso sexual;
3. Abuso de poder, confianza o de cualquiera otra posición o relación que le confiera autoridad al agente;
4. Cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente.

La pena privativa de libertad será no menor de veinticinco años, cuando concorra cualquiera de las siguientes circunstancias agravantes:

1. Si la víctima era menor de edad;
2. Si la víctima se encontraba en estado de gestación;

La Corte Suprema ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto en el Recurso de nulidad n.º 2585-2013-Junín, donde ha señalado:

El delito de feminicidio es definido como el crimen contra la mujer por razones de su género. Es un acto que no responde a una coyuntura específica, pues se desarrolla tanto en tiempo de paz como en tiempo de conflicto armado y las mujeres víctimas no poseen un perfil de rango de edad ni de condición socioeconómica. Los autores de estos crímenes tampoco tienen cualidades específicas, pues pueden ser personas con quien la víctima mantiene vínculo afectivo, amical o social, como por ejemplo familiares, parejas, enamorados, novios, convivientes, cónyuges, ex convivientes, ex cónyuges, o amigos. [...] se evidencia que la categoría jurídica de feminicidio abarca muchos supuestos, al punto que se habla de tipos o clases de feminicidio. Así tenemos el íntimo, que se produce cuando la víctima tenía o tiene una relación [...] con el homicida. El feminicidio no íntimo se da cuando la víctima no tiene o no tenía algún tipo de relación de pareja o familiar con el agresor; y el feminicidio por conexión cuando la mujer muere en la línea de fuego de un hombre que pretendía dar muerte o lesionar a otra mujer [...] (Poder Judicial 2014).

Se puede apreciar de la estadística publicada por el Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público respecto al feminicidio

-
3. Si la víctima se encontraba bajo el cuidado o responsabilidad del agente;
 4. Si la víctima fue sometida previamente a violación sexual o actos de mutilación;
 5. Si al momento de cometer el delito, la víctima padeciera de cualquier tipo de discapacidad;
 6. Si la víctima fue sometida para fines de trata de personas;
 7. Cuando hubiera concurrido cualquiera de las agravantes establecidas en el artículo 108.

La pena será de cadena perpetua cuando concurren dos o más circunstancias agravantes.

En caso de que el agente tenga hijos con la víctima, además será reprimido con la pena de inhabilitación prevista en el inciso 5 del artículo 36 del Código Penal.

2009-2015, que se produjeron 795 muertes de mujeres, dentro del contexto íntimo 712 y dentro del contexto no íntimo 83. Existe mayor incidencia de violencia en mujeres en edad reproductiva, se determinó que un 56.8 % de víctimas fluctúa entre 18 y 34 años de edad. También respecto a la forma de muerte en el contexto íntimo encontramos que el 31.6 % fue acuchillada, el 25.3 % baleada, el 22.8 % asfixiada, el 12.7 % golpeada, el 6.3 % envenenada y el 1.3 % desbarrancada, y en el contexto no íntimo el 70 % fue asfixiada o estrangulada, el 20% acuchillada y el 10% golpeada. A ello deben sumarse los casos de tentativa de feminicidio, de los cuales, en el mismo periodo, se produjeron 299 casos, prevalece la agresión: 43.6 % acuchillada, 30.5 % golpeada, 13 % baleada, 4.3 % quemada, 4.3 % desbarrancada, y un 4.3 % intento de asfixia.

Otro dato interesante es el motivo en estos casos de feminicidio, se encontró que en el contexto íntimo (pareja o expareja) el 57.6 % fue por celos; el 13.6 % por resistirse a continuar con la relación; el 4.5 % por no estar de acuerdo con el embarazo de su pareja; el 4.5 % por una supuesta infidelidad de la víctima; el 1.5 % para silenciar la relación extramatrimonial; el 1.5 % por conflicto de pensión de alimentos y el 15.8 % otros. En el ámbito no íntimo (amigo, vecino, cliente, persona que conoció en una fiesta), se verifica un 20 % de violación sexual seguida de muerte; 10 % negarse a tener relaciones sexuales con el presunto victimario; evitar pagar los servicios de la trabajadora sexual; 10 % se burló de su virilidad cuando mantenían relaciones sexuales y un 50 % sin información.

También debe considerarse lo siguiente:

los autores de los crímenes tampoco responden a una especificidad, ya que estos pueden ser realizados por personas con quienes la víctima mantiene un vínculo afectivo, amical o social, como por ejemplo familiares, parejas, enamorados, novios, convivientes, cónyuges, exconvivientes, excónyuges o amigos. También es realizado por personas conocidas, como vecinos, compañeros de

trabajo y de estudio; de igual forma por desconocidos y puede ser perpetrado de manera individual o colectiva, e incluso por mafias organizadas.

Sin embargo, estos crímenes sí responden a un clima social y cultural específico, donde aún prevalece el machismo, entendido como el comportamiento colectivo sostenido en un sistema social organizado de manera desigual y donde el poder es ejercido por el hombre. Esta es la razón por la cual se normaliza y tolera la violencia contra la mujer. Ello nos sitúa en un panorama social descompuesto y de severas perturbaciones sociales, pues las mujeres no están siendo asumidas como semejantes ni como personas sujetas a derecho y libertades en igualdad de condiciones. Los feminicidios responden a racionalidades colectivas en donde el rol de la mujer en la sociedad continúa siendo adscrito al ámbito doméstico, lo femenino ha sido devaluado y la sexualidad de la mujer es espacio de dominio y lugar de ejercicios del poder masculino (CMP Flora Tristán 2005: 14-15).

En el año 2016 se reportaron 124 feminicidios y 258 tentativas, mientras que entre enero y agosto de 2017 han ocurrido 82 asesinatos de mujeres y 156 tentativas de feminicidio de acuerdo con los casos registrados por el citado observatorio de criminalidad. Todo esto nos lleva a exigir de nuestras autoridades, de todos los niveles y profesiones, políticas públicas destinadas a prevenir estos execrables hechos.

5. MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y FEMINICIDIO

A diario los periódicos, la radio, la televisión y, por supuesto, el ciberespacio informan del asesinato de una mujer a manos de su cónyuge, excónyuge, enamorado, padrastro, novio, etc.; resulta casi cotidiano leer o escuchar que se transmiten mensajes que impactan en la percepción de la ciudadanía, pero que tergiversan el trasfondo del hecho, al proferir epítetos del morbo que afectan la condición de la víctima, como por ejemplo «Policía mató por celos a su

esposa, luego se suicidó», motivo: los celos, no se hace mención a la violencia; «Joven mata a su amor platónico de 12 puñaladas y se suicida», presenta el hecho con un enfoque romántico, no ve el trasfondo de la violencia; «Vendedor de churros estrangula a esposa por tramposa», al señalar esta actitud como el móvil, se envía un mensaje de disciplinamiento; «Borracho mata jerma», se habla de manera despectiva y se pone al licor como una justificación; «Estrangulan lolita en noche de amor», referir a una mujer que se prostituye hace que se desmerezca la muerte y la violencia ejercida; «Violan y matan a cuarentona», alusión despectiva sobre la edad de las mujeres; «Bestia mató jerma porque bailaba con otro», de manera indirecta se culpa a la mujer por su muerte.

6. VÍNCULO DIRECTO ENTRE VIOLENCIA FAMILIAR Y FEMINICIDIO

Si bien con la dación de esta ley que criminaliza el feminicidio en la norma penal se ha dado un gran paso, debemos señalar que lo que se ha superado es el resultado de este fenómeno, mas no la causa, ya que dentro de ello tenemos que el antecedente más próximo con el cual el feminicidio tiene una relación inescindible es la violencia familiar, fenómeno que ha alcanzado cifras altísimas con tendencia al crecimiento, por razones de índole cultural, social, económico y de crianza en el hogar.

De las cifras señaladas de los casos de feminicidio, un gran porcentaje de las víctimas había presentado una denuncia ante la Policía o el Ministerio Público por violencia familiar (física, psicológica o sexual) contra el presunto victimario, en algunos casos el Ministerio Público formalizó la demanda ante el Poder Judicial, otros se encontraban en investigación y algunos fueron archivados; mientras que en un cincuenta por ciento se dictaron medidas de protección. Todo ello demuestra que la muerte de las mujeres por su pareja no ocurre de una manera imprevista, sino que tiene como

germen los casos de violencia doméstica que se van acrecentando con el tiempo, razón suficiente para buscar mecanismos eficaces para identificar los casos más graves en los que se presume una violencia extrema que pueda llegar a causar la muerte de la víctima. Por ejemplo, se pueden potenciar los programas de asistencia a las víctimas con un equipo multidisciplinario que efectúe el seguimiento de los casos graves, y que les sumistre alternativas que impidan su consumación.

La directora del Movimiento Manuela Ramos, Jenny Dador⁴, destaca que la tipificación del delito de feminicidio con una sanción mínima de quince años en el Código Penal es una modificación a la normativa vigente ampliamente esperada. Sin embargo, acota, de ninguna manera es suficiente para enfrentar el alarmante problema, pues el Estado tiene el compromiso de destinar mayor presupuesto para mejorar el servicio de atención a las víctimas, así como procurar que exista defensa judicial para las mujeres, no solamente para los asesinos o los violadores, sino también para las víctimas. Recalca que urge, además, que el sistema de justicia funcione, ya que casi un 20 % de las mujeres que han sido asesinadas había, previamente, puesto una denuncia por violencia familiar. «Es como si ellas hubieran sabido de antemano lo que podía pasar y el Estado se resigna a que las maten, entonces, todos los días vemos que una mujer, niña o adolescente muere asesinada, por eso creo que eso tiene que parar y trabajar también en el cambio de mentalidades», subraya.

En ese sentido, insiste en que teniendo en cuenta que es la comisaría el primer lugar al que acude una mujer víctima de violencia (un 26 % así lo hace, mientras que el 74 % ni siquiera se atreve a denunciar), es necesario que se trabaje con los efectivos policiales desde las escuelas, para evitar que estos traten a las

4 Publicación especial, entrevista a la directora del Movimiento Manuela Ramos Jenny Dador, publicada en el diario *La Primera* (4 de diciembre de 2011).

víctimas como sus propios agresores. «Lo importante es trabajar desde que estos muchachos y muchachas están en las escuelas de formación, también hay que revertir toda la discriminación que hay dentro de estos centros donde existe el acoso sexual y el machismo, pues luego ellos tienen que atender a las víctimas y la mayoría de veces lo hacen como los agresores», precisa.

7. UN PROBLEMA DE SALUD MENTAL

Es necesario tener en cuenta que conforme a las motivaciones que señalan los feminicidas para cometer estos hechos, como celos enfermizos, obsesión, cosificación de la mujer, rasgos patológicos en la personalidad, etc., se denota una alarmante deficiencia en cuanto al problema y tratamiento de la salud mental. Ello se observa nítidamente en los casos de violencia familiar. Para solucionarlos, primero se debe atender la clamorosa falta de profesionales (psicólogos y psiquiatras), pues estos son imprescindibles en las instituciones que brindan atención a las víctimas. Abordar así el problema permitirá que los casos que lleguen a conocimiento de las autoridades competentes tengan la posibilidad de encontrar mecanismos que alivien los factores de violencia y se eviten más muertes. De otro lado, se deben masificar las campañas y los tratamientos efectivos preventivos en todos los casos en los cuales se inicia el germen de la violencia doméstica. Es el Estado, a través de todas sus instituciones, quien debe potenciar sus programas de protección, tratamiento y terapias necesarias para estos casos.

8. CONCLUSIONES

1. La violencia familiar y sexual es el germen de hechos que pueden terminar en feminicidio.
2. Se deben potenciar las directivas que regulan la intervención de la Policía, el Ministerio Público y el Poder Judicial a fin de realizar un seguimiento especial a los casos graves de violencia familiar.

3. Las medidas de protección que dictan los jueces en casos de violencia familiar deben merecer especial atención por la Policía Nacional en su ejecución.
4. Las Unidades de Asistencia a Víctimas y Testigos de Violencia Familiar deben ampliarse a fin de que se tenga un registro de seguimiento de los casos graves que impliquen un posible feminicidio.
5. Se debe difundir la sanción que implica cometer feminicidio como un mecanismo de control general.
6. Se debe considerar este problema como uno de «salud mental», por lo que es necesario que se aprueben directivas que dispongan que los denunciados por violencia familiar en todos los casos sean evaluados por el psicólogo para determinar el grado de afectación y brindarle el tratamiento adecuado.
7. Falta implementar el Plan Nacional contra la Violencia hacia la Mujer, que incluya albergues y casas de refugio.
8. La violencia sexual en el Perú es la forma de violencia menos denunciada, por los obstáculos que encuentran las víctimas, debido a la falta de sensibilidad de los operadores de justicia.
9. Debe reafirmarse y potenciarse la familia y el ejercicio de la patria potestad de los padres respecto de sus hijos con el objetivo de educarlos en valores y corregirlos adecuadamente cuando corresponda.

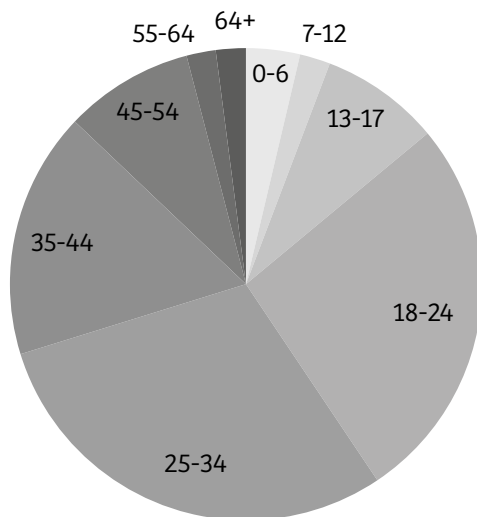
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACOSTA VARGAS, Gladys (1995). «Evolución de los derechos humanos, en la institución policial y los derechos humanos de las mujeres». *Memorias del Seminario Latinoamericano*. Quito: UNIFEM/UNICEF/Novi Mundi/Red Latinoamericana y del Caribe contra la Violencia Doméstica y Sexual.
- COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS (CAJ) (2000). *Protección de los derechos humanos de la mujer. Estándares internacionales*. Lima: CAJ.
- CANTRELL, Leslie (2001). *La mujer golpeada. En la dimensión afectiva de las mujeres afectadas por la violencia familiar*. Lima: Ministerio de Salud/Organización Panamericana de la Salud.
- COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (CEDAW) (1992). *Recomendación General n.º 19. La violencia contra la mujer*. Recuperado de http://archive.ipu.org/splz-e/cuenca10/cedaw_19.pdf
- CENTRO DE LA MUJER PERUANA FLORA TRISTÁN Y AMNISTÍA INTERNACIONAL. SECCIÓN PERUANA (2005). *La violencia contra la mujer: feminicidio en el Perú*. Recuperado de <http://www.flora.org.pe/pdfs/Feminicidio.pdf>
- CENTRO DE LA MUJER PERUANA FLORA TRISTÁN, MINISTERIO DE SALUD, OPS, OMS, COOPERACIÓN HOLANDESA OPS, OMS (1999). *Violencia familiar: enfoque desde la salud pública*. Lima: Flora Tristán. Centro Flora Tristán.
- COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL) (2007). *¡Ni una más! El derecho a vivir una vida libre de violencia en América Latina y el Caribe*. Santiago: CEPAL.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA (2015). *Ley n.º 30364. Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar*. Lima: 6 de noviembre de 2015.

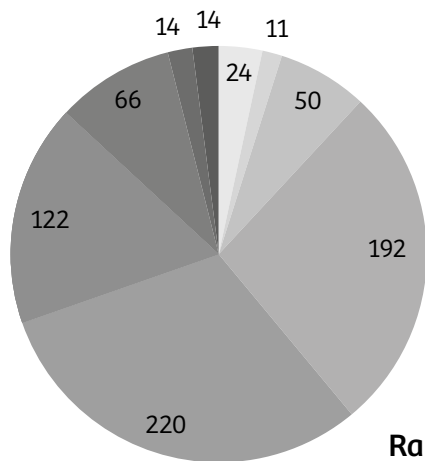
- LA PRIMERA (4 de diciembre de 2011). «Asesinadas solo por ser mujeres». *La Primera*, 19-20.
- LOLI, Silvia (2003). «Políticas públicas y políticas sociales sobre la no violencia contra la mujer». *Democracia y Derechos Humanos. Revista de la Comisión de Derechos Humanos*, edición especial, 18-22.
- NOVAK, Fabián y NAMIHAS, Sandra (2004). *Derecho internacional de los derechos humanos. Manual para magistrados y auxiliares de justicia*. Lima: Academia de la Magistratura.
- PODER JUDICIAL (2014). *Recurso de nulidad n.º 2585-2013-Junín*. Lima: 3 de abril de 2014.
- ROJAS ORTIZ, Grecia (2003). «Función del Estado frente a la violencia sexual». *Democracia y Derechos Humanos. Revista de la Comisión de Derechos Humanos*, edición especial, 14-17.
- VILLANUEVA FLORES, Rocío (2009). *Homicidio y feminicidio en el Perú. Setiembre 2008-junio 2009*. Lima: Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público.
- ____ (2010). *El registro de feminicidio del Ministerio Público. Enero-diciembre 2009*. Lima: Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público.

ANEXO: ÍNDICES ESTADÍSTICOS*

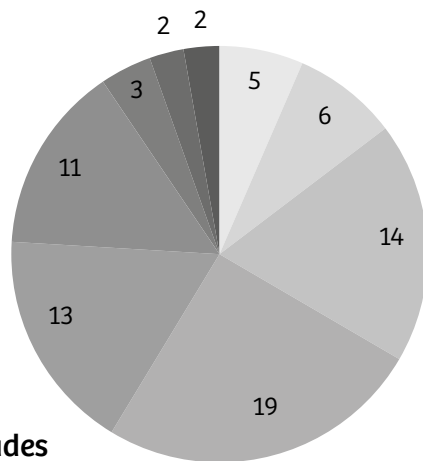
Rango de las edades de las víctimas de feminicidio en el Perú



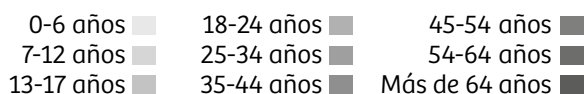
FEMINICIDIO (ÍNTIMO)



FEMINICIDIO (NO ÍNTIMO)

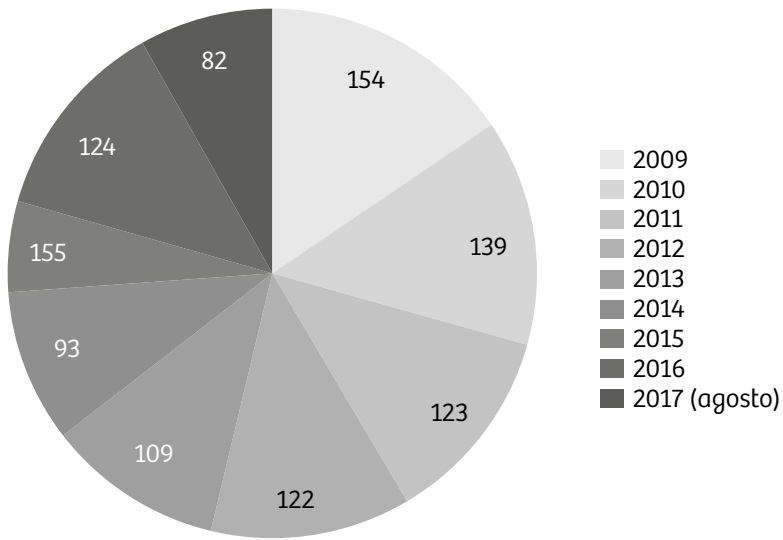


Rango de edades

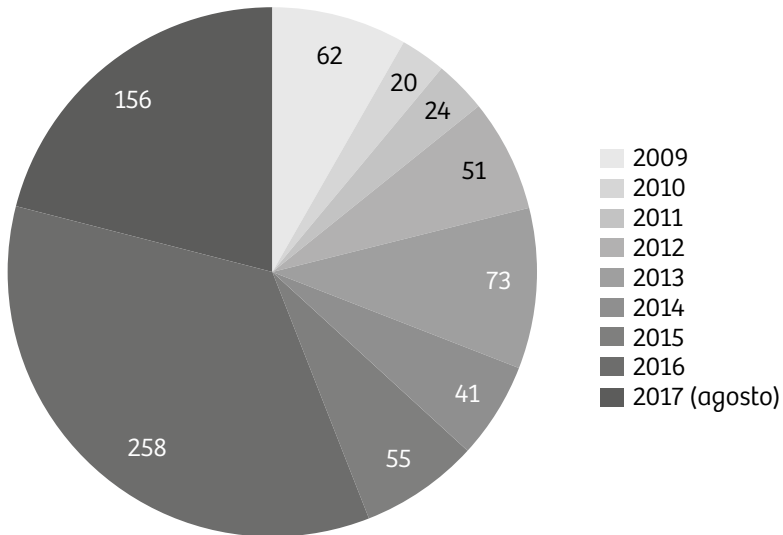


* Data tomada del Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público.

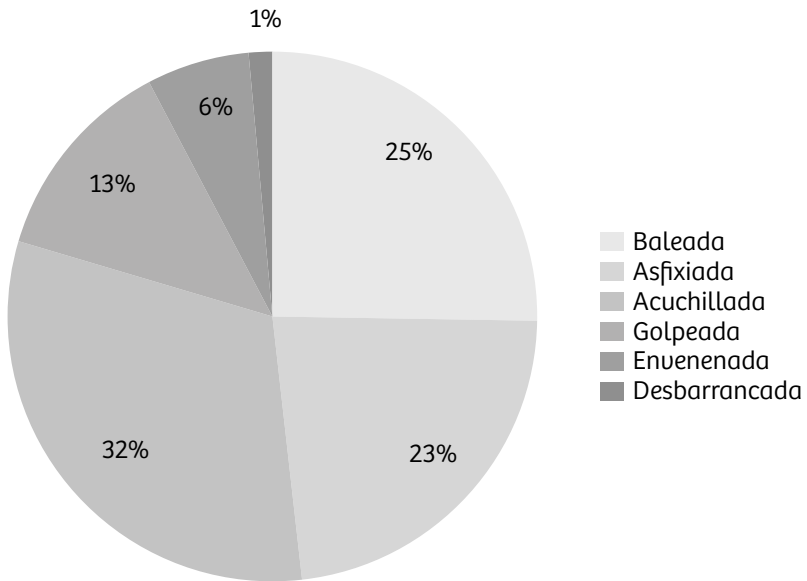
Femicidios por años



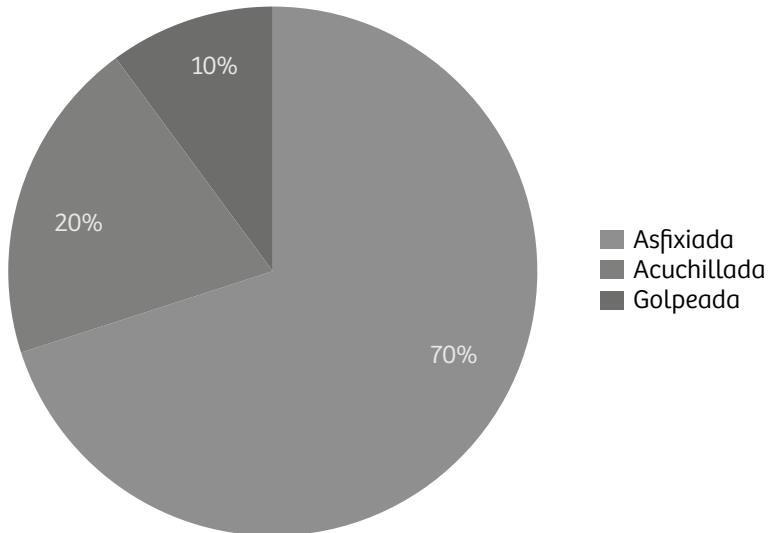
Tentativas de femicidio



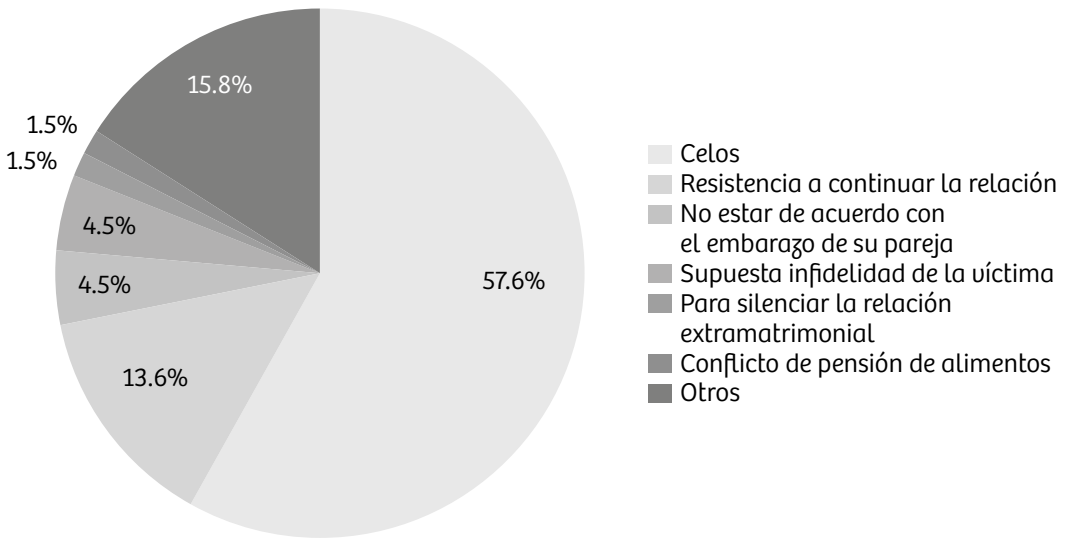
Forma de muerte - Íntimo



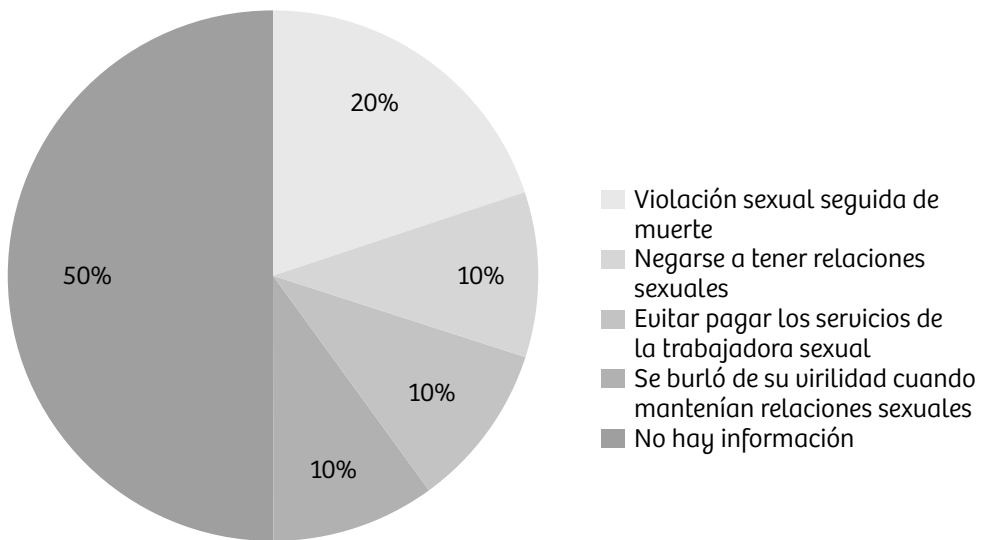
Forma de muerte - No íntimo



Motivo (pareja o expareja)



Motivo (amigo, vecino, cliente, etc.)



Revista Oficial del Poder Judicial

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

Vol. 9, n.º 11, enero-junio, 2019, 299-324

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.u9i11.10>

El bien común en la Constitución Política del Perú de 1993

The Common Good in the Political
Constitution of Peru of 1993



ANTONIO PÁUCAR LINO

Corte Superior de Justicia de Pasco

(Cerro de Pasco, Perú)

Contacto: apaucarl@pj.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0001-7829-8984>

RESUMEN

El bien común como fortaleza espiritual, moral y corporal del ser humano se introduce en la definición y ejercicio de la propiedad constitucional, que cumple un rol de garantía de inversión y seguridad jurídica en el país. Por ello, en este artículo explicaremos la importante función que cumple en la sociedad.

Palabras clave: bien común, propiedad, interés social, función social, régimen económico.

ABSTRACT

The common good as a spiritual, moral and corporal strength of the human being is introduced in the definition and exercise of constitutional property, which fulfills a role of guarantee of investment and legal security in the country. Therefore, we will explain in this article the important role it plays in society.

Key words: Common good, property, social interest, social function, economic system.

Recibido: 25/05/18 Aceptado: 15/09/18

1. INTRODUCCIÓN

El bien común se sustenta en principios y elementos básicos que le dan satisfacción al ser humano en su fortaleza espiritual, moral y corporal, para así lograr la paz y la convivencia social.

Este concepto es introducido por primera vez en la Constitución Política del Perú de 1993 cuyo artículo 70 dispone el ejercicio de la propiedad en armonía con el bien común, dejando atrás su ejercicio en armonía con el interés social consagrado en la Constitución de 1979, que ponía en peligro la inversión privada. El bien común tiene como antecedentes de definición un tanto elaborados los últimos concilios papales de la Iglesia católica y un sustento de fundamentación en los derechos humanos. Se incide en el estudio del bien común introducido en la institución jurídica de la propiedad porque en estos tiempos la propiedad cobra mayor importancia al ser una garantía de inversión y seguridad jurídica para el país ante el ejercicio de la libertad económica, cuyo desarrollo se orienta a lograr el bien común.

En su jurisprudencia, el Tribunal Constitucional, supremo intérprete y de control normativo, reconoce en el propietario la función social que le es consustancial en la búsqueda del bien común.

2. EL BIEN COMÚN

2.1. Definiciones

El bien común, de acuerdo con su consolidación definitoria en el decurso histórico, se contextualiza en la aspiración de las sociedades y como obligación de los Estados modernos para garantizar su vigencia actual según nuestra realidad en la búsqueda de la convivencia pacífica y el desarrollo de los pueblos. Las definiciones del bien común son numerosas, por ello en esta investigación comentaremos algunas que sustentan su institucionalidad:

- Es un bien auténtico de la comunidad, que busca satisfacer las necesidades de la humanidad en los aspectos espiritual, moral y físico. Garantiza su paz, su cultura y todo aquello que lo requiera en su vivencia cotidiana. Asimismo, se denomina común porque trasciende a la sociedad en general.
- Al ser de todos, el bien común promueve el beneficio general y no a favor de un grupo o clase alguna. Ello lo diferencia del denominado interés social, que más adelante analizaremos.
- Es una realidad tangible. El Estado asume directamente su deber de planificar y coordinar la cooperación social para satisfacer todas las necesidades urgentes de sus integrantes. Realiza ello mediante la elaboración de una amplia gama de políticas públicas que lleguen a garantizar el ejercicio de derechos humanos, como la vida, la salud y la ayuda que se necesitan para vivir dignamente. Las organizaciones públicas consolidadas en armonía harán que los miembros de la comunidad se orienten hacia su desarrollo y se genere el mayor bien deseado.
- El bien común como elemento necesario de toda comunidad busca que la sana convivencia social se exprese en una cultura que trascienda en su devenir histórico y su desarrollo. La cultura como conjunto de significados y valores democráticos le dará sentido de existencia y destino a la comunidad. Los miembros de

la sociedad tomarán conciencia de ser los artífices y promotores de los valores culturales¹ de su comunidad para mantenerse.

- El bien común se practica cuando se hace efectiva la defensa de los derechos fundamentales en un Estado constitucional de derecho. La democracia participativa perfecciona la existencia y el desarrollo de la comunidad. La justicia social² se alcanza mediante la participación de todos en la construcción, empoderamiento y disfrute del bien común.
- El bien común no es una simple suma de bienes particulares, como tampoco la sociedad es la sola adición de sus miembros. Comprende mucho más, es la suma del civismo de la persona, la fortaleza espiritual del hombre en relación con los bienes públicos o privados, la valoración que se hace de los bienes para darle significado al bien común.

De otro lado, existen principios éticos que se encuentran implícitos en el bien común, que fortalecen su definición, mencionamos algunos:

- El bien particular y el bien común se conjugan, principio antropológico que analiza el ser del hombre como individuo y

1 Los valores culturales los conforman las creencias, actividades y relaciones que hacen posible que los miembros de la sociedad se expresen y se relacionen. Si bien es cierto que los valores culturales se refieren a las tradiciones, lenguajes, arte, gastronomía, valores, ritos etc., se puede inferir que estas, entre otras manifestaciones, forman parte de la categoría del valor cultural si son aceptados y adoptados por una cultura, grupo o sociedad.

2 «La justicia social consiste en un conjunto de políticas que tienen la misión de resolver situaciones en las que se plantea desigualdad y exclusión entre el colectivo social de un lugar determinado. La misión es que a través de las mismas el Estado se haga presente presentando servicios que les ayuden a estas personas a superar o salir de una situación de vulnerabilidad social. Cada nación dispone de herramientas estadísticas que le permiten conocer las zonas sensibles y afectadas por la falta de justicia social, entonces, hacia allí deberán destinarse los mencionados esfuerzos de asistencia para solucionar efectivamente la problemática» (Ucha 2010).

como ser social (persona). En sentido religioso, Juan Pablo II señaló en su discurso a la Unión de Juristas Católicos Italianos, el 7 de diciembre de 1979: «La persona se ordena al bien común porque la sociedad a su vez está ordenada a la persona y a su bien, estando ambas subordinadas al bien supremo, que es Dios».

- Limitaciones del derecho ciudadano ante la exigencia del bien común. En ocasiones queda justificado por el bien común que el bien particular se someta a las exigencias de la colectividad. Pío XI al respecto recalcó, dejando a salvo los derechos primarios y fundamentales, que la propiedad algunas veces tendrá restricciones por el bien común. De tal manera que el propietario en algún momento sea recompensado.
- Gradualidad en el goce del bien común, privilegiando en grado distinto. Por ejemplo, beneficiar de modo prioritario a los más débiles y necesitados.
- El bien común es para todos y no solo se trata de bienes económicos, es también riqueza espiritual y las necesidades familiares. Se distingue las necesidades urgentes para subsistir, como la morada, y los más importantes, como la educación y los valores democráticos.
- Valores que forman parte del bien común como la defensa de la soberanía, el uso de la lengua, la justicia, los servicios públicos, la defensa del medio ambiente, etc.
- El bien común respeta la ley natural porque está unido a la naturaleza humana, acata la tolerancia con sus límites. De ahí que algunos bienes anteriores pueden ser postergados ante un bien mayor.
- El bien común tolera el bien posible, porque un gobernante no puede hacer lo mejor, sino lo que fuera posible. Este mensaje se relaciona con lo dicho por Pío XII: «Un político cristiano no puede —hoy menos que nunca— aumentar las tensiones sociales

internas, dramatizándolas, descuidando lo positivo y dejando perderse la recta visión de lo racionalmente posible».

El bien común, asimismo, cuenta con elementos que le son constitutivos o básicos para su mejor entendimiento y aplicación en la vida diaria por los ciudadanos y autoridades, que sintetizamos:

- Un conjunto de bienes y servicios de toda clase. Con esto nos referimos a los bienes y servicios materiales, culturales y morales, que deben darse en la proporción exigida en el tiempo y lugar. Los materiales deben estar subordinados a los culturales y unos y otros a los morales.
- Una justa distribución de los bienes, los cuales deben estar al alcance de los miembros de la sociedad para el necesario aprovechamiento y su pleno desarrollo, según su vocación, talentos y prestación. La propiedad debe cumplir su función social y los bienes excedentes deben destinarse a favor de los demás.
- Debe permitir unas condiciones sociales externas para el desarrollo de las personas, al ejercer sus derechos y cumplir sus deberes. Ello dará lugar a la implantación y mantenimiento del orden público, el ejercicio de las libertades ciudadanas y la paz social.

3. LA PROPIEDAD EN EL RÉGIMEN ECONÓMICO CONSTITUCIONAL

3.1. Interés social y bien común en la propiedad

La propiedad es regulada en las constituciones sobre sus grandes principios, no le corresponde establecer las normas detalladas de su contenido y ejercicio, que desde su origen fue puramente civil.

El artículo 70 de la Constitución Política del Perú de 1993 trata de la propiedad como un derecho privado que pertenece a una persona

de derecho privado o a personas de derecho público, que detenta, sin embargo, su propiedad como de derecho privado.

La propiedad es entendida en el derecho contemporáneo como el poder de usar, disfrutar, disponer y reivindicar el objeto materia del derecho.

La Constitución de 1979 establecía en su artículo 124: «La propiedad obliga a usar los bienes en armonía con el interés social. El Estado promueve el acceso a la propiedad en todas sus modalidades. La ley señala las formas, obligaciones, limitaciones y garantías del derecho de propiedad». El artículo 125 señalaba: «La propiedad es inviolable. El Estado la garantiza. A nadie puede privarse de la suya sino por causa de necesidad y utilidad públicas o de interés social, declarada conforme a ley, y previo el pago en dinero de una indemnización [...]». Esta carta política consagró la obligación de ejercer la propiedad en armonía con el interés social en coherencia con la Convención Americana sobre Derechos Humanos³, cuyo artículo 21 señala: «1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley».

La Constitución de 1993, en su artículo 70, ha regulado diferente: «El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. [...]».

3 Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamada también Pacto de San José. Adoptado durante la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, realizada en San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969. Incorporación a la legislación peruana: el Perú la suscribió el 27 de julio de 1977. Se aprobó por Decreto Ley n.º 22231 del 11 de julio de 1978 y se encuentra en vigencia para el Perú a partir del 28 de julio de 1978.

En opinión de Marcial Rubio son «conceptos de contenido ideológico distinto: El bien común puede ser interpretado como la suma de los intereses individuales en un concepto esencialmente liberal. El interés social tiene siempre un contenido adicional de solidaridad que ha sido sistemáticamente eliminado del texto de 1993». Además, recalca que «el bien común y el interés social son dos conceptos flexibles, standard, que pueden recibir contenido diverso según las ideas del gobierno que en cada caso ejerza el poder. Lo importante es que la propiedad no es un valor absoluto (ni puede serlo): está subordinado al bien común de toda la sociedad» (1999: 365).

El artículo 70 de la Constitución nos muestra un nuevo escenario donde la propiedad privada está siendo protegida al máximo, únicamente limitada por razones extraordinarias (bien común) y sustraída por causas aún más extraordinarias (necesidad pública y seguridad nacional). La sustracción del concepto de interés social como justificación para limitar el derecho y para la expropiación no fue cuestión de estilo en la Constitución. Según las actas de debate de la comisión que elaboró el proyecto que dio lugar a la Constitución de 1993, los congresistas eliminaron el concepto de interés social porque con él se ponía en peligro la inversión privada necesaria para el modelo económico que se estaba aprobando (Congreso Constituyente Democrático 2001: 1951-1963).

El interés social había facilitado expropiar por cualquier causa y a favor de cualquier grupo social, lo que generó abuso y desincentivo para los propietarios. Antes de 1994 se expropió muchas veces para fines de titulación y a favor de invasores privados, se invocaba el interés social del artículo 125 de la Constitución de 1979 (Mejorada 2009: 76). Los ejemplos claros fueron la Reforma Agraria de los años sesenta, la intervención del sistema financiero y de seguros en los ochenta, las leyes de alquileres o imponer tarifas en el transporte

público. Es decir, aquello que beneficiaba a un determinado sector social y no una herramienta de inversión y promoción del esfuerzo privado. Se evidenciaba así una clara inseguridad para los propietarios e inversionistas en el Perú⁴.

Avendaño Valdez señala: «El concepto de interés social para regular el ejercicio del derecho de propiedad está en la Constitución de otros países. A diferencia de ello, en ninguna Constitución hemos encontrado la referencia al bien común» (2005: 944).

Es obvio, como referimos anteriormente, que las constituciones de otros países de Latinoamérica consagran el interés social del ejercicio de la propiedad, porque la mayoría están suscritas a la Convención Americana de Derechos Humanos, que regula la propiedad en función del interés social. Mientras que el bien común de aporte de la doctrina de la Iglesia católica y de los derechos humanos, que investigamos desde un inicio, consagra nuestra Constitución de 1993 aunque solo expresamente en el tema de la propiedad (artículo).

El ejercicio de la propiedad y el bien común del Código Civil es interpretado según la Constitución de 1993 por ser preconstitucional (1984), al respecto el artículo 923 indica lo siguiente: «La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y

4 Ilustramos un caso patético que sucedió en el Perú según comentario de Alfredo Bullard: «Una empresa quería hacer una inversión inmobiliaria importante. Tenía que escoger dónde hacer esta inversión entre varios países de Latinoamérica, reduciendo sus opciones finalmente a Chile, Argentina y Perú. Los abogados peruanos trataron de explicarle qué quiere decir el artículo 923 del Código Civil. Según este artículo la propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien, poder que debe ejercerse en armonía con el interés social. Cuando el inversionista pidió que le explicaran qué cosa quiere decir el “interés social”, la explicación no era muy clara y la interpretación en la jurisprudencia nacional sobre cuáles eran los alcances de dicho término era virtualmente inexistente. No se le podía explicar a qué límites quedaba sujeto el ejercicio de su propiedad. El resultado es que invirtió en Chile» (2003: 121).

reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley»⁵. Como se advierte, la propiedad es un poder jurídico cuyos atributos no son los definitivos en las facultades del poder jurídico, en razón de que en el ámbito privado rige el principio constitucional «nadie está impedido de hacer lo que la ley no prohíbe». Esto da lugar a que el propietario de un bien puede hacer respecto de él no solo lo que la norma señala, sino todo lo que se le venga en gana, siempre que no sea contrario a una norma legal imperativa. Además, la norma constitucional le facilita aquello al regular: «No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley» (artículo 2, inciso 24, literal b). Obviamente, el ejercicio de la propiedad es parte de la libertad personal. En efecto, los atributos de la propiedad se extienden a todo actuar lícito sobre el bien y no solo a lo señalado

5 Rubio Correa define estos atributos seguidamente: «El **usar** consiste en servirse del bien: si es un cuaderno, escribir sobre él; si es una casa, habitarla y así sucesivamente. El **disfrutar** consiste en percibir los frutos y productos que ofrece la cosa. Los frutos son los provechos renovables del bien sin que disminuya ni se altere su sustancia (artículo 890 del Código Civil). Se subdividen en frutos naturales (las frutas, por ejemplo) y civiles (los alquileres que da una casa). Los productos son los provechos no renovables que se extraen de un bien (artículo 894 del Código Civil). Tales, por ejemplo, la transformación de la cebada en cerveza, o de la harina en pan. La regulación de los frutos y productos en el Derecho peruano, se halla entre los artículos 890 y 895 del Código Civil. El **disponer** consiste en entregar todo o parte de los derechos correspondientes a la propiedad a un tercero para que se sirva del bien. Cuando presto una casa estoy disponiendo de ella. Cuando la vendo o la regalo también. No importa el tipo de acto de disposición sino el hecho del traslado total o parcial, temporal o permanente, de los atributos de la propiedad (todos o algunos de ellos). El **reivindicar** es el recuperar el bien objeto de la propiedad de quien lo posee sin derecho a ello. Es lo que se llama el *derecho de persecución* por excelencia del bien: el propietario encuentra el bien de su propiedad y puede dirigir la acción reivindicatoria de carácter imprescriptible contra quien lo tenga, para que se lo devuelva. Desde luego, si la persona lo tiene legítimamente, entonces no podrá solicitarse la reivindicación hasta que se cumplan los plazos o las condiciones que daban el bien a quien no era el propietario (por ejemplo, la expiración de un contrato de alquiler)» (1999: 371-372).

en la norma. Por ejemplo, el propietario ejerce el poder jurídico de no usar, disfrutar, disponer o reivindicar el bien, que es una de las formas de ejercer su libertad económica.

Sobre el armonizamiento al bien común, debemos precisar que la ley señala límites al ejercicio de la propiedad en diversos ámbitos, como dijera Martín Mejorada: «no solo en pro del bien común sino por una serie de razones [humanitarias, históricas, sociales, ambientales, religiosas, económicas, culturales, urbanísticas, etc.]» (2004: 129).

Consideramos, según nuestra investigación, que el límite al ejercicio de la propiedad por norma especial o general debería ser todo en pro del bien común, que es un concepto amplio y abarca todos los aspectos para una convivencia pacífica. El citado autor también señala: «veremos que en el Perú, bien común y respeto por los derechos de los demás se equiparan, lo cual resulta en definitiva acorde con el régimen económico que la Constitución consagra» (Mejorada 2004: 129). Esto se entiende porque la restricción es a favor del bien común, la restricción a los derechos individuales de terceros o a la suma de ellos. Se hace más objetiva porque la propiedad no se puede ejercer contraviniendo los derechos de las demás personas, lo que implica que las víctimas tienen que ser igualmente titulares de un derecho subjetivo que se ve afectado o que existe una situación protegida a través de normas prohibitivas. Si los propietarios no se ven limitados por abstracciones sino por normas concretas que reconocen derechos subjetivos o imponen prohibiciones, la propiedad estará más segura siendo un incentivo económico. Sintetiza Mejorada: «el ejercicio de la propiedad acorde con el bien común no tiene otro significado que el reconocimiento de los derechos que coexisten con el dominio» (2004: 130)⁶.

6 A manera de ilustración es preciso explicar la idea: es comprensible con esta explicación que la Constitución y la norma legal que se mencionó no sustenta que

En el Perú, el bien común «no es un valor contrario, diferente o separado de los derechos que el sistema legal admite para las personas ajenas al propietario que ejerce sus atributos. El bien común está constituido por esos derechos, por separado, por la suma de ellos y por las normas prohibitivas» (Mejorada 2004: 130).

El bien común importa una seguridad para los propietarios de que solo serán afectados en los casos previstos en la ley y demás fuentes del sistema jurídico, pero ya no sobre la base de criterios arbitrarios de su antecedente el «interés social». Nos parece interesante referirnos a la diferencia que hace Avendaño Valdez sobre los términos bien e interés: «la noción de “bien” alude a beneficio, a lo que es conveniente. El “interés”, por otra parte, responde a la satisfacción de una necesidad» (2003: 187-189).

Como consecuencia de ello, el ejercicio de la propiedad e incluso su subsistencia por interés social pueden ceder ante un programa de vivienda para personas de escasos recursos, lo cual no se daría con el bien común. Desde luego, la propiedad en el Perú seguirá generando responsabilidad o compromisos para sus propietarios, pero solo soportará las limitaciones o responsabilidades que la ley señala. Obviamente, no dejará de ser solidario, pero se hará en una vía segura. Por ejemplo, a través de los tributos el Estado recauda impuestos, contribuciones, derechos, tasas, etc., de los propietarios

la propiedad sea absoluta. «La propiedad termina donde comienza el derecho de los otros y por tanto actuar lesionando el derecho de los otros es actuar fuera de la propiedad, es actuar sin derecho. Es el caso de quien produce ruidos molestos desde su predio, por encima de los permitidos, quien conduciendo un vehículo particular se estaciona en un lugar reservado para los bomberos, o quien mediante una construcción clandestina invade los aires del vecino.

Ahora bien, que la propiedad no puede invadir otro derecho subjetivo o transgredir normas prohibitivas es un hecho que no requería decirlo la Constitución. Por tanto, debemos entender que tal limitación no es otra cosa que la afirmación de los derechos subjetivos o valores reconocidos en el ordenamiento, a través de las normas que describen tales derechos o la misma propiedad, así como prohibiciones que se imponen al dueño» (Mejorada 2004: 103).

para que pueda cumplir su rol asistencial y sus objetivos de bien común. Vemos así que los titulares del dominio son solidarios con los demás, es la solidaridad consagrada jurídicamente. Esto guarda total coherencia con los postulados del bien común aportados por la Iglesia, Juan XXIII en su carta encíclica sobre la propiedad (1961) repite las observaciones de Pío XII:

Al defender la Iglesia el principio de la propiedad privada, persigue un alto fin ético-social [...] La Iglesia mira sobre todo a lograr que la institución de la propiedad privada sea lo que debe ser, de acuerdo con los designios de la divina Sabiduría y con lo dispuesto por la naturaleza. Es decir, la propiedad privada debe asegurar los derechos que la libertad concede a la persona humana y, al mismo tiempo, prestar su necesaria colaboración para restablecer el recto orden de la sociedad.

Asimismo, sobre la función social⁷ de la propiedad señala: «Pero nuestros predecesores han enseñado también de modo constante el

7 «La concepción cristiana de la propiedad entiende la función social de esta como “el ejercicio o uso de la propiedad ordenada directamente e inmediatamente al bien común”, en donde se aprecia que la propiedad “tiene” y no “es” una función social. En palabras de Aspiazú: “tener una función social indica no pocas veces encerrar una finalidad, una tendencia dirigida al bien de la sociedad”, en donde puede apreciarse la identificación de los términos “función” y “finalidad”. Esta posición, sin embargo, ha sido objeto de variadas críticas, siendo la principal la ensayada por el francés Duguit, quien afirmara que la propiedad no es un derecho subjetivo (poder), es una función social. En esta afirmación, hay una toma de posición distinta a la anterior, en donde no se enfoca a la función como una meta a alcanzar, como algo externo a la propiedad como concepto, sino como componente o parte integrante del concepto mismo de propiedad. Es Rodotá en Italia, quien resume de la mejor forma la crítica a la concepción cristiana de la función social de la propiedad. [...] La concepción cristiana revela, en verdad, “que su auténtica característica no es la funcional, sino la finalista, que confirman que “el móvil y el fin se colocan en el exterior” de la Institución. Y es que, para el citado autor, debe distinguirse entre “fin” y “función” de una determinada estructura:

—Fin, sería, “el destino a una tarea abstractamente fijada e inmutable”.

principio de que al derecho de propiedad privada le es intrínsecamente inherente una función social» (Juan XXIII 1961).

Es claro que la responsabilidad de los propietarios de ejercer la propiedad en armonía con el bien común se hace equivalente a un ejercicio dentro de los límites de la ley de acuerdo con el artículo 70 de la Constitución de 1993 y el Código Civil interpretado desde la visión constitucional. Garantiza que el ejercicio de la propiedad no se limita a las conductas positivas, sino comprende todos los ámbitos de decisiones del propietario, inclusive, por cierto, las decisiones y conductas negativas.

3.2. El bien común en el régimen económico constitucional

Los derechos de la propiedad siempre están relacionados con el régimen económico que opera en la sociedad, es una relación innegable y necesaria. El régimen económico es el plan de acción para generar los recursos que permiten alcanzar el bienestar general y, por qué no decirlo, el bien común. La propiedad privada es la pieza clave en todo ese plan económico, cualesquiera que sean sus características o base ideológica. Cantuarias Salaverry señala:

—Función, en cambio, “la histórica y concreta toma de actitud frente a situaciones siempre renovadas y diversas, siendo este último el significado que se atribuye a la función en el uso jurídico más frecuente: en la forma de contraposición entre una estructura rígida y siempre idéntica a sí misma y una función mudable [...]”.

La discusión si es o tiene función social la propiedad es referida a la doctrina italiana por su artículo 42, segundo párrafo de la Constitución italiana de 1947. En el Perú sencillamente es pacífica la recepción de la sinonimia función y finalidad. La sustitución de los términos “interés social” por el de “bien común” en la Constitución de 1993, hace viable una interpretación “finalista” del precepto constitucional, próximo a la interpretación socialcristiana criticada por Rodotá. En efecto, se entiende la función social de la propiedad al conjunto de condiciones, permisiones y prohibiciones dadas e impuestas al propietario para el ejercicio de su derecho (de propiedad), con el objeto de alcanzar el bien común» (Fernández 1994: 156-158).

[...] el sistema económico actual se centra en la propiedad privada y en el libre intercambio de bienes y servicios, el derecho tiene que reaccionar ante estas necesidades reconociendo derechos «erga omnes» e incentivando el intercambio patrimonial de bienes. Como bien explica Kozolchyk, es a partir de la Revolución Francesa y en especial en los momentos actuales, que el valor de la propiedad contemporánea se encuentra inseparablemente unida a su libre transferencia (1993: 56-57).

Juan XXIII⁸ señala como tesis inicial: «la economía debe ser obra, ante todo, de la iniciativa privada de los individuos, ya actúen estos por sí solos, ya se asocien entre sí de múltiples maneras para procurar sus intereses comunes». Asimismo, «[...] es imposible una convivencia fecunda y bien ordenada sin la colaboración, en el campo económico, de los particulares y de los poderes públicos, colaboración que debe prestarse con un esfuerzo común y concorde, y en la cual ambas partes han de ajustar ese esfuerzo a las exigencias

8 En la carta encíclica del 15 de mayo de 1961 existen varios postulados al respecto que nos interesa recordar: «[55] Pero manténgase siempre a salvo el principio de que la intervención de las autoridades públicas en el campo económico, por dilatada y profunda que sea, no solo no debe coartar la libre iniciativa de los particulares, sino que, por el contrario, ha de garantizar la expansión de esa libre iniciativa, salvaguardando, sin embargo, incólume los derechos esenciales de la persona humana. [151] Sin embargo, es preciso que los gobernantes se limiten a adoptar tan solo aquellas medidas que parezcan ajustadas al bien común de los ciudadanos. Las autoridades deben cuidar asiduamente, con la mira puesta en la utilidad de todo el país, de que el desarrollo económico de los tres sectores de la producción —agricultura, industria y servicios— sea, en lo posible, simultáneo y proporcionado, con el propósito constante de que los ciudadanos de las zonas menos desarrolladas se sientan protagonistas de su propia elevación económica, social y cultural. Porque el ciudadano tiene siempre el derecho de ser el autor principal de su propio progreso. [152] Por consiguiente, es indispensable que también la iniciativa privada contribuya, en cuanto está de su parte, a establecer una regulación equitativa de la economía del país. Más aún, las autoridades, en virtud del principio de la función subsidiaria, tienen que favorecer y auxiliar a la iniciativa privada de tal manera que sea esta, en la medida que la realidad permita, la que continúe y concluya el desarrollo económico por ella iniciado».

del bien común en armonía con los cambios que el tiempo y las costumbres imponen».

En las «economías cerradas» el Estado genera los bienes con su actividad empresarial, la propiedad privada no está muy protegida porque no es la fuente principal de riqueza, sufren severas limitaciones y abundan las causales de expropiación. Mientras que en las «economías abiertas» la riqueza no la genera el Estado sino la actividad libre de los particulares, que requieren de incentivos, como la especial protección de la propiedad, la cual no es absoluta, pero está muy protegida.

En el Perú, la Constitución de 1979 acogía una economía social de mercado, pero con un rol mucho más activo del Estado, que intervenía no solo promoviendo sino realizando actividad empresarial (artículo 113) y eventualmente tomaba parte en las actividades económicas privadas (artículo 114). Respecto a la propiedad, el artículo 124 del capítulo III del título III señalaba: «La propiedad obliga a usar los bienes en armonía con el interés social. El Estado promueve el acceso a la propiedad en todas sus modalidades». Es decir, define a la propiedad como una obligación y no como un derecho, lo que generaba responsabilidades antes que atribuciones. El nivel de compromiso de la propiedad frente a lo social era sin duda mayor, estaba impregnado de intervencionismo en materia económica y de limitaciones al derecho de propiedad.

Mientras que la Constitución de 1993 se ocupa de la propiedad en el capítulo III del título III, referido al «Régimen económico», el artículo 70 señala: «El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley [...]». El artículo 58 indica: «La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las

áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura». Asimismo, se regula la libertad como principio ordenador de la actividad económica como la «libertad de empresa» (artículo 59) y la «libertad de contratos» (artículo 62).

La actual economía social de mercado en el Perú, por sus mismas características, no es estrictamente de este tipo de economía sino de la economía de mercado. García Toma al analizar el régimen económico de la Constitución vigente dice:

Es dable advertir que la Constitución de 1993 formalmente mantiene la opción escogitada por los constituyentes de 1979, en favor de la Economía Social de Mercado; empero una visión integral de su texto indica que el escaso acento expresado en su normatividad en la defensa de criterios vitales como justicia e interés social, en realidad manifiesta una adhesión encubierta a favor de una economía de mercado (1998: 116).

Del conjunto de normas del régimen económico podemos advertir que con la Constitución de 1993 la riqueza en el Perú no la genera el Estado sino los particulares. El Estado no realiza actividad económica, solo orienta, promueve y actúa en sectores específicos como salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura. El cambio no significó optar por una propiedad ajena a lo social; al contrario, se configuró un derecho instrumental, comprometido con el desarrollo y el bienestar de todos. La diferencia con la Constitución del 79 es la manera de conseguir el bienestar a través de la propiedad. No se realizaría mediante la asignación o distribución directa de bienes o realizando actividad empresarial, sino creando las condiciones para el sostenimiento autónomo y digno de cada persona.

En nuestro régimen económico actual, la propiedad tiene que ser especialmente protegida, porque es la garantía de la inversión, la seguridad para el ejercicio de la libertad económica. En términos

de Martín Mejorada: «la propiedad en el Perú es un derecho individual privado y protegido que cumple un rol trascendental en el funcionamiento de la Economía de Mercado. Solo asegurando una propiedad sólida y protegida contra el Estado y otros privados es posible pensar en un verdadero ejercicio de la libertad económica» (2004: 128). En efecto, cuando el Estado limita más la libertad sobre la propiedad o interviene en materia económica, causará menor incentivo en los particulares en la generación de la riqueza.

El desarrollo legal de la propiedad después de la Constitución se extiende a una serie de normas de desarrollo como el Código Civil, que trata en mayor amplitud legal la propiedad, que debe ser orientada en su desarrollo con la Constitución (artículo 70) para ejercerse en armonía con el bien común, que es parte del contenido de la propiedad, la cual debe ajustarse al régimen económico vigente.

La ley y demás normas de desarrollo que establecen de qué modo se adquiere, transmite y extingue el derecho de propiedad no pueden ser arbitrarias; deben ajustarse a las normas y principios del régimen económico.

3.3. Orientación del Tribunal Constitucional

La propiedad también fue abordada por el Tribunal Constitucional peruano, en relación con la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 4 del Decreto de Urgencia 140-2001, que permitió la fijación de tarifas mínimas para el transporte terrestre. El Tribunal Constitucional declaró su inconstitucionalidad porque se trataba de una actividad económica privada donde rige la libertad económica. El Tribunal describe ampliamente nuestro régimen económico y, con ello, se ocupa de la propiedad, específicamente en su sentencia sostiene:

El funcionamiento del sistema económico en armonía con los principios constitucionales depende de que los bienes sean destinados a

los fines económicos y sociales que su naturaleza exige. La propiedad no solo supone el derecho del propietario de generar con la explotación del bien, su propio beneficio individual. Tampoco se restringe a aceptar la existencia de límites externos que impidan al titular de los bienes utilizarlos en perjuicio de terceros. Acorde con la Constitución, **es fundamental que el propietario reconozca en su propiedad la funcionalidad social que le es consustancial**. Así, **en la propiedad no solo reside un derecho, sino también un deber**: la obligación de explotar el bien conforme a la naturaleza que le es intrínseca, pues solo de esa manera **estará garantizado el bien común**. Ello requerirá la utilización de los bienes conforme a su destino natural en la economía [las negritas son nuestras] (Tribunal Constitucional 2003).

Se debe recalcar que la propiedad tiene una funcionalidad social que le es consustancial. Como analizamos anteriormente, desde la posición cristiana la función social de la propiedad entendida como la «finalidad» es la ordenada al bien común. No es que la función social suena a «interés social», como señala Mejorada al comentar este fallo: «¿Qué es eso de funcionalidad social? Eso suena al interés social claramente desterrado de la Constitución» (2004: 131). En ese sentido, una jurisprudencia chilena hace referencia a que la función social se encamina al bien común:

Que la finalidad de la legislación antimonopolios, contenida en el D. L. 211, no es solo la de resguardar el interés de los consumidores sino más bien la de salvaguardar la libertad de todos los agentes de la actividad económica [...]. Que el D. L. 211 **cumple, así, una trascendente función social**, de alto interés nacional, ya que dice relación con la satisfacción de las necesidades vitales de las personas, para lo cual, **velando por el bien común**, crea adecuadas condiciones económico-sociales en el mercado [...] [las negritas son nuestras] (Evans 2001: 227-237).

En la misma orientación, Evans Espiñeira sobre el derecho de propiedad chilena manifiesta: «[...] estamos tratando sobre las limitaciones al ejercicio de los derechos derivados del bien común, nos abocaremos a tratar en específico, respecto del derecho de propiedad, la consagración de la función social en el texto de la Carta Fundamental». Conforme a su Constitución señala lo siguiente:

Es preciso distinguir entre la privación y las limitaciones al dominio o propiedad, pues el sustento de la privación es el interés nacional y la utilidad pública, mientras que el fundamento de las limitaciones al dominio lo constituye la función social que debe cumplir la propiedad. [...] la función social de la propiedad, como bien lo ha señalado el Tribunal Constitucional, «significa que esta tiene un valor individual y social» por lo que debe estar al servicio de la persona y de la sociedad [...] (Constitución chilena 1980, art. 19, n.º 24).

El concepto de bien común también ha estado muy presente en la jurisprudencia argentina de la Corte Suprema como una noción ineludible a la que el Tribunal en sus once etapas históricas (1863 a la fecha) ha acudido necesaria y frecuentemente para fundar sus decisiones, considerando a la función social encaminada al bien común. Por ejemplo, en la quinta etapa (1955-1958) «La asignación de una función social de la propiedad privada solo tiene el alcance de someterla a las obligaciones que establezca la ley con fines de bien común, sin abatir los poderes de usar y disponer de ella». La decimoprimer etapa (1990) indica:

Durante este periodo hay una intención de armonizar los derechos de los particulares con las exigencias del bien común tanto en materia de derechos personales como en los de contenido económico. [...] hay varias sentencias que tutelan adecuadamente el derecho de propiedad como base de la economía de mercado. En materia de derechos personales, se tendió a abandonar la concepción individualista que primó en el periodo anterior (Poder Judicial argentino 1990).

La sentencia del Tribunal Constitucional en análisis también alude a que en la propiedad no solo reside un derecho, sino también un deber, una obligación. Claro está que no lo dice expresamente, como lo regulaba la Constitución de 1979. Nosotros consideramos que la propiedad importa responsabilidad, su punto de partida se encuentra en la misma Constitución vigente. Si bien la propiedad es la riqueza en sí misma, cuyo nacimiento, permanencia y extinción es parte central del ejercicio de la libertad, pues la responsabilidad es una excepción a esa libertad y las excepciones a la libertad económica tienen que ajustarse a los criterios del régimen económico.

El Tribunal afirma la existencia de la economía de mercado y las libertades económicas como elementos centrales del régimen económico. Asimismo, en la misma sentencia señala que la libertad debe primar en el ejercicio del dominio:

En el sistema constitucional personalista⁹ —caso de nuestra Constitución— la propiedad privada no es ni puede ser en modo alguno absoluta, debido a que, al igual que los restantes derechos y libertades que dignifican al ser humano, la propiedad se encuentra sujeta a las limitaciones impuestos por el interés general, las que, sin embargo, nunca podrían sustituir a la persona humana como titular de la libertad, así como tampoco imponer trabas intensas a su ejercicio que desconozcan la indemnidad de dicho derecho (Tribunal Constitucional 2003).

9 El personalismo es una antropología que surge en Europa entre las dos guerras mundiales y que tiene la virtud de ofrecer una alternativa tanto al individualismo como al colectivismo. Frente al individualismo que exalta a un individuo meramente autónomo, el personalismo remarca el deber de la solidaridad del hombre con sus semejantes y con la sociedad; y frente a los colectivismos que supeditan la persona a valores abstractos como la raza o la revolución, remarca el valor absoluto de cada persona concreta e individual (Burgos 2007).

Siguiendo la misma orientación, el Tribunal Constitucional favorece un proceso constitucional de amparo:

Resulta válido afirmar que el constituyente, al haber establecido la función social del derecho de propiedad, ha querido que la propiedad privada, como institución jurídica y como derecho subjetivo, no satisfaga únicamente los intereses privados de sus titulares, sino que al propio tiempo también satisfaga los intereses sociales o colectivos que resulten involucrados en el uso y disfrute de cada tipo de bien (Tribunal Constitucional 2009).

Esto se refiere al cumplimiento del bien común, puesto que hace referencia al artículo 70 de la Constitución vigente.

Finalmente, se debe precisar que el régimen económico y el tratamiento legal del dominio no han logrado generar el bienestar y desarrollo económico a nuestros tiempos. Mejorada respecto a las conclusiones de la Comisión de la Verdad sobre las causas de la terrible violencia en las décadas pasadas apunta: «[...] el dominio (como fuente de bienestar) fue ajeno a la mayoría de peruanos. Tanto en el tiempo que la Constitución ordenaba su adecuación al interés social, como cuando tal adecuación tenía que ver con el bien común, el tratamiento de la propiedad no ha logrado satisfacer a las mayorías» (2004: 131).

Consecuentemente, es indispensable una revisión del régimen legal de la propiedad que debe ser fuente de la riqueza, armonizado con el bien común que estudiamos, para consolidar un país justo, en paz y que todos seamos propietarios libres generadores de riqueza.

4. CONCLUSIONES

1. El bien común en su mejor estructuración conceptual cuenta con principios y elementos básicos que le dan consistencia, una de sus acepciones interesantes es que se trata de un bien genuino y auténticamente común, porque da satisfacción a las necesidades

del ser humano en su entera naturaleza espiritual, moral y corporal, proporcionándole la paz, la cultura y todo lo necesario para el desenvolvimiento pleno de su existencia; es común, porque es un bien de la sociedad entera.

2. En la Constitución de 1979 se obligaba a ejercer la propiedad en armonía con el interés social, pues también la Convención Americana sobre los Derechos Humanos lo establecía así. Los constituyentes de la nueva Constitución (1993) lo eliminaron porque ponía en peligro la inversión privada, desincentivando a los propietarios e inversionistas en el Perú, como sucedió con la Reforma Agraria de los años sesenta y la intervención del sistema financiero de los años ochenta. La nueva Constitución dispone el ejercicio de la propiedad en armonía con el bien común con aporte conceptual de la Iglesia y los derechos humanos.
3. Los atributos de la propiedad se extienden a todo actuar lícito sobre el bien y no solo a lo señalado en la norma (artículo 923 del Código Civil). Su armonización con el bien común implica encontrarse sujeto a limitaciones en su ejercicio, que no puede ejercerse contraviniendo los derechos de las demás personas (titulares de derechos subjetivos) que se ven afectados o están protegidos por normas prohibitivas, lo que hará una propiedad más segura con un incentivo económico. Serán afectados solo en los casos previstos en la ley y demás fuentes del sistema jurídico, sin dejar de ser solidario, que es la función social ordenada al bien común.
4. La Constitución de 1993 establece una economía social de mercado, que en la práctica y por sus características es una economía de mercado. Aquí la propiedad privada tiene que estar especialmente protegida como una garantía de inversión y seguridad para el ejercicio de la libertad económica. Su desarrollo está orientado al fin de la sociedad, que es el bien común.

5. El Tribunal Constitucional, al abordar la propiedad y el régimen económico importante en el país, ha establecido que el propietario reconozca en su propiedad la funcionalidad social que le es consustancial. Además, la propiedad no solo reside en un derecho sino en un deber, lo que importa la responsabilidad de ser propietario, que es una excepción a la libertad que debe ajustarse a los criterios del régimen económico en la búsqueda del bien común.

5. RECOMENDACIONES

1. El régimen económico y el tratamiento legal de la propiedad en el Perú no han logrado generar bienestar y desarrollo económico en nuestros tiempos, porque la propiedad no ha conseguido satisfacer a las mayorías del país. Es necesario revisar el régimen legal de la propiedad, que debe ser fuente de riqueza a fin de asegurar el bien común.
2. El bien común por su mismo postulado de ser aspiración de la sociedad y el objetivo del Estado para el desarrollo económico y la convivencia pacífica, debe ser tratado por los poderes del Estado en sus tareas legislativas y de ejecución teniendo en cuenta la doctrina del bien común.
3. Al no ser solo de aplicación en el tratamiento y desarrollo de la propiedad y la economía, sino también de otros aspectos como la política y sobre todo en los derechos humanos, debe fortalecerse el estudio del bien común en todas las disciplinas para consolidar el bien de todos.
4. Igualmente, el bien común debe ser materia de estudio y profundización en las áreas académicas universitarias y en la misma Academia de la Magistratura para fortalecer la conciencia humana. Así podemos contribuir desde el lugar que nos corresponde al sentido solidario, la justicia, la paz,

la conciencia cívica, la fortaleza moral, el sentido ético, todos ordenados al bien común.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AVENDAÑO VALDEZ, Jorge (2003). *Código Civil comentado. Comentario al artículo 923*. Tomo V. Lima: Gaceta Jurídica.
- ____ (2005). *La Constitución comentada. Comentario al artículo 70.º*. Tomo I. Lima. Gaceta Jurídica.
- BULLARD GONZALES, Alfredo (2003). *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra Editores.
- BURGOS, Juan Manuel (2007). *¿Qué es el personalismo?* Recuperado de <http://www.clubdelleccion.com/entrada-de-blog/que-es-el-personalismo-juan-manuel-burgos>
- CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando (1993). «La función económica del derecho: a propósito de los derechos de prenda e hipoteca». *El derecho civil peruano. Perspectivas y problemas actuales*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 53-128.
- CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO (2001). *Diario de debate constitucional 1993. Comisión de Constitución y de Reglamento*. Tomo IV. Lima: Congreso de la República del Perú.
- EVANS ESPÍNEIRA, Eugenio (2001). «El bien común en el ejercicio de algunos derechos fundamentales». *Revista Chilena de Derecho*, 28, 2, 227-237.
- FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón (1994). «La obligación de enajenar y el sistema de transferencia de la propiedad inmueble en el Perú». *Themis. Revista de Derecho*, 30, 149-173.
- GARCÍA TOMA, Víctor (1998). *Análisis sistémico de la Constitución peruana de 1993*. Lima: Universidad de Lima. Fondo de Desarrollo Editorial.

- JUAN XIII (1961). *Mater et magistra: carta encíclica sobre el reciente desenvolverse de la cuestión social a la luz de la doctrina cristiana*. 15 de mayo de 1961.
- JUAN PABLO II (1979). *Alocución del Santo Padre Juan Pablo II a la Unión de Juristas Católicos Italianos*. 7 de noviembre de 1979.
- MEJORADA CHAUCA, Martín (2004). «La propiedad y el bien común». *Foro Jurídico*, 11, 3, 128-131.
- ____ (2009). «La necesidad de expropiar: a propósito de la Ley 29320». *Ius et veritas*, 38, 74-79.
- RUBIO CORREA, Marcial (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Tomo III. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2003). *Sentencia n.º 008-2003-AI/TC*. Lima: 11 de noviembre de 2003.
- ____ (2009). *Sentencia n.º 5614-2007-PA/TC*. Lima: 20 de marzo de 2009.
- UCHA, Florencia (2010). *Justicia social*. Recuperado de <https://www.definicionabc.com/social/justicia-social.php>
- VIDAL STUARDO, Jorge (s. f.). «El bien común en la sociedad». Recuperado de <http://revistamarina.cl/revistas/2005/2/vidal.pdf>

Revista Oficial del Poder Judicial

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

Vol. 9, n.º 11, enero-junio, 2019, 325-354

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.u9i11.11>

El derecho humano a un debido proceso frente al procedimiento administrativo peruano

The fundamental right to a due process versus the Peruvian Administrative proceeding



JAVIER EDUARDO JIMÉNEZ VIVAS
Corte Superior de Justicia de Lima Este
(Lima, Perú)

Contacto: jjimenezui@pj.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0001-7972-2804>

RESUMEN

Este ensayo presenta al debido proceso, en su condición de derecho humano constitucionalizado, frente al procedimiento administrativo peruano; describe el camino recorrido por el primero hasta su final reconocimiento en el derecho administrativo, a través de diversos instrumentos normativos, jurisprudenciales y doctrinarios; muestra la actual consolidación de dicho derecho en sede administrativa y ofrece claves para su interpretación futura y atención desde las ópticas nacional y comparada.

Palabras clave: derecho humano, debido proceso, derecho administrativo, debido procedimiento administrativo, procedimiento administrativo.

ABSTRACT

This essay presents the due process of law as a constitutionalized human right facing the Peruvian administrative proceeding. It describes the road traveled by the former up to its ultimate acknowledgement, in the administrative law, through the different regulatory, doctrinarian and jurisprudential instruments. It shows the present consolidation of said right in an administrative headquarters and offers clues for its future interpretation and attention, from the national and compared viewpoint.

Key words: fundamental right, due process, administrative law, due administrative process, administrative proceeding.

Recibido: **31/05/18** Aceptado: **15/08/18**

1. IDEAS PRELIMINARES

El derecho es una disciplina humana, por ende, social, y también valorativa (sustentada en valores). Uno de los pilares valorativos de esta disciplina es la noción de «derechos humanos». Esta construcción —uno de los máximos aportes del iusnaturalismo— sirve como premisa de los derechos subjetivos, alberga a un conjunto de valores fundamentales de la sociedad y obliga a los poderes públicos y a los demás particulares. Son «el conjunto de atributos y facultades propios de la persona humana y que son establecidos como tales a nivel global por los distintos ordenamientos jurídicos nacionales, permitiendo su defensa y protección» (Bastos *et al.* 2012: 204).

Filosóficamente, los derechos humanos son una especie de principios éticos que se proponen ser emblemáticos para el conjunto

de la comunidad mundial de personas y que, a la vez, buscan ser vinculantes a través de un sistema u ordenamiento jurídico transnacional, convirtiéndose en una especie de moral mínima de nuestra época (Bastos *et al.* 2012: 204). Diversos instrumentos internacionales han positivizado a los derechos humanos, dotándolos de palpable reconocimiento para facilitar su desarrollo doctrinal, normativo y jurisprudencial. Ello permite que los ordenamientos nacionales constitucionalicen tales derechos, y que de los Tribunales o Cortes constitucionales emanen criterios interpretativos. Uno de estos derechos es el debido proceso.

Entre los instrumentos referidos, destacan la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, la Declaración Universal de Derechos Humanos suscrita en París el 10 de diciembre de 1948 (Resolución n.º 217 de la Asamblea General de las Naciones Unidas), y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado mediante Resolución n.º 2200A (XXI) del 16 de diciembre de 1996.

Pero hemos indicado que los derechos humanos obligan a los poderes públicos y a los particulares. Se trata de las dos formas de eficacia que la doctrina identifica como «vertical» y «horizontal», respectivamente. La primera significa, a favor de los derechos humanos, que:

- a) Su aplicabilidad es inmediata, sin esperar regulación legal.
- b) Una reserva de ley orgánica para su regulación.
- c) La existencia de un límite infranqueable para dicha regulación.
- d) El recurso de inconstitucionalidad si la ley rebasa dicho límite.
- e) Una tutela preferente y sumaria para los particulares ante los jueces y tribunales (Gimeno *et al.* 2007: 191).

Respecto a la eficacia horizontal, esta implica que:

- a) Unas veces se trate de garantías frente a todos.
- b) Otras veces estemos ante garantías que la Constitución eleva a categoría de derecho.

c) Muchos casos en los que se produce una colisión de derechos, que ameritan su correspondiente limitación recíproca (Gimeno *et al* 2007: 105).

Entonces, los derechos humanos despliegan su eficacia sobre los distintos ámbitos del quehacer humano. Veamos cuál fue la eficacia del derecho humano al debido proceso, su evolución, sus problemas y cuáles son sus perspectivas en el ordenamiento jurídico administrativo peruano, así como sus aportes comparativos.

2. EL DERECHO HUMANO A UN DEBIDO PROCESO

El origen de la expresión «debido proceso» se encuentra en la carta magna expedida por el rey de Inglaterra Juan sin Tierra el año 1215, cuyo párrafo 39 se refería al *law of the land* aplicable a todos los hombres. Posteriormente, dicha carta magna, al ser reexpedida por el rey Eduardo III en el año 1354, incluyó la expresión inglesa *due process of law*, traducida como debido proceso legal, o simplemente debido proceso (United States Congress 1993: 13). Varios siglos después, y luego de haber sido considerado en las constituciones de algunas de las colonias norteamericanas, el *due process of law* fue consagrado en la Constitución de los Estados Unidos.

Esto fue posible a través de dos enmiendas, la primera fue la enmienda V, según la cual:

Ninguna persona será obligada a responder por delito capital o infamante, sino en virtud de denuncia o acusación por un gran jurado salvo en los casos que ocurran en las fuerzas de mar y tierra, o en la milicia, cuando se hallen en servicio activo en tiempos de guerra o de peligro público; ni podrá nadie ser sometido por el mismo delito dos veces a un juicio que pueda ocasionarle la pérdida de la vida o la integridad corporal; ni será compelido en ningún caso criminal a declarar contra sí mismo, ni será privada de su vida, de su libertad o de su propiedad privada para uso público, sin justa causa (United States Congress 1993: 15).

La segunda fue la enmienda XIV, que señala:

toda persona nacida o naturalizada en los Estados Unidos y sujeta a su jurisdicción, será ciudadana de los Estados Unidos y del estado en el que resida. Ningún Estado aprobará o hará cumplir ninguna ley que restrinja sus privilegios o inmunidades, sin el debido procedimiento de ley, ni negará a nadie, dentro de su jurisdicción, la igual protección de las leyes.

La cláusula del debido proceso, así planteada, podía ser interpretada como garantía de que el gobierno no dañará a una persona que siga los procedimientos prescritos por la ley, dando por sentado que el solo seguimiento de tales procedimientos generará esa consecuencia. Se trataría de una interpretación amplia de la cláusula, lo cual posibilitaría pensar que lo justo se determina por los procedimientos prescritos, es decir, que el Gobierno puede hacerle a una persona lo que quiera mientras lo haga cumpliendo esos procedimientos (Barber 1986: 151).

En el siglo XX, después de las dos guerras mundiales, existió consenso acerca de la necesidad de otorgar a ciertas instituciones el carácter de garantías internacionales, que permita que cada país las dote de la máxima protección interna. Ello aparece así en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (artículos 8 y 10), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (numeral 1 de su artículo 14), y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita el 22 de noviembre de 1969 (numeral 1 de su artículo 8).

Reconocido el derecho al debido proceso como derecho humano, después ha sido constitucionalizado en muchos países. Por ejemplo, la Constitución italiana de 1948 lo establece en su artículo 111¹,

1 Traducción libre de «La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di

y la Constitución española de 1978 lo recoge en su artículo 24, numerales 1 y 2. Ambas cartas magnas ven al debido proceso como un principio constitucional, materializado en el reconocimiento a las personas de varios derechos de índole procesal, concatenados entre sí. La doctrina también sigue esta pauta:

[...] en primer lugar, debe partirse del hecho de que todas las personas ostentan un derecho fundamental procesal previo a los demás, que vamos a llamar la libertad de acceso a un proceso judicial. Y una vez ejercitado este, surgirá entonces el derecho a que el proceso iniciado sea presidido, de forma inexcusable, por un juez imparcial e independiente, cuyos deberes se centran, por una parte, en asegurar tanto el acceso al debido proceso como que este se desarrolle con todas las garantías necesarias y, además, que sea justo [...].

Y, en segundo lugar, este debido proceso, presidido por un juez imparcial e independiente, y desarrollado con todas las garantías —formales y materiales—, termina con la decisión del juez, que es invariable y goza de plena eficacia frente a terceros, además de ser justa (Ureña 2014: 194).

3. EL DEBIDO PROCESO EN LAS CONSTITUCIONES PERUANAS

El debido proceso obtuvo rango constitucional en Perú recién con la Constitución Política promulgada el 12 de julio de 1979, pero no de manera expresa. Fue el artículo 233 que, bajo el nombre común de «garantías de la administración de justicia», enumeró la unidad, exclusividad e independencia de la función jurisdiccional, la publicidad de los juicios, la motivación escrita de las resoluciones, la inaplicabilidad por analogía de la ley penal, la instancia plural, entre otras. Pero su Decimosexta Disposición General y Transitoria ratificó «en todas sus cláusulas» el Pacto Internacional de Derechos Civiles y

parità, davanti a un giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata» (Pisa University Press 2016: 64).

Políticos, su Protocolo Facultativo y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Con ello adoptó en sede peruana al debido proceso tal como fue incluido en tales instrumentos internacionales.

Diferente fue la Constitución Política promulgada el 29 de diciembre de 1993, su artículo 139, bajo el nombre de «Principios de la función jurisdiccional», incluyó además de un listado similar que el de su antecedente, un numeral 3 con el siguiente texto: «3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional [...]». Los constituyentes, al no necesitar ratificar tratados internacionales, pero estimando dotar a estos del debido reconocimiento e importancia, establecieron en la Cuarta Disposición Final y Transitoria: «Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú».

El desarrollo expuesto hizo que la doctrina identifique una subdivisión en su interior. En primer lugar, el llamado «debido proceso sustancial», que

exige que todos los actos de poder, como normas jurídicas, actos administrativos o resoluciones judiciales inclusive, sean justos, es decir, que sean razonables y respetuosos de los valores superiores, de los derechos fundamentales y de los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, a tal punto que su inobservancia sancionase con la inaplicación de aquel acto o con su invalidez (Bustamante 2001: 205).

En segundo lugar, está el «debido proceso procesal», conformado por un conjunto de derechos esenciales que impiden que la libertad y los derechos de los individuos sucumban ante la ausencia o insuficiencia de un proceso o procedimiento, o se vean afectados por cualquier sujeto de derecho —incluyendo el Estado— que

pretenda hacer uso abusivo de estos (Bustamante 2001: 207-208). Entre dichos derechos figura uno, el cual consiste en «[...] que se asegure la eficacia o ejecución de las decisiones que se emitan o que hayan sido emitidas, y a que se dicten las medidas necesarias para que estas se cumplan, por ejemplo, a través de medidas cautelares [...]» (Bustamante 2001: 215).

La previsión contenida en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución estaría referida solo al debido proceso procesal, conforme a la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional al sentenciar el Expediente n.º 2940-2002-HC/TC². Similar orientación asumió dicho Tribunal al sentenciar posteriormente el Expediente n.º 0351-2004-AA/TC³. Lo anterior no frustra los avances de la doctrina sobre el reconocimiento de la existencia de una faceta sustancial del debido proceso.

4. EL DEBIDO PROCESO Y EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PERUANO

Hasta el año 1967, en Perú, dicha disciplina se expresaba positivamente a través de diversos reglamentos. Existían reglamentos para la minería, para la agricultura, para las aduanas, para los tributos, entre otros dictados por los ministerios; las municipalidades expedían sus propios reglamentos, así como las Fuerzas Armadas. El derecho administrativo era así uno de tipo eminentemente procedimentalista, pues los reglamentos, casi en su totalidad, se dedicaban solo a regular los procedimientos que se debían seguir ante los respectivos organismos públicos.

2 Sentencia del Tribunal Constitucional del 30 de agosto de 2003, en el proceso de *habeas corpus* seguido por Ramón Campos Esparza contra la Sala de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima.

3 Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 12 de mayo de 2004, en el proceso de amparo seguido por Jaime Chava Quispe contra la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima.

El 11 de noviembre de 1967 fue expedido el Decreto Supremo n.º 006-SC, que aprobaba el Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos (en adelante, RNGPA). Con 117 artículos, el nombre y rango de dicho cuerpo normativo ilustra la situación anterior y explica lo que se buscó con su emisión. Si bien no se abandonó aún el rango reglamentario, se unificaron los criterios centrales de los reglamentos existentes en uno solo para todos los procedimientos administrativos existentes. El nuevo reglamento compartió vigencia con muchos de los reglamentos especiales referidos.

El salto hacia la legalidad tuvo lugar el 30 de diciembre de 1992, con la publicación del Decreto Ley n.º 26111. Mediante dicho dispositivo, de rango legal, se introdujeron modificaciones al RNGPA, se cambió su denominación por la de Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos (en adelante, LNGPA) y se ordenó en su artículo 9 que el Poder Ejecutivo aprobara el Texto Único Ordenado de dicha ley. Por primera vez, el procedimiento administrativo alcanzaba el rango de ley.

En ese sentido, el 28 de enero de 1994, el Ministerio de Justicia expidió el Decreto Supremo n.º 02-94-JUS, que aprobó el Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos (en adelante, TUO LNGPA). Como se comprenderá, los cambios descritos movilizaron a teóricos, justificaron escritos y publicaciones, y en general, interés por el derecho administrativo. La disciplina había cambiado. Sin embargo, el nuevo cuerpo normativo poseía un marcado sentido procedimentalista: teníamos un procedimiento administrativo con rango de ley. Pese a ser precedido por la Constitución del año 1993, el TUO LNGPA no asimilaba a la Administración pública como un sujeto obligado ante esta. Si bien se regulaban algunas garantías a favor del sujeto administrado, faltaba lo más importante.

Los trabajos del Tribunal Constitucional instituido por la Constitución Política de 1993, el alineamiento de la Corte Suprema de la República a los valores y garantías constitucionales, el renovado interés por el derecho administrativo, no se manifestarían sino hasta los años 2000 y 2001. Cambios políticos en el país provocaron el despertar de todas estas variables y la necesidad de establecer una normativa administrativa que garantice los derechos constitucionales de los sujetos administrados ante la Administración pública.

Ello tuvo un punto final el 11 de abril y el 11 de octubre de 2001, días en los que se publicó y entró en vigor la Ley n.º 27444, denominada Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG)⁴, en un inicio con 243 artículos. La característica central de dicha ley fue su fuerte sentido principista y garantista. Fue así que, al estilo de los códigos sustanciales o procesales peruanos, el legislador innovó introduciendo un Título Preliminar con los conceptos transversales de toda la ley, y con un listado de 16 «principios del procedimiento administrativo». Entre estos —el segundo del elenco—, hizo su aparición el llamado «principio del debido procedimiento administrativo» como expresión del debido proceso constitucional en sede administrativa, con especiales características.

Luego de modificaciones puntuales, una primera reforma a la LPAG estuvo a cargo del Decreto Legislativo n.º 1029, publicado el 24 de junio de 2008, dicha reforma no se involucró con la regulación de dicho principio. Pero la LPAG sufrió una segunda reforma, más importante, el 21 de diciembre de 2016, día en que apareció publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el Decreto Legislativo n.º 1272, modificando 62 de sus artículos. Entre los temas que sufrieron una variación figuraba el principio del debido procedimiento administrativo. El instrumento modificador ordenó

4 Su Cuarta Disposición Complementaria y Final dispuso una *vacatio legis* de seis meses.

en su Sexta Disposición Complementaria y Transitoria la próxima aprobación de un Texto Único Ordenado. Esto se ha cumplido mediante el Decreto Supremo n.º 006-2017-JUS, publicado el 20 de marzo de 2017 (en adelante TUO LPAG), que rige en la actualidad y sobre el cual volveremos luego.

5. EL DEBIDO PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO⁵

¿Qué es el procedimiento administrativo para la doctrina? Analizando las características del derecho administrativo, apreciamos que está hecho: «de un equilibrio (por supuesto, difícil, pero posible) entre privilegios y garantías. En último término, todos los problemas jurídico-administrativos consisten —y esto conviene tenerlo bien presente— en buscar ese equilibrio, asegurarlo cuando se ha encontrado y reconstruirlo cuando se ha perdido» (García de Enterría y Fernández 2006: 53).

El procedimiento administrativo, como importante expresión del principio de legalidad en el derecho administrativo, y a su vez la mayor garantía que posee todo sujeto ante la administración, es el espacio que sirve para el desenvolvimiento de los privilegios de la administración y para el ejercicio de las garantías de los administrados frente a estas. Podemos conceptualizarlo como: «el instrumento jurídico por el que se viabiliza el actuar de la relación administrado-Administración», que constituye «la herramienta más idónea como reaseguro contra los desbordes del obrar de la Administración», ello en la medida que

el procedimiento administrativo regula el ejercicio de la prerrogativa pública y de los derechos subjetivos y libertades públicas. [...] es,

5 En este acápite, seguimos varias de las ideas vertidas en nuestro artículo «¿Qué es el debido procedimiento administrativo?» (Jiménez 2007: 166-170); ideas precisadas y actualizadas, sin perjuicio de la información producida con posterioridad a dicha publicación, considerada y valorada en esta ocasión.

en suma, un instrumento de gobierno y de control. Cumple una doble misión republicana: el ejercicio del poder por los carriles de la seguridad y la legalidad, y la defensa de los derechos por las vías procesales recursivas y reclamativas (Dromi 1998: 889-890).

Dentro del marco garantista recién descrito, constituido por el procedimiento administrativo, también se inscribe el debido proceso constitucional, el cual por ese hecho es denominado «debido procedimiento», y que adoptó en sede administrativa particulares características. Según un temprano comentario al texto original de la LPAG, dicho principio: «constituye una garantía general de los ciudadanos que ha sido introducida al Derecho administrativo primero por la jurisprudencia, derivándola del derecho natural y de los tratados internacionales de derechos humanos» (Morón 2001: 29).

Al igual que el debido proceso constitucional, el debido procedimiento es un conjunto de garantías para el administrado ante la Administración a través del procedimiento administrativo. Un estudio comparativo de diversas legislaciones latinoamericanas, efectuado justo durante los primeros años de vigencia de la LPAG peruana, nos brinda una relación de las principales garantías del debido procedimiento:

1. El principio del contradictorio.
2. El derecho a la defensa.
3. El principio de la gratuidad.
4. El principio de la motivación de los actos administrativos.
5. El principio de la confianza legítima.
6. El tema de la garantía de la tutela judicial efectiva y su relación con el principio del agotamiento de la vía administrativa (Brewer-Carías 2003: 262).

¿Y que ha revelado la jurisprudencia sobre nuestro tema? Partiendo de la idea de que la consagración constitucional del debido proceso permite su vigencia más allá de los límites de la función jurisdiccional, desde hace varios años, el Tribunal Constitucional ha buscado esos otros alcances en diversos pronunciamientos. Podemos hallar una aproximación al tema en una sentencia dictada por el Tribunal Constitucional el 2 de julio de 1998, sobre la transgresión de lo que denominó «debido proceso administrativo»:

4. [...] el debido proceso administrativo, supone en toda circunstancia el respeto por parte de la administración pública de todos aquellos principios y derechos normalmente invocados en el ámbito de la jurisdicción común o especializada y a los que se refiere el artículo 139 de la Constitución del Estado (verbigracia: jurisdicción predeterminada por la ley, derecho de defensa, pluralidad de instancia, cosa juzgada, etc.)⁶.

Las conclusiones de la citada búsqueda las encontramos en la sentencia dictada el 29 de agosto de 2006 en el Expediente n.º 3075-2006-PA/TC:

4. [...] el debido proceso es un derecho fundamental de naturaleza procesal con alcances genéricos, tanto en lo que respecta a los ámbitos sobre los que se aplica como en lo que atañe a las dimensiones sobre las que se extiende. Con relación a lo primero, queda claro que dicho atributo desborda la órbita estrictamente judicial para involucrarse o extenderse en otros campos como el administrativo, el corporativo particular, el parlamentario, el castrense, entre muchos otros, dando lugar a que [...] pueda hablarse de un debido proceso jurisdiccional, de un debido proceso administrativo, de un debido proceso corporativo particular, de un debido proceso

6 Sentencia del Tribunal Constitucional dictada el 2 de julio de 1998 en el Expediente n.º 026-97-AA/TC, seguido por Empresa de Transportes Andrés Avelino Cáceres contra la Municipalidad Provincial de Huánuco, sobre acción de amparo.

parlamentario, etc. Por lo que respecta a lo segundo [...] las dimensiones del debido proceso no solo responden a ingredientes formales o procedimentales, sino que se manifiestan en elementos de connotación sustantiva o material [...] su evaluación no solo repara en las reglas esenciales con las que se tramita un proceso (juez natural, procedimiento preestablecido, derecho de defensa, motivación resolutoria, instancia plural, cosa juzgada, etc.), sino que también, y con mayor rigor, se orienta a la preservación de los estándares o criterios de justicia sustentables de toda decisión (juicio de razonabilidad, juicio de proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad, etc.). Así las cosas, el debido proceso es un derecho de estructura compleja, cuyos alcances corresponde precisar a la luz de los ámbitos o dimensiones en cada caso comprometidas [...]⁷.

Entonces, entre los ámbitos del debido proceso, aquel referido al derecho administrativo («debido proceso administrativo»), al igual que en los otros ámbitos, puede alcanzar dimensiones tanto formales como sustanciales. Para el Tribunal Constitucional peruano, las garantías del debido proceso jurisdiccional encontraban plena aplicación en sede administrativa, configurando el «debido proceso administrativo» como un conjunto de garantías jurisdiccionales, también exigibles ante la Administración pública en un segundo momento.

El 26 de agosto de 2003 el Tribunal Constitucional declaró fundada una demanda de inconstitucionalidad contra la Ordenanza n.º 290 de la Municipalidad Metropolitana de Lima, referida a la inclusión del recurso de revisión en un procedimiento ante la municipalidad. El Tribunal, en su tercer fundamento, precisó que:

7 Sentencia del Tribunal Constitucional expedida el 26 de agosto de 2006, en el Expediente n.º 03075-2006-PA/TC, seguido por la Escuela Internacional de Gerencia High School of Management-EIGER contra Indecopi, y otra sobre proceso de amparo.

[...] En efecto, el derecho a la pluralidad de instancias no es un contenido esencial del derecho al «debido proceso administrativo» —pues no toda resolución es susceptible de ser impugnada en dicha sede—; pero sí lo es del derecho al debido proceso «judicial», pues la garantía que ofrece el Estado constitucional de derecho es que las reclamaciones de los particulares contra los actos expedidos por los órganos públicos, sean resueltas por un juez independiente, imparcial y competente, sede esta en la que, además, se debe posibilitar que lo resuelto en un primer momento pueda ser ulteriormente revisado, cuando menos, por un órgano judicial superior⁸.

El Tribunal identificaba al aún llamado debido proceso administrativo (pese a estar ya vigente la Ley n.º 27444) como un derecho distinto al debido proceso judicial, pero le reconocía el mismo nivel. Se advierte un avance interpretativo. Con fecha 26 de agosto de 2004, el Tribunal Constitucional peruano mostró la institución que estudiamos de una tercera manera en su sexto fundamento:

Todo ejercicio de la potestad administrativa debe observar la Ley del Procedimiento Administrativo General, ley marco que regula la actuación administrativa. Al respecto, el artículo IV del Título Preliminar, consagra, entre otros, el derecho al debido procedimiento, que garantiza que los administrados gocen de derechos tales como el de exponer sus argumentos, de ofrecer y producir pruebas y obtener una decisión motivada y fundamentada en el derecho⁹.

8 Sentencia del Tribunal Constitucional del 26 de agosto de 2003, en el Expediente n.º 010-2001-AI/TC, seguido por el Defensor del Pueblo contra la Municipalidad Metropolitana de Lima, sobre proceso de inconstitucionalidad.

9 Sentencia del Tribunal Constitucional del 29 de agosto de 2004, en el Expediente n.º 1628-2003-AA/TC, seguido por la Fundación Ignacia R. vda. de Canevaro contra la Superintendencia de Bienes Nacionales, sobre acción de amparo.

Según esta sentencia, el ahora sí llamado debido procedimiento (administrativo) es la garantía que tienen los administrados del respeto al procedimiento administrativo y garantías previstos en la LPAG.

El Tribunal Constitucional avanzó más al sentenciar con fecha 17 de febrero de 2005 el Expediente n.º 4289-2004-AA/TC, al resolver sobre una infracción al derecho a un debido proceso en sede administrativa:

2. El Tribunal Constitucional estima oportuno recordar, conforme lo ha manifestado en reiterada y uniforme jurisprudencia, que el debido proceso, como principio constitucional, está concebido como el cumplimiento de todas las garantías y normas de orden público que deben aplicarse a todos los casos y procedimientos, *incluidos los administrativos*, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos. Vale decir que cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea este administrativo —como en el caso de autos— o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal¹⁰.

Si bien el debido proceso está constitucionalizado como un conjunto de garantías en sede judicial, se trata antes de ello de un derecho constitucional, que debe ser respetado tanto por el Poder Judicial como por la Administración pública. Esta vez, el Tribunal Constitucional colocó a ambas instituciones en pie de igualdad (tercer fundamento): «El derecho al debido proceso, y los derechos que contiene son invocables, y, por tanto, están garantizados, no solo en el seno de un proceso judicial, sino también en el ámbito del procedimiento administrativo» (Tribunal Constitucional 2005a: 2).

10 Sentencia del Tribunal Constitucional del 17 de febrero de 2005, en el Expediente n.º 4289-2004-AA/TC, seguido por Blethyn Oliver Pinto contra la Comandancia General del Ejército, sobre acción de amparo.

El derecho al debido proceso resulta así aplicable por igual ante ambos estamentos. Sin embargo, el cuarto acápite de la sentencia indica que:

El fundamento principal por el que se habla de un debido proceso administrativo, encuentra sustento en el hecho de que tanto la administración como la jurisdicción están indiscutiblemente vinculadas a la Carta Magna, de modo que si la administración resuelve sobre asuntos de interés del administrado, y lo hace mediante procedimientos internos, no existe razón alguna para desconocer la categorías invocables ante el órgano jurisdiccional (Tribunal Constitucional 2005a: 2-3).

El Tribunal precisa que tanto la jurisdicción como la administración se encuentran supeditadas a la Constitución. Por ello, las garantías previstas para los procesos judiciales en los cuales se resuelve sobre derechos y obligaciones de las personas, resultan perfectamente aplicables a los procedimientos administrativos, en los que se resuelve sobre los derechos e intereses de los sujetos administrados. El Tribunal, sin embargo, retrocedió a la expresión «debido proceso administrativo», pese a que había sido superada por la LPAG, vigente ya cuatro años.

Y finalmente, ¿cómo está regulado el principio del debido procedimiento en la Ley del Procedimiento Administrativo General peruana? Son dos las regulaciones que ha recibido dicho principio en la mencionada ley peruana: una inicial, vigente desde octubre del año 2001 hasta diciembre de 2016, y otra planteada con la reforma de fines de dicho año, hoy recogida en su Texto Único Ordenado. ¿Cuál fue el cambio entre una y otra? El artículo IV de la LPAG en el texto original de su numeral 1.2 lo establecía de la siguiente manera:

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo.

[...]

Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas, a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable solo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo [...]

La nueva redacción del principio, luego de la reforma del año 2016 es como sigue:

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo.

[...]

Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de todos los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y a impugnar las decisiones que los afecten [...].

6. ACTUALIDAD Y FUTURO: POSIBILIDADES COMPARATIVAS

Nuestro estudio no se detiene en la triple visión de la doctrina, jurisprudencia y legislación. Cabe preguntarse ¿qué significa tal transformación?, ¿cuál es su contenido y cuáles son sus alcances?, ¿hacia dónde camina el derecho peruano en esta materia? Finalmente, ¿tiene esta experiencia alcances comparativos?

6.1. Expresión de una verdadera eficacia vertical y horizontal del derecho al debido proceso en el derecho administrativo

Entre las características de los derechos fundamentales, figuran su mayor valor respecto a los demás derechos, su doble dimensión objetiva y subjetiva, su fuerza expansiva, y su eficacia horizontal y vertical, entre otros. Nuestro tema nos permite referirnos a esta última. En su formulación inicial, los derechos fundamentales surgieron como inmunidades frente al poder público del Estado; y, en ese sentido, el constitucionalismo fue una técnica de control y restricción de dicho poder público y de cualquier otro privado. Actualmente, se reconoce que los derechos fundamentales tienen una eficacia vertical, que se expresa ante el poder estatal (figurativamente de arriba hacia abajo) y una eficacia horizontal, que se muestra entre pares, lo que equivale a que tales derechos también rigen las relaciones entre particulares (Sosa 2011: 127-128).

Los derechos fundamentales, desde su origen, fueron concebidos como derechos frente al Estado; situación que tuvo que experimentar una importante mutación cuando dichos derechos, además de su carácter subjetivo, fueron además concebidos como componentes estructurales de los ordenamientos constitucionales. Esto último permitió que los derechos fundamentales sean vistos como mandatos de actuación y deberes de protección especial de los poderes públicos, y también como derechos capaces de informar e irradiarse en las relaciones entre particulares, actuando como límites a la autonomía privada (Carpio 2004: 73). Pues bien, el derecho al debido proceso ha ganado efectos verticales y horizontales sobre los sujetos que interactúan dentro del derecho administrativo peruano, y la clave es el derecho al debido procedimiento administrativo. Ello a partir del texto de la propia LPAG y de los desarrollos efectuados por la jurisprudencia constitucional.

En cuanto al marco normativo, la LPAG y luego el TUO LPAG consideran en el artículo I de su Título Preliminar como «entidades de la Administración pública» al Poder Ejecutivo incluyendo sus Ministerios, a los Poderes Legislativo y Judicial (en sus secciones pertinentes), a los gobiernos regionales y locales, entre otros sujetos integrantes del Estado; pero también incluye como tales a las personas jurídicas privadas que presten algún servicio público en virtud de una concesión, delegación o autorización del Estado. Luego, al recoger el derecho al debido procedimiento administrativo, lo presentan como un conjunto de garantías de origen jurisdiccional, aplicables a los procedimientos administrativos en cuanto son elementos integrantes del derecho fundamental al debido proceso.

Dicho marco normativo describe la existencia de potestades administrativas que ejercen todos esos organismos administrativos respecto de los sujetos administrados cuya actividad recae dentro de sus respectivas competencias (eficacia vertical); pero también contempla la presencia de relaciones entre dichos sujetos privados con otros similares que ejercen funciones administrativas por motivo de concesión, delegación o autorización del Estado (eficacia horizontal).

Respecto a la jurisprudencia, cabe referirnos a lo mencionado al citar el cuarto fundamento de la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional en el proceso de amparo seguido por la Escuela Internacional de Gerencia High School of Management (EIGER) contra el Instituto de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) y otra, comentada en el acápite anterior. En tal ocasión, dicho Tribunal consideró la existencia de ámbitos del debido proceso en sede administrativa, como son el administrativo, el corporativo particular, el parlamentario, el castrense, entre otros, dando lugar a que, en cada caso, pueda hablarse de un debido proceso administrativo, de un debido proceso corporativo particular, de un debido proceso parlamentario, etc.;

espacios que engloban diversas manifestaciones del poder del Estado (eficacia vertical) como relaciones entre privados en torno a un debido procedimiento (eficacia horizontal). Tales ideas han sido recogidas en sentencias posteriores¹¹.

6.2. Manifestación del derecho al debido proceso en posiciones jurídicas concretas

El debido proceso, como derecho fundamental y constitucional, luego de ser positivizado, se concretiza en puntuales relaciones de derecho administrativo, bajo la forma de debido procedimiento administrativo. En la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional el 8 de julio de 2005 en el Expediente n.º 1417-2005-AA/TC (conocido como el caso Anicama Hernández), el fundamento jurídico n.º 24, al desarrollar la estructura de los derechos fundamentales, enuncia lo siguiente:

Las disposiciones de derecho fundamental son los enunciados lingüísticos de la Constitución que reconocen los derechos fundamentales de la persona. Las normas de derecho fundamental son los sentidos interpretativos atribuibles a esas disposiciones. Mientras que las posiciones de derecho fundamental, son las exigencias concretas que al amparo de un determinado sentido interpretativo válidamente atribuible a una disposición de derecho fundamental, se buscan hacer valer frente a una determinada persona o entidad¹².

Lo que permite el debido procedimiento administrativo es que el debido proceso se concrete en específicas posiciones o puntuales exigencias concretas que realizan los sujetos administrados en los

11 Como ha ocurrido, por ejemplo, en el fundamento n.º 3 de la sentencia recaída en el Expediente n.º 00156-2012-PHC/TC.

12 Sentencia del Tribunal Constitucional expedida el 8 de julio de 2005 en el Expediente n.º 1417-2005-AA/TC, seguido por Manuel Anicama Hernández contra la Oficina de Normalización Previsional, sobre acción de amparo.

distintos procedimientos administrativos. Posibilita que estos sujetos exijan en sus particulares casos ante la Administración, el respeto a su derecho de acceder al expediente, el ejercicio de su derecho a refutar los cargos imputados, la práctica de su derecho a exponer sus argumentos, etc. En todos los casos, los sujetos administrados tendrán un respaldo constitucional: su derecho al debido proceso.

6.3. Extensión del debido proceso al derecho administrativo, adaptándose a los caracteres esenciales de dicha disciplina jurídica

El derecho a un debido procedimiento administrativo recogido hoy en el TUO LPAG, responde, en principio, al desarrollo doctrinario del derecho a un debido proceso judicial, esencial en el ejercicio de la función jurisdiccional, que es consagrado como un derecho constitucional. Debido a ello, este derecho extiende sus alcances más allá de dicha función, hacia ámbitos en los cuales el Estado también declara derechos e impone obligaciones, uno de los cuales se presenta en el ejercicio de la función administrativa, encargado a la Administración pública.

Sin embargo, relacionar la noción de debido proceso con el desempeño habitual de la Administración nos obliga a repensar los caracteres originales de dicha categoría. No nos encontramos ya dentro del desenvolvimiento de la función jurisdiccional, sino dentro del campo correspondiente a otra función estatal: la función administrativa. Por ello —y porque el debido proceso está catalogado como un derecho constitucional— su aplicación en sede administrativa asume los matices de aquella otra función. Así se explica la independencia y propia identidad del debido procedimiento administrativo, lo cual tiene un doble significado. Por un lado, es la aplicación del debido proceso constitucional a la relación existente entre la Administración pública y los sujetos administrados; o, dicho de otro modo, el respeto por parte de la

primera a los derechos y garantías previstos a favor de tales sujetos, sin carácter literal ni número cerrado¹³.

Por otro lado, importa un cambio de paradigma en la visión del debido proceso constitucional. Este fue pensado como un derecho aplicable a una relación jurídica procesal en la cual el órgano estatal interviniente cumple sus funciones como sujeto distinto a las partes involucradas en cada proceso. En cambio, en sede administrativa, encontramos relaciones jurídicas mayormente encabezadas por un organismo del Estado que ejerce potestades respecto de los sujetos administrados (concretamente, su derecho de autotutela, en sus formas de cognición, resolutiva y ejecutiva), ámbito en que su eficacia será vertical; y minoritariamente relaciones jurídicas entre privados, en los casos en que uno de estos ejerce un servicio público por concesión, delegación o autorización, segmento en el cual su eficacia será horizontal.

6.4. El debido procedimiento administrativo como derecho de desarrollo jurisprudencial, con un rol orientador de la doctrina y un reconocimiento legal abierto

Sin perjuicio de su planteamiento doctrinario y regulación normativa, el debido procedimiento administrativo es un concepto que, en Perú, ha sido desarrollado en vía jurisprudencial, lo que ha ocurrido con varios otros derechos.

Legislativamente hablando, ya se indicó con anterioridad¹⁴ que el debido procedimiento administrativo apareció en el texto inicial de la LPAG y se mantuvo hasta la reforma del año 2016, cuando el Decreto Legislativo n.º 1272 modificó el anterior ampliando sus

13 Sobre esto último, el «debido procedimiento administrativo», tal como aparece regulado en el TUO LPAG, indica que los administrados gozan de los derechos y garantías «implícitos» al debido procedimiento administrativo, cita luego un listado de estos derechos y garantías en expreso «modo enunciativo».

14 Ver acápite 6.3 anterior.

alcances. La doctrina, por su parte, ha acompañado la evolución jurisprudencial y legislativa del instituto comentado. Sin perjuicio de la doctrina citada hasta aquí, un comentario un tanto reciente aporta en el sentido de que los alcances del derecho al debido procedimiento administrativo regulados en Perú, tendrían un antecedente en el literal f del artículo 1 del Decreto Ley n.º 19.549, Ley de Procedimiento Administrativo de Argentina (Huapaya 2016: 140).

Al respecto, nosotros consideramos que si bien los tres numerales del literal f del dispositivo argentino citado pueden asimilarse a los tres derechos considerados en el texto original de la LPAG peruana, el legislador argentino actuó movido por una mayor necesidad de especificaciones, que diferencian el texto de su norma de aquel peruano. Sin perjuicio de ello, la modificación del derecho al debido procedimiento administrativo peruano, acaecido en la reforma del año 2016, implicó la asunción de otro paradigma: el de la consideración de un conjunto de derechos y garantías de manera enunciativa y abierta, con vocación de expansión, lo que recoge una de las características del derecho al debido proceso (en tanto derecho fundamental) que le sirve de premisa. Nos referimos aquí a una opción normativa estrictamente peruana en la regulación del debido procedimiento administrativo.

6.5. Configuración del procedimiento administrativo como un deber de la Administración pública, de planteamiento genérico pero de exigencia particular¹⁵

La LPAG en su texto original enumeraba algunos derechos y en su texto actual considera más de estos. Tal tendencia puede ser vista

15 En este acápite, seguimos parte de las ideas vertidas en nuestro artículo «El procedimiento administrativo como derecho y como deber» (Jiménez 2008: 337-345); ideas aquí precisadas y actualizadas, sin perjuicio de la información producida con posterioridad a dicha publicación, considerada y valorada en esta ocasión.

como la forma en que el debido proceso constitucional aporta, acerca y adapta su carácter garantista al procedimiento administrativo, al punto de convertirlo tanto en un derecho para los administrados como en un deber para la administración. Al respecto, el Tribunal Constitucional, con fecha 17 de junio de 2008, dictó sentencia en el Expediente n.º 04225-2006-PA/TC. Citando la regulación del derecho a un debido procedimiento, indica el Tribunal que este: «determina que los administrados gozan de todos los derechos y garantías, como el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir prueba y a obtener una decisión motivada y fundamentada en derecho»¹⁶.

Entonces, el Tribunal Constitucional identifica tres momentos en el tratamiento del derecho a un debido procedimiento. El primero se relaciona con el derecho de petición, el segundo con el derecho de defensa dentro del procedimiento, y el tercero con el deber de la administración de resolver solicitudes y controversias. Seguidamente, el Tribunal se concentra en la primera de tales etapas y señala que esta: «[...] se refiere al debido proceso como derecho al procedimiento administrativo y supone que todos los administrados tienen el derecho a la existencia de un procedimiento administrativo previo a la producción de las decisiones administrativas que les conciernan [...]» (2008: 3).

De acuerdo con ello, el debido proceso constitucional encuentra tres manifestaciones en el ámbito administrativo. La primera de ellas es el derecho a un procedimiento administrativo, es decir, el derecho de los sujetos administrados a que sus peticiones sean atendidas por las entidades mediante un procedimiento. Dicho de otra manera, el debido procedimiento es el derecho de tales sujetos

16 Sentencia del Tribunal Constitucional dictada el 17 de julio de 2008, en el Expediente n.º 4225-2006-PA/TC, seguido por Marcelino Bances Pizarro contra la Zona Registral n.º V -Sede Trujillo- (antes Oficina Registral de La Libertad), sobre proceso de amparo.

a que sus peticiones sean atendidas garantizando el equilibrio entre los derechos e intereses de los requirentes y las potestades públicas ejercidas por la autoridad.

Continuando, el Tribunal indica que «[...] la Administración tiene el deber de producir sus decisiones mediante el cumplimiento de las reglas que conforma el procedimiento [...]». Esto es así si vemos que uno de los principales fundamentos de la existencia del procedimiento es el constituirse en la herramienta que permita interdictar cualquier ejercicio arbitrario del poder público, finalidad paralela al equilibrio entre derechos, intereses y potestades antes señalados.

Un segundo fundamento de dicho deber de la Administración lo encontramos en el artículo III del Título Preliminar del TUO LPAG. Dicha norma señala que la función administrativa del Estado tiene por finalidad servir a la protección del interés general, garantizando los derechos e intereses de los administrados, pero agrega que tanto la finalidad, al igual que las garantías, se cumple con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general, dentro del cual se sitúa obviamente el TUO LPAG y cualquier otra norma reguladora de algún procedimiento especial.

Así, el procedimiento administrativo es un deber para la Administración también debido al contenido esencial del derecho de petición. Este derecho debe ser exigido por los sujetos administrados a la Administración en cada procedimiento en concreto; del mismo modo, compromete a esta a cumplir el mencionado derecho de diversas formas, las cuales ordenadas temporal y funcionalmente describen en su conjunto al procedimiento mismo.

7. IDEAS FINALES

Son tres las principales fuentes del derecho: la doctrina, la legislación y la jurisprudencia. Estas generan al derecho, pero también lo retroalimentan y lo recrean a cada momento. De la permanente

atención a sus cambios por parte del estudioso, dependerá su capacidad de dar respuestas oportunas y precisas a los fenómenos y problemas que se presentan en la sociedad.

Nuestro estudio es uno forjado a partir de la interacción de las tres fuentes indicadas, concretamente en su interacción a través de un camino: aquel descrito por el debido proceso como derecho humano, hacia el interior del derecho administrativo peruano; recorrido a cuyo final se ha transformado en el debido procedimiento administrativo. Dicho recorrido, sin embargo, ha servido al debido proceso para desplegar nuevos elementos garantistas, propios de la disciplina mencionada, con alcances que van más allá de la experiencia nacional descrita.

Hemos visto cómo el debido proceso alcanza una verdadera eficacia vertical y horizontal en el derecho administrativo. Hemos descrito la forma en que el debido proceso logra su concreción en determinadas posiciones jurídicas de derecho administrativo. Hemos comentado que tal extensión del debido proceso al derecho administrativo representó su adaptación a los caracteres esenciales de dicha disciplina jurídica. Hemos presentado también al debido procedimiento administrativo como un derecho de desarrollo jurisprudencial, orientado por la doctrina y con un reconocimiento legal abierto. Finalmente, hemos presenciado que el debido procedimiento administrativo ha permitido configurar al procedimiento administrativo como un deber de la Administración pública, de planteamiento genérico, pero de exigencia en cada concreto procedimiento.

Tales facetas del derecho al debido proceso son de interés para el estudioso constitucionalista, administrativo o comparado. Lo esencial ha sido expresado, pero la evolución del tema continúa: sigamos atentos su decurso.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARBER, Sortirios A. (1986). *Sobre el significado de la Constitución de los EE. UU.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- BASTOS PINTO, Manuel *et al.* (2012). *Diccionario de derecho constitucional contemporáneo.* Lima: Gaceta Jurídica.
- BREWER-CARÍAS, Allan R. (2003). *Principios del procedimiento administrativo en América Latina.* Bogotá: Legis.
- BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo (2001). *Derechos fundamentales y proceso justo.* Lima: ARA Editores.
- CARPIO MARCOS, Edgar (2004). *La interpretación de los derechos fundamentales.* Lima: Palestra Editores.
- DROMI, Roberto (1998). *Derecho administrativo.* 7.^a edición. Buenos Aires: Ciudad Argentina.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2006). *Curso de derecho administrativo.* Tomo II. 8.^a edición. Madrid: Civitas.
- GIMENO SENDRA, Vicente; TORRES DEL MORAL, Antonio; MORENILLA ALLARD, Pablo y DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel (2007). *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional.* Madrid: Colex.
- HUAPAYA TAPIA, Ramón (2016). «Perspectivas actuales del procedimiento administrativo, en particular, el derecho a la tutela administrativa efectiva». *Derecho administrativo: hacia un Estado más confiable. Libro de ponencias del VII Congreso Nacional de Derecho Administrativo.* Lima: Thomson Reuters.
- JIMÉNEZ VIVAS, Javier (2007). «¿Qué es el debido procedimiento administrativo?». *Revista Actualidad Jurídica*, t. 167, 166-170.
- _____ (2008). «El procedimiento administrativo como derecho y como deber». *Revista Gaceta Constitucional*, t. 10, 337-345.

- MORÓN URBINA, Juan (2001). *Comentarios a la nueva ley del procedimiento administrativo general*. Lima: Gaceta Jurídica.
- PISA UNIVERSITY PRESS (2016). *La Costituzione italiana*. Pisa: Pisa University Press.
- SOSA SACIO, Juan Manuel (2011). *Guía teórico-práctica para utilizar los criterios interpretativos del Tribunal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (1998). *Expediente n.º 026-97-AA/TC*. Huánuco: 2 de julio de 1998. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/1998/00026-1997-AA.html>
- ____ (2003a). *Expediente n.º 2940-2002-HC/TC*. Lima: 30 de enero de 2003. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/02940-2002-HC.pdf>
- ____ (2003b). *Expediente n.º 010-2001-AI/TC*. Lima: 26 de agosto de 2003. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2001-AI.html>
- ____ (2004a). *Expediente n.º 0351-2004-AA/TC*. Lima: 12 de mayo de 2004. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00351-2000-AA.pdf>
- ____ (2004b). *Expediente n.º 1628-2003-AA/TC*. Lima: 29 de agosto de 2004. Recuperado de <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/01628-2003-AA.pdf>
- ____ (2005a). *Expediente n.º 4289-2004-AA/TC*. Pisco: 17 de febrero de 2005. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/04289-2004-AA.pdf>
- ____ (2005b). *Expediente n.º 1417-2005-AA/TC*. Lima: 8 de julio de 2005. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/01417-2005-AA.html>
- ____ (2006). *Expediente n.º 03075-2006-PA/TC*. Arequipa: 29 de agosto de 2016. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/03075-2006-AA.html>

_____ (2008). *Expediente n.º 4225-2006-PA/TC*. Lima: 17 de julio de 2008. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/04225-2006-AA.pdf>

UNITED STATES CONGRESS (1993). *The Constitution of United States of America in various foreign languages*. Washington D. C.: Law Library of Congress.

UREÑA CARAZO, Belén (2014). *Derechos fundamentales procesales*. Navarra: Arazandi.

Revista Oficial del Poder Judicial

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

Vol. 9, n.º 11, enero-junio, 2019, 355-438

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.u9i11.12>

¿Ser o no ser del Poder Judicial? Aproximación bibliográfica sobre el proceso de reforma, modernización, reestructuración y refundación de la judicatura nacional

To be or not to be of The Judiciary?
Bibliographic approach on the process of reform,
modernization, restructuring and refounding
of the national judiciary



HELDER DOMÍNGUEZ HARO

Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial

(Lima, Perú)

Contacto: hdominguez@pj.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0003-4617-8341>

RESUMEN

El presente trabajo identifica, desde el ángulo bibliográfico, los diferentes aportes, propuestas, enfoques y estudios en torno a la reforma de la impartición de justicia en el Perú o llamada también modernización, reestructuración o refundación del Poder Judicial.

No obstante la numerosa bibliografía sobre tan importante tema, se da cuenta de un núcleo interesante de publicaciones correspondientes al siglo XX e inicios de la presente centuria. Un primer repaso bibliográfico para promover la investigación sobre la judicatura peruana y entender su devenir histórico antecede a un oportuno análisis del autor sobre la necesidad de un cambio desde el mismo Poder Judicial, circunscrito a una teoría democrática para la gobernabilidad judicial, y que involucra la participación de los diferentes actores del sistema de justicia y de la sociedad civil, por un Poder Judicial sólido y predecible como sustento de la democracia constitucional.

Palabras clave: Poder Judicial, bibliografía, reforma, modernización, reestructuración, refundación, democracia constitucional, gobernabilidad judicial.

ABSTRACT

This work identifies, from the bibliographic point of view, the different contributions, proposals, approaches and studies around the reform of the administration of justice in Peru, also called modernization, restructuring or refounding of the Judiciary. Notwithstanding the wide bibliography on this important subject, an interesting nucleus of publications corresponding to the 20th century and the beginning of the present century is reported. A first bibliographical review to promote research on the Peruvian judiciary and understand its historical evolution precedes a timely analysis of the author on the need for a change from the Judiciary itself, circumscribed to a democratic theory for judicial governance, and involves the participation of the different actors of the justice system and civil society, by a solid and predictable Judiciary as a support for constitutional democracy.

Key words: The Judiciary, bibliography, reform, modernization, reconstruction, refounding, constitutional democracy, judicial governance.

Recibido: 10/05/2019 Aceptado: 10/06/2019

1. PRECISIONES: PENSAR LA JUSTICIA

Las ideas que se articulan en el presente artículo no pretenden ser innovadoras ante una cuestión recurrente, compleja y largamente estudiada como es el Poder Judicial o, como se suele llamar con mayor frecuencia, la reforma del Poder Judicial.

Se intenta abordar la tan apetecida reforma judicial recreando ideas sobre esta, congruentes con las exigencias de la época de perfil posmoderno. Se pretende bosquejar, sintéticamente, el proceso histórico de su desarrollo y estado actual, teniendo en cuenta algunos rasgos significativos a la luz de fuentes bibliográficas mínimas dentro del universo existente.

Como premisa mayúscula se debe considerar que cuando se menciona la reforma del Estado peruano, se debe entender como un proceso que abraza la reforma de los poderes u órganos públicos; y, según sea el caso, de los órganos autónomos constitucionales, los llamados extrapoderes en clave sagüesiana. En consecuencia, analizar el problema del Poder Judicial es escudriñar la problemática estatal o, en otras palabras, la reforma del Estado también lleva consigo la reforma judicial.

Tamaña situación involucra la idea medular de que si el Estado es el marco de la sociedad en cuyo seno se encuentra la comunidad de jueces, su viabilidad va de la mano, qué duda cabe, con un sistema democrático de construcción constitucional. El fenómeno democrático debe aflorar en todas partes o sectores de la sociedad (valores democráticos en la familia, cultura, economía, política,

etc.), apostando por optimizar el ejercicio de las libertades para el desenvolvimiento libre en justicia de las gentes.

Sobre la reforma judicial peruana se ha escrito muchísimo, en demasía y de toda envergadura, ya sea en términos macro y sobre determinados y puntuales temas —piénsese en excelentes trabajos por especialidad sobre reforma penal, civil, comercial, despacho judicial, problemática de los reos en cárcel, entre otros—. Y como proceso histórico ha recibido diversos nombres o etiquetas de acuerdo con cada época, preferentemente reforma y modernización, y después se ha venido utilizando expresiones como reestructuración y refundación en el siglo XXI¹. De lo que se trata es de resumir de modo preliminar algunas ideas fuerza como insumos ante la gesta de la nueva reforma judicial y política que se está viviendo.

2. ENFOQUE DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL DEL PODER JUDICIAL: ¿UN PODER SIN PODER?

La democracia constitucional proporciona los elementos de justificación de los poderes judiciales, pues su contenido esencial se circunscribe a un mundo «con» Constitución y «con» derechos; y tal contenido de juridificación de la democracia tiene como fuentes

1 Sobre la base de los discursos de inicio del año judicial de un nuevo presidente del Poder Judicial, se ha identificado en el siglo XXI todos los usos posibles: reforma (Mario Urrello 2001, Humberto Vásquez 2005, Francisco Távora 2007, Javier Villa Stein 2009, Enrique Mendoza 2013, Víctor Ticona 2015, Duberlí Rodríguez 2017 y José Luis Lecaros 2019), modernización (Mario Urrello 2001, Óscar Alfaro 2002, Hugo Sivina 2003, César San Martín 2011, Enrique Mendoza 2013, Duberlí Rodríguez 2017 y José Luis Lecaros 2019), reestructuración (Francisco Távora 2007 y Víctor Ticona 2015; y de uso frecuente en el mandato del Dr. Hugo Sivina no obstante no haber estado en el texto de su discurso), refundación (Hugo Sivina 2003 y Víctor Ticona 2005) y cambio judicial (César San Martín 2011, José Luis Lecaros 2019). Y dada la crisis del sistema judicial producto de los CNM audios, asumió la Presidencia del Poder Judicial, el Dr. Víctor Prado, quien en su mensaje por el Día del Juez, 2018, evocó el término cambio estructural).

explícitas la constitucionalización del derecho y la teoría integral y dinámica del derecho. La democracia, llámese constitucional, es un principio legitimador, es el marco donde se despliega el conjunto de derechos humanos garantizados y su notoria relación con los poderes públicos. Esta tiene en la fuerza normativa de la Constitución, los valores y principios constitucionales, su punto de inicio y de llegada². Estamos ante un paradigma constitucional en expansión, el cual debe al profesor Luigi Ferrajoli su desarrollo pormenorizado, al igual que al jurista Perfecto Andrés Ibáñez su extraordinaria labor de difusión y debate intercontinental. No es casual que estemos hablando de dos distinguidos exjueces europeos estudiosos del fenómeno democrático y su relación con la judicatura ordinaria y constitucional³.

Se está construyendo una teoría democrática de la judicatura, para una justicia democrática centrada en la persona y el ciudadano; en otros términos, un pensamiento judicial acorde con un Estado democrático-constitucional, cuya línea sustantiva es el compromiso de lo judicial con la plena vigencia y garantía de los derechos humanos, los derechos ciudadanos, la seguridad jurídica, la sociedad, la cultura, la transparencia, el crecimiento y el desarrollo

2 DOMÍNGUEZ HARO, Helder (2018). *Democracia constitucional. Elementos teóricos, desarrollo jurisprudencial e introducción bibliográfica*. Lima: Grijley, 65-ss. La tendencia que aboga la prevalencia de una democracia constitucional fue iniciada por el Tribunal Constitucional peruano desde inicios del corriente siglo a nivel jurisprudencial, y en el Perú de hoy se suma el Jurado Nacional de Elecciones.

3 De los muchos libros del intelectual italiano Ferrajoli destacan especialmente su *Teoría del garantismo penal* (1989) y *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, 3 tomos (2007). Del mismo autor, la prestigiosa editorial Trotta ha publicado recientemente un nuevo libro: *Los derechos y sus garantías. Conversación con Mauro Barberis* (2016), que constituye una interesante y ejemplar conversación y ejercicio de interlocución entre dos intelectuales de alto nivel como son Ferrajoli y Barberis, en cuestiones nucleares, polémicas y de actualidad, como sucede con el tercer bloque de la obra dedicado a la democracia y a la política. Por su parte, el español Perfecto Andrés Ibáñez ha escrito *Cultura constitucional de la jurisdicción* (2010), solo para citar una de sus diversas publicaciones.

económico. Al respecto, los estudios sobre la administración de justicia dan cuenta de que su inadecuado funcionamiento es un serio freno para el desarrollo económico, político y social del país. El Banco Mundial ha indicado en su momento que el sistema judicial repercute de un modo considerable en la riqueza de un país⁴ o el sistema de justicia es un factor que debe considerarse en el crecimiento de la productividad de un país⁵. El hecho de que exista una conexión directa entre el sistema de justicia con la productividad, no quiere decir que la justicia se reduzca a un determinismo económico o a una simple fórmula cuantitativa. Ello significa reconocer que un sistema jurídico eficiente maximiza el uso racional de los escasos recursos y reduce al mínimo los costos para una mejor satisfacción de las necesidades humanas⁶.

La democracia de arquitectura constitucional significa una relación de paridad y control de los poderes públicos, poderes

4 BANCO MUNDIAL (2006). *Where is the Wealth of Nations? Measuring Capital for the 21st Century*. Working Paper n.º 14. Washington, D. C.: Banco Mundial.

5 Importa la lectura del primer Informe de Competitividad 2019 elaborado por el Consejo Privado de Competitividad (CPC), creado por el Instituto Peruano de Administración de Empresas (IPAE), que desarrolla siete de catorce factores que explican el crecimiento de la productividad, uno de ellos es el sistema de justicia. Se propone un diagnóstico, se identifican los problemas y se plantean propuestas de solución; y no obstante los puntos de vista que de hecho genera, es un documento de trabajo abierto al debate público (<https://www.ipae.pe/wp-content/uploads/2018/12/Informe-CPC.pdf>).

6 Al respecto, el Poder Judicial peruano tiene clara la conexión del sistema judicial con el crecimiento económico y el bienestar nacional. A guisa de ejemplo, en el 2013 la judicatura nacional participó del Proyecto de Mejoramiento de los Sistemas Judiciales para el Comercio y la Economía, que contó con el concurso de la Oficina del Comisionado para Asuntos Federales de la Judicatura de Canadá; y en el 2016 se formó la Comisión de Trabajo encargada de coordinar las acciones, actividades e iniciativas vinculadas a la participación del Poder Judicial del Perú y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) en el marco del Acuerdo y la Carta de Entendimiento relativo al Programa País. Dos importantes experiencias en las cuales participé al formar parte de las comisiones que se crearon para tales propósitos.

en un mismo nivel y equilibrados para garantizar el respeto de la dignidad y los derechos de los seres humanos, de los ciudadanos. En esa lógica, impartir justicia es dotar primariamente a los jueces de un poder no menos importante y, en consecuencia, ningún poder del Estado es el «primer», «segundo» o «tercer» poder o «poder de tercera».

El jurista y juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Luis López Guerra⁷ ha indicado con toda pulcritud que si el siglo XIX fue el siglo del Legislativo a través de una importante legislación traducida en códigos civiles, comerciales, de procedimiento; y la mayor parte del siglo XX el del Poder Ejecutivo, parece haberse avanzado hacia una fase en que le corresponde un esencial protagonismo al Poder Judicial, en tanto encargado de garantizar y proteger las situaciones creadas por la continua evolución de los regímenes constitucionales, y como encargado de garantizar y proteger los derechos de las personas.

Un dato capital demasiado relevante de la historia del pensamiento universal sobre la democracia es su identificación con el binomio Ejecutivo-Parlamento y, posteriormente, con la jurisdicción ordinaria y constitucional (cortes de justicia, cortes o tribunales constitucionales). En efecto, si bien los diversos esquemas teóricos sobre la experiencia democrática han contribuido a la formación de su definición y contenido, teniendo como referente el principio de la separación o división de poderes (ya sea apostando por su consagración, crítica y replanteamiento), falta recorrer y acentuar el estudio democrático de uno de los poderes constitucionales llamado Poder Judicial.

7 LÓPEZ GUERRA, Luis (2001). *El Poder Judicial en el Estado Constitucional*. Lima: Palestra, 34. Corresponde también a inicios del siglo XXI el estudio de MONROY GÁLVEZ, Juan (2003). «De la administración de justicia al Poder Judicial. ¿Cambiando de oxymoron?». *Cuadernos de Política Judicial*, 1, 23-60.

Tal aseveración obedece a la forma como se entendió a la judicatura desde sus inicios. Históricamente, la existencia de la función jurisdiccional o la llamada «administración de justicia» de sus inicios y no como un poder del Estado. Recuérdese que para el inglés Locke lo judicial no era poder y si bien el francés Montesquieu formalmente identifica al aparato judicial como un poder, su mirada se centraba en el poder político concentrado en el Ejecutivo y en el Legislativo. En efecto, el principio liberal e histórico de división de poderes no contemplaba en sus inicios al Poder Judicial, considerado como un ente administrativo que se encargaba precisamente de «administrar justicia» o una actividad o facultad administrativa para resolver los conflictos intersubjetivos.

Ese tránsito de la administración de justicia por impartición de justicia como auténtico Poder Judicial es consecuencia del constitucionalismo democrático. Es un hito significativo —o ruptura, como dicen los historiadores— para comprender la naturaleza de la función judicial, como una expresión de la potestad estatal de impartir justicia, que proviene del poder ciudadano, de la sociedad en su conjunto, y allí radica su legitimidad social y democrática. Y no podría ser de otro modo, por cuanto el Poder Judicial, a través de sus diferentes órganos jurisdiccionales, aplica el derecho —que recae sin intermediarios— sobre las personas, ciudadanos, y afecta sus bienes, sus propiedades, su libertad y su honor o incluso su propia vida.

En efecto, investido de imperio y jurisdicción, el juez es el depositario de la función del Estado para impartir justicia; es decir, la función jurisdiccional que le ha sido conferida a la judicatura no se deriva de un poder abstracto, sino que se encuentra referida al conocimiento de casos concretos en los cuales el ejercicio de la jurisdicción corresponde a todos los jueces, que son a su vez garantes de la transparencia de los poderes públicos frente a sus actos ilícitos. La judicatura como poder constitucional constituido —que emana del pueblo— tiene la potestad jurisdiccional de hacer

eficaz el derecho objetivo, ya sea resolviendo conflictos, eliminando incertidumbres, controlando la actuación administrativa de los órganos del Estado, o en blanco y negro: «controlando a los otros poderes».

Siguiendo ese orden esbozado, el Texto Fundamental peruano de 1993 —interpretado— reconoce la calidad de poder a la judicatura, no como algo lírico sino tangible y presente. Dentro de un Estado constitucional o Estado constitucional y democrático de derecho, el Poder Judicial, como poder legítimo y constituido, es y debe ser un garante de la tutela de los derechos constitucionales y de la sujeción de los poderes públicos a la Constitución y la ley (principio de constitucionalidad y legalidad). Si bien el constitucionalismo peruano iniciado con la moderna Carta Política de 1979 hechiza una judicatura, por lo menos mejor que las Constituciones anteriores, con tendencias propias de un poder público: «históricamente el Poder Judicial hasta la Constitución de 1979, fue una dependencia del Ministerio de Justicia y su presupuesto se encontraba incluido como una partida más de dicho portafolio. Un habilitado venía cada mes a pagar a los magistrados de todas las categorías. Y dice un viejo refrán que “quien paga manda”»⁸. Sin embargo, dicha tendencia en cuanto a la autonomía en lo económico del quehacer judicial es jaqueada por la Constitución de 1993. Es por ello que para superar esa situación, se ha indicado que la Constitución actual debe ser «interpretada» en función de una interpretación institucional y sistemática desde la vertiente democrática, y alimentada del constitucionalismo contemporáneo.

Las reflexiones antes vertidas nos permiten señalar que en un contexto de democracia constitucional el poder jurisdiccional de los jueces no puede ser arbitrario, por cuanto el fundamento

8 Discurso del señor presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República doctor don Juan Vicente Ugarte del Pino, en la ceremonia de apertura del año judicial de 1987. Publicación oficial. Lima, página 14.

democrático del deber de motivar las decisiones jurisdiccionales en los diferentes niveles, es un ingrediente consustancial propio de un sistema de justicia acorde con reglas del buen gobierno democrático. Se busca además que las resoluciones judiciales debidamente motivadas sean predecibles necesariamente⁹, y son los diferentes plenos jurisdiccionales a nivel supremo (desde el 2005) y a escala superior (en efecto, iniciados en la década de los noventa y de regularidad y vocación de permanencia en la práctica a partir del presente siglo) los que apuntan a la uniformidad de los fallos judiciales en el Perú. En los últimos diez años, el conjunto de acuerdos, sentencias y precedentes judiciales han originado un inusitado debate público y académico de análisis y crítica, e incluso —por ejemplo— se han creado asignaturas y cursos especialmente para tratar los plenos casatorios, que trascienden las fronteras de las instituciones académicas de los órganos del sistema de justicia, como sucede con la enseñanza universitaria de posgrado.

Finalmente, el sustento democrático vertebrado también abarca las labores de gestión y la estructura orgánica y funcional de los órganos de gobierno del Poder Judicial peruano. Se tiene, por ejemplo, la participación de la comunidad jurídica en el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, como un rasgo relevante en estos años, producto del modelo participativo de reforma. En efecto, la participación en dicha instancia de gobierno de un representante externo al Poder Judicial elegido por los colegios de abogados del Perú, es una práctica interesante, de vital significado en la toma de decisiones y de imposición de medidas disciplinarias; y que se repite en los Consejos Ejecutivos distritales a nivel nacional. Por supuesto que habrá que perfeccionar aquello que se deba mejorar, por cuanto de lo que se trata es de no asumir una suerte de «presidencialismo judicial» desbordante o que paradójicamente se termine en un

9 Véase HERRENDORF, Daniel E. (1994). *El poder de los jueces. Cómo piensan los jueces que piensan*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

«presidencialismo corporativo» que repose en un grupo de jueces afortunados; sino una visión corporativa y colegiada democrática y participativa de los órganos de gobierno judicial¹⁰. En ese sentido, el delicado papel de los magistrados, quienes deciden por aquello que es valioso para cada ser humano dentro de un proceso judicial, y el rol de los magistrados en labores de gestión institucional, merecen el control social y el control democrático de sus actos.

Sobre la referida práctica institucionalizada, debe precisarse que el equilibrio y control de poderes, más aún en un modelo horizontal como el nuestro, no debe admitir excepciones, pues ello puede originar desviaciones que pueden terminar ahogando la democracia. Si cada poder del Estado tiene precisamente una cuota de poder político y/o jurídico, entonces la democracia conlleva a ampliar y regular la participación ciudadana en todas las esferas de la cosa pública. En consecuencia, el modelo de participación y control de la sociedad en la organización estatal es un derecho constitucional democrático y contemporáneo que no solo debe ser de aplicación a la esfera judicial, sino también a todo el sistema de pluripoderes, como elemento catalizador del fenómeno democrático.

En mérito de lo hasta aquí expuesto, la calidad de una democracia, de una democracia inclusiva y participativa significa un Poder Judicial fuerte. Una organización judicial nacional sólida comprende, evidentemente, la plena función jurisdiccional y política del juez. La función política y social de la magistratura o la legitimidad democrática del juez (en su función legitimadora del Estado) es el tema de la hora presente, y eso es pensar en una justicia republicana. Así las cosas, una democracia sin justicia no es democracia (justicia en democracia).

10 Interesa al respecto ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy (2003). «La impartición de justicia en la propuesta de reforma constitucional peruana recientemente debatida». *Jurisdicción constitucional, impartición de justicia y debido proceso*. Lima: ARA Editores, 375-408.

Con estas credenciales, la reforma del Estado en general y la reforma del Poder Judicial en particular, aspectos que se tratarán en las líneas que siguen, tienen una mejor comprensión desde el pensamiento democrático judicial, el mismo que conlleva un sentido de pertenencia de la justicia, identificación con un sistema confiable de justicia y de empoderamiento del usuario de los servicios judiciales como líneas capitales para importantes y eficientes políticas públicas¹¹. Ayuda mucho, del cuadro anteriormente descrito, la necesidad de impulsar en la formación de los jueces y fiscales —y de la abogacía en general— la enseñanza de la democracia y la judicatura, la democracia constitucional y el quehacer jurisdiccional, el enfoque democrático-constitucional de las reformas judiciales. Es la Academia de la Magistratura, en principio, la encargada de asumir o reorientar este desafío (sin olvidar, por supuesto, la etapa universitaria, absolutamente fundamental para todo proceso de transformación a largo plazo)¹².

3. LA REFORMA DEL ESTADO Y LA JUDICATURA NACIONAL: ¿REFORMAR LA REFORMA?

La reforma política y judicial del corriente año como efecto natural de la prolongada crisis política (inclúyase el conflicto entre poderes de origen popular) y producto de la enorme crisis que sacudió los cimientos del sistema de justicia y del aparato judicial, obliga a plantearse la necesidad de hacer cambios y transformaciones institucionales.

11 Léase, RODRÍGUEZ ALBÁN, Miguel (2018). *El Estado y las políticas públicas. Enfoque jurídico y político*. Prólogo de Helder Domínguez Haro. Trujillo: Librorum.

12 Sobre este asunto en particular, a nivel universitario las cosas podrían ser mejor, en la maestría en Derecho con mención en Política Jurisdiccional de la Pontificia Universidad Católica del Perú, el curso de Reformas Judiciales en América Latina tiene el carácter electivo (no obligatorio), lo cual es una desventaja y un despropósito en la formación histórica y presente de los alumnos. Ello no sucede con otros dos cursos también importantes y esta vez obligatorios, me refiero a los cursos sobre Políticas Públicas y Jurisdicción y Sistemas Judiciales Comparados.

En el caso de la judicatura peruana, si bien no se puede precisar históricamente cuándo se inició el proceso de reforma judicial, un punto de especial referencia será a inicios de la década seis del siglo pasado, aunque el problema judicial del siglo XX se remonta al Oncenio y continúa desde el año 1930, lo que hace pensar que la crisis del sistema judicial tiene su tiempo de marchas y contramarchas, de actos de resistencia o de militante colaboración con el poder político¹³, por cuanto se ha oscilado entre la democracia y el autoritarismo propio de la centuria pasada. Se afirmaba que el prestigio del Poder Judicial hasta 1920 era prácticamente indiscutible¹⁴, y como explicará Domingo García Belaúnde, la judicatura peruana en el siglo XIX hasta inicios del siglo XX funcionó bien, con altas y bajas, «en parte porque no habían surgido las dificultades que solo afloraron más tarde y que erosionaron el servicio de justicia. Esto no quiere decir que no haya habido críticas y propuestas, pero ellas en realidad eran escasas y estaban prácticamente circunscritas a determinadas épocas, áreas o situaciones»¹⁵.

Si bien los sucesivos gobiernos desde la década de los treinta del siglo XX, fueron en buena parte administradores de la crisis económica, lo cierto es que han existido diferentes modalidades y alternativas de reformas de la judicatura. Básicamente, la reforma de los sesenta (Comisión para la Reforma del Poder Judicial creada por la Ley n.º 13036 en noviembre del año 1958, y una avanzada Ley Orgánica del Poder Judicial, Decreto Ley n.º 14605 de 1963); la reforma militar de la década de los setenta (Comisión

13 RAMOS NÚÑEZ, Carlos (2008). *Historia de la Corte Suprema de Justicia del Perú*. Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial, 28.

14 SÁNCHEZ, Luis Alberto (1988). *El Perú: nuevo retrato de un país adolescente*. Lima: Mosca Azul, 98.

15 GARCÍA BELAÚNDE, Domingo (2004). *El Poder Judicial en la encrucijada*. Lima: Ara Editores, 69.

de Reforma Judicial creada por Decreto Ley n.º 21307 de 1975, previa aparición del Consejo Nacional de Justicia a través del Decreto Ley n.º 18060 de 1969 y cuya consagración a escala constitucional como Consejo Nacional de la Magistratura se da con la Constitución de 1979); la llamada reforma y modernización de la justicia de los noventa (Comisión Ejecutiva del Poder Judicial originada por la Ley n.º 26546 de 1995; formación del Consejo de Coordinación Judicial mediante la Ley n.º 26623 de 1996; una nueva Ley Orgánica del Poder Judicial sancionada previamente por el Decreto Legislativo n.º 767 de 1991, modificada sustancialmente por el Decreto Ley n.º 25869 de 1992, que ocasionó un Texto Único Ordenado aprobado por el Decreto Supremo n.º 017-93-JUS; e igualmente la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura, Ley n.º 26397 acorde con la Constitución de 1993, la misma que mantiene la separación del Poder Judicial y del Ministerio Público, como sucedió con la Constitución de 1979¹⁶); y la reestructuración y refundación judicial a inicios del siglo XXI (corresponden al año 2003 la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia-Ceriajus creada por la Ley n.º 28083, y las originadas desde la judicatura nacional, Comisión de Magistrados para la Reestructuración Judicial y Acuerdo Nacional por la Justicia). Es cierto también que ante la nueva crisis de corrupción judicial desbordada en la mitad del año 2018 (de mayor intensidad que la producida en el 2005, se adoptaron en su tiempo medidas para la llamada reestructuración de la administración de justicia), se está produciendo un nuevo ciclo de reformas.

16 Domingo García Belaúnde ha advertido que la Constitución de 1993 se discutió y aprobó teniendo como plantilla la Carta Política de 1979, a la que repite en más del 65 % de sus enunciados. Véase GARCÍA BELAÚNDE, Domingo (1996). «La reforma del Estado en el Perú». En AA. VV. *La reforma del Estado. Estudios comparados*. México D. F.: UNAM/Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Presidencia de la República, 389.

Esta nueva época de tratamiento y solución a la crisis del sistema de justicia (una suerte de «cuarta» o «quinta oleada» de reformas, para aquellos que siguen la historia judicial o la «segunda» oleada del siglo XXI), ha sido temporalmente abordada, a modo de ilustración, en dos subetapas:

- a) En la segunda mitad del 2018, por la Comisión Consultiva denominada Comisión de Reforma del Sistema de Justicia del Poder Ejecutivo (Resolución Suprema n.º 142-2018-PCM, de fecha 12 de julio), por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, a través del Plan de Cambios Urgentes del Poder Judicial y por las seis comisiones especializadas nacidas de la propia Corte Suprema de Justicia, como son las Comisiones de Integridad y Control Institucional, para la Reformulación de las Prácticas y Competencias Casatorias de la Corte Suprema, para la Reforma Estructural, Orgánica y Operativa del Consejo Nacional de la Magistratura y la Academia de la Magistratura, para la Adaptación Estratégica de los Procedimientos y Competencias en lo Contencioso Administrativo, para la Democratización y Transparencia de la Elección para Nuevas Autoridades Judiciales, y Comisión para la Modernización Tecnológica y de los Procesos de Optimización del Servicio Judicial (Acuerdo n.º 32-2018, Décimo Segunda Sesión Extraordinaria de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia). Comprende también la Ley n.º 30833, que declara en situación de emergencia el Consejo Nacional de la Magistratura y suspende su Ley Orgánica (Diario Oficial *El Peruano* del 28 de julio de 2018).
- b) En el 2019, el proceso de reforma ha tomado cuerpo y figura humana a través de una especie de comité de crisis al más alto nivel denominado Consejo para la Reforma del Sistema de Justicia creado por la Ley n.º 30942 (Diario Oficial *El Peruano* del 8 de mayo) y conformado por los titulares de

los poderes públicos representativos (presidente de la República, presidente del Congreso de la República, presidente del Poder Judicial, presidente del Tribunal Constitucional, fiscal de la nación, presidente de la Junta Nacional de Justicia, contralor general de la República y defensor del pueblo). En ese contexto descrito, a la pregunta quién nombra y quién controla, la respuesta ha sido la aprobación de una ley de reforma constitucional sobre un tema peliagudo y sensible como es la elección de los jueces y fiscales, y dos leyes que modifican de manera radical el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Ley Orgánica del Ministerio Público y Ley de la Carrera Judicial sobre los órganos de control del aparato judicial y fiscal; con lo cual se tiene la siguiente plataforma normativa vigente: Ley n.º 30904 sobre la conformación y funciones de la Junta Nacional de Justicia (Diario Oficial *El Peruano* del 10 de enero de 2019), Ley n.º 30943, Ley de Creación de la Autoridad Nacional de Control del Poder Judicial y Ley n.º 30944, Ley de Creación de la Autoridad Nacional de Control del Ministerio Público (Diario Oficial *El Peruano* del 8 de mayo de 2019 para ambas), las cuales ciertamente han generado comentarios y opiniones de diversa magnitud.

Ante este escenario constitucional y legal, de lucha contra la corrupción, contra la morosidad y el retardo, en la búsqueda de ir reduciendo y eliminando la impunidad, los factores de riesgo del fenómeno de la corrupción¹⁷, reforzada con la promoción de los valores éticos (tarea conjunta del Estado, la sociedad y la

17 Como síntesis de la problemática, en términos generales y preliminares sobre la justicia para el debate público, se puede citar el informe preparado por Gaceta Jurídica titulado: *La justicia en el Perú. Cinco grandes problemas. Documento preliminar 2014-2015*. Lima, 2015.

familia¹⁸) y el uso de la tecnología, como el inicio del expediente electrónico en los órganos jurisdiccionales para transparentar y dar celeridad a los actos, las soluciones si bien deben darse de modo frontal, también deben siempre apuntar desde una perspectiva democrática sin viejos intervencionismos que puedan dañar una real autonomía e independencia del quehacer jurisdiccional en relación con el poder central y político.

Evidentemente, una reforma judicial «sin» los jueces o «solo» de jueces no funciona. Por ello, el Poder Judicial debe asumir el rol protagónico de liderar una reforma participativa y sistémica en aras de una justicia sólida y orgánica, sin duda, formando alianzas con los diferentes poderes y sectores de la sociedad, y con la participación de los organismos cooperantes internacionales (desde una perspectiva de la autonomía del sistema judicial y los derechos humanos). Vale decir, un cambio y reconfiguración desde el mismo Poder Judicial y no desde afuera. El jurista Domingo García Rada afirmaba que la reforma es provechosa cuando es auspiciada por el propio Poder Judicial¹⁹. En los últimos quince años, que comprenden la declaratoria de emergencia del Poder Judicial del año pasado, este poder del Estado ha presentado distintos proyectos de ley al Congreso de la República, en torno a mejorar la calidad del servicio de la justicia en el ámbito organizativo, funcional y jurisdiccional (inclúyase el acceso a la justicia y la diversidad cultural en la agenda del Poder Judicial). Sin embargo, no ha tenido la acogida esperada por el Parlamento

18 A nivel de las relaciones familiares, el artículo 463, inciso 1 del Código Civil prescribe que los padres pueden ser privados de la patria potestad cuando dan ejemplos corruptos a sus hijos.

19 Memoria del señor presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República doctor don Domingo García Rada. Leída en la ceremonia de apertura del año judicial de 1969. En *Anales Judiciales de la Corte Suprema de Justicia de la República. Años judiciales de 1967-1968-1959*. Tomo LXII. Publicación oficial, 1971. Lima: Imprenta Minerva, 238.

(ver en el anexo algunas propuestas); así como también han quedado al interior del Poder Judicial interesantes propuestas y reformas legales que seguramente verán la luz en algún momento del devenir republicano, como, por ejemplo, una nueva Ley Orgánica del Poder Judicial, proyectos para atacar la sobrecarga procesal y el retardo en la impartición de justicia, y sobre la designación judicial (selección, evaluación y ratificación de jueces) partiendo primero por la transformación de la Academia de la Magistratura en una Escuela Judicial con periodos académicos prolongados y obligatorios para acceder a la judicatura. No debe soslayarse ni perderse de vista, en todo proceso de reforma integral, la capacitación como política pública fundamental y dimensión relevante del sistema judicial; consiguientemente, se requiere profundizar y fortalecer la profesionalización de la educación judicial a través de una moderna Escuela Judicial²⁰. De esta última visión característica de la propuesta del Poder Judicial, y en ese orden, carecían los diferentes proyectos que modificaban el desaparecido Consejo Nacional de la Magistratura, y a su turno, finalmente, la ley de reforma constitucional creadora de la Junta Nacional de Justicia.

Y si de capacitación judicial se trata, se debe poner las cosas en su justo lugar para que se tenga una sustancial reforma, circunscribiendo la enseñanza legal-judicial en cinco grandes bloques: derecho constitucional, derechos humanos, ética judicial, argumentación jurídica y derecho judicial; que deben abordarse transversalmente desde la democracia constitucional y la filosofía del derecho.

Si bien es una ardua tarea renovar el sistema de justicia, por cuanto existe el enemigo de la corrupción, hoy por hoy urge una

20 Desde 1996 al 2019, es decir, desde la creación de la Comisión de Reorganización y Gobierno de la Academia de la Magistratura hasta la fecha, han pasado aproximadamente veinte directores generales en veintitrés años, lo que nos obliga a replantear el estado de cosas existente.

reingeniería de la justicia (reingeniería humana), en la búsqueda de un mayor rendimiento de los agentes involucrados, en función de una plataforma de ideas, valores y principios constitucionales con espíritu de permanencia, sintonizados en políticas democráticas sobre la administración e impartición de justicia, en la trilogía eficiencia-justicia-ética en beneficio del ciudadano, y que deben responder a la interrogante ¿qué Poder Judicial necesita el país?, o utilizando expresiones del maestro Fix Zamudio, la reforma judicial ¿de dónde viene?, y ¿hacia dónde va? ²¹. En este recorrido, es absolutamente vital en la conducción del Poder Judicial, adelante y atrás en el proceso de reforma, la acción propositiva (y no conservadora) y de autocrítica de los jueces supremos y su nivel de compromiso con la gobernabilidad judicial.

Partamos de la persona y hacia la persona. El mejoramiento del sistema de justicia es también una cuestión de personas, de conciencias, que por su complejidad es una permanente lucha por generar prototipos de magistrados mayoritariamente probos y de pensamiento crítico a tono con la realidad, en aras de la vigencia social de la judicatura. Un diseño institucional con una cultura judicial de tales características asegura importantes reformas democráticas.

De lo hasta aquí desarrollado, para su concreción se requiere en gran medida de la voluntad política de cambio o de la famosa «intencionalidad política» por parte no solamente de la Presidencia del Poder Judicial, la Sala Plena y el Consejo Ejecutivo, involucra —inexcusablemente— el compromiso institucional y económico de los poderes Ejecutivo y Legislativo. A nivel institucional, la reforma constitucional y legal del servicio de justicia es una oportunidad de prueba de dicho compromiso; y a nivel económico y presupuestario, si bien el dinero no lo es todo en la vida, nadie puede negar que es

21 Léase FIX ZAMUDIO, Héctor (2002). *La reforma judicial en México. ¿De dónde viene? ¿Hacia dónde va?* México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas.

necesario para alcanzar los logros que la sociedad espera; y si bien el tener los recursos económicos suficientes tampoco asegura la solución de los problemas en torno a la judicatura, su eficiente uso y redistribución desde un enfoque sistémico y políticas democráticas equitativas, es un buen parámetro para una reforma de corto plazo y de largo aliento. Si el Estado asignara los montos presupuestarios suficientes y coherentes con la implementación de la reforma procesal penal y la reforma procesal laboral, no se estaría todavía en plena implementación (en el primer caso van trece años; y, en el segundo, nueve años). No menos importante es el impacto de las remuneraciones de los diferentes actores en todo proceso de reforma, especialmente la necesidad de una retribución competitiva para los trabajadores jurisdiccionales y administrativos. En definitiva, invertir en justicia significa dotar de una real autonomía presupuestal a la judicatura.

La reestructuración judicial democrática del siglo XXI no comprende ni se agota en el periodo de un determinado presidente de la República y de un presidente del Poder Judicial, es todo un proceso continuo de políticas públicas en lo organizacional y jurisdiccional preestablecidas, un devenir, haciéndose permanentemente por las exigencias sociales en el camino de una justicia independiente, predecible y moderna (el servicio de justicia no al servicio del poder), y desde esa perspectiva habrá que juzgarla.

4. APUNTES BIBLIOGRÁFICOS: REACTUALIZAR LA JUSTICIA

Sobre el sistema de justicia y particularmente del Poder Judicial peruano se tiene una copiosa literatura, y no obstante dicha dificultad, con el presente trabajo intentamos aproximarnos o acercarnos al proceso de reforma judicial desde los diferentes libros —individuales y colectivos—, publicaciones, folletos y documentos de trabajo en sede nacional. Un primer intento de esquema bibliográfico que de hecho no es completo por diferentes razones

y variables; pero trata de reunir lo esencial sobre tan palpitante tema como es la reforma, modernización, reestructuración y refundación de la judicatura, para que de ese modo no se pierda el rumbo al no tenerse fuentes bibliográficas mínimas.

Se han considerado publicaciones del siglo XX y como fecha de cierre hasta el año 2011 (las que aparecen sin fechas se ha creído pertinente incluirlas en la lista porque su revisión atañe al periodo estudiado), correspondiente a la primera década, por cuanto está en preparación una segunda entrega actualizada. Por ahora no se han considerado probablemente algunos aspectos sectoriales, de especialidad o nuevos temas dentro del estudio del derecho judicial, jurisdiccional y de la justicia en general; ni artículos en revistas o publicaciones periódicas que existen —en buen número y por temas de especialidad—, porque el tiempo ha sido mi permanente enemigo. Sin embargo, se pueden revisar, a guisa de ejemplo: los *Anales Judiciales de la Corte Suprema de Justicia*, la *Revista Oficial del Poder Judicial y de la Corte Suprema de Justicia*, y la *Revista de la Academia de la Magistratura*. En igual sentido, es ilustrativa la lectura de los diferentes informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en lo que concierne al tema desarrollado, de la Organización de Estados Americanos cuando aborda aspectos de la administración de justicia y de la Relatoría Especial de las Naciones Unidas sobre independencia de magistrados y abogados.

Finalmente, se ha agregado bibliografía básica comparada correspondiente a nuestro continente, bibliografía complementaria a la reforma judicial y, además, a nivel constitucional e histórico de hechura nacional.

4.1. Bibliografía sobre reforma judicial

ALCABÉS, Nissim (1999). *Aportes a una nueva Ley Orgánica del Poder Judicial: la carrera judicial, evaluación del desempeño*

de los magistrados judiciales, estructura y gobierno del Poder Judicial. Lima: New Graf.

ALEGRÍA CAMPOS, Mario (1972). *Poder Judicial: reforma urgente*. Lima: Chiabra.

ALONSO, Pablo (2003). «Programa de acceso de mejoramiento a la justicia en el Perú». *VIII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*. Panamá: CLAD, 1-12.

ÁLVAREZ DUEÑAS, Pedro (2009). *Notificación electrónica en el Poder Judicial*. Arequipa: Adrus.

ALZAMORA VALDEZ, Mario (1963). *La nueva Ley Orgánica del Poder Judicial*. Lima.

AMORETTI PACHAS, Mario (2009). *¿Reforma judicial?* Lima: Magna.

ANCHORENA, Carlos (1939). *Por la pronta y buena administración de justicia*. Lima: Atlántida.

ARIAS LAZARTE, Carlos y BOLÍVAR, Adelaida (1996). *La casación civil en cifras*. Lima: Cultural Cuzco.

AVENDAÑO, Jorge (2000). «Sobre reforma judicial». *A la luz del derecho. Cinco años en el Congreso de la República*. Trujillo: Normas Legales.

BARROS, Óscar C. (1940). *Por la justicia y por la patria: «Devolveremos al Poder Judicial su excelsitud»*. Lima: Taller de Linotipia.

____ (1941). *El atropello contra la Corte Suprema en 1930 y su inminente solución por el Congreso de 1941*. Lima: Taller de Linotipia.

____ (1942). *¿En dónde está la justicia? ¿En dónde está la verdad?* Lima: Taller de Linotipia.

BELAÚNDE, Víctor Andrés (1987). «El Poder Judicial». *El debate constitucional*. Tomo IV. Lima: Comisión Nacional del Centenario de Víctor Andrés Belaúnde.

- _____ (1998). «Democracia y Poder Judicial». En PLANAS SILVA, Pedro. *Democracia y tradición constitucional en el Perú: materiales para una historia del derecho constitucional en el Perú*. Lima: San Marcos.
- BINDER, Alberto, BURGOS MARIÑOS, Víctor, SCHÖNBOHM, Horst, MIXÁN MÁSS, Florencio, CASTAÑEDA DÍAZ, Julio César, VALENCIA LLERENA, Niccy Mariel y CHANG CHANG, Silvia (2009). *La realidad de la reforma procesal penal en el Perú*. Trujillo: Ediciones BLG.
- BURGOS MARIÑOS, Víctor (2008). *El Proyecto Huanchaco y su aporte a la reforma del proceso penal en el Perú*. Trujillo.
- BUSTAMANTE CISNEROS, Ricardo (1949). *La reforma procesal*. Lima: Editorial Peruana.
- BUSTAMANTE Y RIVERO, José Luis (1963). «El Proyecto de Reforma del Poder Judicial». En PAREJA PAZ SOLDÁN, José (dir.). *Visión del Perú en el siglo XX*. Tomo II. Lima: Librería Studium.
- BUSTAMANTE ZEGARRA, Ramiro Antonio (2008). «Reforma del Poder Judicial». En AA. VV. *Ponencias desarrolladas en el IX Congreso Nacional de Derecho Constitucional*. Tomo I. Arequipa: Adrus.
- CALDERÓN PUERTAS, Carlos y ALFARO, Rosario (2001). *La casación civil en el Perú*. Trujillo: Normas Legales.
- CÁRDENAS MUÑOZ, Roberto (1976). *Esquema de un nuevo sistema judicial para el Perú: con organigrama del actual sistema y del propuesto*. Lima: Noriega.
- CASTAÑEDA OTSU, Susana Ynés (2003). «El Poder Judicial de Perú y el proceso de reforma constitucional». En GARCÍA BELAÚNDE, Domingo (coord.). *La Constitución y su defensa: algunos problemas contemporáneos*. Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección peruana). Lima: Grijley.

- _____ (2011). «El procedimiento de destitución de jueces en Perú y jurisprudencia del Tribunal Constitucional». En ETO CRUZ, Gerardo (coord.). *Horizontes contemporáneos del derecho procesal constitucional: liber amicorum Néstor Pedro Sagüés*. Tomo II. Lima: Centro de Estudios Constitucionales/Editorial Adrus.
- CASTRO GARGUREVICH, Martín (2002). *Reforma judicial en el Perú en el contexto de la transición democrática*. II Foro Temático Regional Gobernabilidad para el Empoderamiento de los Pobres. Lima: Banco Mundial.
- CASTRO STAGNARO, Raúl (2008). «El proceso de reforma de la administración de justicia en el Perú. Comprendiendo la reforma para comprender y seguir avanzando». En CASTILLO FREYRE, Mario (coord.). *Libro homenaje a Felipe Osterling Parodi*. Volumen II. Lima: Palestra Editores.
- CATACORA, Manuel, DE BELAUNDE, Javier, LINARES ALENCASTRE, Octavio y MANCHEGO ADRIÁN, Hugo (1988). *Nueva estructura del Poder Judicial. Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial*. Lima: Edimssa.
- CHIARA GALVÁN, Eduardo Rolando (2010). «Las notificaciones electrónicas en la administración de justicia del Perú». *IV Congreso Nacional de Magistrados del Poder Judicial*. Documentos de trabajo. Lima.
- CORNEJO, Mariano H. (1916). *La reforma del procedimiento penal en el Perú: en pro y en contra del jurado*. Lima: Imprenta del Estado.
- CORRALES MELGAREJO, Ricardo (2011). *Reflexiones sobre el buen juez*. Huancayo.
- CUENTAS OLAECHEA, Enrique A. (1998). *Por los caminos de la justicia. Proceso a la Corte Suprema*. Lima: s. e.

- DARGENT BOCANEGRA, Eduardo (2006). «Reforma judicial en el Perú (1990-2005)». En CRABTREE, John (ed.). *Construir instituciones: democracia, desarrollo y desigualdad en el Perú desde 1980*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú/Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico/Instituto de Estudios Peruanos.
- DAVIS, William (1996). *Informe al Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) sobre el proceso para la reforma del sistema de justicia en el Perú*. DPK Consulting. San Francisco: PNUD.
- DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA, Javier (1985). «La administración de justicia». En AA.VV. *Problemas de urgencia en el Perú*. Lima: Centro Peruano de Investigación Aplicada.
- _____ (1999). «La independencia judicial y las incoherencias de la reforma judicial». En AA. VV. *Reforma constitucional. Primer Congreso de Reforma Constitucional*. Fundación Friedrich Ebert (FES). Arequipa: Edigraf.
- _____ (2000). «Justicia, legalidad y reforma judicial en el Perú (1990-1997)». En CRABTREE, John y THOMAS, Jim (eds.). *El Perú de Fujimori 1990-1998*. Lima: Universidad del Pacífico/Instituto de Estudios Peruanos.
- _____ (2005a). «Algunas propuestas para la reforma del sistema judicial peruano». *Cuadernos de Formación n.º 2*. Lima: Instituto de Estudios Social-Cristiano/Fundación Konrad Adenauer.
- _____ (2005b). «Diez temas fundamentales sobre la administración de justicia». *Reforma del Estado. Reforma de la Constitución*. Lima: CAJ/Fundación Konrad Adenauer.
- _____ (2006). *La reforma del sistema de justicia. ¿En el camino correcto? Breve balance de su situación actual y de los retos pendientes*. Lima: Konrad Adenauer Stiftung/Instituto Peruano de Economía Social de Mercado.

- _____ (2007). «El papel de la justicia». En TOVAR, Cecilia (ed.). *La reconciliación en el Perú: condiciones y desafíos*. Lima: Centro de Estudios y Publicaciones e Instituto Bartolomé de las Casas.
- _____ (2008). «El Poder Judicial: la reforma siempre pendiente». En PÁSARA, Luis (ed.). *Perú hoy siglo XXI*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- _____ (2011). «La justicia: ¿hay esperanza?». En PÁSARA, Luis (ed.). *Perú ante los desafíos del siglo XXI*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando (1992). «Poder Judicial base de la democracia». *Paz y bienestar social: asumamos responsabilidades*. Conferencia Anual de Ejecutivos (CADE) 92. Lima: Instituto Peruano de Administración de Empresas (IPAE).
- _____ (1994a). «Administración de justicia y resolución de conflictos». *Empleo productivo: responsabilidad de todos*. Conferencia Anual de Ejecutivos (CADE) 94. Lima: Instituto Peruano de Administración de Empresas (IPAE).
- _____ (1994b). «El sistema judicial peruano». En BOZA, Beatriz (ed.). *Invirtiendo en el Perú: guía legal de negocios*. Lima: Apoyo.
- _____ (1996). *Reflexiones sobre la sociedad civil y el Poder Judicial*. Lima: Ara Editores.
- DOMÍNGUEZ HARO, Helder (2009). *Lectura bibliográfica sobre la democracia y la judicatura nacional como poder del Estado*. Lima.
- DU BOIS, Eduardo (1925). *El Tribunal Supremo*. Lima.
- DURÁN ABARCA, Washington (1971). *Bases para la reforma de la función judicial*. Lima: Pérez Pacussich.
- ECHECOPAR, Enrique (1927). *Justicia inmediata. Hagamos que los jueces fallen las controversias en el mismo tiempo que los juristas absuelven consultas sobre controversias*. Lima.

- _____ (s. f.). *Reformas judiciales*. Lima.
- ECHEVARRÍA ADRIAZÉN, Andrés (2008). «La reforma del Poder Judicial en la Oficina de Control de la Magistratura». En CASTILLO FREYRE, Mario (coord.). *Libro homenaje a Felipe Osterling Parodi*. Volumen II. Lima: Palestra Editores.
- EGUIGUREN PRAELI, Francisco José (1999). *¿Qué hacer con el sistema judicial?* Lima: Agenda Perú.
- _____ (2002). «El Consejo Nacional de la Magistratura». *Estudios Constitucionales*. Lima: ARA Editores.
- EGUIGUREN PRAELI, Francisco José (coord.) (2002). *Propuestas para la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial: gobierno y administración del Poder Judicial, organización de la función jurisdiccional y sistema de carrera judicial*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú y Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID).
- ELGUERA VALEGA, Luis (s. f.). *El Poder Judicial en la historia del Perú. La Corte Suprema en las dictaduras del siglo XX*. Lima.
- ELÍAS JIMÉNEZ, Enrique (2004). *Justicia: cuestión de Estado y sociedad*. Chiclayo: JASV Producciones Especiales.
- ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy (2003). *Jurisdicción constitucional, impartición de justicia y debido proceso*. Lima: ARA Editores.
- _____ (2005). «Sobre la constitucionalización de elementos de la carrera judicial: qué incluir y bajo qué consideraciones». En AA. VV. *Ponencias desarrolladas en el VIII Congreso Nacional de Derecho Constitucional*. Lima: Fondo Editorial del Colegio de Abogados de Arequipa.
- _____ (2008a). «Impartición de justicia en el Perú: algunos comentarios sobre la propuesta de reformas constitucionales hoy en trámite». En AA.VV. *Ponencias desarrolladas en el IX Congreso Nacional de Derecho Constitucional*. Tomo I. Arequipa: Adrus.

- _____ (2008b). «Evaluación del desempeño de los jueces: ideas sobre las técnicas a aplicar y el organismo responsable a materializarla». En ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy y GUTIERREZ TICSE, Gustavo (dirs.). *Limitación del poder y estructura del Estado. Estudios sobre la parte orgánica de la Constitución*. Lima: Grijley.
- ETO CRUZ, Gerardo (2011). «El juez: el señor juez del derecho». En AA. VV. *Memoria del X Congreso Nacional de Derecho Constitucional y III Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional Néstor Pedro Sagüés*. Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Universidad Peruana de Los Andes. Huancayo: Agencia de Publicidad Creative.
- FEBRES, Leonidas (1969). *Memorias de un juez*. Lima: Editorial Gráfica Stylo.
- FERRERO COSTA, Raúl (1999). «Crisis del sistema de justicia». *Trabajos de derecho constitucional. La constitución mediatizada*. Lima: Grijley.
- _____ (2002). «La administración de justicia en el Proyecto de Bases de la Reforma Constitucional». *La transición en marcha*. Lima: Grijley.
- _____ (2006). «Reforma del Poder Judicial». *La reforma constitucional pendiente y otros escritos*. Lima: Nomos & Thesis.
- _____ (2008a). «Reforma del Poder Judicial y otros temas jurídicos». *La reforma del Estado y la reforma constitucional pendiente*. Lima: Grijley.
- _____ (2008b). «La reforma judicial y sus repercusiones». En CASTILLO FREYRE, Mario (coord.). *Libro homenaje a Felipe Osterling Parodi*. Volumen II. Lima: Palestra Editores.
- FIGUEROA NAVARRO, Aldo (2005). «Desafíos y perspectivas en la implementación del nuevo despacho judicial en Lima metropolitana». Lima.

- FLORES-ARÁOZ ESPARZA, Ántero (2005). «Aún no hay reforma judicial». *Autoritarismo o democracia (1990-2000)*. Biblioteca del Congreso del Perú. Lima: Editorial Minerva.
- GARCÍA BELAÚNDE, Domingo (1993). «Participación popular en la administración de justicia». En GARCÍA BELAÚNDE, Domingo y PLANAS, Pedro. *La constitución traicionada. Páginas de historia reciente*. Lima: Seglusa Editores.
- _____ (1996). «La nueva Constitución del Perú: Poder Judicial y garantías constitucionales». En LANDA ARROYO, César, GARCÍA BELAUNDE, Domingo y ZOLEZZI IBÁRCENA, Lorenzo. *Desafíos constitucionales contemporáneos*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- _____ (2004). *El Poder Judicial en la encrucijada*. Lima: ARA Editores.
- GARCÍA CALDERÓN, Manuel (1973). *Algunos hechos y reflexiones sobre la historia de la Corte Suprema de Justicia de la República*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- GARCÍA RADA, Domingo (1944). *Poder Judicial*. Lima: Editorial Atlántida.
- _____ (1963). «El Poder Judicial en el siglo XX». En PAREJA PAZ SOLDÁN, José (dir.). *Visión del Perú en el siglo XX*. Tomo II. Lima: Librería Studium.
- _____ (1978). *Memorias de un juez*. Lima: Editorial Andina.
- GARCÍA SALAZAR, José Antonio Bernard (1976). *La justicia y sus problemas*. Lima: Ebrasa.
- _____ (1983). *En la carrera judicial: juez en provincias, en la Corte Suprema, en el Consejo Nacional de Justicia, ejemplos, anécdotas, comentarios*. Lima: Sesator.
- GARMENDIA, Roberto F. (1969). *Reforma en el Poder Judicial*. Lima: Imprenta Carrera.
- GÓMEZ MENDOZA, Gonzalo (1993). *Conflictos en la justicia de paz: necesidad y tratamiento en el campo penal*. Lima: Rodhas.

- GÓMEZ VALVERDE, Jaime y CAMACHO MIRANDA, Indira (2010). *Propuesta de mejora del sistema de información de expedientes judiciales*. Lima: Jurista Editores.
- GONZÁLEZ D'ANGELO, Vicente (2004). *La justicia peruana: ensayo sobre la reforma del Poder Judicial*. Lima: Cultural Cuzco.
- GONZÁLES MANTILLA, Gorki (1998). *Poder Judicial, interés público y derechos fundamentales en el Perú*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú/Universidad Diego Portales de Chile.
- ____ (2008). «La enseñanza del derecho, cultura legal y reforma judicial». En PEASE GARCÍA, Henry y PEIRANO TORRIANI, Giofianni (eds.). *Reforma del Estado peruano*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- ____ (2009). *Los jueces: carrera judicial y cultura jurídica*. Lima: Palestra Editores.
- GONZÁLES POLAR, Rómulo Hugo (1992). *Hacia una escuela de jueces*. Arequipa: Universidad Nacional de San Agustín.
- GONZÁLEZ PRADA, Manuel (1972). «Nuestros magistrados». *Horas de lucha*. Lima: Universo.
- GUERRA CERRÓN, María Elena (2004). *Visión del sistema de justicia*. Lima: Rodhas.
- ____ (2005). *Hacia una justicia de paz: un asunto de interés nacional*. Lima: Grijley.
- GUTIÉRREZ FERREIRA, Carlos V. (1999). *La formación psicológica de los magistrados*. Lima: Cecosami.
- GUTIÉRREZ TICSE, Gustavo (2010). «El Consejo Nacional de la Magistratura en el Perú». Congreso Internacional sobre el Constitucionalismo en América Latina, 2 al 4 de febrero, Puebla, México.
- HARO BUSTAMANTE, Róger L. (2009). *Conceptos asociados a la gestión pública en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia*

en materia de delitos cometidos por funcionarios públicos. Lima: Presidencia del Consejo de Ministros.

HERRERA PAULSEN, Darío (1963). «El Poder Judicial y la autenticidad del texto de las leyes». En PAREJA PAZ-SOLDÁN, José (dir.). *Biblioteca de cultura peruana contemporánea: derecho*. Tomo 2. Lima: Ediciones del Sol.

____ (1978). *Memoria del doctor Darío Herrera Paulsen, presidente del Consejo Nacional de Justicia*. Lima: Editora Perú.

HURTADO POZO, José (2009). *Reflexiones sobre la reforma del Código Penal*. Lima.

ISRAEL OLIVERA, Raúl e ISRAEL OLIVERA, Manuel J. (1985). *Corrupción en el Poder Judicial y el Ministerio Público*. Lima: San Marcos.

JIMÉNEZ MAYOR, Juan (2008a). «Reforma en la organización y gestión judicial: un reto pendiente». En PEASE GARCÍA, Henry y PEIRANO TORRIANI, Giofianni (eds.). *Reforma del Estado peruano*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

____ (2008b). *Nuevo diseño del régimen de estudios para la Academia de la Magistratura del Perú*. Lima.

LAMA MORE, Héctor (2007). «Perfil del juez». *I Congreso Nacional de Magistrados del Poder Judicial*. Documentos de trabajo. Lima.

LANDA ARROYO, César (2003a). «Balance de la reforma judicial en el Perú, a la luz de los derechos fundamentales». En BAZÁN, Víctor (coord.). *Defensa de la Constitución. Libro homenaje a Germán Bidart Campos*. Buenos Aires: Ediar.

____ (2003b). «Tribunal Constitucional y Poder Judicial». *Tribunal Constitucional y Estado democrático*. Lima: Palestra Editores.

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (1999). *Jueces y reforma judicial*. Lima: Gaceta Jurídica.

- ____ (2002). *La justicia de paz en Lima*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega.
- LEÓN, José Matías (1936). 1930. *La disolución del Poder Judicial*. Lima: Sanmartí y Cía.
- LEÓN Y LEÓN, Bernardino (1916). *Monografía sobre las reformas necesarias respecto de nombramientos y ascensos de los magistrados*. Lima: Casanova.
- ____ (1925). *El Poder Judicial. Somero examen de algunos de sus más graves y fundamentales problemas*. Lima: Ed. Científica.
- LINARES ALENCASTRE, Octavio (1972). *La crisis judicial*. Lima: Industrial Gráfica.
- ____ (1979). *Órgano jurisdiccional y defensa judicial del Estado: para la Constituyente de 1978*. Lima: Edimssa.
- ____ (1988). *Organización del Poder Judicial*. Lima: Edimssa.
- ____ (1989). *Poder Judicial: crisis y emergencia*. Lima: Edimssa.
- ____ (2001). *Emancipación jurisdiccional*. Lima: Jhire Grafel.
- ____ (2003). *El Poder Judicial en el proyecto constitucional*. Lima.
- LLERENA QUEVEDO, Rogelio (1997). *Código de ética judicial. Proyecto*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú Facultad de Derecho/Poder Judicial.
- LÓPEZ ALBÚJAR, Enrique (1963). «Cómo entré en la carrera judicial y cómo me mantuve en ella». *Memorias*. Lima: Talleres Gráficos P. L. Villanueva.
- MACLEAN UGARTECHE, Roberto G. (1996). *Lo que se espera de jueces y magistrados. Justicia*. Guatemala.
- ____ (1997). «Réquiem para el espíritu del legislador: la cultura de servicio en la administración de justicia». En UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO. *El papel del derecho internacional en América. La soberanía nacional en la era de la integración regional*. México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 330-360.

- _____ (s. f.). *La función social del juez: la cultura de servicio en la administración de justicia*. Lima.
- MALPARTIDA CASTILLO, Víctor (comp.) (2007). *Magistratura: un poder sin poder, encrucijada y diligencia*. Lima: San Marcos.
- MANCHEGO ADRIÁN, Hugo (dir.) (1989). *Problemas de la justicia agraria en el Perú*. Lima: Cultural Cuzco.
- MANRIQUE ZEGARRA, César Edmundo (2000). *Autonomía, independencia y responsabilidad judicial: derecho judicial, derecho consuetudinario, epistemología jurídica*. Lima: Instituto de Investigaciones Jurídicas y Judiciales.
- MEJÍA, Beatriz (2000). «Informe de Perú». En THOMPSON, José (coord.). *Acceso a la justicia y equidad: estudio en siete países de América Latina*. San José: BID/IIDH, 249-326.
- MESTANZA, Oscar (2003). *La reforma del Poder Judicial*. Lima.
- MIRANDA CANALES, Manuel (2004). *Sistema de nombramiento de magistrados en el Perú*. Lima: Ediciones Jurídicas.
- MIXÁN MÁSS, Florencio, BURGOS MARIÑOS, Víctor y PÉREZ GALIMBERTI, Alfredo (2003). *Proyecto Huanchaco. Código Procesal Penal peruano*. Trujillo: Centro de Estudios para la Reforma de la Justicia Democracia y Libertad (CERJUDEL), Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP) y Comisión Episcopal de Acción Social (CEAS).
- MONROY GÁLVEZ, Juan (1990). *El Poder Judicial a 10 años de vigencia de la Constitución de 1979*. Lima.
- _____ (2000). «El derecho y el ciudadano. La reforma del servicio de justicia». *Para «mi otro corazón». Sobre derecho, proceso y otras angustias*. Lima: Palestra Editores.
- _____ (2004). *La función del juez en el derecho contemporáneo*. Lima: San Marcos.

- MONTOYA ANGUERRY, Carlos (2009). «Ética judicial. Experiencia a nivel de Corte Superior». En AA. VV. *Constitución y proceso. Libro homenaje a Juan Vergara Gotelli*. Lima: Tribunal Constitucional y Jurista Editores.
- MOSQUERA VÁSQUEZ, Clara (2005). *Ser juez en el Perú*. Lima: Servicios Gráficos Sunset Color.
- O'PHELAN PÉREZ, Fernando (2010). *La justicia del diablo: bitácora de un viaje personal por la reforma judicial peruana y latinoamericana*. Lima: Projusticia.
- ORTECHO VILLENA, Víctor Julio (2010). «Gobernabilidad y sistema de administración de justicia». *Estado y ejercicio constitucional*. Trujillo: Marsol.
- PARODI REMÓN, Carlos Augusto (1993). «La administración de justicia en el Perú». En OVALLE FAVELA, José (coord.). *Administración de justicia en Iberoamérica*. México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- PÁSARA, Luis (1978). *Reforma agraria: derecho y conflicto*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos.
- _____ (1979). *¿Pueden cambiar los jueces?* Trabajo presentado a la reunión sobre Derecho y Sociedad organizado por CLACSO. Buenos Aires.
- _____ (2010). *Tres claves de la justicia en el Perú: jueces, justicia y poder en el Perú, la enseñanza del derecho, los abogados en la administración de justicia*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- PAZ-SOLDÁN, Luis Felipe (1925). *La administración de justicia en el Perú*. Lima: Víctor Larco Herrera.
- PEÑA JUMPA, Antonio (1998). *Justicia comunal en los Andes del Perú, el caso de Calahuyo*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

- _____. (2004). *Poder judicial comunal aymara en el sur andino*. Bogotá: ILSA.
- _____. (2009). *Multiculturalidad y Constitución: el caso de la justicia comunal aguaruna en el Alto Marañón*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional.
- PÉREZ DEL VALLE, Carlos (2005). *Estudios sobre la independencia judicial y el proceso penal*. Lima: Grijley.
- PLANAS, Pedro (1992). «Independencia judicial». *Rescate de la Constitución*. Lima: Abril Editores & Impresores.
- _____. (1999). «Proceso a la reforma judicial (1992-1998)». *El fujimorato: estudio político-constitucional*. Lima: Talleres Gráficos Kelly.
- PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto (2009). *Nuevo proceso penal. Reforma y política criminal*. Lima: IDEMSA.
- PUNTES DEL BARRIO, Luis (1997). *Juzgados de paz en la costa norte del Perú*. Piura: Diaconía para la Justicia y la Paz.
- RAMÍREZ, Ramón (1985). *Justicia y política*. Lima: Empresa Editora Latina.
- RAMÍREZ JIMÉNEZ, Nelson (2001). *La administración de justicia en el Perú. Luces y sombras*. Lima.
- REVILLA, Ana Teresa y PRICE, Jorge (1992). *La administración de la justicia informal: posibilidades de integración*. Lima: Fundación M. J. Bustamante de la Fuente.
- RIVERA PAZ, Carlos (1997). *La reforma del Poder Judicial en el Perú*. Lima.
- SALAS ARENAS, Jorge (2010). *La transacción: una justa solución al conflicto*. Arequipa: Grupo Editorial Cromeo.
- SALAS VILLALOBOS, Sergio (2002). *Administración de justicia sostenimiento permanente para la reforma*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad Alas Peruanas.

- _____ (2006). *Cuadernos de derecho judicial*. Lima: Projusticia.
- SAN MARTÍN CASTRO, César (2000). «Perú». En MAIER, Julio B. J., AMBOS, Kai y WOISCHNIK, Jan (coords.). *Las reformas procesales penales en América Latina*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 657-718.
- _____ (2008). «La reforma procesal penal peruana: evolución y perspectivas». *Taller descentralizado. Hacia el nuevo sistema acusatorio adversativo. Rumbo a la aplicación del nuevo Código Procesal Penal*. Lima: Centro de Investigaciones Judiciales/ Proyecto de Apoyo a la Reforma del Sistema de Justicia del Perú, Jusper. Comunidad Europea, 172-217.
- _____ (2009). «Recurso de casación y Corte Suprema de Justicia: evaluación tres años después». *La reforma del derecho penal y del derecho procesal penal en el Perú. Anuario de Derecho Penal*, 209-219.
- SÁNCHEZ, Luis Alberto (1988). «Los jueces». *El Perú: nuevo retrato de un país adolescente*. Lima: Mosca Azul Editores.
- SEQUEIROS VARGAS, Iván (2009). «La función judicial como parte de la estructura del poder del Estado». En AA. VV. *Constitución y proceso. Libro homenaje a Juan Vergara Gotelli*. Lima: Tribunal Constitucional y Jurista Editores.
- TÁVARA CÓRDOVA, Francisco A. (2007). *Comentarios sobre el Consejo Nacional de la Magistratura*. Lima: Gaceta Jurídica.
- _____ (2008). «Exposición del Presidente de la Corte Suprema de Justicia y Presidente del Poder Judicial». En PEASE GARCÍA, Henry y PEIRANO TORRIANI, Giofianni (eds.). *Reforma del Estado peruano*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- _____ (2009). «La función del juez en un Estado constitucional de derecho. Ideas básicas». En AA. VV. *Constitución y proceso. Libro homenaje a Juan Vergara Gotelli*. Lima: Tribunal Constitucional y Jurista Editores.

- TELLO GILARDI, Janet (2005). «Introducción al IV Seminario Internacional Independencia Judicial y Derechos Humanos». En CIURLIZZA, Javier *et al.* *Construyendo justicia: verdad, reconciliación y procesamiento de violaciones de derechos humanos*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- TORRES, Ayax (1974). *Las injusticias en la justicia peruana*. Lima: Ediciones Jurídicas.
- TORRES Y TORRES LARA, Carlos (2003). «Poder Judicial más humanizado». *Testimonio constitucional: colección homenaje*. Lima: Asesorandina.
- VALDIVIA PEZO, Ernesto (1996). *Reformas en el Poder Judicial*. Lima.
- VILLARÁN, Manuel Vicente (1962). *Páginas escogidas*. Lima: Talleres Gráficos P. L. Villanueva.
- ____ (1963). «El Poder Judicial». En PAREJA PAZ-SOLDÁN, José (dir.). *Biblioteca de cultura peruana contemporánea: derecho*. Tomo 3. Lima: Ediciones del Sol.
- VINATEA MEDINA, Ricardo (2009). *La organización del despacho judicial y fiscal en el nuevo Código Procesal Penal*. Lima: Gráfica Espinal.
- VEGA BILLÁN, Rodolfo (2003). *Enrique López Albuja: juez reformador del derecho penal*. Huánuco: Universidad Nacional Hermilio Valdizán.
- VERGARA GOTELLI, Juan Francisco (2004). *La reforma del Poder Judicial (comprobaciones, reflexiones y propuestas)*. Lima: Kinkos Impresores.
- YÉPEZ SÁNCHEZ, Miguel (2000). *Ética judicial*. Lima.

ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA (AMAG)

ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA (AMAG) (1996). *Proyecto Formación y capacitación del Poder Judicial en Perú*. Lima: AMAG/Unión Europea/Agencia Española de Cooperación Internacional (AECI).

____ (1997). *Memoria 1996 y síntesis del Plan de Acción 1997*. Lima: AMAG.

____ (1999). *Contexto socioeconómico de la magistratura*. Lima: AMAG.

____ (2000). *Ética y revalorización del juez y el fiscal*. Lima: AMAG.

____ (2002). *Fundamentos para una ética judicial*. Lima: AMAG.

____ (2003). *Virtudes y principios del magistrado*. Lima: AMAG.

____ (2006). *Plan Estratégico Institucional 2007-2011. Balanced Scorecard*. Lima: AMAG.

____ (2008). *Recomendaciones técnicas sustantivas a las universidades para la mejora de la formación de los estudiantes de las facultades de derecho que aspiran a la magistratura*. Proyecto de Mejoramiento de los Servicios de Justicia (PMSJ) del Banco Mundial. Lima: AMAG.

LEÓN PASTOR, Ricardo (1996). *Diagnóstico de la cultura judicial peruana*. Colección de Estudios Judiciales n.º 1. Lima: AMAG.

MIRANDA, Raúl (2007). *Informe final sobre los nuevos perfiles formativos de jueces, fiscales y aspirantes a la magistratura*. Proyecto de Apoyo a la Reforma del Sistema de Justicia del Perú, Jusper. Comunidad Europea. Lima: AMAG.

SALAS ARENAS, Jorge Luis (2003). *Bases para la racionalización de la carga jurisdiccional: justicia en el reparto de la tarea de administrar justicia*. Serie Reforma Judicial n.º 1. Lima: AMAG.

YÉPEZ SÁNCHEZ, Miguel (2000). *Ética judicial*. Lima: Tarea Asociación Gráfica Educativa.

AGENCIA DE LOS ESTADOS UNIDOS PARA EL DESARROLLO INTERNACIONAL (USAID)

AGENCIA DE LOS ESTADOS UNIDOS PARA EL DESARROLLO INTERNACIONAL (USAID) (1996). *Lecciones aprendidas: ponencias presentadas en la segunda mesa redonda sobre reforma judicial*. Virginia: USAID/BID/NSCS.

____ (2003). *Modernización del sistema de justicia comercial. Plan de Trabajo*. Lima: USAID-Iris Center Perú/Universidad de Maryland.

____ (2004). *Proyecto justicia comercial*. Lima: USAID-Iris Center Perú.

____ (2005). *Impacto de la administración de justicia en la economía: análisis y principales indicadores*. Lima: USAID.

ASOCIACIÓN DE JUECES PARA LA JUSTICIA Y DEMOCRACIA (JUSDEM)

ASOCIACIÓN DE JUECES PARA LA JUSTICIA Y DEMOCRACIA (JUSDEM) (2004a). *Propuesta de reforma constitucional en el tema de impartición de justicia*. Lima: JUSDEM.

____ (2004b). *Propuestas de reforma judicial sobre Ley Orgánica del Poder Judicial, justicia contenciosa administrativa, de familia e infancia, laboral y comunal*. Lima: JUSDEM.

____ (2007). *Independencia judicial. Visión y perspectivas*. Coord. Roxana Jiménez Vargas-Machuca. Lima: JUSDEM/Fundación Nacional para la Democracia (NED).

BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (BID)

BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (BID) (1996). *Programa de modernización de la administración de justicia*. Lima: Poder Judicial/BID.

____ (1997). *Mejoramiento del acceso a la justicia. República del Perú*. Washington D. C.: BID.

- ____ (2002). *Programa de Mejoramiento de Acceso a la Justicia. Informe de evaluación final del funcionamiento administrativo-jurisdiccional de los Módulos Básicos de Justicia*. Lima: BID.
- ____ (2009a). *Apoyo a la preparación del Programa de modernización del sistema de administración de justicia para la mejora de los servicios brindados a la población peruana (PMSAJ)*. Washington D. C.: BID.
- ____ (2009b). *Programa de modernización del sistema de administración de justicia para la mejora de los servicios brindados a la población peruana (PMSAJ)*. Washington D. C.: BID.
- HERRERO, Álvaro y HENDERSON, Keith (2003). *El costo de las resoluciones de conflictos en la pequeña empresa. El caso de Perú*. Washington D. C.: BID.

BANCO MUNDIAL (BM)

- BANCO MUNDIAL (BM) (1996). *Proyecto de administración de justicia en el Perú*. Lima: BM.
- ____ (2003). *Propuesta de reestructuración del Poder Judicial: matriz integral*. Preparación del Proyecto de Modernización de los Servicios de Justicia. Lima: BM.
- BHANSALI, Lisa L. (2006). «Justicia». En GIUGALE, Marcelo, FRETES-CIBILS, Vicente y NEWMAN, John. *Perú. La oportunidad de un país diferente: próspero, equitativo y gobernable*. Lima: BM, 789-808.
- CASANA, Patricia (2008). *Informe. Consultoría Perfil de competencias de jueces y fiscales*. Proyecto de Mejoramiento de los Servicios de Justicia (PMSJ). Lima: BM.
- GONZÁLES MANTILLA, Gorki, SERVÁN, Jean Carlo, LÓPEZ, Luciano y BURGOS, Hernando (2002). *El sistema judicial en el Perú: un*

enfoque analítico a partir de sus usos y usuarios. Informe para el Banco Mundial. Lima: BM.

LECHUGA PINO, Ernesto (2006). *Formulación de una propuesta integral de los perfiles de jueces y fiscales.* Proyecto de Mejoramiento de los Servicios de Justicia (PMSJ). Lima: BM.

SHACK YALTA, Nelson (coord.) (2008). *Caminos de justicia: libro memoria. Roads of justice memoirs.* Lima: Unidad de Coordinación del Proyecto de Mejoramiento de los Servicios de Justicia.

CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO Y SOCIEDAD (CEDYS)

CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO Y SOCIEDAD (CEDYS) (1979). *La justicia de paz no letrada. Diagnóstico.* Lima: Cedys.

CIUDAD, Teresa y ZARZAR, Alonso (1980). *El juez peruano en el banquillo.* Lima: Cedys.

PÁSARA, Luis (1982). *Jueces, justicia y poder en el Perú.* Lima: Cedys.

CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS DE ASBANC (CEFI)

TOCHE, Fátima e IRIARTE, Erick (2010). *Propuesta integral para la implementación de un sistema de expediente digital para los juzgados comerciales.* Lima: Centro de Estudios Financieros de ASBANC.

CENTRO DE ESTUDIOS Y PROMOCIÓN DEL DESARROLLO (DESCO)

CENTRO DE ESTUDIOS Y PROMOCIÓN DEL DESARROLLO (DESCO) (1976a). *Formación y conceptualización jurídica de los magistrados.* Estudio por convenio con la Comisión de Reforma Judicial del Poder Judicial. Lima: Desco.

_____ (1976b). *Cambios en la administración de justicia 1968-1975.* Estudio por convenio con la Comisión de Reforma Judicial del Poder Judicial. Lima: Desco.

- ____ (1976c). *Costos en la administración de justicia*. Estudio por convenio con la Comisión de Reforma Judicial del Poder Judicial. Lima: Desco.
- ____ (1977a). *Planteamiento general del problema de justicia fuera del aparato formal*. Estudio por convenio con la Comisión de Reforma Judicial del Poder Judicial. Lima: Desco.
- ____ (1977b). *Ubicación social del administrador de justicia*. Estudio por convenio con la Comisión de Reforma Judicial del Poder Judicial. Lima: Desco.
- ____ (1977c). *Informe final*. Estudio por convenio con la Comisión de Reforma Judicial del Poder Judicial. Lima: Desco.
- ____ (s. f.). *Organización de la administración de justicia*. Estudio por convenio con la Comisión de Reforma Judicial del Poder Judicial. Lima: Desco.
- ____ (s. f.). *Procesamiento jurídico de conflictos sociales*. Estudio por convenio con la Comisión de Reforma Judicial del Poder Judicial. Lima: Desco.

RUBIO CORREA, Marcial (1999). *Quítate la venda para mirarme mejor. La reforma judicial en el Perú*. Lima: Desco.

COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA (CAL)

- COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA (CAL) (1932). *Anteproyecto de Reforma del Poder Judicial y Exposición de motivos*. Lima: Imprenta de Torres Aguirre.
- ____ (1988). *Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial*. Lima: CAL.
- ____ (2004). *Reforma del sistema judicial en el Perú. Aportes a la reforma del sistema judicial en el Perú*. Congreso Internacional del Colegio de Abogados de Lima. Lima: Librería y Ediciones Jurídicas.

MACLEAN UGARTECHE, Roberto G. (2006). *Propuesta de la Comisión de Reforma Judicial del Colegio de Abogados de Lima para el*

desarrollo de un Plan de trabajo y actividades en la Academia de la Magistratura (2006-2011). Lima: CAL.

COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS (CAJ)

BERNALES, Enrique *et al.* (2005). *Reforma del Estado, reforma de la Constitución*. Lima: CAJ/Fundación Konrad Adenauer.

COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS (CAJ) (1997). *Proyecto de indicadores estadísticos judiciales de la Administración de Justicia*. Lima: CAJ.

_____ (1998). *Perfil del litigante*. Lima: CAJ.

_____ (1999a). *Indicadores judiciales*. Lima: CAJ.

_____ (1999b). *Reforma del Estado y derechos humanos*. Lima: CAJ.

_____ (1999c). *Gente que hace justicia: la justicia de paz*. Lima: CAJ.

_____ (1999d). *Formación y capacitación de magistrados: el caso peruano*. Lima: CAJ.

_____ (1999e). *Formación de magistrados y derechos humanos*. Lima: CAJ.

_____ (2002). «Reforma judicial en el Perú en el contexto de transición democrática». *II Foro temático regional. Gobernabilidad para el empoderamiento de los pobres*. Lima: CAJ.

_____ (2003). *Corrupción judicial: mecanismos de control y vigilancia ciudadana*. Lima: CAJ.

DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA, Javier (1994). «Elección popular de jueces». *La Constitución de 1993: análisis y comentarios*. Lima: CAJ.

MENDOZA CÁNEPA, Raúl (2005). *Independencia judicial: el juez, ¿un modelo para armar?* Lima: CAJ.

SILES VALLEJOS, Abraham (2002). *Corrupción en el Poder Judicial peruano: marco conceptual. Lineamientos de una propuesta de participación ciudadana para su control y erradicación*. Lima: CAJ.

RUIZ BALLÓN, Antonio (2009). *Auditoría social al sistema de justicia: una práctica, una propuesta*. Lima: CAJ.

COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN (CVR)

COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN (CVR) (2003a). *Informe final. Poder Judicial. Conclusiones. Recomendaciones*. Tomos I, III y IX. Lima.

____ (2003b). *Administración de justicia. Materiales para el informe final*. Lima.

____ (2004). *Hatun willakuy. Versión abreviada del informe final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación*. Lima: CVR.

COMISIÓN ESPECIAL PARA LA REFORMA INTEGRAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA (CERIAJUS)

COMISIÓN ESPECIAL PARA LA REFORMA INTEGRAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA (CERIAJUS) (2004a). *Plan Nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia*. Lima.

____ (2004b). *Los problemas de la justicia en el Perú: hacia un enfoque sistémico. Diagnóstico interinstitucional*. Lima: Secretaría Técnica y Comisión Andina de Juristas/CERIAJUS.

____ (2004c). *La CERIAJUS: preguntas y respuestas*. Lima: Poder Judicial/Ministerio Público/Ministerio de Justicia/Comisión Andina de Juristas/Consortio Justicia Viva/Iris Center Perú.

COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS (CIJ)

COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS (CIJ) (1989). *Perú: la independencia del Poder Judicial*. Informe de misión elaborado por José Martín Pallín. Lima: Centro para la Independencia de Jueces y Abogados (CIJA-CIJ)/CAJ.

GARCÍA SAYÁN, Diego (ed.). (1991). *Poder Judicial y democracia*. Lima: Centro para la Independencia de Jueces y Abogados (CIJA-CIJ)/CAJ.

_____. (1994). *Sobre la administración de justicia en el Perú*. Lima: CIJ/IDL.

COMISIÓN VILLARÁN

COMISIÓN VILLARÁN (1931). «El Poder Judicial». *Exposición de motivos del Anteproyecto de Constitución del Estado 1931*. Lima: Imprenta Torres Aguirre.

COMUNIDAD EUROPEA

COMUNIDAD EUROPEA (2008). *Proyecto de Apoyo a la Reforma del Sistema de Justicia del Perú, Jusper. Comunidad Europea. Más justicia para todos los peruanos*. Lima: Jusper.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ (2005). *Avances en la implementación de las propuestas planteadas por la CERIAJUS*. Lima: Comisión Especial de Estudio del Plan Nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia.

_____. (2007). *Dictamen recaído en los Proyectos de Ley n.º 116/2006-CR, 131/2006-CR, 220/2006-CR, 322/2006-CR, 331/2006-CR, 613/2006-CR, 665/2006-CR, 704/2006-CR, 734/2006-CR, 833/2006-CR, 841/2006-PE, 888/2006-CR, que proponen reforma parcial de la Constitución en lo referente a la administración de justicia*. Lima: Comisión de Constitución y Reglamento.

CONSEJO LATINOAMERICANO DE DERECHO Y DESARROLLO

CONSEJO LATINOAMERICANO DE DERECHO Y DESARROLLO (1977). *Seminario sobre derecho y cambio social. Lecturas seleccionadas*. Lima.

CONSORCIO JUSTICIA VIVA

BAZÁN SEMINARIO, César (2008). *¿Separando la paja del trigo? Destitución de jueces por el Consejo Nacional de la Magistratura entre el 2003 y el 2007*. Lima: Consorcio Justicia Viva.

CONSORCIO JUSTICIA VIVA (2003a). *Cambios en el sistema de justicia: entre la expectativa y la incertidumbre*. Lima: Consorcio Justicia Viva.

____ (2003b). *Propuesta para la reforma constitucional peruana en el tema de impartición de justicia*. Lima: Consorcio Justicia Viva.

____ (2003c). *Comentarios a los informes de los grupos de trabajo de la Comisión de Reestructuración del Poder Judicial*. Lima: Consorcio Justicia Viva.

____ (2004a). *Plan de Reforma de la Administración de Justicia de la CERIAJUS: el acuerdo por la justicia que debemos respetar*. Lima: Consorcio Justicia Viva.

____ (2004b). *Hacia la refundación del sistema de justicia. Plan Nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia*. Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia (CERIAJUS). Lima: Consorcio Justicia Viva.

____ (2004c). *Comentarios a los informes de la Comisión de Reestructuración*. Lima: Consorcio Justicia Viva.

____ (2004d). *Bases para la regulación de la carrera judicial y fiscal*. Lima: Consorcio Justicia Viva.

____ (2005a). *Sala Penal Nacional. El trabajo en los casos de terrorismo*. Lima: Consorcio Justicia Viva.

____ (2005b). *Carrera judicial: una propuesta de reforma verdaderamente estructural*. Lima: Consorcio Justicia Viva.

____ (2005c). *Balance de la justicia 2005: reformar la reforma*. Lima: Consorcio Justicia Viva.

- _____ (2006). *Reforma constitucional en materia de justicia: una propuesta de regulación desde la sociedad civil*. Lima: Consorcio Justicia Viva.
- _____ (2008a). *La aplicación del nuevo Código Procesal Penal en Huaura. Una experiencia latinoamericana positiva*. Lima: Consorcio Justicia Viva.
- _____ (2008b). *Balance de la justicia en el 2008. Hay cambios y cambios... y sin reforma*. Lima: Consorcio Justicia Viva.
- _____ (2008c). *Fortalezas y debilidades de la ley de la carrera judicial. Informe técnico*. Lima: Consorcio Justicia Viva.
- CUBAS VILLANUEVA, Víctor (2004). *El nuevo Código Procesal: ¿revolución penal?* Lima: Consorcio Justicia Viva.
- DARGENT BOCANEGRA, Eduardo (2005). *Justicia es igualdad: idiosincrasia judicial y reforma de la justicia*. Lima: Consorcio Justicia Viva.
- DE LA JARA BASOMBRÍO, Ernesto (2004a). *¿Se puede reformar el Poder Judicial?* Lima: Consorcio Justicia Viva.
- _____ (2004b). *¿Qué se puede esperar de la Corte Suprema y de su nuevo presidente?* Lima: Consorcio Justicia Viva.
- DE LA JARA Ernesto, LOVATÓN, David, SILES, Abraham y RIVERA, Carlos (2005). *La reforma del sistema de justicia: ¿qué reforma? 2004-2005*. Lima: Consorcio Justicia Viva.
- ESTEBAN DELGADO, Sara y SILVA DEL CARPIO, Cruz (2004). *El nombramiento imposible: concurso a magistrados supremos (a propósito de la convocatoria del 2004)*. Lima: Consorcio Justicia Viva.
- GAMARRA HERRERA, Ronald, RAMÍREZ VARELA, Lilia y SILVA DEL CARPIO, Cruz (2007). *Balance del subsistema anticorrupción. A seis años de su creación (2000-2006)*. Lima: Consorcio Justicia Viva.

GUERRERO ALARCÓN, Lucy Mariel (2005). *Propuesta comunicativa para mejorar la administración de justicia: construyendo la agenda pública de la justicia eficaz, accesible e independiente*. Lima: Consorcio Justicia Viva.

HERNÁNDEZ BREÑA, Wilson (2003a). *Indicadores sobre administración de justicia. Mapa judicial, presupuesto y eficiencia en el desempeño judicial*. Lima: Consorcio Justicia Viva.

____ (2003b). *Jueces para la justicia y democracia*. Lima: Consorcio Justicia Viva.

____ (2004). *El presupuesto del Poder Judicial 2003, 2004 y 2005: precariedad y ausencia de reforma*. Lima: Consorcio Justicia Viva.

____ (2006). *Carga y descarga procesal en el Poder Judicial, 1996-2005. De lo general a lo particular, de lo cotidiano a lo preocupante*. Lima: Consorcio Justicia Viva.

____ (2007a). *Del discurso a la práctica en el proyecto de presupuesto judicial 2007. Lo que el Poder Judicial solicitó y lo que se asignaría. ¿Promesa de avance o estancamiento?* Lima: Consorcio Justicia Viva.

____ (2007b). *13 mitos sobre la carga procesal. Anotaciones y datos para la política judicial pendiente en la materia*. Lima: Consorcio Justicia Viva.

____ (2008). *La carga procesal bajo la lupa: por materia y tipo de órgano jurisdiccional*. Lima: Consorcio Justicia Viva.

LA ROSA CALLE, Javier, SALAZAR MONTOYA, Jimena y ZAVALA RESPALDIZA, Zarela (2008). *Acceso a la justicia y seguridad ciudadana: un balance de los Juzgados de Paz Letrados en comisarías*. Lima: Consorcio Justicia Viva.

O'BRIEN NEIRA, Eduardo (2003). *El presupuesto de la administración de justicia: análisis de los cuatro pliegos vinculados al sistema*. Lima: Consorcio Justicia Viva.

- PALACIOS, Rosa María (2004). *Entrevistas de Rosa María Palacios sobre administración de justicia: Javier de Belaunde, Fausto Alvarado y J. Francois Patthey*. Lima: Consorcio Justicia Viva.
- PÁSARA, Luis (2003). *Idoneidad en los criterios de selección utilizados por el Consejo Nacional de la Magistratura*. Lima: Consorcio Justicia Viva.
- _____. (2005). *Los abogados de Lima en la administración de justicia: una aproximación preliminar*. Lima: Consorcio Justicia Viva.
- PÁSARA, Luis (comp.) (2004). *En busca de una justicia distinta. Experiencias de reforma en América Latina*. Lima: Consorcio Justicia Viva.
- SOBERÓN, Ricardo y CABADA, Guillermo (2004). *Justicia en Lima Norte: un instrumento de alerta de gestión jurisdiccional*. Lima: Consorcio Justicia Viva.
- VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo y BAZÁN SEMINARIO, César (2004). *La reestructuración silenciosa. La labor del Consejo Nacional de la Magistratura en la selección y nombramiento de magistrados noviembre del 2000-marzo del 2004*. Lima: Consorcio Justicia Viva.

COOPERACIÓN ALEMANA AL DESARROLLO (GTZ)

- COOPERACIÓN ALEMANA AL DESARROLLO (GTZ) (2003). *Proyecto Apoyo a la Consolidación de la Reforma del Sistema Procesal Penal y de la Administración de la Justicia*. Ministerio Federal Alemán de Cooperación Económica y Desarrollo (BMZ). Lima.

COORDINADORA NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (CNDH)

- COORDINADORA NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (CNDH) (1995). *Informe sobre la independencia e imparcialidad de los jueces y abogados en el Perú*. Lima.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO

DEFENSORÍA DEL PUEBLO (1999). *El derecho a un proceso sin dilaciones: el caso de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia*. Serie Informes Defensoriales. Informe n.º 32. Lima: Defensoría del Pueblo.

_____ (2000). *El sistema penal juvenil en el Perú*. Serie Informes Defensoriales. Informe n.º 51. Lima: Defensoría del Pueblo.

_____ (2006). *Propuestas básicas de la Defensoría del Pueblo para la reforma de la justicia en el Perú. Generando consensos sobre qué se debe reformar, quiénes se encargarán de hacerlo y cómo lo harán*. Serie Informes Defensoriales. Informe n.º 109. Lima: Defensoría del Pueblo.

_____ (2007a). *Justicia de Paz Letrada en comisarías: una propuesta para enfrentar la inseguridad ciudadana*. Serie Informes Defensoriales. Informe n.º 119. Lima: Defensoría del Pueblo.

_____ (2007b). *Propuestas para una reforma de la justicia contencioso-administrativa desde la perspectiva del acceso a la justicia*. Serie Informes Defensoriales. Informe n.º 121. Lima: Defensoría del Pueblo.

DEMUS. ESTUDIO PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LA MUJER

DEMUS. ESTUDIO PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LA MUJER

(2007). *Para una justicia diferente. Temas para la reforma judicial desde y para las mujeres*. Lima: DEMUS.

_____ (2010). *Justicia de género. Reforma procesal peruana y derechos de mujeres víctimas de violencias de género: desafío pendiente*. Lima: DEMUS.

DIARIO EL COMERCIO

EL COMERCIO (2000). «Poder Judicial. Corte Suprema». *Propuestas para una agenda de gobierno 2000*. Lima: El Comercio.

_____ (2001). «Poder Judicial». *Propuestas para una agenda de gobierno 2001*. Lima: El Comercio.

_____ (2006). «Poder Judicial». *Propuestas para una agenda de gobierno 2006*. Lima: El Comercio.

FORO DE ESTUDIOS SOBRE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA (FORES)

CHAYER, Héctor Mario (2008). «Comisión Andina de Juristas y su proyecto Auditoría Social al Sistema de Justicia». *Ética judicial y sociedad civil. Técnicas de incidencia*. Montevideo: FORES/ Fundación Konrad Adenauer, 84-89.

FUNDACIÓN FRIEDRICH NAUMANN (FNST)

BRANDT, Hans-Jürgen (1986). *Justicia popular: nativos y campesinos*. Lima: Corte Suprema de Justicia de la República y FNST.

_____ (1987). *La justicia de paz y el pueblo*. Lima: Corte Suprema de Justicia de la República y FNST.

_____ (1990). *En nombre de la paz comunal: un análisis de la justicia de paz en el Perú*. Lima: Corte Suprema de Justicia de la República y FNST.

CHUNGA LAMONJA, Fermín G. (1986). *La justicia de paz en el Perú*. Lima: Corte Suprema de Justicia de la República y FNST.

FUNDACIÓN FRIEDRICH NAUMANN (FNST) (1986). *Problemática del menor y administración de justicia*. Lima: Corte Suprema de Justicia de la República y FNST.

FUNDACIÓN INTERNACIONAL PARA SISTEMAS ELECTORALES (IFES)

ELENA, Sandra, HERRERO, Álvaro y HERDERSON, Keith (2004). *Barreras para la ejecución de sentencias judiciales en el Perú. Triunfar en las cortes es solo la mitad de la batalla: una*

perspectiva desde la pequeña empresa y otros usuarios. Lima: IFES/USAID.

GRUPO DE TRABAJO DE ALTO NIVEL PARA LA MODERNIZACIÓN DEL SISTEMA NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA (GTAN)

GRUPO DE TRABAJO DE ALTO NIVEL PARA LA MODERNIZACIÓN DEL SISTEMA NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA (GTAN) (2001). *Modernización del Sistema Nacional de Justicia: plan estratégico y lineamientos para su implementación.* Lima: Secretaría Técnica GTAN.

____ (2003). *Plan estratégico priorizado: hacia una agenda de cambios en el sistema de justicia.* Lima: Secretaría Técnica GTAN.

INSTITUTO APOYO

EYZAGUIRRE, Hugo y CALDERÓN, Carlos (2002). *Poder Judicial y micro y pequeña empresa: impacto y posibles soluciones.* Documento de Trabajo n.º 8. Lima: Instituto Apoyo.

EYZAGUIRRE, Hugo, POLAROLLO, Pierina y ANDRADE, Raúl (2000). *La estructura de incentivos y las ineficacias en tres procesos civiles: juicios por títulos ejecutivos vencidos, juicios por alimentos y ejecución forzada de bienes.* Lima: Instituto Apoyo.

INSTITUTO APOYO (1993). *Estudios de opinión sobre el sistema judicial. Evaluación del sistema judicial-opinión pública y evaluación del sistema judicial-agraciados.* Lima: Instituto Apoyo.

____ (2000). *Reforma del Poder Judicial. Task Forces: agenda para la primera década.* Fundación Nacional para la Democracia (NED) y Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID). Lima: Instituto Apoyo.

SALHUANA, Róger, ANDRADE, Raúl y EYZAGUIRRE, Hugo (1998). *El impacto del Poder Judicial en las decisiones empresariales en el Perú*. Lima: Instituto Apoyo.

INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL (IDL)

INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL (1996). *Desafíos de la justicia en el Perú*. Lima: IDL.

____ (1999a). *Justicia de paz. Propuesta de Ley*. Lima: IDL.

____ (1999b). *Justicia de paz. El otro Poder Judicial*. Lima: IDL.

____ (1999c). *Justicia de paz en debate*. Lima: IDL.

____ (2002). *Memoria de la jornada de reflexión sobre justicia de paz*. Lima: IDL.

____ (2011a). *Balance de la justicia 2009-2010. ¿Cómo estuvo la justicia en el Perú?* Lima: IDL.

____ (2011b). *La reforma judicial pendiente. Hoja de ruta*. Lima: IDL.

____ (2011c). *Balance de la justicia y de los derechos de los pueblos indígenas en el Perú del 2011*. Lima: IDL.

FRANCO, Rocío y GONZÁLEZ, María Alejandra (2009). *Las mujeres en la justicia comunitaria: víctimas, sujetos y actores*. Lima: IDL.

LA ROSA, Javier (coord.) (2007). *Acceso a la justicia en el mundo rural*. Lima: IDL.

LOVATÓN, David (2002). *Cambios en la justicia peruana y la sociedad civil (1990-2002). Informe para la Fundación Ford*. Lima: IDL.

LOVATÓN, David y ARDITO, Wilfredo (2002). *Justicia de paz: nuevas tendencias y tareas pendientes*. Lima: IDL.

MONTOYA, Iván (1997). *El Poder Judicial y el Estado democrático del derecho en el Perú*. Lima: IDL.

PÁSARA, Luis (2010). *Calidad de la producción en la reforma procesal penal. Una exploración empírica en Huaura*. Lima: IDL.

SALAS VILLALOBOS, Sergio (2001). *Justicia democrática. Bases de política institucional para la consolidación del Poder Judicial*. Lima: IDL.

SILES VALLEJOS, Abraham (1999). *La justicia de paz y su labor esencialmente conciliadora. Un análisis de actas de conciliación*. Comisión Europea. Lima: IDL.

SILES, Abraham, GAMARRA, Ronald, RAMÍREZ, Lilia, SILVA, Cruz y TORRES, Natalia (2005). *Lucha anticorrupción: urgente necesidad de enmienda*. Lima: IDL.

INSTITUTO DE PRENSA Y SOCIEDAD (IPYS)

FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO LEGAL (2007). «Perú». *Comparando transparencia. Un estudio sobre el acceso a la información en el Poder Judicial*. Washington D. C.: Fundación para el Debido Proceso Legal (DPLF), 187-210.

INSTITUTO PERUANO DE ECONOMÍA (IPE)

GARCÍA, Mauricio (2003). *La reforma de la administración de justicia. Marzo 1999*. Lima: IPE.

MINISTERIO DE JUSTICIA (MINJUS)

DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA, Javier (1993). *Calidad de la educación legal y rol de los abogados en la administración de justicia*. Lima: MINJUS/PNUD.

MOANES, Eduardo (ed.) (1994). *Foro: nuevas perspectivas para la reforma integral de la administración de justicia en el Perú*. Lima: MINJUS/PNUD.

MINISTERIO DE JUSTICIA (MINJUS) (1995). *Apuntes para una visión integral de la administración de justicia en el Perú*. Comisión de Reestructuración Integral de la Administración de Justicia en el Perú. Lima: MINJUS.

- _____ (2001a). *Informe de la Misión Fortalecimiento Institucional de la Justicia en el Perú*. Lima: MINJUS/PNUD.
- _____ (2001b). *Plan Justicia*. Lima: MINJUS.
- _____ (2001c). *Un Perú sin corrupción: condiciones, limitaciones y recomendaciones para la lucha contra la corrupción*. Lima: MINJUS/INA.
- _____ (2001d). *Documento final de trabajo*. Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional. Lima: MINJUS/Konrad Adenauer Stiftung.
- _____ (2001e). *De la exclusión a la confianza mediante el acceso a la justicia. Informe de la Misión Fortalecimiento Institucional de la Justicia en el Perú*. Lima: MINJUS/PNUD.
- _____ (2007). *Informe anual de la implementación del Nuevo Código Procesal Penal en el Distrito Judicial de Huaura*. Lima: MINJUS.
- PÁSARA, Luis (2004). *La enseñanza del derecho en el Perú. Su impacto sobre la administración de justicia*. Lima: MINJUS.

PODER JUDICIAL DEL PERÚ (PJ)

- ARDITO VEGA, Wilfredo (2011). *La promoción del acceso a la justicia en las zonas rurales*. Lima.
- BALBUENA PALACIOS, Patricia (2007). *Género y multiculturalidad*. Proyecto de Mejoramiento de los Servicios de Justicia. Banco Mundial. Lima: Poder Judicial.
- BUSTAMANTE CISNEROS, Ricardo (1959). *Independencia y reforma del Poder Judicial. Discurso leído al asumir la presidencia de la Corte Suprema en la ceremonia de apertura del año judicial de 1959*. Lima: Poder Judicial.
- CUSSIÁNOVICH VILLARÁN, Alejandro, TELLO GILARDI, Janet y SOTELO TRINIDAD, Manuel (2007). *Violencia intrafamiliar*. Proyecto de Mejoramiento de los Servicios de Justicia. Banco Mundial. Lima: Poder Judicial.

- DOMÍNGUEZ HARO, Helder (2011). *Informe sobre reforma del Poder Judicial*. Lima: Poder Judicial.
- EGUIGUREN, Luis Antonio (1953). *Historia de la Corte Suprema de Justicia de la República*. Lima: Poder Judicial.
- ESTRADA VERA, Williams (2007). *Servicio y atención al cliente*. Proyecto de Mejoramiento de los Servicios de Justicia. Lima: Banco Mundial/Poder Judicial.
- GJURINOVIC CANEVARO, Pedro (ed.) (2008). *Joya de la justicia*. Lima: Interfórum.
- JUNCO SUPA, Jenny Elsa y ROSAS BALLINAS, María Isabel (2007). *Género*. Lima: Proyecto de Mejoramiento de los Servicios de Justicia.
- MEJÍA MORI, Beatriz (1996). *Reformas legales para la reforma de la administración de justicia*. Lima: PNUD/Poder Judicial.
- ORMACHEA CHOQUE, Iván y VARGAS SOLÍS, Rocío (1998). *Retos y posibilidades de la conciliación en el Perú: primer estudio cualitativo*. Lima: Consejo de Coordinación Judicial.
- PEZÚA VIVANCO, David (1999). *Reforma judicial: mensajes, perspectivas para el tercer milenio*. Lima: Secretaría Ejecutiva del Poder Judicial.
- PODER JUDICIAL DEL PERÚ (1976a). *Comisión de Reforma Judicial*. N.º 1. Lima: Poder Judicial.
- ____ (1976b). *Comisión de Reforma Judicial*. N.º 2. Lima: Poder Judicial.
- ____ (1977). *Comisión de Reforma Judicial*. N.º 3. Lima: Poder Judicial.
- ____ (1978). *Anteproyecto de normas constitucionales sobre la administración de justicia*. Lima: Comisión de Reforma Judicial.

- _____ (1982). *Anteproyecto de Bases para la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial*. Lima: Poder Judicial.
- _____ (1985a). *Proyecto Instituto Académico de la Magistratura*. Lima: Poder Judicial.
- _____ (1985b). *Foro nacional sobre realidad sociojurídica de la justicia de paz en el Perú: la capacitación como estrategia promocional*. Lima: Poder Judicial.
- _____ (1986). *Políticas de gestión institucional de la Corte Suprema de Justicia*. Lima: Poder Judicial.
- _____ (1988). *Diagnóstico sobre la administración de justicia en el Perú*. Lima: Poder Judicial.
- _____ (1992). *Anteproyecto de reforma constitucional del Poder Judicial*. Lima: Comisión de Reforma Constitucional.
- _____ (1994). *Proyecto Plan de mejora del gasto social básico del Poder Judicial*. Lima: Poder Judicial.
- _____ (1997a). *Acceso a la justicia*. Lima: Poder Judicial.
- _____ (1997b). *Reforma judicial. Exposiciones del seminario taller*. Lima: Poder Judicial.
- _____ (1997c). *Poder Judicial: plan estratégico modernización y reforma*. Lima: Poder Judicial.
- _____ (1997d). *Reforma y modernización del Poder Judicial*. Lima: Poder Judicial.
- _____ (1997e). *Avances del proceso de reforma y modernización*. Lima: Poder Judicial.
- _____ (1998a). *Reforma judicial: evaluación y perspectivas de desarrollo*. Lima: Poder Judicial.
- _____ (1998b). *I Encuentro de Decanos de Facultades de Derecho, Arequipa*. Lima: Poder Judicial.
- _____ (1999a). *Reforma judicial: gestión administrativa, soporte de la función jurisdiccional*. Lima: Secretaría Ejecutiva del Poder Judicial.
- _____ (1999b). *Fundamentos estructurales de la reforma del Poder Judicial*. Lima: Secretaría Ejecutiva del Poder Judicial.

- _____ (1999c). *Reflexiones sobre ética judicial: ponencias y conclusiones*. Cuadernos de Debate Judicial. Lima: Consejo de Coordinación Judicial.
- _____ (2000a). *Antología de la reforma del Poder Judicial*. Lima: Poder Judicial.
- _____ (2000b). *La reforma del Poder Judicial. La reforma en cifras*. Informe al 30 de setiembre de 1999. Lima: Poder Judicial.
- _____ (2000c). *La reforma jurisdiccional en el Perú: un impulso al tercer milenio*. Lima: Comisión Ejecutiva del Poder Judicial.
- _____ (2000d). *Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial (exposición de motivos y articulado)*. Lima: Poder Judicial.
- _____ (2000e). *Proceso de reforma y modernización del Poder Judicial*. Lima: Poder Judicial.
- _____ (2001a). *Propuestas de bases para un diseño del Poder Judicial*. Lima: Consejo Transitorio del Poder Judicial.
- _____ (2001b). *Políticas de moralización, eticidad y anticorrupción*. Informe final. Lima: Consejo Transitorio del Poder Judicial.
- _____ (2001c). *Anteproyecto de la Nueva Ley Orgánica del Poder Judicial*. Elaborado por una Comisión Mixta del Congreso de la República y la Corte Suprema de Justicia. Lima: Poder Judicial.
- _____ (2002a). *Informe final. Programa de Mejoramiento del Acceso a la Justicia*. Banco Interamericano de Desarrollo. Lima: Poder Judicial.
- _____ (2002b). *Plan Estratégico 2002-2006*. Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia. Lima: Poder Judicial.
- _____ (2003a). *Estudio de factibilidad del Proyecto Mejoramiento de los Servicios de Administración de Justicia*. Lima: Poder Judicial.
- _____ (2003b). *Resumen ejecutivo del Proyecto Mejoramiento de los Servicios de Administración de Justicia*. Lima: Poder Judicial.

- _____ (2003c). *Hacia la refundación del Poder Judicial. La nueva visión del cambio en la justicia*. Acuerdo Nacional por la Justicia. Lima: Poder Judicial.
- _____ (2003d). *Políticas de Estado para el Poder Judicial: de la crisis a la salida institucional*. Acuerdo Nacional por la Justicia. Lima: Poder Judicial.
- _____ (2003e). *Informe de actividades*. Acuerdo Nacional por la Justicia. Lima: Poder Judicial.
- _____ (2003f). *Lineamientos de trabajo de la Comisión de Magistrados para la Reestructuración del Poder Judicial*. Lima: Poder Judicial.
- _____ (2003g). *Informe final de la Secretaría Técnica*. Comisión de Magistrados para la Reestructuración del Poder Judicial. Lima: Poder Judicial.
- _____ (2003h). *Informe final del Grupo de Trabajo de Reestructuración de Órganos de Gobierno y de Gestión Judicial*. Comisión de Magistrados para la Reestructuración del Poder Judicial. Lima: Poder Judicial.
- _____ (2003i). *Informe final del Grupo de Trabajo Temático de Reforma de la Justicia Civil*. Comisión de Magistrados para la Reestructuración del Poder Judicial. Lima: Poder Judicial.
- _____ (2003j). *Informe final del Grupo de Trabajo Temático de la Modernización del Despacho Judicial*. Comisión de Magistrados para la Reestructuración del Poder Judicial. Lima: Poder Judicial.
- _____ (2003k). *Informe final del Grupo de Trabajo Temático de Reforma de la Justicia Penal*. Comisión de Magistrados para la Reestructuración del Poder Judicial. Lima: Poder Judicial.
- _____ (2003l). *Informe final del Grupo de Trabajo sobre Política Anticorrupción y Ética Judicial*. Comisión de Magistrados para la Reestructuración del Poder Judicial. Lima: Poder Judicial.

- _____ (2003m). *Informe final de la Comisión de Revisión de la Autógrafa de la Ley Orgánica del Poder Judicial*. Lima: Poder Judicial.
- _____ (2003n). *Informe final de la Comisión sobre Reforma de la Constitución Política del Estado*. Lima: Poder Judicial.
- _____ (2003ñ). *Justicia y periodismo*. Lima: Poder Judicial.
- _____ (2004). *Perfil. Proyecto de fortalecimiento, mejora y ampliación de los servicios del Poder Judicial en la subespecialidad comercial en el Distrito Judicial de Lima*. Comisión de Juzgados Comerciales. Lima: Poder Judicial.
- _____ (2005a). *Plan de Acción 2005-2006. Acciones priorizadas de Reestructuración Judicial*. Lima: Poder Judicial. Corte Superior de Justicia de Lima.
- _____ (2005b). *Marco conceptual del despacho judicial penal bajo la vigencia del nuevo Código Procesal Penal*. Lima: Poder Judicial. Comisión de Coordinación Interinstitucional de la Justicia Penal.
- _____ (2005c). *Evaluación y diagnóstico de la actual organización y funcionamiento del módulo corporativo civil, familia y laboral. Determinación de problemas y propuestas de solución*. Lima: Poder Judicial.
- _____ (2006a). *Ética y control de la corrupción*. Lima: Poder Judicial.
- _____ (2006b). *Plan Estratégico Institucional 2007-2009 del Poder Judicial*. Lima: Consejo Ejecutivo del Poder Judicial.
- _____ (2006c). *Informe sobre el proyecto de sistematización y difusión electrónica de la jurisprudencia*. Lima: Proyecto de Apoyo a la Reforma del Sistema de Justicia del Perú, Jusper. Comunidad Europea.
- _____ (2007a). *Proyecto de Bases para el Plan Decenal de Modernización del Poder Judicial 2008-2017*. Lima: Proyecto de Apoyo a la Reforma del Sistema de Justicia del Perú, Jusper. Comunidad Europea.

- _____ (2007b). *Técnicas de investigación de la corrupción en la administración de justicia*. Proyecto de Mejoramiento de los Servicios de Justicia. Lima: Banco Mundial/Poder Judicial.
- _____ (2008a). *I Congreso Nacional de Magistrados del Poder Judicial*. Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial.
- _____ (2008b). *Análisis y sistematización de las experiencias de capacitación a jueces de paz en el territorio nacional*. Proyecto de Apoyo a la Reforma del Sistema de Justicia del Perú, Jusper. Comunidad Europea. Lima: Poder Judicial.
- _____ (2008c). *Informe final. Diagnóstico situacional del servicio de justicia de paz letrada y de justicia de paz*. Proyecto de Apoyo a la Reforma del Sistema de Justicia del Perú, Jusper. Comunidad Europea. Lima: Poder Judicial.
- _____ (2008d). *Memoria institucional 2007-2008 Poder Judicial*. Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial.
- _____ (2008e). *Propuesta de la OCMA para la planificación y diseño de las actividades a ser desarrolladas en el marco del Programa UMBRAL 2008-2010*. Lima: Poder Judicial.
- _____ (2008f). *Informe. Proyecto de Ley que instituye el sistema de medición de desempeño jurisdiccional*. Lima: Poder Judicial.
- _____ (2009a). *II Congreso Nacional de Magistrados del Poder Judicial*. Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial.
- _____ (2009b). «Informe sobre propuesta de despacho judicial. Comisión para la modernización de despachos judiciales de las salas superiores y juzgados especializados y/o mixtos con excepción de la especialidad penal». *III Congreso Nacional de Magistrados del Poder Judicial*. Documentos de trabajo. Lima: Poder Judicial.
- _____ (2009c). *La reforma del sistema procesal penal. Experiencias adquiridas en aplicación del nuevo sistema acusatorio adversarial*. Lima: Poder Judicial.
- _____ (2009d). *El Poder Judicial y la economía peruana*. Lima: Poder Judicial.

- ____ (2010a). *El Poder Judicial y la realidad peruana*. Lima: Poder Judicial.
- ____ (2010b). *III Congreso Nacional de Magistrados del Poder Judicial*. Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial.
- ____ (2010c). *Memoria institucional 2009-2010 Poder Judicial*. Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial.
- ____ (2010d). *Informe final de la Comisión de Control de Calidad y Productividad Jurisdiccional*. Lima: Poder Judicial.
- ____ (2010e). *Lucha anticorrupción hoy: información para el control*. Lima: Poder Judicial.
- ____ (2010f). «La reforma procesal en cifras. Una nueva visión de justicia. Corte Superior de Justicia de La Libertad». *IV Congreso Nacional de Magistrados del Poder Judicial*. Documentos de trabajo. Lima.
- ____ (2011a). *Informe. Proyecto de Ley para fortalecer el sistema de control de la magistratura y crear la especialidad de jueces contralores*. Lima: Poder Judicial.
- ____ (2011b). *Congresos internacionales sobre justicia intercultural en pueblos indígenas, comunidades andinas y rondas campesinas. Construyendo un país con justicia social*. Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial/GIZ/Fundación Hanns Seidel.
- ____ (2011c). «Agenda judicial de seguridad ciudadana». *V Congreso Nacional de Magistrados del Poder Judicial*. Documentos de trabajo. Lima: Poder Judicial.
- ____ (2011d). «Propuesta de Plan de Mejora de la Producción Jurisdiccional». *V Congreso Nacional de Magistrados del Poder Judicial*. Documentos de trabajo. Lima: Poder Judicial.
- ____ (2011e). «Descarga procesal: balance y propuesta». *V Congreso Nacional de Magistrados del Poder Judicial*. Documentos de trabajo. Lima: Poder Judicial.
- ____ (2011f). *Primer taller de intercambio de experiencias. En el marco de la implementación de la nueva Ley Procesal de Trabajo*. Lima: Poder Judicial.

- RAMOS NÚÑEZ, Carlos (2008). *Historia de la Corte Suprema de Justicia del Perú*. Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial.
- RAMOS NÚÑEZ, Carlos y GÁLVEZ MONTERO, José Francisco (2008). *Historia del Palacio Nacional de Justicia. Dos perspectivas*. Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial.
- RUSKA MAGUIÑA, Carlos y LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2007). *La conciliación en familia*. Proyecto de Mejoramiento de los Servicios de Justicia. Lima: Banco Mundial/Poder Judicial.
- SALAS ARENAS, Jorge y RUBIO ZEBALLOS, Isaac (2004). *Elementos para la planificación estratégica*. Corte Superior de Justicia de Arequipa. Arequipa: Poder Judicial.
- SAN MARTÍN CASTRO, César (1996). *Reforma del Poder Judicial. Eficiencia y carga procesal en el proceso penal: algunas referencias generales*. Materiales de trabajo. Proyecto de Administración de Justicia en el Perú del Banco Mundial. Lima: Poder Judicial.
- _____ (2009). *Homenaje a la Corte Suprema: historia y perspectivas*. Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial.
- SHACK, Nelson (comp.) (2008). *Justicia y medios de comunicación: opinan los jueces*. Proyecto de Mejoramiento de los Servicios de Justicia. Banco Mundial. Lima: Poder Judicial.
- SHACK, Nelson y HERNÁNDEZ GÁLVEZ, Cristian (eds.) (2008). *Herramientas modernas para el mejoramiento de la gestión judicial*. Proyecto de Mejoramiento de los Servicios de Justicia. Banco Mundial. Lima: Fimart.
- SILES VALLEJOS, Abraham (1998). *Modernización y reforma de los sistemas de justicia en América Latina y el Caribe*. Cuadernos de Debate Judicial. Lima: Poder Judicial.
- VEGA MERE, Yuri (2009). «Reflexiones sobre el rol del juez». *III Congreso Nacional de Magistrados del Poder Judicial*. Documentos de trabajo. Lima: Poder Judicial.

WALDE JÁUREGUI, Vicente (2011). *Informe. Anteproyecto de Ley sobre Casación*. Comisión de Trabajo encargada de elaborar el Anteproyecto de Ley sobre Casación. Lima: Poder Judicial.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ (PUCP)

CIURLIZZA CONTRERAS, JAVIER *et al.* (2005). *Construyendo justicia. Verdad, reconciliación y procesamiento de violaciones de derechos humanos*. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos (IDEHPUCP)/Programa Derechos, Inclusión y Desarrollo de OXFAM DFID/Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ (PUCP) (1977). *Informe final de investigación sobre la realidad y la reforma judicial del Perú*. Estudio por convenio con la Comisión de Reforma Judicial del Poder Judicial. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Lima: PUCP.

REÁTEGUI, Félix (coord.) (2011). *Estado y democratización en el Perú. Magistrados, docentes y su relación con la ciudadanía*. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos (IDEHPUCP)/Konrad Adenauer Stiftung.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ (PUCP) Y ESAN

ZOLEZZI, Lorenzo (coord.) (1991). *Evaluación del sistema judicial peruano*. 2 volúmenes. Lima: PUCP/ESAN/USAID.

PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS (PCM)

PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS (PCM) (2008). *Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción 2008-2011: un diagnóstico sobre sus objetivos y acciones*. Presentación pública el 23 de diciembre de 2008. Lima: PCM.

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS (UNMSM)

CARRIÓN, Roque (1977a). *Autonomía de la administración de justicia*. Estudio por convenio con la Comisión de Reforma Judicial del Poder Judicial. Lima: UNMSM.

____ (1977b). *Marcos teóricos y metodológicos para el control semántico de la jurisprudencia*. Estudio por convenio con la Comisión de Reforma Judicial del Poder Judicial. Lima: UNMSM.

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS (1978). *Proyecto de informática jurídica jurisprudencial*. Estudio por convenio con la Comisión de Reforma Judicial del Poder Judicial. Lima: UNMSM.

4.2. Bibliografía comparada

ALZAMORA VALDEZ, Mario (1973). *El Consejo Nacional de Justicia. Antecedentes en el Perú y legislación comparada*. Lima: USAID.

BINDER, Alberto M. y OBANDO, Jorge (2004). *De las «repúblicas aéreas» al Estado de derecho. Debate sobre la marcha de la reforma judicial en América Latina*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

BOU, Marc (2004). *El sistema de justicia en América Latina: entre las reformas y la inercia institucional*. Documento de trabajo n.º 4. Barcelona: Instituto Internacional de Gobernabilidad de Catalunya.

CORREA SUTIL, Jorge (ed.) (1993). *Situación y políticas judiciales en América Latina*. Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales. Santiago: Universidad Diego Portales.

FIX-ZAMUDIO, Héctor *et al.* (1977). *Función del Poder Judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos*. México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas.

- GALINDO, Pedro (2003). *El peso externo. Calificaciones internacionales de los sistemas de justicia. Ponderaciones recientes para las Américas*. Santiago.
- GIRAUDO, Laura (ed.) (2008). *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- PÁSARA, Luis (2004). *Reformas del sistema de justicia en América Latina: cuenta y balance*. México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- ____ (2006). «La cooperación internacional en materia de justicia en el ámbito latinoamericano». *Viejas y nuevas alianzas entre América Latina y España: Encuentro de Latinoamericanistas Españoles*, 1233-1251.
- ____ (2010). *Ley, justicia y sociedad en América Latina*. México: UNAM.
- PÁSARA, Luis (ed.) (2007). *Los actores de la justicia latinoamericana*. Salamanca: Ediciones de la Universidad de Salamanca.
- ROOS, Stefanie Ricarda y WOISCHNIK, Jan (2005). *Códigos de ética judicial: un estudio de derecho comparado con recomendaciones para los países latinoamericanos*. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro (1978). *Reforma judicial*. Buenos Aires: Astrea.
- ____ (1994). «Variables y problemática del Consejo de la Magistratura en el reciente constitucionalismo latinoamericano». En COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. *La Constitución de 1993: análisis y comentarios*. Lima: CAJ.
- SALAS VILLALOBOS, Sergio (2006). *Introducción de la cultura organizacional para las reformas judiciales. Influencias teóricas en la Región Latinoamericana*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad Alas Peruanas.

SOUZA, Mariana (2007). «Breve panorama de la reforma judicial en América Latina: objetivos, desafíos y resultados». En LORA, Eduardo (ed.). *El estado de las reformas del Estado en América Latina*. Washington D. C.: Banco Mundial/Mayol Ediciones.

AGENCIA DE LOS ESTADOS UNIDOS PARA EL DESARROLLO INTERNACIONAL (USAID)

AGENCIA DE LOS ESTADOS UNIDOS PARA EL DESARROLLO INTERNACIONAL (USAID) (2004). *Estudio legislativo comparado de la carrera judicial*. Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional, Iris Center Perú. Lima: USAID-Iris Center Perú.

BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (BID)

BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (BID) (1993). *Justicia y desarrollo en América Latina y el Caribe*. Washington D. C.: BID.

____ (2005). *Programa de Mejoramiento de Acceso a la Justicia n.º 1061-OC-PE*. Washington D. C.: BID.

CORDOVEZ, Carlos (ed.) (2007). *Justicia. Un vínculo pendiente entre Estado, ciudadanía y desarrollo*. Washington D. C.: BID.

EYZAGUIRRE, Hugo (1996). *Instituciones y desarrollo económico: reforma judicial en América Latina*. Documento de trabajo n.º 103. Washington D. C.: BID.

JARQUÍN, Edmundo y CARRILLO, Fernando (eds.) (1997). *La economía política de la reforma judicial*. Nueva York: BID.

THOMPSON, José (coord.) (2000). *Acceso a la justicia y equidad. Estudio en siete países de América Latina*. San José: BID/ Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

BANCO MUNDIAL (BM)

BANCO MUNDIAL, BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO Y DEPARTAMENTO PARA EL DESARROLLO INTERNACIONAL DEL GOBIERNO BRITÁNICO (2009). *Analizando los presupuestos judiciales de la Región Andina*. Lima: BM/Banco Interamericano de Desarrollo y Departamento para el Desarrollo Internacional del Gobierno Británico.

DAKOLIAS, María (1997). *El sector judicial en América Latina y el Caribe*. Washington D. C.: BM.

CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS (CEJA)

CABEZÓN, Andrea (coord.) (2008). *Justicia civil: perspectivas para una reforma en América Latina*. Santiago: CEJA.

____ (2010). *Reformas de la justicia en América Latina*. Santiago: CEJA.

DESHAZO, Peter y VARGAS, Juan Enrique (2005). *Reforma judicial en América Latina. Resultados*. Washington D. C./Santiago: Centro de Estudios Estratégicos e Internacionales (CSIS) y CEJA.

DUCE, Mauricio (ed.) (2005). *Reformas procesales penales en América Latina: experiencias de innovación*. Santiago: CEJA.

PÁSARA, Luis (2002). *Cambios en el sistema de justicia y sociedad civil. Informe comparativo*. Lima: CEJA.

PÁSARA, Luis et al. (2003). *Justicia y sociedad civil. El papel de la sociedad civil en la reforma judicial: estudios de casos en Argentina, Chile, Perú y Colombia*. Santiago: CEJA.

SOLANO, Montserrat (2004). *El acceso a la información judicial en Perú, Chile y Argentina*. Santiago: CEJA.

VARGAS, Juan Enrique (ed.) (2007). *Nueva justicia civil para Latinoamérica: aportes para la reforma*. Santiago: CEJA.

CENTRO PARA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DE LA UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DE LA FLORIDA (CAJ-FIU)

- RICO, José Ma. y SALAS, Luis (1990a). *Independencia judicial en América Latina: replanteamiento de un tema tradicional*. Colección Monografías n.º 1. San José-Miami: CAJ-FIU.
- _____ (1990b). *Carrera judicial en América Latina*. Colección Monografías n.º 2. San José-Miami: CAJ-FIU.

COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS (CAJ)

- COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS (CAJ) (1995). *Democracia, derechos humanos y administración de justicia en la región andina*. Lima: CAJ.
- _____ (1998). *Reforma y modernización de la administración de justicia en la región andina*. Lima: CAJ.
- _____ (2002). *La sombra de la corrupción: informe anual sobre la región andina*. Lima: CAJ.
- CÓNDOR CHUQUIRUNA, Eddie (coord.) (2009). *Estado de la relación entre justicia indígena y justicia estatal en los países andinos. Estudios de casos en Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia*. Lima: CAJ.
- _____ (2010). *Experiencias y cooperación entre sistemas jurídicos en la región andina*. Lima: CAJ.
- EGUIGUREN PRAELI, Francisco (coord.) (2000). *La reforma judicial en la región andina. ¿Qué se ha hecho, dónde estamos, adónde vamos?* Lima: CAJ.

CONSEJO LATINOAMERICANO DE DERECHO Y DESARROLLO

- BELAÚNDE, Javier de (ed.) (1984). *La administración de justicia en América Latina*. Lima: Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo.

CORPORACIÓN DE PROMOCIÓN UNIVERSITARIA (CPU)

CORPORACIÓN DE PROMOCIÓN UNIVERSITARIA (CPU) (1993). *Reformas procesales en América Latina: la oralidad en los procesos*. Santiago: CPU.

HAEUSSLER, María Josefina (1993). *Experiencias comparadas de formación judicial*. Santiago: CPU.

CORPORACIÓN EXCELENCIA EN LA JUSTICIA (CEJ)

CORPORACIÓN EXCELENCIA EN LA JUSTICIA (CEJ) (1997). *Diez pecados de la reforma judicial en América Latina*. Bogotá: CEJ.

FUENTES HERNÁNDEZ, Alfredo (ed.) (1999). *Reforma judicial en América Latina. Una tarea inconclusa*. Bogotá: CEJ.

CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA

ATIENZA, Manuel y VIGO, Rodolfo Luis (2006). *Código Iberoamericano de Ética Judicial*. Buenos Aires: La Ley.

FUNDACIÓN INTERNACIONAL PARA SISTEMAS ELECTORALES (IFES)

FUNDACIÓN INTERNACIONAL PARA SISTEMAS ELECTORALES (IFES) Y AGENCIA DE LOS ESTADOS UNIDOS PARA EL DESARROLLO INTERNACIONAL (USAID) (2002). *Pautas para promover la independencia y la imparcialidad judicial*. Washington D. C.: IFES/USAID.

HENDERSON, Keith *et al.* (2003). *Barreras para la ejecución de decisiones judiciales y el Estado de derecho*. Washington D. C.: IFES.

FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO LEGAL (DPLF)

FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO LEGAL (DPLF) (2002). *Iniciativas de la sociedad civil para la transparencia en el sector judicial*. Washington D. C.: DPLF.

____ (2005). *Sociedad civil y reforma judicial en América Latina*. Foundation and National Center for State Courts. Washington D. C.: DPLF.

INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL (IDL)

ARDITO, Wilfredo *et al.* (2005). *La justicia de paz en los Andes: estudio regional*. Lima: IDL.

BRANDT, Hans-Jürgen y FRANCO, Rocío (comps.) (2007). *Normas, valores y procedimientos en la justicia comunitaria. Estudio cualitativo en comunidades indígenas y campesinas de Ecuador y Perú*. Lima: IDL.

INSTITUTO DE ESTUDIOS COMPARADOS EN CIENCIAS PENALES Y SOCIALES (INECIP)

INSTITUTO DE ESTUDIOS COMPARADOS EN CIENCIAS PENALES Y SOCIALES (INECIP) (2003). *Los Consejos de la Magistratura de Argentina, Bolivia, El Salvador, Paraguay y Perú*. Buenos Aires: INECIP.

INSTITUTO LATINOAMERICANO DE SERVICIOS LEGALES ALTERNATIVOS (ILSA)

BURGOS SILVA, Germán (ed.) (2003). *Independencia judicial en América Latina. ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?* Bogotá: ILSA/ Ediciones Antropos.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU)

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU) (1985). *Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura*. Aprobados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985. Washington D. C.: ONU.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA)

LOVATÓN PALACIOS, David (2007). *Acceso a la justicia: llave para la gobernabilidad democrática*. Informe final del Proyecto Lineamientos y buenas prácticas para un adecuado acceso a la justicia en las Américas. Washington D. C. : OEA.

PODER JUDICIAL (PJ)

PODER JUDICIAL (2008). *La función disciplinaria en la administración de justicia: una visión comparada*. Proyecto de Mejoramiento de los Servicios de Justicia. Banco Mundial. Lima: Oficina de Control de la Magistratura.

SALAS VILLALOBOS, Sergio (2008). *Sistemas judiciales. Visión y análisis comparativo integral de los modelos contemporáneos en el siglo XXI*. Proyecto de Mejoramiento de los Servicios de Justicia. Banco Mundial. Lima: Fimart.

SHACK, Nelson (comp.) (2008a). *Gestión para resultados en la administración de justicia: experiencias comparadas*. Proyecto de Mejoramiento de los Servicios de Justicia. Banco Mundial. Lima: Heral Mol.

_____ (2008b). *Seminario internacional sobre presupuestos judiciales en la Región Andina*. Proyecto de Mejoramiento de los Servicios de Justicia. Banco Mundial. Lima: Fimart.

PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD)

PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD) (2005). *Manual de políticas públicas para el acceso a la justicia. América Latina y El Caribe*. Buenos Aires: INECIP.

4.3. Bibliografía complementaria

ALMEIDA PEÑA, Feliciano (1995). *La administración de justicia y el rol de juez civil*. Trujillo: Marsol.

ÁLVAREZ MIRANDA, Ernesto (2008). «La vigencia de la separación de poderes en la independencia de la administración de justicia». En CASTILLO FREYRE, Mario (coord.). *Libro homenaje a Felipe Osterling Parodi*. Volumen II. Lima: Palestra Editores.

ALZAMORA VALDEZ, Mario (1975). *La Corte Suprema de Justicia en el sesquicentenario de su institución*. Lima.

ASOCIACIÓN CIVIL CÍRCULO DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y BOZA DIBOS, Beatriz (2008). *Compendio de jurisprudencia. Ética y responsabilidad profesional del abogado*. Lima: Círculo de Derecho Administrativo-Pontificia Universidad Católica del Perú.

ASOCIACIÓN CIVIL IUS ET VERITAS y BOZA DIBOS, Beatriz (2008). *Compendio de ensayos. Ética y responsabilidad profesional del abogado*. Lima: Ius et Veritas/Pontificia Universidad Católica del Perú.

BAZÁN CERDÁN, Jorge Fernando (2011). *El nuevo Código Procesal Penal del 2004 y las rondas campesinas: escenarios de conflictividad y de coordinación*. Lima.

BOZA DIBOS, Beatriz y CHOCANO DAVIS, Christian (2008). *Exposición de motivos. Proyecto de Código de Ética y responsabilidad*

del profesional del derecho. Lima: Themis-Pontificia Universidad Católica del Perú.

CABRERA BARRANTES, Doraly, CÁRDENAS KRENZ, Ronald, GUTIÉRREZ TOCAS, Víctor y SUMARRIVA GONZÁLES, Víctor (2007). *La universidad y la formación del abogado en el Perú*. Serie Documento para Análisis y Debate n.º 10. Departamento de Ciencias Jurídicas. Lima: Universidad Femenina del Sagrado Corazón.

CHUNGA LAMONJA, Fermín G. y CHUNGA CHÁVEZ, Carmen Flor de María (1998). *La justicia de paz en el Perú: manual para jueces de paz*. Lima: Grijley.

DONAYRE MONTESINOS, Christian (2004). *La reforma de la justicia militar*. Lima: Jurista Editores.

LOVATÓN PALACIOS, David (2007). *Tribunal Constitucional y reforma de la justicia militar*. Colección Derecho PUCP n.º 1. Lima: Palestra Editores.

MARROQUÍN MOGROVEJO, Nimer (1997). *Justicia de paz. Manual de jueces de paz*. Puno.

MENDIBURU MENDOCILLA, Miguel (2004). *La primera Corte de Justicia del Perú Republicano*. Trujillo: Papel de Vientos Editores.

MIRANDA CANALES, Manuel (2008). *Manual de derecho jurisdiccional peruano*. Lima: Ediciones Jurídicas.

PALMA BARREDA, Dariberto (2006). *El rol del juez y la función jurisdiccional*. Trujillo: Normas Legales.

PÉREZ PERDOMO, Rogelio (2004). *Los abogados de América Latina*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.

RAMOS NUÑEZ, Carlos (2007). *La pluma y la ley. Abogados y jueces en la narrativa peruana*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad de Lima.

YAYA ZUMAETA, Edilberto y YAYA ZUMAETA, Ulises (2001). *El derecho disciplinario judicial: marco teórico y práctico*. Lima: Gráfica Horizonte.

ZECENARRO MATEUS, Carlos (2004). *Por la autoridad del juez*. Lima: Fecat.

ZOLEZZI IBARCENA, Lorenzo (1982). *La profesión de abogado en Lima: una aproximación empírica*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA (AMAG)

HERRERA VÁSQUEZ, Ricardo (2000). *Función jurisdiccional. Material de enseñanza del Programa de Formación de Aspirantes*. Lima: AMAG.

LEÓN PASTOR, Ricardo (2006). *Manual de redacción de resoluciones*. Lima: AMAG.

ACUERDO NACIONAL

ACUERDO NACIONAL (2002). *Acuerdo Nacional 22 de julio de 2002. Vigésimo Octava Política de Estado: plena vigencia de la Constitución y de los derechos humanos y acceso a la justicia e independencia judicial*. Lima: Biblos.

CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO Y SOCIEDAD (CEDYS)

BARRIG, Maruja (1980). *La ley es la ley. La justicia en la literatura peruana. Antología*. Lima: Cedys.

HURTADO POZO, José (1979). *La ley «importada». Recepción del derecho penal en el Perú*. Lima: Cedys.

CENTRO NACIONAL DE PLANEAMIENTO ESTRATÉGICO (CEPLAN)

CENTRO NACIONAL DE PLANEAMIENTO ESTRATÉGICO (CEPLAN) (2011). *Plan Bicentenario. El Perú hacia el 2021. Eje Estratégico 1 sobre justicia* (aprobado por el Acuerdo Nacional). Lima: CEPLAN.

COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS (CAJ)

COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS (CAJ) (1996). *Materiales de lectura: la justicia y los derechos humanos en los procesos de modernización*. Lima: CAJ.

COMISIÓN DE ALTO NIVEL ANTICORRUPCIÓN (CAN)

COMISIÓN DE ALTO NIVEL ANTICORRUPCIÓN (CAN) (2010). *Lineamientos de trabajo de la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción del Perú*. Lima: CAN/Cooperación Alemana al Desarrollo (GTZ).

DEFENSORÍA DEL PUEBLO

DEFENSORÍA DEL PUEBLO (1998). *Lineamientos para la reforma de la justicia militar en el Perú*. Serie Informes Defensoriales. Informe n.º 6. Lima: Defensoría del Pueblo.

_____ (2002). *La justicia militar en una etapa de transición: análisis de los proyectos de reforma*. Serie Informes Defensoriales. Informe n.º 64. Lima: Defensoría del Pueblo.

_____ (2003). *¿Quién juzga qué? Justicia militar vs. justicia ordinaria. El delito de función en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Serie Informes Defensoriales. Informe n.º 66. Lima: Defensoría del Pueblo.

_____ (2009). *Justicia militar e independencia judicial en el Perú. Normatividad, jurisprudencia y labor de la Defensoría del*

Pueblo. Serie Documentos Defensoriales. Documento n.º 6.
Lima: Defensoría del Pueblo.

PODER JUDICIAL (PJ)

AMBÍA, Abel (2000). *Guía de pautas metodológicas para la elaboración de sentencias*. Lima: Comisión Ejecutiva del Poder Judicial.

CHUNGA LAMONJA, Fermín (1983). *La justicia de paz en el Perú. La administración de la justicia de paz (juzgados de paz no letrados)*. Lima: Sesator.

PODER JUDICIAL (1905). *Proyecto de la Corte Suprema de Justicia sobre reforma del código de justicia militar*. Lima: Poder Judicial.

____ (1968). *Trujillo. Cuna del Poder Judicial del Perú independiente*. Trujillo: Universidad Nacional de Trujillo y Corte Superior de Justicia de La Libertad.

____ (1975). *Sesquicentenario de su instalación 1825-1975*. Corte Suprema de Justicia. Lima: Poder Judicial.

____ (2009). *Compendio: Ley Orgánica del Poder Judicial y normas históricas*. Lima: Poder Judicial.

TALAVERA ELGUERA, Pablo (comp.) (2000). *Compendio de derecho judicial. Consejo de Coordinación Judicial, Poder Judicial, Ministerio Público, Academia de la Magistratura, Consejo Nacional de la Magistratura*. Cuadernos de Debate Judicial. Normatividad y jurisprudencia. Lima: Consejo de Coordinación Judicial.

4.4. Bibliografía complementaria a nivel constitucional e histórico

ALAYZA, Ernesto (1972). *La realidad social y el funcionamiento de las instituciones políticas de la Constitución peruana de 1933*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

- ALAYZA Y PAZ SOLDÁN, Toribio (1928). *Derecho constitucional y general del Perú*. Lima: Empresa Editora Cervantes.
- ALZAMORA SILVA, Lizardo (1942). *La evolución política y constitucional del Perú independiente*. Lima: Librería e Imprenta Gil.
- ____ (1944). *Programa razonado de Derecho Constitucional del Perú*. Primera parte. Historia Constitucional del Perú. Lima: Imprenta Gil.
- BASADRE, Jorge (2010). *Perú independiente*. Biblioteca Imprescindibles Peruanos. Lima: El Comercio.
- BENAVIDES LOREDO, Alfonso (1916). *Bosquejo sobre la evolución político-jurídico del Perú*. Lima.
- BERNALES, Enrique y RUBIO, Marcial (1981). *Perú: Constitución y sociedad política*. Lima: Descó.
- ____ (1996). *La Constitución de 1993: análisis comparado*. Lima: Konrad-Adenauer Stiftung.
- CHANAMÉ ORBE, Raúl (2009). *Comentarios a la Constitución*. Lima: Jurista Editores.
- ____ (2011). *La Constitución comentada*. 2 tomos. Arequipa: Adrus.
- CHIRINOS SOTO, Enrique (1991). *Cuestiones constitucionales 1933-1990*. Lima: Fundación M. J. Bustamante de la Fuente.
- CHIRINOS SOTO, Enrique y CHIRINOS SOTO, Francisco (1994). *Constitución de 1993. Lectura y comentarios*. Lima: Empresa Editorial Piedul.
- DOMÍNGUEZ HARO, Helder (2008). *Derecho a la democracia. Repensando un modelo societario constitucional*. Lima: Grijley.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo (2006). *Las Constituciones del Perú*. 2 tomos. Lima: Fondo Editorial de la Universidad San Martín de Porres.

- GARCÍA BELAUNDE, Domingo y PLANAS, Pedro (1993). *La Constitución traicionada. Páginas de historia reciente*. Lima: Seglusa.
- GARCÍA TOMA, Víctor (1998). *Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993*. 2 tomos. Lima: Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima.
- HAKANSSON NIETO, Carlos (2009). *Curso de derecho constitucional*. Lima: Palestra Editores.
- HERRERA PAULSEN, Darío (1987). *Derecho constitucional e instituciones políticas*. Lima: EDDILI.
- OLAECHEA, Guillermo U. (1922). *La Constitución del Perú, dada por la Asamblea Nacional de 1919. Comentada, anotada y concordada con las leyes plebiscitarias y decretos que tienen fuerza de ley, leyes orgánicas, decretos, reglamentos y resoluciones referentes a ellas hasta 1922*. Publicación oficial. Lima: Imprenta Americana.
- PALOMINO MANCHEGO, José F. (2003). *Problemas escogidos de la Constitución de 1993*. México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- PAREJA PAZ-SOLDÁN, José (1954). *Las constituciones del Perú (exposición, crítica y textos)*. Madrid: Ediciones Cultura Hispánica.
- _____ (1963). «Evolución constitucional del Perú en el siglo XX». En PAREJA PAZ-SOLDÁN, José (dir.). *Visión del Perú en el siglo XX*. Tomo II. Lima: Librería Studium.
- _____ (1984). *Derecho constitucional peruano y la Constitución de 1979, apreciaciones y comentarios*. Lima: Ediciones Justo Valenzuela.
- _____ (2005). *Historia de las constituciones nacionales (1812-1979)*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

- PAREJA PFLÜCKER, Piedad (1989). *Justicia y Constitución: la administración de justicia en la Constitución de 1979*. Lima: Centro de Estudios Peruanos.
- QUISPE CORREA, Alfredo (2003). *La Constitución peruana*. Lima: Gráfica Horizonte.
- RUBIO CORREA, Marcial (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993*. 6 volúmenes. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- RUIZ-ELDREDGE, Alberto (1980). *La Constitución comentada de 1979*. Lima: Atlántida.
- TORRES Y TORRES LARA, Carlos (2000). *El centro del debate constitucional en 1993*. 2 tomos. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú.
- UGARTE DEL PINO, Juan Vicente (1978). *Historia de las constituciones del Perú*. Lima: Andina.
- VILLARÁN, Manuel Vicente (1998). *Lecciones de derecho constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

ASAMBLEA CONSTITUYENTE DE 1978-1979

- ASAMBLEA CONSTITUYENTE DE 1978-1979 (1978). *Diario de los Debates de la Asamblea Constituyente 1978-1979*. 7 volúmenes. Lima.

ASAMBLEA NACIONAL DE 1919

- ASAMBLEA NACIONAL DE 1919 (1919a). *Proyecto de reforma de la Constitución del Perú presentando por la Comisión de Constitución*. Lima.
- _____ (1919b). *Diario de los Debates de la Asamblea Nacional de 1919*. 2 volúmenes. Lima: Imprenta Torres Aguirre.

COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS (CAJ)

EGUIGUREN PRAELI, Francisco José (ed.) (1990). *Los retos de una democracia insuficiente: diez años de régimen constitucional en el Perú 1980-1990*. Lima: CAJ/Fundación Friedrich Naumann.

CONGRESO CONSTITUYENTE DE 1931

CONGRESO CONSTITUYENTE DE 1931 (1931-1933). *Diario de los Debates del Congreso Constituyente de 1931*. 11 tomos. Lima.

CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO (CCD)

CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO (1998). *Debate Constitucional. Pleno-1993*. 3 tomos. Lima: Congreso de la República.

____ (2001). *Diario de los debates. Debate constitucional 1993*. Comisión de Constitución y Reglamento. 5 tomos. Lima: Congreso de la República.

ANEXO

Área de Transformaciones Orgánicas

PROYECTO DE LEY n.º 3292/2008-PJ

Instaura el Sistema de Medición del Desempeño Jurisdiccional que sustituye el Subcapítulo II del Capítulo III del Título V de la Ley de la Carrera Judicial.

PROYECTO DE LEY n.º 0426/2011-PJ

Otorgan facultades extraordinarias frente a situaciones de carácter excepcional, creación de la Corte Superior Nacional, reforma a los ámbitos de gobierno y de organización del Poder Judicial.

PROYECTO DE LEY n.º 1745/2017-PJ

Reforma del artículo 145 de la Constitución Política del Perú, asignación presupuestaria no inferior al 4 % del Presupuesto General de la República.

PROYECTO DE LEY n.º 1862/2017-PJ

Proyecto de Ley de la Carrera del Trabajador Judicial.

PROYECTO DE LEY n.º 2902/2017-PJ

Reforma Constitucional de los artículos 154, 155 y 156 de la Constitución Política del Perú y los artículos 2, 5, 6, 17, 19, 21, 42 y Segunda Disposición Transitoria y Final de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura.

PROYECTO DE LEY n.º 3430/2018-PJ

Ley que modifica el mecanismo de elección del presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República, elegido entre todos los jueces titulares del país por mayoría absoluta; y de presidentes de las Cortes Superiores de Justicia, elegidos entre todos los jueces titulares del distrito judicial respectivo, por mayoría absoluta.

Área de Lucha contra la Corrupción

PROYECTO DE LEY n.º 0427/2011-PJ

Modifica los artículos 102 y 103 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y el artículo 48 de la Ley de Carrera Judicial que crea la especialidad de jueces contralores.

PROYECTO DE LEY n.º 3316/2018-PJ

Ley que incorpora el numeral 10 en el artículo 80 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que otorga a la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia la atribución extraordinaria para apartar temporalmente a jueces supremos titulares o provisionales o consejeros del Consejo Ejecutivo de la función jurisdiccional o de gobierno.

PROYECTO DE LEY n.º 3602/2018-PJ

Ley que crea la Autoridad Nacional de Integridad y Control del Poder Judicial.

Área de Modificaciones a la Legislación Procesal

PROYECTO DE LEY n.º 0313/2011-PJ

Ley de Coordinación Intercultural de la Justicia.

PROYECTO DE LEY n.º 3732/2014-PJ

Ley General de Casación Civil y Contencioso Administrativa.

PROYECTO DE LEY n.º 3989/2014-PJ

Modificación del artículo 141 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, celeridad en las causas en materia laboral y de seguridad social.

PROYECTO DE LEY n.º 1746/2017-PJ

Ley que modifica el artículo VII del Título Preliminar y los artículos 12, 14, 27, 28, 42, 51, 53 y Tercera Disposición Final del Código Procesal Constitucional, así como diversos artículos de la Ley Orgánica del Poder Judicial: calidad de precedente constitucional

de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia en procesos de acción popular, competencia territorial y competencia funcional, y demandas constitucionales de la libertad en idioma originario del justiciable.

PROYECTO DE LEY n.º 1861/2017-PJ

Ley que regula la implementación de la justicia itinerante para el acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad.

Fuente: Unidad de Investigaciones y Fondo Editorial del Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial.

Declaraciones



Revista Oficial del Poder Judicial

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

Vol. 9, n.º 11, enero-junio, 2019

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

Revista Oficial del Poder Judicial

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

Vol. 9, n.º 11, enero-junio, 2019, 441-444

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.u9i11.13>

X Congreso Nacional de Jueces, Tacna 2017



DECLARACIÓN DE TACNA

Los jueces del Perú reunidos en el X Congreso Nacional en la heroica ciudad de Tacna, los días 13, 14 y 15 de julio, luego de amplios debates llevados a cabo democráticamente, acordamos hacer públicos nuestros acuerdos, resumidos en lo siguiente:

1. EXPRESAMOS nuestro respaldo al presidente del Poder Judicial doctor Duberlí Rodríguez Tineo, en las políticas institucionales que viene implementando.

2. REAFIRMAMOS nuestro compromiso por brindar una justicia eficaz, eficiente y transparente, requiriendo, al mismo tiempo, se dé cumplimiento a la exigencia efectuada en el V Congreso de Jueces del año 2010, de contar con un presupuesto que permita al Poder Judicial cumplir con los objetivos y metas programadas para su adecuado desempeño institucional. Para ello demandamos reformar el artículo 145 de la Constitución Política del Estado, a fin de que se precise de manera inobjetable que el Poder Judicial goce de autonomía en la elaboración y aplicación de su presupuesto,

el mismo que no puede ser inferior al 4% del presupuesto que se apruebe en el Poder Legislativo. Nos comprometemos a presentar, oportunamente, el proyecto correspondiente.

3. RECHAZAMOS los actos de violencia realizados por parte de las rondas campesinas en agravio de las señoras juezas: María Soledad Chuquillanqui Chinguel y Milagros Julisa La Torre Vázquez en los Distritos Judiciales de Piura y Sullana. Exigimos a los mismos el respeto a la autoridad judicial, debiendo ceñir su actuación a lo prescrito en la Ley de Rondas Campesinas n.º 27908.

Respaldamos el acuerdo del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, que ordenó al procurador del Poder Judicial proceda conforme a sus atribuciones, en tanto el Ministerio Público, dispuso los actos de investigación necesarios para el esclarecimiento de los hechos, los que deben ser conducidos bajo el principio de debida diligencia.

4. TRABAJAMOS por una administración de justicia moderna que, usando las nuevas tecnologías de la información, deje atrás el papel e implemente, progresivamente en el ámbito administrativo, un gobierno electrónico y, en el ámbito jurisdiccional, el Expediente Judicial Electrónico (EJE). Por ello, expresamos nuestro convencimiento de que debemos dar pasos serios hacia la digitalización, al incremento del uso de las notificaciones y la firma electrónica, así como supervisar que las resoluciones se encuentren en el editor, con lo cual el mayor beneficiario será el destinatario del servicio de justicia: la ciudadanía.

5. RECONOCEMOS que la implementación de la oralidad del proceso penal y laboral representa una mejora significativa del servicio de justicia, y consideramos por tanto que debe extenderse de modo progresivo a todos los procesos judiciales, resguardando

las exigencias tecnológicas y las particularidades que le son propias a cada especialidad.

6. VALORAMOS los esfuerzos creativos de todas las Cortes Superiores, que para mejorar el servicio a la ciudadanía vienen llevando a cabo buenas prácticas, las que deben ser identificadas, monitoreadas, sistematizadas e incluidas en el banco de buenas prácticas a cargo del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial para su réplica a nivel nacional.

7. AFIRMAMOS que la aplicación del enfoque de género en el derecho es obligatoria y transversal para todos los jueces y juezas del país en todos los niveles y especialidades, pues los estereotipos de género sitúan en condición de desventaja a las mujeres y grupos vulnerables, para el reconocimiento y ejercicio de sus derechos de acceso a la justicia en igualdad de condiciones.

8. CONOCEDORES de que atravesamos una situación crítica y compleja debido a que la corrupción ha tejido su actuación en todas las esferas y niveles del Estado, ratificamos nuestro compromiso en la lucha contra la corrupción y la enfrentamos con integridad y valentía dentro de la función que nos toca cumplir conforme a la Constitución y la Ley, con imparcialidad y plena independencia.

9. EXPRESAMOS que la sanción a los jueces por ausencia de motivación en su resolución, es el único supuesto previsto en el inciso 13 del artículo 48 de la Ley de Carrera Judicial para el control disciplinario.

10. PRECISAMOS la necesidad de contar con un régimen pensionario único para los jueces del país, conforme a las funciones que ejercemos, por lo cual instamos a la Sala Plena del Poder

Judicial para que de acuerdo a su iniciativa constitucional presente los proyectos de ley respectivos y pertinentes.

11. REAFIRMAMOS nuestro compromiso con la consolidación de nuestro sistema democrático de gobierno, para cuyo efecto propondremos la integración al Consejo Ejecutivo de un representante de los jueces de paz.

12. VALORAMOS la presencia del presidente constitucional de la República, Pedro Pablo Kuczynski Godard, en este congreso de jueces y juezas del Perú, como una expresión y reconocimiento de la separación de poderes y muestra de respeto a la autonomía e independencia judicial.

Tacna, 15 de julio de 2017

Revista Oficial del Poder Judicial

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

Vol. 9, n.º 11, enero-junio, 2019, 445-449

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.u9i11.14>

XI Congreso Nacional de Jueces, Lima 2018



DECLARACIÓN DE LIMA

1. CONGREGADOS: el presidente del Poder Judicial, los jueces de la Corte Suprema de Justicia, integrantes del Consejo Ejecutivo, presidentes de Corte Superior, jueces superiores, especializados, mixtos y de paz letrado, además de funcionarios y trabajadores jurisdiccionales de los distritos judiciales de la República, en la ciudad de Lima, los días 22, 23 y 24 de noviembre de 2018, y de acuerdo con lo dispuesto por las Resoluciones Administrativas n.º 112-2018-P-CE-PJ, n.º 132-2018-P-CE-PJ, n.º 180-2018-P-PJ y n.º 292-2018-P-PJ, hemos **CELEBRADO** el XI Congreso Nacional de Jueces.

2. INSPIRADOS por nuestro deber y nuestra vocación de garantizar el ejercicio pleno de los derechos de todas las personas que habitan o transitan por el territorio de la República del Perú, a través de la resolución de conflictos surgidos en la sociedad y el cabal ejercicio de la función jurisdiccional.

3. AFIRMAMOS, en absoluta concordancia con los instrumentos internacionales de derechos humanos y de lucha contra la

corrupción ratificados por el Estado peruano, la Constitución Política del Perú, así como la jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional, nuestra indeclinable voluntad política por prevenir y enfrentar la corrupción en todas sus manifestaciones, entidades y estamentos del Estado y la sociedad peruana, en pos de generar transformaciones y modificaciones de cultura institucional y organizacional. Actos de corrupción que hayan cometido algunos jueces, no comprometen la dignidad y el honor de más de 4000 jueces del Perú, que sí trabajan inspirados en valores éticos y morales, actuando con sujeción a la Constitución y la Ley.

4. CONSCIENTES de que tal labor concierne al Estado en su conjunto y a toda la ciudadanía, así como de que todos los actos de corrupción generan violaciones directas e indirectas de derechos humanos y minan profundamente al sistema democrático y sus instituciones, los integrantes del Poder Judicial **ASEGURAMOS** el cumplimiento de las medidas contempladas en el «Plan de cambios urgentes», emitido por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República, con fecha 26 de julio de 2018.

5. EXPRESAMOS que los jueces del Perú no estamos en contra de ser evaluados de modo permanente; sin embargo, **RECHAZAMOS** los procesos de ratificación cada 7 años y de evaluación parcial de desempeño cada 3 años y medio que se pretende imponer con motivo de la reforma constitucional en marcha. Estos procesos ponen en grave riesgo la independencia del juez y el principio de separación de poderes, motivo por el cual evitarlos constituye la razón de una histórica lucha de la magistratura. Hacemos notar que nuestra defensa por mantener incólumes tales principios obedece esencialmente a asegurar el derecho de todo ciudadano a contar con una justicia libre de toda injerencia o intromisión interna o externa, sea cual fuere su naturaleza. Siendo ello así, **SOLICITAMOS** al presidente del Poder Judicial efectúe las gestiones que sean necesarias

para difundir el presente acuerdo y la posición institucional de los jueces del Perú en busca de no aprobar dicha reforma constitucional en los términos propuestos.

6. En un marco de respeto por el principio de independencia judicial e íntegra observancia de los derechos a las garantías judiciales, al debido proceso, a un recurso efectivo, y a la igualdad y no discriminación —afectado por las acciones corruptas—, **GARANTIZAMOS** continuar desplegando nuestros esfuerzos por fortalecer el sistema de control de la magistratura, el mismo que debe continuar siendo liderado por un juez. En tal sentido, **RECHAZAMOS** las diferentes propuestas que pretenden imponer un modelo de control externo al Poder Judicial, hecho que de concretarse vulneraría la autonomía e independencia del Poder Judicial.

7. APOYAMOS la propuesta de creación de la Escuela Judicial de Jueces en el Perú, que permita reclutar los mejores profesionales a través de procedimientos rigurosos de orden académico y promueva la formación especializada y ética de aquellos que ocuparán por estricto orden de méritos los cargos judiciales, fortaleciendo de esa manera una verdadera carrera judicial.

8. AFIRMAMOS que la lucha contra la violencia hacia la mujer y otros integrantes del grupo familiar es una prioridad del Poder Judicial, en plena consonancia con los instrumentos internacionales de protección de la mujer, de niños, niñas y adolescentes, derechos humanos en general, así como las «100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad», la «Carta de derechos de las personas ante la justicia en el espacio judicial iberoamericano», y la «Carta de derechos de las personas ante el Poder Judicial peruano».

9. REIVINDICAMOS la necesidad de activar un Observatorio Judicial potenciado que registre y monitoree casos emblemáticos de violencia familiar, y contra la mujer, e información clave dentro de ellos, de forma que sea una fuente clave para la formulación de políticas públicas judiciales. Para lograrlo, **REMARCAMOS** la trascendencia de incrementar significativamente la celeridad judicial, a través del uso de sistemas de información e informáticos, con el objetivo de brindar operatividad y eficiencia a la Ley n.º 30364 en el Poder Judicial.

10. En tal sentido, **SABEMOS** que es impostergable seguir reestructurando los procesos judiciales sobre violencia familiar, así como continuar incorporando una activa participación interinstitucional que provea de respuestas sistémicas y medidas de protección eficaces para las personas que pertenecen a grupos en situación de vulnerabilidad.

11. Es menester **CONSOLIDAR** un nuevo orden jurisdiccional para atender la violencia doméstica y familiar, así como **ACTUALIZARLO** de manera permanente. En tal sentido **SOLICITAMOS** al Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, de un lado, realizar las acciones necesarias que permitan incrementar el número de órganos jurisdiccionales especializados; y, de otro lado, implementar un plan agresivo e inmediato de capacitación judicial en esta importante materia en favor de jueces y de servidores judiciales.

12. De otro lado, **MANIFESTAMOS** nuestra certeza respecto de que una idónea gestión institucional, expresada en la eficiente y acertada ejecución del presupuesto público, influirá decididamente en una mejor función jurisdiccional, y así, en más respeto y protección de derechos para la ciudadanía. Por ello, debemos **CONTINUAR** produciendo resultados que justifiquen

la demanda por incremento en el Presupuesto de la República, hasta que alcance el 4 % del total.

13. ANUNCIAMOS la próxima conclusión y puesta en práctica de un plan de mediano plazo, así como de un plan estratégico quinquenal destinado a establecer un cambio en la gestión administrativa y jurisdiccional que asegure su rol de garante de los derechos de las personas.

14. ESTIMAMOS fundamental impulsar la continuidad en la creación y el fortalecimiento de órganos jurisdiccionales orientados a conocer procesos de extinción de dominio. Lo **CONSIDERAMOS** clave en el cometido de luchar contra la criminalidad organizada.

15. RECONOCEMOS el esfuerzo constante y denodado de los órganos de gobierno y de gestión del Poder Judicial, así como la voluntad de apoyo del Poder Ejecutivo, al haberse concretado la nueva escala remunerativa para el personal jurisdiccional y administrativo de nuestra institución, conforme al Decreto Supremo n.º 264-2018-EF. Anhelado esperado por el trabajador judicial.

16. EXPRESAMOS que el sometimiento de todo ciudadano a un proceso judicial se efectúa en condiciones de igualdad dentro del marco de la Constitución y la Ley. De allí que todos los esfuerzos del Estado y de la ciudadanía en general deben estar orientados a preservar y garantizar la independencia del juez, en aras de mantener y fortalecer el Estado de derecho y el sistema democrático.

Lima, 24 de noviembre de 2018

Revista Oficial del Poder Judicial

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

Vol. 9, n.º 11, enero-junio, 2019, 451-453

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.u9i11.15>

IX Congreso Internacional sobre Justicia Intercultural, Lima 2018



DECLARACIÓN DE LIMA

Por una justicia intercultural en base
a nuestras raíces y experiencias

En Lima, a los veintisiete días del mes de octubre del año 2018, las autoridades de las comunidades campesinas, las autoridades de las comunidades nativas, las autoridades de las rondas campesinas, los líderes y lideresas afroperuanos, los jueces de paz y los jueces ordinarios, reunidos en el IX Congreso Internacional sobre Justicia Intercultural:

1. DECLARAMOS que, a pesar de que el Poder Judicial no cuenta con información suficiente sobre los principales problemas de la población afroperuana respecto de su acceso a la justicia, es evidente la demanda que este colectivo ha expresado al sistema de justicia en búsqueda de cesar los actos de discriminación que vienen sufriendo y ello requiere una respuesta adecuada e inmediata.

2. RECONOCEMOS que existe un problema de discriminación en el acceso a la justicia de la población afroperuana y que la elaboración de un diagnóstico integral es necesaria para determinar la dimensión estructural del problema, vinculada a condiciones socioeconómicas y geográficas, entre otras.

3. CONSIDERAMOS que, a efectos de incorporar a la población afroperuana en las reflexiones que estos Congresos congregan, resulta necesario identificar los mecanismos para actuar con pertinencia cultural en los casos que la involucren, como parte esencial del desarrollo de la justicia intercultural.

4. RECONOCEMOS que, a pesar de los avances normativos y sociales, aún persiste en el Perú un machismo que mantiene una situación histórica de vulnerabilidad sobre las mujeres. Esto sucede tanto en zonas rurales como urbanas. En el caso particular de las zonas rurales y la aplicación de la jurisdicción especial, no todos los casos de violencia contra la mujer se denuncian.

5. VALORAMOS que ya existen buenas prácticas de coordinación entre la justicia especial y ordinaria. Es verdad, no obstante, que no se da de la misma manera en todas las regiones y que es necesario seguir promoviendo acercamientos positivos a través de espacios de diálogo institucionalizados en los que puedan compartirse e intercambiar experiencias, así como de, por ejemplo, capacitaciones constantes sobre los alcances y competencias de cada jurisdicción, o la promoción del uso de peritajes antropológicos, intérpretes y traductores de lenguas indígenas, como herramientas de carácter básico. En ese sentido, se hace indispensable la creación y difusión de protocolos especializados que sean de fácil comprensión para todos los operadores de ambas instancias de justicia, así como la conformación y formalización de acuerdos de coordinación.

6. SALUDAMOS la labor de los jueces y juezas de paz como actores clave para la articulación entre la jurisdicción ordinaria y especial y exhortamos apoyar su labor y fortalecimiento como autoridades del sistema de justicia ordinario, así como valorar y reconocer su origen cultural y estrecho vínculo con la justicia impartida por las comunidades campesinas, comunidades nativas o rondas campesinas, así como con el pueblo afroperuano.

Lima, 27 de octubre de 2018

Reseñas



Revista Oficial del Poder Judicial

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

Vol. 9, n.º 11, enero-junio, 2019

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

Revista Oficial del Poder Judicial

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

Vol. 9, n.º 11, enero-junio, 2019, 457-459

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.u9i11.16>

Enrique López Albújar ***Obras completas. Narrativa.***

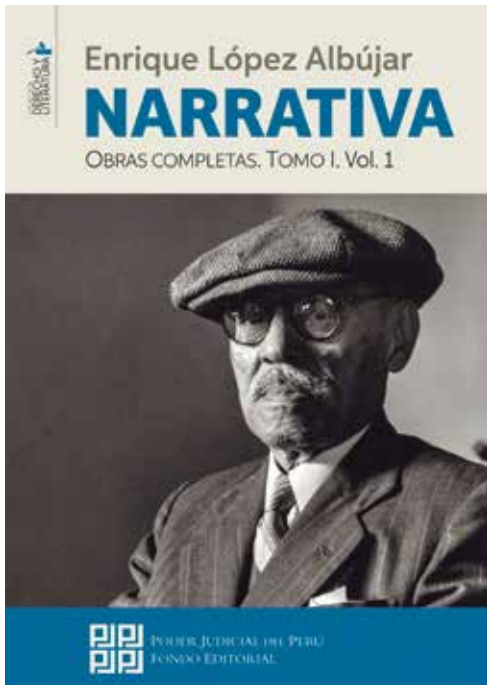
Tomo I, 2 volúmenes. Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial,
2018, 600 pp. (vol. 1) y 692 pp. (vol. 2)



La reciente aparición de los dos volúmenes de la narrativa completa de Enrique López Albújar (que componen el primer tomo de sus *Obras completas*, que se reunirán en seis tomos), editados por el Fondo Editorial del Poder Judicial del Perú, es un buen motivo para retomar la discusión en torno al valor de la obra del destacado chiclayano.

Vista por Mariátegui, la narrativa de López Albújar sirve a los intereses políticos del indigenismo. En otras palabras, quiere probar, con los cuentos del autor de *Matalaché*, la histórica vinculación de nuestras prácticas culturales indígenas con el comunismo y con el proyecto de la revolución socialista.

La lectura mariateguiana de la obra de López Albújar, sin duda, se postula como un acto de fundación crítico que busca instaurar las bases de una praxis indigenista alejada de los paternalismos y exotismos que venían contaminando la representación del indio hasta entonces. Sin embargo, este acto de fundación no puede



dejar de ser visto, a la vez, como un acto que, desde el campo político, utiliza polémicamente a la literatura de López Albújar para reactualizar formas de socialización comunitarias incas como una prueba de la viabilidad del proyecto comunista en el Perú. Citamos a Mariátegui porque, debido a su lectura, tenemos a López Albújar como uno de los padres del indigenismo peruano, propuesta que, por lo menos, debería ser revisada.

Otro aspecto que debe atenderse es el de la relación del autor con el universo judicial. Aquí valdría la pena mencionar que, como escritor de su época, López Albújar asumió los principios del positivismo filosófico y del naturalismo literario. Siguiendo sus postulados, su actitud como escritor se afirmó, como quería Zola, en la del «moralista experimentador que demuestra por la experiencia cómo se comporta una pasión en un medio social». Este interés es llevado por nuestro escritor a los Andes y lo convierte en un descriptor de pasiones, de temperamentos, de estados en los que la violencia y el crimen asumen el papel protagónico. López Albújar debió haber leído, sin duda, el manifiesto zoliano titulado «La novela experimental» de 1880.

Zola reconoce que el trabajo del escritor naturalista es el más noble y de más amplia aplicación: «Ser amo del bien y del mal, regular la vida, regular la sociedad [...] aportar sobre todo bases sólidas para la justicia resolviendo por la experiencia las cuestiones de la criminalidad...». Esta relación con el positivismo y el naturalismo

deben tenerse en López Albújar como esenciales para entender su obra, dentro de la cual haber sido juez pasa a ser un elemento importante pero no decisivo. Es decir, podría no haber sido magistrado (los casos y las sentencias que emanan de ellos al final pasan a ser jurisprudencia y pueden ser consultados) y haber escrito su obra, pero no la hubiese escrito sin haber abrazado el positivismo filosófico y el naturalismo narrativo.

La edición, al cuidado de la doctora Gladys Flores Heredia, es seria, por el rigor con que emplea las ediciones conocidas de las obras del autor para establecer la versión definitiva. Con respecto al orden en que es presentada la obra, habría sido mejor el orden cronológico, de manera que pudiera observarse la evolución del escritor, es decir, desde sus inicios en el decadentismo literario, presente en *La mujer Diógenes*, pasando por el naturalismo de los *Cuentos andinos* hasta el realismo regionalista de sus últimos libros *Cuentos de arena y sol* y *La diestra de don Juan*.

Se incluyen la presentación de Francisco Távara Córdova y la introducción de Duberlí Rodríguez Tineo, de enfoque judicial; y un estudio de Raúl Estuardo Cornejo de 1972. Se extraña, en esta dirección, una aproximación literaria más acorde con las nuevas investigaciones sobre el autor.

JORGE VALENZUELA GARCÉS
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
(Lima, Perú)

Contacto: jvalenzuelag@unmsm.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0001-8886-699X>

Revista Oficial del Poder Judicial

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

Vol. 9, n.º 11, enero-junio, 2019, 461-469

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.u9i11.17>

Francisco Távara Córdova (compilador) ***Ciro Alegría: asedios jurídicos.***

Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial, 2018, 308 pp.



Se ha escrito mucho respecto a la obra literaria de *Ciro Alegría*, pero poco sobre su legado jurídico, y no extraña que los autores que han reparado en el significativo aporte del gran novelista peruano al mundo del derecho sean, en parte, juristas que comparten el mismo apasionamiento por la literatura. En ese pensar y con sugestivo título, *Ciro Alegría: asedios jurídicos* es un libro que compila en sus páginas estudios, hasta antes dispersos, sobre la obra de *Ciro Alegría* desde un enfoque estrictamente jurídico. Los autores proponen al lector descubrir, sobre la base del realismo literario de *Alegría*, el drama de las masas indígenas que, tras siglos de postergación, padecen innumerables injusticias e iniquidades del sistema.

Influenciado por el pensamiento vanguardista de las primeras décadas del pasado siglo, *Ciro Alegría* era un idealista de su tiempo y un pensador humanista que comprendió la necesidad del tránsito hacia una sociedad peruana más justa, de ahí el carácter de denuncia de muchos de sus escritos. En la obra reseñada, autores como

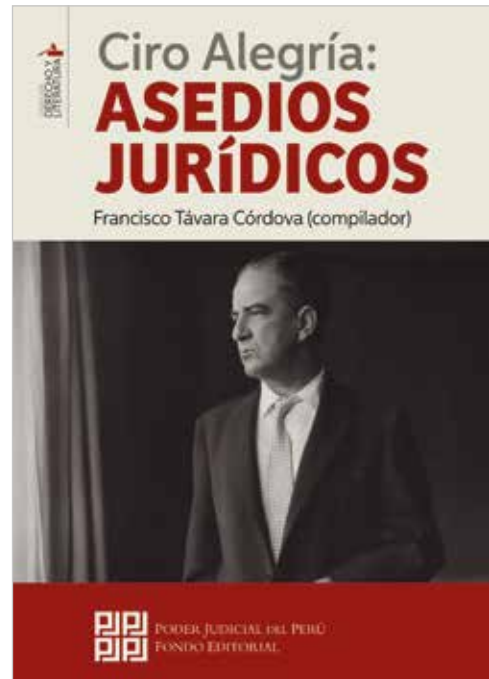
Carlos Ramos Núñez, jurista e historiador; Iván Rodríguez Chávez, abogado y docente; Nécker Mejía Salazar, literato e investigador; Francisco Távora Córdova, juez y hombre de letras; Ricardo Silva-Santisteban, literato y académico; Jacobo Alva Mendo, antropólogo y educador; y Víctor Tenorio García, educador y cultor de literatura hispánica, examinan acuciosamente tres narraciones.

La primera de ellas, *El mundo es ancho y ajeno* (1941), tal vez la novela más exitosa del laureado escritor, es enfocada por Ramos bajo el título de «La justicia en *El mundo es ancho y ajeno*», como «una novela judicial, y es la justicia o, mejor dicho, la irritante ausencia de ella, el *leitmotiv* de la novela» (26); ve en ella una dicotomía inevitablemente jurídica: dos partes enfrentadas entre sí, pero que no se encuentran en un plano de igualdad, es decir, una total disparidad. *El mundo es ancho y ajeno* es, en tal sentido, vista como el «Quijote peruano», solo que no se trata esta vez de un caballero que pierde la razón por la continua lectura de libros de caballería y lucha contra imaginarios gigantes, sino de la representación de campesinos de nuestro país que luchan contra una sociedad injusta.

Para Rodríguez, en su ensayo «El derecho en *El mundo es ancho y ajeno*», resulta de verdadero interés estudiar la obra cumbre de Alegría «relacionándola con la legislación vigente durante el periodo 1912-1928» (65), que evidencia la desprotección legal del campesino frente a los abusos y despojo de sus tierras; pero, asimismo, para a través de su estudio descubrir el contraste entre sistemas jurídicos vistos como irreconciliables: el sistema jurídico romano, individualista, y el sistema jurídico autóctono y colectivista. Dos mundos enfrentados donde el juicio de linderos es solo el instrumento procesal tras el que se esconden fines más protervos: la explotación del hombre por el hombre, la esclavitud de comunidades cuyos individuos son desarraigados ilícitamente de sus tierras; en suma, para comprender que «frente a la realidad legal había otra realidad contrapuesta, de ignorancia, desadaptación y violaciones conscientes» (99).

Salazar, similarmente, en su estudio que también forma parte de la obra reseñada, titulado «La ley y la expropiación de las tierras en *El mundo es ancho y ajeno*», aborda el funcionamiento de la administración de justicia donde «predomina la parcialización de la justicia, lo que se pone de manifiesto en la arbitrariedad de las decisiones judiciales» (157), así como en la antiética actuación de los abogados y la laxitud de los procedimientos legales que permiten materia-

lizar el despojo de las tierras de la comunidad en favor de los intereses de un hacendado; todo lo cual dice mucho de la falta de justicia social en el mundo andino. Esta temática social y judicial reivindicativa es recurrente en la narrativa indigenista, pero ello reafirma un hecho fundamental: la subsistencia en las comunidades indígenas de un sentimiento de arraigo a la tierra que se remonta a épocas ancestrales, precolombinas, y la existencia de una forma particular de ver y entender la justicia. En opinión de Salazar, entre las novelas indigenistas «*El mundo es ancho y ajeno* constituye un texto de imprescindible valor para el estudio del sistema de justicia en el Perú» (165). Examina la aplicación de la ley en un contexto marcado por la corrupción de las autoridades judiciales y la parcialidad hacia una de las partes: un hacendado, es decir, en favor de un actor social que representa el carácter feudal de la economía agrícola de aquel entonces, a lo que se agrega la pervivencia de un inicuo orden social y político dominante y el injusto aparato jurídico que lo legitima. En síntesis, «*El mundo es ancho y ajeno* dramatiza épica-mente la lucha en defensa de la



tierra» (187), y «El drama que vive la comunidad de Rumi es el drama de toda la colectividad india en el Perú» (188).

La segunda narración de Alegría comentada en el libro *Ciro Alegría: asedios jurídicos*, es el cuento «Calixto Garmendia» (1954) y es analizada por Távora, Rodríguez, Silva-Santisteban, Alva, Ramos y Tenorio. Pero antes, una breve referencia a la producción literaria de *Ciro Alegría*, para contextualizarla en el tiempo. Tras el rotundo éxito de *El mundo es ancho y ajeno*, pareció extinguirse la inspiración en el célebre narrador peruano, pues publicó, más de veinte años después, un solo libro: *Duelo de caballeros*, cuya edición albergaba, entre otros cuentos, «Calixto Garmendia». Pero el posterior rescate de sus obras inéditas, gracias a la iniciativa de su viuda, Dora Varona, «demuestra que el narrador Alegría no se había agotado» (Lorente 1984: 137). Asimismo, del intercambio epistolar que sostuvo Henry Bonneville con nuestro narrador¹, se evidencia que ya para entonces venía avanzando la composición de libros mayores, en especial una novela llamada *Lázaro*, obra pensada para dar una visión integral del Perú, de la que *Ciro Alegría* auguraba «parece que será mi mejor obra» (Alegría 1973). En ese transcurrir, en el año 1954 había publicado en París, en la revista *Cuadernos*, un cuento: «Calixto Garmendia», obra que, a decir de Távora en su trabajo inserto en el libro reseñado, de título «“Calixto Garmendia”: la justicia como progreso de la nación», «propone que los únicos agentes que alteran la paz y la armonía de la comunidad son los sujetos que componen el núcleo institucional de la administración de justicia» (201-202).

El contexto presente en la historia es también recurrente, la vida apacible de un pueblo de la sierra es interrumpida por los abusos de las autoridades y los principales del pueblo, y Calixto, humilde

1 Se refiere a las misivas intercambiadas entre ambos literatos, en particular la carta remitida con fecha 17 de julio de 1953 por *Ciro Alegría* en respuesta a la solicitud de Henry Bonneville de que lo autorice para escribir una edición escolar con anotaciones, extractos de *El mundo es ancho y ajeno*.

carpintero, pero orgulloso propietario de una pequeña chacra, es el depositario de las reivindicaciones de justicia de la población. Una sola frase refleja todo el deseo de Calixto: «El día que el Perú tenga justicia, será grande», sin saber que su solitaria búsqueda de justicia será la causa de todo su padecer, Calixto pasa a ser víctima de la injusta expropiación de su chacrita a cambio de un pobre justiprecio que nunca llega a cobrar porque sus reclamos legales son invariablemente desestimados por la autoridad judicial, fracaso que, como refiere Távora, «marca el inicio del desmoronamiento de los ideales de un noble personaje» (207). Ciro Alegría no duda en sacrificar al protagonista de su historia, que en la narración sufre numerosas injusticias e incluso carcelería, empero un hábito de esperanza rodea a la historia, Calixto Garmendia, pese a todos sus infortunios, nunca renunció a la búsqueda de la justicia; puesto a prueba hasta el punto de casi perder la razón, se mantuvo tercamente fiel a la idea de que debe prevalecer la justicia.

El concepto que tiene Calixto de la justicia es muy importante, señala por su parte Rodríguez en su estudio, también inserto en la obra reseñada, titulado «“Calixto Garmendia” o el ideal de la justicia», a la cual concibe como el «factor indispensable para lograr el progreso del país y el bienestar general» (213). Para Ramos, en «“Calixto Garmendia”: la injusticia y la locura», los abusos y la complicidad de las autoridades «se entrelazan con el desmoronamiento psicológico —que no moral— del protagonista, quien terminará hundido en las sombras de la demencia» (245). La impotencia y los deseos de venganza por las injusticias sufridas son crudamente retratadas por el narrador en la deteriorada mente de Garmendia, que, sin embargo, y ante los nuevos intentos de humillación sugiriéndole que vaya a suplicar sumisamente ante las autoridades el pago del justiprecio adeudado, conserva la suficiente entereza y lucidez para exclamar lo que serían casi sus postreras palabras: «¡La justicia no es limosna! ¡Pido justicia!».

En «“Calixto Garmendia” o la perpetuación de la injusticia», Tenorio, ensayista en la obra que reseñamos, percibe que el discurso narrativo de Alegría conjuga «la terca dignidad humana, la esperanza, la fe y la degradación del hombre amargado por la perpetuación de la injusticia social» (254), para luego pasar a analizar acuciosamente la sintaxis narrativa del cuento, donde sobresale la *realidad adversa* que nace de un hecho ajeno a los protagonistas: el despojo de la chacra de Calixto Garmendia es consumado por el gamonalismo «como un acto de venganza y para “ejemplo” de reclamadores» (257), hecho que deteriora la economía familiar de Garmendia quien, pese a todo, espera alcanzar la evasiva justicia. De allí que el enfrentamiento entre gamonalismo y justicia, devenga, en esta historia, «en rebeldía verbal o en actitudes o actos marginales o delincuenciales» (258), lo que dice de la «importancia de quienes defienden causas justas en un sistema basado en la injusticia social» (258). La narración discurre marcando la progresión de la injusticia, desde un lado, y la degradación del personaje que ama la justicia, por el otro; pero, a juicio de Tenorio, el cuento acierta al subrayar que «la injusticia social no es consecuencia de un defecto jurídico» (261), ni que se trata de un problema administrativo, el problema estaría «en manos de la clase feudal-terrateniente, la cual emplea a la superestructura jurídica, administrativa y todo lo demás, de acuerdo con sus intereses, en defensa de un orden, del orden imperante que es el suyo» (261). En tal sentido, el relato se inscribiría dentro del realismo y «constituye un testimonio estético de crítica antifeudal, sobre la base de la realidad peruana en una época dada» (271).

La obra reseñada finaliza con la lectura analítica de la novela *El dilema de Krause* (1969), una de las obras inacabadas de Ciro Alegría. Rodríguez, en el artículo «El derecho constitucional y la democracia en *El dilema de Krause*», estudia, desde un enfoque constitucional y democrático, el problema de la persecución ideológica y política, así como la violación de los derechos fundamentales por poderes

públicos obsecuentes con los mandatos de Gobiernos dictatoriales en un clima de inestabilidad política, y las situaciones de injusticia e impunidad que en ese contexto se presentan. La figura del preso político y su interacción con los actores ocasionales que se integran a la historia, retratan la cruda realidad carcelaria con vidas paralelas marcadas por la desigualdad, deshumanización, sordidez y abuso. Víctima de la violencia represiva desatada, el protagonista, Celso Arizmendi —*alter ego* del novelista—, es internado en la Penitenciaría de Lima, cuya historia se entrecruza con la del preso Franz Krause y la del venal inspector Rodolfo Mola. Surge, desde el primer momento, el dilema entre el deseo de salir de prisión y el temor a la vida en libertad.

La inminente libertad de Arizmendi por amnistía política, y de Krause por buena conducta tras haber cumplido los dos tercios de su condena, genera un diálogo sobre la libertad, y diametrales expectativas en ambos protagonistas. Celso Arizmendi, procesado y sentenciado en ausencia, no vio abrirse su proceso tras ser detenido, se ordenó su internamiento en contravención de todas las garantías procesales y constitucionales; situación que se agrava en la cárcel por el constante abuso contra los internos, la burla de los reglamentos, las leyes y los derechos individuales. Krause, en cambio, recibe dentro de la penitenciaría, a diferencia de la mayoría de presos comunes, un trato privilegiado y, paradójicamente, contempla la posibilidad de seguir en la cárcel. Franz Krause confiesa que no sabe qué hacer.

Para Rodríguez, *El dilema de Krause*, es otro modo de realismo social: del hombre y el ambiente de la ciudad; es, por tanto, «una novela de tema carcelario, ubicable dentro del estilo del realismo social urbano» (300).

Creemos que la dura realidad penitenciaria reflejada en *El dilema de Krause* por Ciro Alegría, y las esperanzas de libertad que residen en todo aquel que sufre el infortunio de pisar una cárcel,

evoca, en cierto modo, el inspirado poema de César Vallejo «El momento más grave de la vida», donde en una serie de respuestas existenciales, ofrecidas por distintos hombres respecto a cuál fue el momento más grave de sus vidas, una de las respuestas es la siguiente: «El momento más grave de mi vida fue mi prisión en una cárcel del Perú» (Vallejo 1961: 147).

Ciro Alegría: asedios jurídicos es un libro editado por el Fondo Editorial del Poder Judicial que revela la voluntad de un poder del Estado por promover una línea editorial que vincule literatura y derecho, bajo la aspiración de repensar los modelos de justicia desde la mirada realista y diferente que solo puede brotar de la pluma de un escritor. Y no extraña que se haya elegido en estos *asedios* a un autor de la talla de *Ciro Alegría*, en su momento considerado el más grande novelista peruano y, para el mundo, uno de los fundadores de la corriente literaria indigenista y uno de los máximos exponentes de la novela hispanoamericana.

JORGE ANGEL CHÁVEZ DESCALZI
Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial
(Lima, Perú)

Contacto: jchavezd@pj.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0003-4653-7922>

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEGRÍA, Ciro (1973). *Sueño y verdad de América*. Prólogo de Henry Bonneville. 2.^a edición. Lima: Editorial Universo.
- LORENTE MEDINA, Antonio (1984). «Breves reflexiones sobre *Lázaro*, obra póstuma de Ciro Alegría». *EPOS, Revista de Filología*, 1, 137-158. Recuperado de <http://revistas.uned.es/index.php/EPOS/article/download/9412/8968>
- VALLEJO, CÉSAR (1961). *Poemas humanos*. Lima: Editora Perú Nuevo.

Revista Oficial del Poder Judicial

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

Vol. 9, n.º 11, enero-junio, 2019, 471-475

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.u9i11.18>

Poder Judicial del Perú. ***Protocolo de Atención Judicial para*** ***Personas con Discapacidad.***

Lima: Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad/
Fondo Editorial del Poder Judicial, 2018, 268 pp.



Protocolo de Atención Judicial para Personas con Discapacidad es un libro cuyo título se explica en el documento de la misma denominación que fuera aprobado por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial peruano a inicios del pasado año. El protocolo, en sí, no es de mayor extensión si se considera la totalidad del libro, pero encierra una amplia y rica historia de progresivos esfuerzos por lograr el reconocimiento y la protección de los derechos de un gran sector de la humanidad tradicionalmente postergado.

La década de los noventa trajo consigo un importante suceso para las personas con discapacidad, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos aprobó la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad, y, más adelante, un 13 de diciembre de 2006, imbuidos de ese mismo

espíritu de renovación, los países miembros de la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobaron la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, instrumento internacional que representó un cambio paradigmático que supuso la obligación de los Estados de eliminar toda barrera jurídica o física que impida el ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales de dicho sector de la población.

Dada la naturaleza de los derechos consagrados, así como el compromiso y responsabilidad de los poderes judiciales de la región sobre la materia, solo dos años después la Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, inspirada, asimismo, en los valores y principios que constituyen el acervo iberoamericano, aprobó las Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, más conocidas como 100 Reglas de Brasilia, cuyas reglas 7 y 8 reconocen que las personas con discapacidad se encuentran en situación de vulnerabilidad y promueven la adopción de medidas conducentes a garantizar a dichas personas el acceso efectivo a la justicia y el pleno goce de los servicios del sistema judicial.

Es en ese marco que en el año 2016 el Poder Judicial peruano lanza el Programa Nacional de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad, a fin de lograr un mejor desarrollo y cumplimiento de las funciones, estrategias y actividades para la ejecución de las 100 Reglas de Brasilia; así como la Carta de los Derechos de las Personas ante el Poder Judicial peruano, inspirada, a su vez, en la Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano (Cancún 2002), particularmente los derechos que se incluyen en la parte titulada «Una justicia que protege a los más débiles» (apartados 23 a 34). Fruto de ello, la coordinadora nacional de dicho programa sometió ante el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial el documento denominado Plan Nacional de Acceso a la Justicia de Personas en

Condición de Vulnerabilidad 2016-2021, aprobado ese mismo año, cuya pretensión es garantizar el ejercicio del derecho humano de acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad sin discriminación. En abril de 2017, se suscribió el Convenio Marco de Cooperación Interinstitucional entre el Poder Judicial y el Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad, que permitió la celebración del Primer Congreso

Nacional de Acceso a la Justicia de Personas con Discapacidad, cuyas opiniones y recomendaciones fueron la base para la elaboración y validación del Protocolo de Atención Judicial para Personas con Discapacidad, aprobado por el Consejo Ejecutivo en enero de 2018.

En la sección del libro dedicada al protocolo mismo, se puede leer en la presentación de dicho instrumento que «pretende garantizar el efectivo acceso a la justicia de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás personas y sin ningún tipo de discriminación, en todos los ámbitos del sistema de administración de justicia; identificando y enfrentando las barreras judiciales, actitudinales y del entorno, para que puedan ejercer plenamente sus derechos»; es decir, asegurar, en sede judicial, la vigencia de dicho derecho humano sin exclusión alguna. El protocolo se divide, para ello, en cinco capítulos, el primero comprende su *justificación*, en cuanto al cumplimiento por parte del Poder Judicial peruano de los estándares internacionales de protección de los derechos humanos aplicando los ajustes razonables necesarios, desde una perspectiva



inclusiva, generacional, de interculturalidad y de género; describe su *objetivo*, que es establecer lineamientos claros y precisos para la atención de las personas con discapacidad por los operadores de justicia, desde la adecuación de los espacios físicos, recepción y contacto con la persona con discapacidad, acceso a la información, reconocimiento de su capacidad jurídica; y da cuenta de su *alcance*, respecto a los jueces y servidores judiciales que deben aplicar el presente protocolo. El capítulo II, referido a definiciones, enfoques y principios orientadores, realiza precisiones conceptuales y define los principios que lo inspiran. En tanto el capítulo III, «Disposiciones generales», desarrolla los estándares de actuación de los operadores judiciales, desde la adecuación de los espacios físicos, la recepción y contacto hacia las personas con discapacidad y el acceso a la información procesal. El capítulo IV regula los estándares de atención por tipo de discapacidad, sea auditiva, visual, física o mental; y, finalmente el capítulo V regula en disposiciones complementarias lo relativo a la evaluación anual del protocolo mediante un monitoreo y seguimiento por la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial, y, a su vez, lo concerniente a la sensibilización —a través de la capacitación— de los operadores de justicia y personal jurisdiccional y administrativo del Poder Judicial sobre el uso y aplicación del protocolo.

El libro *Protocolo de Atención Judicial para Personas con Discapacidad*, editado por la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad y el Fondo Editorial del Poder Judicial, acompaña, en sus diferentes secciones, los instrumentos internacionales y de legislación interna que han hecho posible la visibilización, reconocimiento y protección de los derechos de las personas con discapacidad ante los tribunales de justicia y reserva un capítulo especial a un caso emblemático, el caso Furlán y familiares vs.

Argentina, seguido ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyas decisiones constituyen el referente jurisprudencial para la promoción y protección de los derechos humanos en el Sistema Interamericano, sentencia del 31 de agosto de 2012 que deja palmariamente en claro que las vulneraciones en este ámbito deben ser analizadas a la luz de los estándares internacionales sobre la protección y garantía de los derechos de personas con discapacidad, y que en las mencionadas convenciones «se tiene en cuenta el modelo social para abordar la discapacidad, lo cual implica que la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva. Los tipos de límites o barreras que comúnmente encuentran las personas con diversidad funcional en la sociedad son, entre otras, barreras físicas o arquitectónicas, comunicativas, actitudinales o socioeconómicas» (considerando 133).

Protocolo de Atención Judicial para Personas con Discapacidad es una publicación que, desde el Poder Judicial, nos manifiesta la necesidad de avanzar hacia una sociedad de iguales en la diversidad, eliminando las barreras actitudinales y del entorno que limitan a las personas con discapacidad su accesibilidad a los servicios judiciales, de manera que los derechos humanos y fundamentales de este importante sector de la población sean una realidad y no una entelequia.

CECILIA DEL PILAR GUEVARA MUÑOZ
Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial
(Lima, Perú)

Contacto: cguevara@pj.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0003-2229-6247>

Revista Oficial del Poder Judicial

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

Vol. 9, n.º 11, enero-junio, 2019, 477-482

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.u9i11.19>

Jorge Fernando Bazán Cerdán y Carmela Elena Quiroz Quiroz. ***La aplicación del Acuerdo Plenario sobre Rondas Campesinas y Derecho Penal.***

Salas Penales de Cajamarca: 2010- 2014

Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial, 2018, 184 pp.



A partir del año 2005 los jueces de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República, en cumplimiento de lo normado por nuestra Carta Magna, que encarga al Poder Judicial el ejercicio de la potestad de administrar justicia y la función de garantizar la vigencia del principio de igualdad sustancial en el proceso, vienen realizando plenos jurisdiccionales en materia penal en los que adoptan acuerdos plenarios que son de observancia obligatoria para los jueces de todas las instancias judiciales. Los plenos jurisdiccionales son espacios de diálogo que fomentan la discusión de problemas hermenéuticos sobre la interpretación y la aplicación de una determinada norma, que son detectadas por la judicatura para promover su debate con la finalidad de propender

a la predictibilidad de las resoluciones jurisdiccionales y, como consecuencia, a la tan ansiada seguridad jurídica.

En ese entendido, en el año 2009, debido a que las diversas Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República resolvían de distinta manera respecto a la relevancia jurídico penal de los delitos imputados a los integrantes de rondas campesinas —tales como secuestro, lesiones, extorsión, homicidio y usurpación de autoridad, en relación con los artículos 2, 19, 89 y 149 de la Constitución Política del Perú, y el Convenio n.º 169 de la Organización Internacional de Trabajo—, se llevó a cabo el V Pleno Jurisdiccional Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República, donde se abordó dicha problemática y se aprobó el Acuerdo Plenario n.º 1-2009/CJ-116.

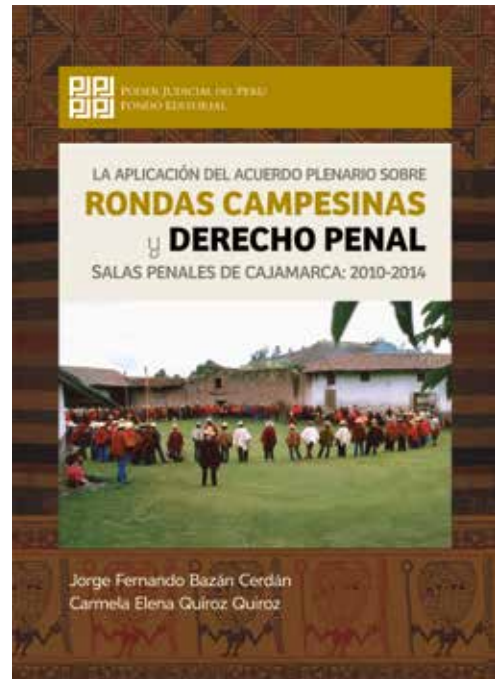
Dicho acuerdo, sobre rondas campesinas y derecho penal, de fecha 13 de noviembre de 2009, a decir del profesor Víctor Prado Saldarriaga, desarrolla dos aspectos fundamentales: la asimilación de un innovador enfoque jurisdiccional sobre el rol y la trascendencia de las funciones de control social que ejercitan las rondas campesinas en el país, y la definición de criterios de orientación que sirvan de referencia a la judicatura nacional para el tratamiento adecuado de los casos penales donde se encuentran inmersas personas que integran tales organizaciones comunales.

Asimismo, con este pronunciamiento, tal como lo señalan Jorge Fernando Bazán Cerdán y Carmela Elena Quiroz Quiroz —autores del libro en comentario—, se han realizado una serie de trabajos de carácter interpretativo sobre el contenido y alcances del acuerdo plenario señalado. Sin embargo, no se han identificado estudios sobre la aplicación de dichos criterios hermenéuticos aprobados, al momento de sentenciar a miembros de las rondas campesinas por ejercer funciones jurisdiccionales, y es precisamente en este punto en que radica la importancia de la investigación publicada, toda vez que efectúa el análisis de un número representativo de

sentencias de las Salas Penales de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, entre los años 2010-2014, respecto a la forma como se han venido aplicando los criterios de orden constitucional y penal establecidos en el acuerdo plenario para sentenciar a los miembros de rondas campesinas.

La aplicación del Acuerdo Plenario sobre Rondas Campesinas y Derecho Penal. Salas Penales de Cajamarca: 2010-2014 es un libro presentado y

prologado por profesores de realce académico como John Stephen Gitlitz, profesor de Ciencia Política y Estudios Latinoamericanos de Purchase College, State University of New York, y Víctor Prado Saldarriaga, catedrático de Derecho Penal y juez supremo titular de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Esta publicación nos invita a reflexionar —en principio—, desde un marco histórico, sobre la conceptualización que propone que las rondas campesinas, nacidas en el interior de comunidades campesinas, puedan ser consideradas como pueblos indígenas, en la medida que se identifiquen como tales. Sin embargo, el estudio advierte que la situación de las rondas campesinas que nacen fuera de las comunidades se complica por el hecho de reconocerles la condición de pueblos indígenas, situación que llega a ser superada con la interpretación progresista desarrollada en el acuerdo plenario, en cuyo texto se determina que las funciones referidas al control del orden e impartición de justicia son inherentes a las rondas campesinas, tanto si nacen en comunidades campesinas o fuera de ellas; por tanto, son formas autónomas y democráticas



de organización comunal y, además, son titulares del ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de su propia jurisdicción.

De una perspectiva teórico-normativa, el trabajo presenta aportes en referencia a las distintas posiciones doctrinales sobre el ejercicio de las funciones jurisdiccionales por parte de las rondas campesinas, así como en la sustentación misma del acuerdo plenario que dota a las rondas campesinas del derecho a ejercer atribuciones jurisdiccionales y el legítimo ejercicio del derecho consuetudinario. Es debido a ello que, para satisfacer el cumplimiento de los objetivos de la investigación, esta publicación pone al alcance de los lectores el marco normativo y jurisprudencial internacional que obliga al Estado peruano al momento de resolver estos casos, como el Convenio n.º 169 de la Organización Internacional de Trabajo, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, así como la Constitución Política de Colombia y la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, y, a nivel nacional, la Ley n.º 24571, Ley de Reconocimiento de las Rondas Campesinas, la Constitución Política del Perú de 1993, la Ley n.º 27908 «Ley de Rondas Campesinas» y el Acuerdo Plenario n.º 1-2009/CJ-116.

La hipótesis de investigación formulada: «Las Salas Penales de Cajamarca han aplicado el Acuerdo Plenario n.º 1-2009/CJ-116, al sentenciar a los integrantes de las rondas campesinas, en el periodo 2010-2014, con un inadecuado control externo constitucional y penal», se construye a través de dos variables, la primera, el control constitucional, y la segunda, el control penal. Con el control externo constitucional se busca determinar el alcance de la jurisdicción especial comunal-rondera, para ello el análisis se centra en dos aspectos: a) el límite objetivo a la jurisdicción penal ordinaria (aplicación del fuero especial comunal y presencia del elemento objetivo), y b) el factor de congruencia. En referencia al control penal,

se busca establecer la manera en que se determinaron o aplicaron los criterios de dogmática penal aplicables a la noción de delito, en otras palabras: la existencia de supuestos de atipicidad de la conducta, la procedencia de causas de justificación, la existencia de factores de inculpabilidad y la determinación y modalidad de pena aplicada.

En cuanto a la población y muestra investigada, cabe precisar que el trabajo de Bazán y Quiroz comprende el riguroso análisis de veinte sentencias penales (diez de la Sala Penal Liquidadora de Cajamarca y diez de la Sala Penal Liquidadora de Chota) de un conjunto de cincuenta sentencias penales (condenatorias, absolutorias y de nulidad) de las salas penales referidas.

Como resultados de la investigación empírica, el estudio revela que la aplicación del Acuerdo Plenario n.º 1-2009/CJ-116, sobre Rondas Campesinas y Derecho Penal, por las Salas Penales de Cajamarca (Cajamarca y Chota), en la mayoría de sentencias a los integrantes de las rondas campesinas, en el ámbito temporal de la investigación, se ha realizado de manera inadecuada, en cuanto se refiere a la determinación de los criterios de control externo constitucional y penal. Asimismo, se pone de manifiesto que en gran parte de las sentencias examinadas, el análisis del elemento objetivo, como límite objetivo a la jurisdicción penal ordinaria, se realizó parcialmente al no verificarse si el sujeto era un rondero, si la conducta se había producido en el ámbito geográfico de la ronda campesina y si el sujeto en el que recayó la conducta delictiva pertenecía al espacio de actuación cultural de la ronda. Entre otras conclusiones, que representan valiosos aportes en favor del correcto funcionamiento de la justicia comunal en nuestro país, y que hacen del libro reseñado un texto de recomendable y necesaria lectura para quienes abogan por la vigencia del principio de interculturalidad en la resolución de los casos en que se procese penalmente a integrantes de las rondas campesinas.

En definitiva, *La aplicación del Acuerdo Plenario sobre Rondas Campesinas y Derecho Penal. Salas Penales de Cajamarca: 2010-2014* es una obra que se presenta como pionera en el estudio de la aplicación de los criterios jurisprudenciales establecidos por las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el Acuerdo n.º 1-2009/CJ-116, Rondas Campesinas y Derecho Penal, para el juzgamiento y sentencia de miembros de las rondas campesinas por ejercer funciones jurisdiccionales.

La importancia de la publicación que nos han entregado Jorge Fernando Bazán Cerdán y Carmela Elena Quiroz Quiroz, gracias a un nuevo esfuerzo editorial del Poder Judicial, creemos que va más allá de una mirada empírica al fenómeno de la justicia rondera y devela la necesidad de que la eficacia de la función orientadora a cargo de las Salas Especializadas del Alto Tribunal de Justicia peruana —desplegada a través de los plenos jurisdiccionales—, sea contrastada necesariamente en su aplicación por los órganos jurisdiccionales de todos los niveles de la judicatura; lo que otorga al presente trabajo un valor agregado para todo aquel investigador que fije en la jurisprudencia su objeto de estudio.

Y es que los criterios interpretativos dictados por las máximas instancias de la justicia nacional deben ser objeto de seguimiento y análisis constante, no solo para velar por su efectivo cumplimiento, sino también para sopesar su real impacto en la justicia que llega directamente al usuario y retroalimentar así el sistema de fuentes jurisprudenciales que, a la larga, serán la mejor garantía de la construcción de una jurisprudencia previsible que satisfaga las reales necesidades de justicia del país.

MARCOS MORÁN VALDEZ
Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial
(Lima, Perú)

Contacto: mmoran@pj.gob.pe
<https://orcid.org/00001-8788-6825>

Revista Oficial del Poder Judicial

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

Vol. 9, n.º 11, enero-junio, 2019, 483-489

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.u9i11.20>

José Calvo González ***Iura et poemata.*** ***Versos y constitucionalismo*** ***de tradición liberal.***

Lima: Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal
Constitucional del Perú, 2019, 70 pp.



Iura et poemata. Versos y constitucionalismo de tradición liberal, libro publicado recientemente en la colección Derecho, Cine y Literatura del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú, se compone de cinco apartados interconectados, cuyo centro de atención es la producción literario-jurídica sobre la Constitución española promulgada en 1812, también conocida popularmente como la *Pepa*, y alentada por los doceañistas. Se trata de una de las constituciones más liberales, pues estableció la soberanía centrada en la nación, instauró la monarquía constitucional, la separación de poderes, el sufragio universal, la libertad de imprenta y la abolición de los señoríos; es la constitución que repercutió positivamente en las colonias que España tenía en América. La repercusión política e histórica de esta constitución

tiene una historia, y no soy precisamente la más competente para desarrollarla, propongo esta reseña desde mi experiencia de lectura literaria sobre la propuesta que realiza Calvo González. Él plantea, en concreto, «rescatar en el patrimonio bibliográfico relacionado con el constitucionalismo doceañista aquellos libros, impresos menores, hojas y folletos donde sus autores, identificados o anónimos, utilizaron formas poéticas para defender, o bien atacar, la aprobación de la Constitución de 1812. Creo que ello contribuirá —así lo espero, dice el especialista— a esclarecer rasgos de la cultura, valores e ideas configuradoras del pensamiento constitucional español en sus inicios» (22).

Para tal efecto, en la primera parte, titulada «De la Gaya ciencia jurídica», presenta una especie de síntesis de las posiciones antipoéticas que encarnan Platón y el catedrático de Derecho en Yale University, Robert Cover. Por un lado, según Platón, ni la poesía ni los poetas son bienvenidos a la República toda vez que la verdad no los acompaña y porque la *poiesis* del poeta no contribuye al fortalecimiento de la unidad republicana. Por el otro lado, ciertamente más contemporáneo, se presenta la posición de Cover respecto a que la poesía no puede ser auxiliar del derecho. Si bien Calvo González presenta con rigor estas posturas, no por ello las suscribe. Las sintetiza para saber que cuando se piensa en poesía y derecho no se vaya a creer que se trata de un binomio disciplinariamente armonioso y libre de cuestionamiento; por el contrario, aquella síntesis permite dar a conocer que se trata de un campo bastante polémico. La posición que toma el autor es la de reconocer la importancia de relacionar poesía y derecho, su postura se basa en el reconocimiento de que tanto una como otra se instauran en el horizonte de lo posible; para él, ambas, actualmente, atraviesan un periodo de crisis: «Hoy son malos tiempos para la poesía, otra vez malos tiempos, y lo son para los Derechos, y tal vez peores mañana» (68). Frente a esta época de crisis, entonces, el autor

imagina lo productivo que podría ser el establecimiento del diálogo entre estas. Es el camino que decide recorrer; así, cuando opta por relacionar poesía y derecho inscribe su reflexión en la línea del filólogo, historiador y mitólogo alemán Jacob Grimm, quien entendía la importancia de la relación entre las leyes y las canciones, lo que en la actualidad sería como hablar de poesía y derecho: «aquella idea del engarce entre “leyes y canciones” —que no representa sino la más segura soldadura de la Poesía al

Derecho— continuará presente en modernos trabajos, algunos todavía recientes» (21). Esta primera parte le sirve a Calvo González para tomar posición respecto a que la relación entre poesía y derecho, como lo acabamos de leer, se trata de una interacción productiva y necesaria.

Se entiende por ello que en el segundo apartado, titulado «Ecos poéticos del 1812. Poemas en la tradición del liberalismo constitucional», el autor opte por presentar el corpus de poemas que hacen evidente la confluencia de derecho y poesía o la producción literaria de tema patriótico y jurídico que reacciona, celebrando o cuestionando, la aparición y vigencia de la Constitución española. Se registra en total 53 títulos de poemas: odas, canciones, coplas, descripciones, seguidillas, epitafios, cantos, sonetos, himnos, diálogos, silvas, quintillas, letrillas, entre otras formas poéticas que hacen evidente su relación con el «patriotismo constitucional activo o reactivo» (24), y no se trata solo de un corpus ibérico, sino también de «composiciones de ciudadanos nacidos en los territorios



americanos que fueron antiguos Virreinos de Perú, Nueva España y Nueva Granada» (25). Así, entre la lista se encuentra la «Oda. “Atado estaba el Continente nuevo” (1812)» (26), del prócer e ideólogo de la Independencia peruana, José Faustino Sánchez Carrión. Se debe destacar que no se trata solo de una extensa nómina de títulos donde se repite, de cabo a cabo, la palabra constitución; por el contrario, el autor hace evidente su profundidad indagatoria cuando a cada título del corpus le añade una rigurosa y exhaustiva anotación bibliográfica. De hecho, el segundo apartado transcurre fundamentalmente en las anotaciones a pie de página, entre datos sobre la procedencia de las fuentes, las bibliotecas donde se ubican y las investigaciones relacionadas para ampliar y enriquecer la pesquisa. Es probablemente el único apartado donde el autor, buscándolo o no, produce en el lector una especie de necesidad de leer cada uno de los poemas, o por lo menos buena parte de estos, ya que los poemas seleccionados no se transcriben o introducen como parte del libro, lo que nos deja con la miel en los labios para la lectura e interpretación.

El tercer apartado, titulado «La poética constitucional», será el marco teórico que se utilizará para analizar e interpretar el corpus anterior. Para ello se explican sucintamente algunos conceptos claves de esta poética. El principal tiene que ver con la idea de texto que se maneja. Así, se comprende que esta poética asume el poema o el corpus como una escritura de «letras y signos producidos por medio de pluma en el trazo de la escritura» (48). Sobre esta escritura es la que se ejercerá la lectura en diferentes niveles: «desde una lectura en clave instrumental —Derecho *en* la literatura» (47), una lectura de «intersección en Derecho *con* Literatura», la que estudia la «poesía política revolucionaria que floreció en los últimos lustros del siglo XVIII» (43); esta poética constitucional llama la atención sobre la estratégica alianza metodológica que debe existir entre

la historia literaria y los estudios jurídicos para el «fomento de la Cultura literaria del Derecho» (43).

En el cuarto apartado, «Al patriotismo por la Constitución. *La constitución poética*», a diferencia de los anteriores, se procede con analizar y comentar algunas estrofas y versos de poemas que avivan el sentido patriótico llamando a la revolución y combinando el lenguaje libertario con el de los ideales de la ilustración liberal: los derechos, la constitución, la razón, la verdad, la justicia, la ley; así se lee en la oda de Cristóbal de Beña: «Si la ley no dirige nuestros hechos / todo tesón es vano: / sea la Ley y su poder defienda / del ciudadano libre los derechos» (56). Para el autor se debe analizar atentamente este modo de celebración poética de la constitución y el cuerpo de leyes que la conforman. De hecho, sostiene que para la época: «Las poesías llegaban a manos de los parlamentarios; existía proximidad entre poetas y legisladores; estos les leían» (61). Aunque no lo escribe de esta manera, se infiere que el patriotismo, el nacionalismo y los valores libertarios y las conquistas legitimadas por la ley eran esparcidas, socializadas y difundidas a través de los poemas, y no solo en territorio español. Leamos la oda de José Faustino Sánchez Carrión en 1812: «Atado estaba el Continente nuevo / Trescientos años con servil cadena. / A cuyo ronco son su acerba pena, / Su eterna esclavitud... llorar solía / En triste desventura» (62). Esta manifestación de la voz americana que se enuncia tras la Constitución de 1812, le permite sostener a Calvo González que: «en 1812 y 1820 existió una cultura trasatlántica de la *Constitución poética*, una cultura poética de la Constitución entre España e Iberoamérica que el océano no separó» (65).

La última parte se presenta como un añadido que tiene como título «*Addenda. ¿Cómo agua y aceite?*», se trata del apartado donde se plantea la interrogante sobre la pertinencia de relacionar derecho y literatura o derecho y poesía. La interrogación formulada en su título resulta irónica, pues tras la acertada explicación de los

apartados anteriores está más que justificada la pertinencia del diálogo entre derecho y poesía.

Finalmente, debo precisar que el texto de José Calvo González es breve, y está centrado, como lo expliqué, en el diálogo entre derecho y poesía, a propósito de la Constitución española de 1812. No obstante, pienso que su propuesta resulta significativa toda vez que puede ser extendida a otros corpus y contextos. Así como lo expone el autor, el libro contiene un programa de investigación para trabajar con materiales bibliográficos que reúnan ciertas características, entre estas, que posean relación con el universo del derecho, ya sea celebrando o auspiciando el ordenamiento jurídico de una sociedad, o ya sea cuestionando el conjunto de normas que rigen la vida en comunidad. De hecho, en el mundo de la literatura, por lo general en aquella realidad que nos presenta un poema, una novela, un cuento o una pieza dramática, siempre se proponen historias sobre seres humanos en interacción pacífica o conflictiva; seres humanos que muchas veces desafían el orden en su afán de búsqueda de justicia, algunas veces haciéndonos ver a los lectores que el sistema jurídico y administrativo tiene muy bien oculto el aparato represor. En tal sentido, poniendo a prueba el esquema de trabajo de Calvo González, podría sintetizar tres pasos claves: en el primero se selecciona un corpus poético o literario que desarrolle temas jurídicos; en el segundo se procede por analizar e interpretar el corpus seleccionado siguiendo las líneas de interpretación jurídica e interpretación de textos literarios, y haciendo visible la configuración o representación de los temas de orden jurídico; y en el tercer paso se extrae el argumento resultado del análisis y la interpretación y se inserta dentro del campo de la «cultura literaria del Derecho», ello para enriquecerlo y dotarlo de mayores elementos de juicio a la hora de discernir en la práctica y la casuística jurídica. Tal como lo explico, el aporte del autor es bastante claro, pues podría servir, en el marco del Bicentenario de la Primera Constitución Política

de la República Peruana (1823) o de las primeras constituciones, como esquema para investigar, compilar y estudiar la diversidad de discursos literarios y poéticos que se produjeron a raíz de la promulgación de la primera Constitución peruana.

Cierro esta reseña poniendo a prueba el primer procedimiento planteado por Calvo González. Es decir, el de investigar sobre un corpus poético que haga evidente un tema de orden jurídico. Pienso así en el extenso poema la «Constitución política» de Felipe Pardo y Aliaga, publicado en la tercera entrega del periódico de costumbres *El espejo de mi tierra*, en el marco de la discusión sobre la nueva Constitución peruana que por 1859 se estaba elaborando. Escribe el poeta peruano decimonónico Pardo y Aliaga, tal vez poniendo en verso lo que el habla popular estampaba bajo la frase «hecha la ley, hecha la trampa». Transcribo un fragmento del poema:

TÍTULO IV
DERECHOS

Libertad de la persona
para todos los hijos de Adán y Eva,
de los que por supuesto se exceptiona
a los apercollados por la leva.
La propiedad, según la ley sanciona,
también el sello de inviolable lleva,
salvo, si un militar manda echar mano
a la res y a la mula del paisano.

GLADYS FLORES HEREDIA
Universidad Ricardo Palma
(Lima, Perú)

Contacto: gladys.floresh@urp.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0001-7515-6905>

Instrucciones a los autores

Los trabajos presentados a la *Revista Oficial del Poder Judicial. Órgano de Investigación de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú* deben adecuarse a las siguientes indicaciones:

1. Tratar asuntos relacionados con la investigación sobre temas jurídicos, de administración de justicia, informes técnicos, acuerdos o declaraciones de congresos institucionales, así como otra documentación relevante en materia jurídica.
2. Ser originales.
3. Ser inéditos.
4. No deberán postular simultáneamente a otras revistas u órganos editoriales.
5. Los *artículos* deberán presentar título principal tanto en castellano como en inglés, además de un resumen/*abstract* (10 líneas como máximo) y un mínimo de tres palabras clave, todo en ambos idiomas. Debajo del título se debe indicar el nombre del autor, el nombre de la institución a la que pertenece, su dirección de correo electrónico institucional y su código de investigador ORCID (*Open Researcher and Contributor ID*, en español Identificador Abierto de Investigador y Colaborador). Deberán precisar, además, en una nota al pie de página, el contexto de

investigación en el cual se inserta el artículo (título del proyecto global, fondo con el que se financia, número de proyecto, si se trata de un fragmento de una tesis, si se trata de una ponencia presentada en un congreso, etc.). Los *artículos* deberán tener una extensión mínima de 15 páginas y máxima de 30. Deberán estar compuestos en tipo Times New Roman de 12 pts., con interlínea a espacio y medio.

6. Si los artículos incluyen gráficos, fotografías, figuras o portadas de libros, las imágenes deben tener una resolución mayor de 500 dpi y deben tener su leyenda respectiva.
7. Para las *reseñas*, la extensión máxima será de cuatro páginas y deberán tener los datos bibliográficos completos del material reseñado (autor, título, ciudad, editorial, año y número de páginas).
8. Las palabras o frases extranjeras deberán ir solo en cursivas, sin comillas, ni negritas, ni subrayadas.
9. La *Revista Oficial del Poder Judicial* considera un proceso editorial de dos a tres meses, tomando en cuenta las etapas de recepción, evaluación y confirmación de publicación. La editora de la revista se reserva el derecho de distribuir en los distintos números de la *Revista Oficial del Poder Judicial* los textos evaluados según los requerimientos de cada edición; y estos se orientarán generalmente por criterios temáticos.
10. Los autores de los textos son responsables del contenido y los comentarios expresados, los cuales no coinciden necesariamente con la dirección y los comités de la revista.
11. Los interesados en publicar en la *Revista Oficial del Poder Judicial* deben enviar su artículo haciendo clic en la pestaña «Enviar un artículo» de la página web de la revista, para que de este modo sean evaluados por el sistema de revisión anónima por pares.

NORMAS PARA LAS REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Los trabajos presentados deben cumplir con las siguientes normas de referencias bibliográficas para ser sometidos al proceso de evaluación:

1. CITACIÓN DE REFERENCIAS

Todas las citas, ya sean textuales o mediante paráfrasis, deben tener al final una referencia bibliográfica, que es la información que servirá al lector para conocer la fuente de donde se ha tomado la cita. Esta referencia bibliográfica será indicada al final de la cita, anotando entre paréntesis el apellido del autor, seguido del año de publicación y del número de página:

«Necesitamos repensar el modelo de un juez de vigilancia penitenciaria, porque esto no es un tema administrativo, la ejecución de los juzgados es parte de la potestad jurisdiccional y tenemos que ver modelos de roles» (San Martín 2017: 38).

Sin embargo, cuando el nombre del autor se menciona antes de insertar la cita, ya no será necesario incluir su apellido en la referencia parentética:

Propone el juez César San Martín que «Necesitamos repensar el modelo de un juez de vigilancia penitenciaria, porque esto no es un tema administrativo, la ejecución de los juzgados es parte de la potestad jurisdiccional y tenemos que ver modelos de roles» (2017: 38).

Si el autor citado tiene más de un texto en la bibliografía final, el año de la publicación identifica el texto citado. Y si se presenta

coincidencia de autor y año, se identifica la referencia mediante letra minúscula:

«La primera idea fundamental desde la perspectiva legal es que nuestro legislador reconoce que la fórmula esencial en la materia es el juicio oral, público y contradictorio» (San Martín 2017b: 11).

Si el texto citado tiene dos autores, se colocarán los apellidos de los dos autores separados por la conjunción «y». En caso haya más de dos autores, solo se citará al primero, seguido por «*et al.*».

«A nivel internacional, se concede cada vez mayor importancia a la tutela de los intereses de los menores, anteponiendo estos a cualesquiera otros intereses (de los padres, familiares, Estado...) hasta el punto de haberse convertido en un principio de orden público en el ámbito del Derecho de familia» (Ruiz-Rico y Castaños 2008: 161-162).

Si el texto citado no consigna el nombre del autor, se colocará el nombre de la institución o la entidad responsable de la publicación:

En el caso de los nombramientos judiciales de primera y segunda instancia estos eran: «[...] ratificados por la Corte Suprema cada cinco años» (Congreso de la República 1929: artículos 148 y 152).

«Si bien los plenos jurisdiccionales superiores se inician en la década de 1990, será a partir del presente siglo, que tendrán regularidad y vocación de permanencia en la práctica. Por primera vez se han organizado plenos exclusivamente en materia contencioso administrativa, comercial y abuso y explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes» (Poder Judicial 2012: 19).

«El año del nacimiento de Ciro Alegría fue determinado por la viuda Dora Varona» (El Comercio 1995: 9-10).

Si los textos citados no presentan el año de publicación, colocaremos la abreviatura s. f. («sin fecha de impresión o de edición») en lugar del año:

«La Tierra o el mundo en que habitamos es uno solo y uno mismo para todos, parece decirnos Vallejo» (Guevara s. f.).

Téngase en cuenta que, cuando se utiliza la cita parentética, las notas al pie de página se usan solo para comentarios y explicaciones del autor del artículo.

1.1. Citas textuales

Si la cita textual tiene menos de cinco líneas de extensión, se señala con comillas y se incorpora como parte del texto:

El Presidente del Poder Judicial, en su Mensaje al Perú, anunció que: «[...] está en marcha un proyecto para área verde en la azotea de este Palacio de Justicia que antes era depósito de chatarra, así como la instalación del primer Panel Solar en el Poder Judicial [...]» (Rodríguez 2017: 26).

Si la cita textual excede las cinco líneas de extensión, deberá ir sin comillas y en un párrafo aparte, con sangría a la izquierda, con interlineado y tipografía menor (Times New Roman 10):

El Presidente del Poder Judicial, en su Mensaje al Perú, anunció que:

[...] está en marcha un proyecto para área verde en la azotea de este Palacio de Justicia que antes era depósito de chatarra, así

como la instalación del primer Panel Solar en el Poder Judicial, que permitirá con energía limpia iluminar por lo menos la Presidencia de la Corte Suprema, siendo al mismo tiempo un mensaje a los jueces del Perú para que asuman la defensa del medio ambiente como bien jurídico y la salud de nuestro gran hogar que es el planeta Tierra (Rodríguez 2017: 26-29).

Si la cita textual no corresponde al inicio de una oración, se debe colocar antes puntos suspensivos encerrados entre corchetes. De modo similar, si la cita textual no termina en punto, se debe colocar al final puntos suspensivos encerrados entre corchetes, tal como observamos en el primer ejemplo de cita textual.

1.2. Parfraseo o resumen

Si la cita no es textual y se parafrasea o resume la idea, no se tiene que incluir el número de la página, solo es necesario mencionar el autor y el año:

El Presidente del Poder Judicial, en su *Mensaje* al Perú, afirmó que la defensa del medio ambiente es un bien jurídico que los jueces del Perú deben implementar en su gestión (Rodríguez 2017).

2. BIBLIOGRAFÍA

Al final del artículo se deberá incluir solo la bibliografía citada y organizada alfabéticamente. Si se citó dos o más textos de un mismo autor, se ordenará por antigüedad, empezando por el texto más antiguo. Y en caso de que se citaran dos o más textos de un autor publicados el mismo año, estos se diferenciarán con las letras a, b, c, etc., después del año de publicación:

SAN MARTÍN CASTRO, César (2017a). «Jueces y seguridad ciudadana». En PODER JUDICIAL (ed.). V, VI, VII, VIII y IX *Congresos Nacionales de Jueces*. Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial, 33-39.

SAN MARTÍN CASTRO, César (2017b). «Oralidad y proceso penal». En PODER JUDICIAL (ed.). *Boletín informativo del X Congreso Nacional de Jueces*. Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial, 11.

2.1. Libro

- Impreso

APELLIDOS, nombres del autor (año). *Título*. Ciudad: Editorial.

ESCOBEDO SÁNCHEZ, Jaime (2017). *Justicia de Paz del Perú. Rurasqanchikmi*. Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial/ Oficina Nacional de Justicia de Paz y Justicia Indígena- ONAJUP/Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo- PNUD.

NARVÁEZ HERNÁNDEZ, José Ramón (2016). *Los jueces en el cine. La administración de justicia y la argumentación en el séptimo arte*. Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial/Red Iberoamericana de Cine & Derecho.

NOMBRE DEL AUTOR INSTITUCIONAL (año). *Título*. Ciudad: Editorial o imprenta.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA (1958). *Constitución Política del Perú promulgada el 9 de abril de 1933: concordada con las modificaciones contenidas en las leyes n.ºs 8237, 9166, 9178, 11874 y 12391*. Lima: Cámara de Diputados.

- **Versión electrónica de libro impreso**

APELLIDOS, nombres del autor (año). *Título*. Recuperado de dirección URL

NARVÁEZ HERNÁNDEZ, José Ramón (2016). *Los jueces en el cine. La administración de justicia y la argumentación en el séptimo arte*. Recuperado de [http:// www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/3fdd98004f2f29918bd4abecaf96f216/Los+jueces+en+el+cine.pdf?MOD=AJPERES](http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/3fdd98004f2f29918bd4abecaf96f216/Los+jueces+en+el+cine.pdf?MOD=AJPERES)

- **Exclusivamente electrónico**

APELLIDOS, nombres del autor (año). *Título*. Recuperado de dirección URL

RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo, RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel, PÉREZ SOLA, Nicolás, GARCÍA JIMÉNEZ, Manuel y DELGADO MARTÍN, Joaquín (coords.) (2016). *Nuevas dimensiones del derecho judicial*. Recuperado de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/a0c40a004de411058814da73e0b6364e/Nuevas+dimensiones+del+derecho+judicial-100816.pdf?MOD=AJPERES>

Nota: hay libros electrónicos que no presentan la fecha de publicación. En ese caso, se debe consignar la abreviatura s. f.

2.2. Capítulo de libro

- **Impreso**

APELLIDOS, nombres del autor (año). «Título del capítulo». *Título del libro*. Ciudad: Editorial, páginas del capítulo.

RAMOS NÚÑEZ, Carlos (2014). «La parte artesanal de la tesis: el registro y recolección de datos». *Cómo hacer una tesis de*

Derecho y no envejecer en el intento. 2.^a edición. Lima: Editora Jurídica Grijley, 175-223.

- **Versión electrónica**

APELLIDOS, nombres del autor (año). «Título del capítulo». *Título del libro* (páginas del capítulo). Recuperado de dirección URL

RAMOS NÚÑEZ, Carlos (2008). «El levantamiento del Palacio Nacional de Justicia». *Historia del Palacio Nacional de Justicia. Dos perspectivas* (35-92). Recuperado de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/c72d170046f959a49f72ff199c310be6/HISTORIAPALACIONACIONALJUSTICIA.pdf?MOD=AJPERES>

2.3. Artículo en un libro colectivo

APELLIDOS, nombres del autor (año). «Título del artículo». En APELLIDOS, nombres del editor (ed.), el compilador (comp.) o el coordinador (coord.). *Título del libro*. Ciudad: Editorial, páginas del capítulo.

TÁVARA CÓRDOVA, Francisco (2014). «La justicia en *Escalas*, de César Vallejo». En FLORES HEREDIA, Gladys (ed.). *Vallejo 2014. Actas del Congreso Internacional Vallejo Siempre*. Lima: Editorial Cátedra Vallejo, 323-343.

- **Versión electrónica**

APELLIDOS, nombres del autor (año). «Título del artículo». En APELLIDOS, nombres del editor (ed.), el compilador (comp.) o el coordinador (coord.). *Título del libro* (páginas del artículo). Recuperado de dirección URL

SAN MARTÍN CASTRO, César (2017). «Jueces y seguridad ciudadana». En PODER JUDICIAL (ed.). V, VI, VII, VIII y IX Congresos Nacionales de Jueces (33-39). Recuperado de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/f7ba0b0043b73730a3e9afd60181f954/V%2C+VI%2C+VII%2C+VIII+Y+IX+CONGRESOS+NACIONALES+DE+JUECES.pdf?MOD=AJPERES>

2.4. Artículo de revista

- **Impreso**

APELLIDOS, nombres del autor (año). «Título del artículo». *Título de la revista*, número, páginas que comprende el artículo.

RAMÍREZ, Nelson (2010). «La revisión de las sentencias constitucionales». *Revista Peruana de Derecho Público*, 21, 57-90.

- **Versión electrónica**

APELLIDOS, nombres del autor (año). «Título del artículo». *Título de la revista*, número, páginas que comprende el artículo. Recuperado de dirección URL

LECAROS CORNEJO, José Luis (2017). «Libertad de culto e instituciones públicas». *Revista Oficial del Poder Judicial*, 10, 63-98. Recuperado de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/9ec7ab8042efe50c869db6d49215945d/2.+Libertad+de+culto.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=9ec7ab8042efe50c869db6d49215945d>

2.5. Artículo de periódico

- **Impreso**

APELLIDOS, nombres del autor (día, mes y año). «Título del artículo». *Título del periódico*, página.

PATRÓN SALINAS, Carlos (4 de diciembre de 1999). «Crisis adolescente del Código Civil». *El Comercio*, B-3.

- **Versión electrónica**

APELLIDOS, nombres del autor (día, mes y año). «Título del artículo». *Título del periódico*. Recuperado de dirección URL

ENCINAS, Abelardo (28 de diciembre de 2017). «La ética en la práctica jurídica». *Diario Oficial El Peruano*. Recuperado de <http://elperuano.pe/noticia-la-etica-la-practica-juridica-62493.aspx>

2.6. Tesis

- **Impresa**

APELLIDOS, nombres del autor (año). *Título*. Tesis de grado. Ciudad: Universidad.

PAREDES VARGAS, César Augusto (2002). *La exigente de miedo insuperable en El código penal peruano de 1991, su aplicación por los juzgados y Salas penales de Junín*. Tesis para optar el grado de doctor en Derecho. Lima: Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

- **Versión electrónica**

APELLIDOS, nombres del autor (año). *Título*. Tesis de grado. Ciudad: Universidad. Recuperado de dirección URL

UGAZ HEUDEBERT, Juan Diego (2009). *La exigente de «obediencia debida» en el Derecho Penal peruano*. Tesis para optar el título de abogado. Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado de http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/1381/UGAZ_HEUDEBERT_JUAN_DIEGO_EXIMENTE_OBEDIENCIA.pdf?sequence=1

2.7. Expedientes

- **Impreso**

NOMBRE DEL AUTOR INSTITUCIONAL (año). *Nombre y número del expediente-año-código del juzgado y cualquier información descriptiva adicional*. Corte Superior de Justicia o Distrito Judicial: fecha de sentencia.

PODER JUDICIAL (2015). *Expediente n.º 03671-2015- 0-1801-JP-CI-08*. Lima: 6 de mayo de 2015.

- **Versión electrónica**

NOMBRE DEL AUTOR INSTITUCIONAL (año). *Nombre y número del expediente-año-código del juzgado y cualquier información descriptiva adicional*. Corte Superior de Justicia o Distrito Judicial: fecha de sentencia. Recuperado de dirección URL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2015). *Expediente n.º 08238-2013-PHD/TC-Lambayeque*. Lima: 6 de mayo de 2015. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/08238-2013-HD.pdf>

2.8. Resoluciones

- **Impreso**

NOMBRE DEL AUTOR INSTITUCIONAL (año). *Nombre y número de la resolución-año-código del juzgado y cualquier información descriptiva adicional.* Corte Superior de Justicia o Distrito Judicial: fecha de resolución.

PODER JUDICIAL (2013). *Resolución Administrativa n.º 120-2013-P-PJ.* Lima: 12 de abril de 2013.

MINISTERIO DE JUSTICIA (1993). *Resolución Ministerial n.º 010-93-JUS, Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil.* Lima: 23 de abril de 1993.

- **Versión electrónica**

NOMBRE DEL AUTOR INSTITUCIONAL (año). *Nombre y número de la resolución-año-código del juzgado y cualquier información descriptiva adicional.* Corte Superior de Justicia o Distrito Judicial: fecha de resolución. Recuperado de dirección URL

PODER JUDICIAL (2016). *Resolución Judicial n.º 4-2016- JP-CI-08.* Lima: 20 de julio de 2016. Recuperado de http://cej.pj.gob.pe/cej/forms/documento.html?numUnico=2015036711801252&numIncidente=0&fec=2016-07-20%2018:45:54.04&anio=2016&sec=40630&tipo=S&flg_ind_bd=S

2.9. Casaciones, autos, decretos, leyes y otros textos jurídicos

- **Impreso**

NOMBRE DEL AUTOR INSTITUCIONAL (año). *Nombre y número de la casación-año y cualquier información descriptiva adicional.* Corte Superior de Justicia o Distrito Judicial: fecha de la casación, del auto o del decreto.

PODER JUDICIAL (2015). *Casación n.º 3671-2014-Lima*. Lima: 5 de noviembre de 2015.

- **Versión electrónica**

NOMBRE DEL AUTOR INSTITUCIONAL (año). *Nombre y número de la ley y cualquier información descriptiva adicional*. Corte Superior de Justicia o Distrito Judicial: fecha de la publicación de la ley. Recuperado de dirección URL

CONGRESO DE LA REPÚBLICA (2017). *Ley n.º 30709. Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres*. Lima: 27 de diciembre de 2017. Recuperado de http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/ADLP/Normas_Legales/30709-LEY.pdf

2.10. Medios audiovisuales

- **Película**

APELLIDOS, nombres del productor (productor), APELLIDOS, nombres del director (director) (año). *Título de la película*. [Película]. País de origen: Estudio.

KRAMER, Josh y otros (productores), LUMET, Sidney (director) (1996). *El lado oscuro de la justicia*. [Película]. Estados Unidos: Paramount Pictures.

- **Documental**

APELLIDOS, nombres del productor (productor), APELLIDOS, nombres del director (director) (año). *Título del documental*. [Documental]. País de origen: Estudio.

DE RUITER, Jan y otros (productores), RAMOS, Maria Augusta (directora) (2004). *Justiça*. [Documental]. Brasil:

Coproducción Brasil-Países Bajos (Holanda): Selfmade Films/
Limite Produções/NPS Television.

- **Entrevista**

APELLIDOS, nombres del entrevistador (entrevistador) (día, mes y año). «Título de la entrevista». [Entrevista]. En *Título del programa*. País: Medio de difusión. Recuperado de dirección URL

RÍO, Patricia del, MARIÁTEGUI, Aldo y CARVALLO, Fernando (entrevistadores) (31 de mayo de 2017). «Entrevista al presidente del Poder Judicial, Dr. Duberlí Rodríguez Tineo». [Entrevista]. En *Ampliación de Noticias*. Perú: Radio Programas del Perú. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=66VA3ckK0mg>

Instructions for authors

The works presented to the *Revista Oficial del Poder Judicial. Órgano de Investigación de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú* must meet the following instructions:

1. Address topics related to the research of legal, administration of justice issues, technical reports, agreements or statements of institutional congresses as well as any other relevant documentation on the subject of law.
2. Be original.
3. Unpublished.
4. You must not have simultaneously applied to other journals or publishing houses.
5. The *articles* must have a main title both in Spanish and English in addition to a summary/abstract (10 lines maximum) and a minimum of three key words, all in both languages. The name of the author, the institution to which he/she belongs, his/her institutional e-mail address and his/her ORCID (*Open Researcher and Contributor ID*) researcher code. Likewise, the context of the research in which the article is placed (title of the global project, funds with which it is financed, project number, whether it is a fragment of a thesis, a paper presented in a congress, etc.)

must be included in a footnote. The *articles* must have a minimum of 15 and a maximum of 30 pages and must be written in Times New Roman 12 with a 1,5 spacing.

6. If the articles include graphs, photographs, figures or book covers, the images must have a resolution of 500 dpi and over and their respective caption.
7. In the case of *reviews*, they shall be a maximum of 4 pages long and must contain full bibliographical data of the reviewed material (author, title, city, publishing house, year and number of pages).
8. Foreign words or phrases must only be consigned in cursive letters, with no inverted commas, underlining or highlighting.
9. The *Revista Oficial del Poder Judicial* considers a publishing process of two to three months, taking into account the stages for the receipt, assessment and confirmation of the publication. In the different editions of the *Revista Oficial del Poder Judicial*, the editor reserves the right to distribute the texts evaluated according to the requirements of each edition, which shall usually favor thematic criteria.
10. The authors of the articles are responsible for their content and comments expressed therein, which do not necessarily coincide with the Board of Directors and committees of the journal.
11. Persons interested in publishing their works in the *Revista Oficial del Poder Judicial* must send their articles by clicking on the tab «*Enviar un artículo*» [Send an article] of the web page of the journal, for ongoing evaluation by the anonymous peer-reviewing system.

RULES FOR BIBLIOGRAPHICAL REFERENCES

The presented works must comply with the following rules for bibliographic references to be eligible for evaluation:

1. QUOTATION OF REFERENCES

All quotes, either textual or paraphrased, must have a bibliographical reference at the end, which is the information useful to the reader to learn the source of the quotation. This bibliographical reference shall be consigned at the end of the quotation, mentioning the surnames of the author followed by the year of publication and the number of pages in brackets:

«Necesitamos repensar el modelo de un juez de vigilancia penitenciaria, porque esto no es un tema administrativo, la ejecución de los juzgados es parte de la potestad jurisdiccional y tenemos que ver modelos de roles» (San Martín 2017: 38).

However, when the name of the author is mentioned prior to inserting the quotation, the inclusion of his surnames in brackets in the reference will no longer be necessary:

Propone el juez César San Martín que «Necesitamos repensar el modelo de un juez de vigilancia penitenciaria, porque esto no es un tema administrativo, la ejecución de los juzgados es parte de la potestad jurisdiccional y tenemos que ver modelos de roles» (2017: 38).

If the quoted author has more than one text in the final bibliography, the year of publication identifies the quoted text. And if the name of the author and the year coincide, the reference is identified in small letters:

«La primera idea fundamental desde la perspectiva legal es que nuestro legislador reconoce que la fórmula esencial en

la materia es el juicio oral, público y contradictorio» (San Martín 2017b: 11).

If the quoted text has two authors, the surnames of the two authors shall be separated by the conjunction «and». In the event of the existence of more than two authors, only the first shall be quoted, followed by «et al».

«A nivel internacional, se concede cada vez mayor importancia a la tutela de los intereses de los menores, anteponiendo estos a cualesquiera otros intereses (de los padres, familiares, Estado...) hasta el punto de haberse convertido en un principio de orden público en el ámbito del Derecho de familia» (Ruiz-Rico and Castaños 2008: 161-162).

If the quoted text fails to consign the name of the author, the name of the institution or entity responsible for the publication shall be consigned:

En el caso de los nombramientos judiciales de primera y segunda instancia estos eran: «[...] ratificados por la Corte Suprema cada cinco años» (Congreso de la República 1929: articles 148 and 152).

«Si bien los plenos jurisdiccionales superiores se inician en la década de 1990, será a partir del presente siglo, que tendrán regularidad y vocación de permanencia en la práctica. Por primera vez se han organizado plenos exclusivamente en materia contencioso administrativa, comercial y abuso y explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes» (Poder Judicial 2012: 19).

«El año del nacimiento de Ciro Alegría fue determinado por la viuda Dora Varona» (El Comercio 1995: 9-10).

If the quoted texts do not include a year of publication, we shall consign the abbreviation “n.d.” («no date of edition or publication») instead of the year:

«La Tierra o el mundo en que habitamos es uno solo y uno mismo para todos, parece decirnos Vallejo» (Guevara n.d.).

Please bear in mind that when quoting in brackets, the footnotes shall only be used for the author’s comments on and explanations of the article.

1.1. Textual quotations

If the textual quotation has less than five (5) lines, it shall be consigned in inverted commas and incorporated as part of the text:

El Presidente del Poder Judicial, en su Mensaje al Perú, anunció que: «[...] está en marcha un proyecto para área verde en la azotea de este Palacio de Justicia que antes era depósito de chatarra, así como la instalación del primer Panel Solar en el Poder Judicial [...]» (Rodríguez 2017: 26).

If the textual quotation has more than five (5) lines, it must be consigned without inverted commas and in a separate paragraph, with a left indent, line spacing and a smaller font (Times New Roman 10):

El Presidente del Poder Judicial, en su Mensaje al Perú, anunció que:

[...] está en marcha un proyecto para área verde en la azotea de este Palacio de Justicia que antes era depósito de chatarra, así como la instalación del primer Panel Solar en el Poder Judicial, que permitirá con energía limpia iluminar por lo menos la Presidencia de la Corte Suprema, siendo al mismo tiempo un mensaje a los jueces del Perú para que asuman la defensa del medio ambiente

como bien jurídico y la salud de nuestro gran hogar que es el planeta Tierra (Rodríguez 2017: 26-29).

If the quoted text does not coincide with the start of a sentence, it must be preceded by an ellipsis between brackets. Similarly, if the quoted text does not end with a full stop, an ellipsis between brackets shall be consigned at the end as we may observe in the first example of a textual quotation.

1.2 Paraphrasing or summary

If the quotation is not textual and the overall idea is paraphrased or summarized, the page number does not have to be included and only mention of the author and the year shall be necessary:

El Presidente del Poder Judicial, en su *Mensaje* al Perú, afirmó que la defensa del medio ambiente es un bien jurídico que los jueces del Perú deben implementar en su gestión (Rodríguez 2017).

2. BIBLIOGRAPHY

Only the quoted and alphabetically organized bibliography must be included at the end of the article. If two or more texts of the same author were quoted, they shall be included according to its antiquity, starting with the oldest text. And, should two or more texts of an author published in the same year be quoted, they shall be differentiated with the letters a.b.c. etc., after the year of publication:

SAN MARTÍN CASTRO, César (2017a). «Jueces y seguridad ciudadana». In PODER JUDICIAL (ed.). V, VI, VII, VIII y IX *Congresos Nacionales de Jueces*. Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial, 33-39.

SAN MARTÍN CASTRO, César (2017b). «Oralidad y el proceso penal» In PODER JUDICIAL (ed.) *Boletín informativo del X Congreso Nacional de Jueces*. Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial, 11.

2.1. Book

- **Printed**

SURNAMES, first names of the author (year). *Title*. City: Publishing House.

ESCOBEDO SÁNCHEZ, Jaime (2017). *Justicia de Paz del Perú. Rurasqanchikmi*. Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial/ Oficina Nacional de Justicia de Paz y Justicia Indígena- ONAJUP/Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo- PNUD.

NARVÁEZ HERNÁNDEZ, José Ramón (2016). *Los jueces en el cine. La administración de justicia y la argumentación en el séptimo arte*. Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial/Red Iberoamericana de Cine & Derecho.

NAME OF THE INSTITUTIONAL AUTHOR (year). *Title*. City: Publishing House or printer.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA (1958). *Constitución Política del Perú promulgada el 9 de abril de 1933: concordada con las modificaciones contenidas en las leyes n.^{os} 8237, 9166, 9178, 11874 y 12391*. Lima: Cámara de Diputados.

- **Electronic version of the printed book**

SURNAMES, first names of the author (year). *Title*. Retrieved from URL address

NARVÁEZ HERNÁNDEZ, José Ramón (2016). *Los jueces en el cine. La administración de justicia y la argumentación en el séptimo arte*. Retrieved from <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/3fdd98004f2f29918bd4abecaf96f216/Los+jueces+en+el+cine.pdf?MOD=AJPERES>

- **Exclusively electronic version**

SURNAMES, first names of the author (year). *Title*. Retrieved from URL address

RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo, RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel, PÉREZ SOLA, Nicolás, GARCÍA JIMÉNEZ, Manuel and DELGADO MARTÍN, Joaquín (coords.) (2016). *Nuevas dimensiones del derecho judicial*. Retrieved from <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/a0c40a004de411058814a73e0b6364e/Nuevas+dimensiones+del+derecho+judicial-100816.pdf?MOD=AJPERES>

Note: There are electronic books with no date of publication in which case the abbreviation “n.d.” must be consigned.

2.2. Book chapter

- **Printed**

SURNAMES, first names of the author (year). «Chapter Heading». *Book Title*. City: Publishing House, pages of the chapter.

RAMOS NUÑEZ, Carlos (2014). «La parte artesanal de la tesis: el registro y recolección de datos». *Cómo hacer una tesis de Derecho y no envejecer en el intento*. Second Edition. Lima: Editora Jurídica Grijley, 175-223.

- **Electronic version**

SURNAMES, first names of the author (year). «Chapter Heading». *Book Title* (pages of the chapter). Retrieved from URL address

RAMOS NUÑEZ, Carlos (2008). «El levantamiento del Palacio Nacional de Justicia». *Historia del Palacio Nacional de Justicia. Dos perspectivas* (35-92). Retrieved from <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/c72d170046f959a49f72ff199c3101bc6/HISTORIAPALACIONNACIONALJUSTICIA.pdf?MOD=AJPERES>

2.3. Article in a book by a collection of authors

SURNAMES, first names of the author (year). «Article Heading». In SURNAMES, first names of editor (ed.), the compiler (comp.) or the coordinator (coord.). *Book Title*. City: Publishing House, pages of the chapter.

TÁVARA CÓRDOVA, Francisco (2014). «La justicia en *Escalas*, de Cesar Vallejo». In FLORES HEREDIA, Gladys (ed.). *Vallejo 2014 Actas del Congreso Internacional Vallejo Siempre*. Lima: Editorial Cátedra Vallejo, 323-343.

- **Electronic version**

SURNAMES, first names of the author (year). «Article Heading». In SURNAMES, first names of editor (ed.), the compiler (comp.) or the coordinator (coord.). *Book Title* (pages of the article). Retrieved from URL address

SAN MARTÍN CASTRO, César (2017). «Jueces y seguridad ciudadana». In PODER JUDICIAL (ed.). *V, VI, VII, VIII y IX Congresos Nacionales de Jueces* (33-39). Retrieved from <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/f7ba0b0043b73730a3e9afd60181f954/>

V%2C+VI%2C+VII%2C+VIII+Y+IX+CONGRESOS+NACIONALES+DE+JUECES.pdf?MOD=AJPERES

2.4. Magazine article

- **Printed**

SURNAMES, first names of author (year). «Article Heading». *Name of magazine*, number of pages of the article.

RAMÍREZ, Nelson (2010). «La revisión de las sentencias constitucionales». *Revista Peruana de Derecho Público*, 21, 57-90.

- **Electronic version**

SURNAMES, first names of author (year). «Article Heading». *Name of magazine*, number of pages of the article (if any). Retrieved from URL address

LECAROS CORNEJO, José Luis (2017). «Libertad de culto e instituciones públicas». *Revista Oficial del Poder Judicial*, 10, 63-98. Retrieved from <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/9ec7ab8042efe50c869db6d49215945d/2.+Libertad+de+culto.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=9ec7ab8042efe50c869db6d49215945d>

2.5. Newspaper article

- **Printed**

SURNAMES, first names of the author (day, month and year). «Article Heading». *Name of newspaper*, page.

PATRÓN SALINAS, Carlos (4 December 1999). «Crisis adolescente del Código Civil». *El Comercio*, B-3.

- **Electronic version**

SURNAMES, first names of the author (day, month and year). «Article Heading». *Name of newspaper*. Retrieved from URL address.

ENCINAS, Abelardo (28 December 2017). «La ética en la práctica jurídica». *Diario Oficial El Peruano*. Retrieved from <http://elperuano.pe/noticia-la-etica-la-practica-juridica-62493.aspx>.

2.6. Thesis

- **Printed**

SURNAMES, first names of the author (year). *Title*. Thesis. City: University.

PAREDES VARGAS, César Augusto (2002). *La eximente de miedo insuperable en el código penal peruano de 1991, su aplicación por los juzgados y salas penales de Junin*. Thesis to opt for the title of lawyer. Lima: School of Law of the Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

- **Electronic version**

SURNAMES, first names of the author (year). *Title*. Thesis. City: University. Retrieved from URL address

UGAZ HEUDEBERT, Juan Diego (2009). *La eximente de «obediencia debida» en el Derecho Penal peruano*. Thesis to opt for the title of lawyer. Lima: School of Law of the Pontificia Universidad Católica del Perú. Retrieved from http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/1381/UGAZ_HEUDEBERT_JUAN_DIEGO_EXIMENTE_OBEDIENCIA.pdf?sequence=1

2.7. Dockets

- **Printed**

NAME OF INSTITUTIONAL AUTHOR (year). *Name and number of docket-year-court code and any additional descriptive information.* Court of Appeals or Judicial District: date of judgment.

PODER JUDICIAL (2015). *Expediente n.º 03671-2015- 0-1801-JP-CI-08.* Lima, May 6, 2015.

- **Electronic version**

NAME OF INSTITUTIONAL AUTHOR (year). *Name and number of docket-year-court code and any additional descriptive information.* Court of Appeals or Judicial District: date of judgment. Retrieved from URL address

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2015). *Expediente n.º 08238-2013-PHD/TC-Lambayeque.* Lima, May 6, 2015. Retrieved from <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/08238-2013-HD.pdf>

2.8. Resolutions

- **Printed**

NAME OF INSTITUTIONAL AUTHOR (year). *Name and number of resolution-year-court code and any additional descriptive information.* Court of Appeals or Judicial District: date of judgment.

PODER JUDICIAL (2013). *Resolución Administrativa n.º 120-2013-P-PJ.* Lima: April 12, 2013.

MINISTERIO DE JUSTICIA (1993). *Resolución Ministerial n.º 010-93-JUS. Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil.* Lima: April 23, 1993.

- **Electronic version**

NAME OF INSTITUTIONAL AUTHOR (year). *Title and number of resolution-year-court code and any additional descriptive information.* Court of Appeals or Judicial District: date of judgment. Retrieved from URL address

PODER JUDICIAL (2016). *Resolución Judicial n.º 4-2016-JP-CI-08.* Lima: July 20, 2016. Retrieved from [http://ccj.pj-gob.pe/ccj/forms/documento.html?numUnico=2015036711801252&numIncidente=0&fec=2016-07 20%21:18:45:54.04&anio=2016&sec=40630 &tipo=S&flg_ind_bd=S](http://ccj.pj-gob.pe/ccj/forms/documento.html?numUnico=2015036711801252&numIncidente=0&fec=2016-07%20%21:18:45:54.04&anio=2016&sec=40630&tipo=S&flg_ind_bd=S)

2.9. Cassation, records, decrees, laws and other legal texts

- **Printed**

NAME OF INSTITUTIONAL AUTHOR (year). *Title and number of cassation - year and any additional descriptive information.* Court of Appeals or Judicial District: date of cassation, file/record or decree.

PODER JUDICIAL (2015). *Casación n.º 3671-2014-Lima.* Lima, November 5, 2015.

- **Electronic version**

NAME OF INSTITUTIONAL AUTHOR (year). *Title and number of the law and any additional descriptive information.* Court of Appeals or Judicial District: date of publication of the law. Retrieved from URL address

CONGRESO DE LA REPÚBLICA (2017). *Ley n.º 30709. Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres.* Lima: December 27, 2017. Retrieved from http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/ADLP/Normas_Legales/30709-LEY.pdf

2.10. Audiovisual means

- **Film**

Full name of the producer (producer). Full name of the Director (director) (year). *Title of the film* [Film]. Country of Origin: Film Studio.

KRAMER, Josh and others (producers), LUMET, Sidney (director) (1996). *The dark side of justice* [Film]. United States: Paramount Pictures.

- **Documentary**

Full name of the producer (producer). Full name of the Director (director) (year). *Title of the documentary* [Documentary]. Country of Origin: Film Studio.

DE RUITER, Jan and others (producers), RAMOS, Maria Augusta (director) (2004). *Justiça* [Documentary]. Brazil: Coproduction Brazil-Netherlands (Holland): Selfmade Films/Limite Produções/NPS Television.

- **Interview**

Full name of interviewer (interviewer) (day, month and year). «Title of the Interview» [Interview]. In *Name of Program*. Country: Broadcasting means. Retrieved from URL address.

RÍO, Patricia del, MARIÁTEGUI, Aldo and CARVALLO, Fernando (interviewers) (May 31, 2017). «Interview of the President of the Judiciary, Dr. Duberlí Rodríguez Tineo». [Interview]. In *Ampliación de Noticias*. Perú: Radio Programas del Perú. Retrieved from <https://www.youtube.com/watch?v=66VA3ckK0mg>.



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

Revista Oficial del Poder Judicial

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

Vol. 9, n.º 11, enero-junio, 2019

Publicación semestral. Lima, Perú

La edición de este undécimo número
de la revista estuvo a cargo de Gladys Flores Heredia;
el diseño lo realizó Rodolfo Loyola Mejía;
la diagramación, Rodolfo Loyola Mejía y Silvia Ramos Romero;
la corrección de textos, Yuliana Padilla Elías;
y el apoyo editorial, Jorge Chávez Descalzi y Daniel Vélez Otani.

La Revista Oficial del Poder Judicial n.º 11
se terminó de imprimir el 15 de noviembre de 2019
en Editora y Librería Jurídica Grijley
Jr Azángaro 1077, Lima, Perú.

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.v9i11>

Presentación

José Luis Lecaros Cornejo

Artículos de investigación

Francisco Távora Córdova

Casación civil: génesis y recepción del recurso de casación en el derecho civil peruano

Víctor Roberto Prado Saldarriaga

Delitos de organización criminal en el Código Penal peruano

Javier Arévalo Vela

La licencia y la cuota sindicales en la legislación peruana

Gerardo Eto Cruz

La autopercepción del control de convencionalidad por la propia Corte Interamericana: breves apostillas críticas

Mauro Barberis

Lo que los juristas no dicen. Normas no expresadas y despositivización

César Antonio Delgado Castro

Los abogados como integrantes de una organización criminal. Apuntes sobre la conducta neutral en el ejercicio de la profesión de abogado y el secreto profesional

Edwin Figueroa Gutarra

Violencia basada en género. Una visión actual

Jhonny Hans Contreras Cuzcano

Violencia familiar, un paso al feminicidio

Antonio Páucar Lino

El bien común en la Constitución Política del Perú de 1993

Javier Eduardo Jiménez Vivas

El derecho humano a un debido proceso frente al procedimiento administrativo peruano

Helder Domínguez Haro

¿Ser o no ser del Poder Judicial? Aproximación bibliográfica sobre el proceso de reforma, modernización, reestructuración y refundación de la judicatura nacional

Declaraciones

X Congreso Nacional de Jueces, Tacna 2017

XI Congreso Nacional de Jueces, Lima 2018

IX Congreso Internacional sobre Justicia Intercultural, Lima 2018

Reseñas

Jorge Valenzuela Garcés

Enrique López Albújar (2018). *Obras completas. Narrativa. Tomo I*

Jorge Angel Chávez Descalzi

Francisco Távora Córdova (compilador) (2018). *Ciro Alegría: asedios jurídicos*

Cecilia del Pilar Guevara Muñoz

Poder Judicial del Perú (2018). *Protocolo de Atención Judicial para Personas con Discapacidad*

Marcos Morán Valdez

Jorge Fernando Bazán Cerdán y Carmela Elena Quiroz Quiroz (2018). *La aplicación del Acuerdo Plenario sobre Rondas Campesinas y Derecho Penal. Salas Penales de Cajamarca: 2010-2014*

Gladys Flores Heredia

José Calvo González (2019). *Iura et poemata. Versos y constitucionalismo de tradición liberal*

Instrucciones a los autores

Instructions for authors