



CHORNANCAP
REVISTA JURÍDICA
ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LAMBAYEQUE



Justicia penal, derechos fundamentales y estado democrático

VOL. 1, NÚM. 1
ENERO - JUNIO
2023

e-ISSN: 2961 - 2934

CHICLAYO / PERÚ



¡Visita nuestra revista
digital **escaneando**
este QR!



ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS
DE LAMBAYEQUE



Chornancap Revista Jurídica

Vol. 1 Núm. 1

Enero - Junio, 2023

Equipo Editorial

Director

Mag. José Rolando Cardenas Gonzales

Consejo Editorial

Mag. César Vargas Rodríguez (Decano)

Abg. Ervis Valdiviezo Rosado (Directo Secretario)

Abg. Segundo Lázaro Timaná Domínguez (Director de Economía)

Abg. Willian Tantajulca Burga (Director de Derechos Humano)

Abg. Danny Ramón Uceda Flores (Director de Comunicaciones e Informática)

Mag. Delsy Gasdaly Alarcón Dávila (Directora de Estudio Jurídico gratuito)

© *Ilustre Colegio de Abogados de Lambayeque*

Esq. José C. Mariátegui y Los Rosales, Urb. Arturo Falla
Chiclayo - Perú

Dibujo de carátula ©

Frank José Machuca Cabrera

Diseño de cubierta ©

Christian Emilio Herrera Matos

Diseño y diagramación

María Rosa Becerra Guzmán

ISSN: 2961-2934 (En línea)

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º 2023- 09275 (digital)
Disponible a texto completo en <https://www.icallambayeque.org.pe/rjchornancap>



El contenido de la responsabilidad de sus autores. No refleja necesariamente la opinión del equipo editorial de la revista. La obra ha sido sometida al proceso de arbitraje o revisión de doble pares ciegos antes de su publicación.



CHORNANCAP
REVISTA JURÍDICA
ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LAMBAYEQUE

EQUIPO EDITORIAL

DIRECTOR

José Rolando Cardenas Gonzales
Universidad Complutense de Madrid

COMITÉ DE EDICIÓN

María Rosa Becerra Guzmán
Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo

Jeanella Edyt Estrella Carlos
Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo

COMITÉ CONSULTIVO

Dr. Riccardo Guastini
Università degli Studi di Genova, Italia

Dr. Juan Antonio García Amado
Universidad de León, España

Dr. Francisco Javier García Roca
Universidad Complutense de Madrid, España

Dr. Guillaume Tusseau
Sciences Po Paris, Francia

Dr. Ramsis Ghazzaoui Piña
Universidad Autónoma de Madrid, España

Dra. María Guadalupe Fernández Ruiz
Universidad Nacional Autónoma de México



Dr. Manuel Bermúdez Tapia
Pontificia Universidad Católica del Perú

COMITÉ CIENTÍFICO

Dr. Mario Amoretti Navarro
Ludwig-Maximilians- Universität München

Dra. Silva Bagni
Alma Mater Studiorum Università di Bologna

Dr. Ignacio García Vitor
Universidad Complutense de Madrid

Dra. Covadonga Ferrer Martín de Vidales
Universidad Complutense de Madrid

Dr. Ignacio Álvarez Rodríguez
Universidad Complutense de Madrid

Dr. Gilmer Alarcón Requejo
Universidad Carlos III de Madrid

Dra. María Ruiz Dorado
Universidad de Castilla - La Mancha

Mtr. Nieves Lucana Mamani
Universidad de Castilla - La Mancha

Dr. Amir Al Hasani Maturano
Universidad de las Islas Baleares

Mag. Cinthia Katherin Barboza Rojas
Université Paris Descartes



Mag. Francisco Javier Martínez Castañeda
Universidad Nacional Autónoma de México

Dr. Fernando Manuel Catro Figueroa
Universidad Autónoma de Baja California

Dr. José Antonio Pérez Ramos
Instituto de Especialistas para Ejecutivos

Dr. Cuauhtémoc Talavera Moncayo
Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca

Mag. Cesar Ojeda Quiroz
Pontificia Universidad Católica del Perú

Mag. Marco Antonio Pérez Ramírez
Universidad Nacional Federico Villarreal

Dr. Kori Paulett Silva
Universidad Andina del Cusco

Mag. José Edilberto Rodríguez Tanta
Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo

Dr. Carlos Alberto Sánchez Coronado
Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo

Mtr. Elky Alexander Villegas Paiva
Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo

Mag. Juan Alberto Castañeda Méndez
Universidad Cesar Vallejo





ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LAMBAYEQUE

Consejo Directivo 2023-2024

TABLA DE CONTENIDO

PRESENTACIÓN	13
Jhordy Michel Torres Campos <i>La vulneración del principio de mínima intervención en el derecho penal en relación a la posesión mínima de dos o más tipos de drogas.</i>	17
Miguel Alfredo Flores Salazar Cynthia Lizbeth Labrín Pimentel <i>Prescripción en el delito de tráfico de influencias.</i>	33
Stalin Einstein Anaxímenes Pisfil Casas <i>¿Liberar a Barrabas y convertirlo en Jesús? Un análisis del estudio de la Neurociencia en el Derecho Penal peruano.</i>	49
Segundo Adán Rojas Ruiz Gicella Guzmán Velasco <i>Sentenciados por omisión a la asistencia familiar incrementa el hacinamiento del penal de Chiclayo.</i>	65
Washington Luis Bravo Montalvo <i>La desigualdad en el trabajo de la mujer. Bosquejando filosofías.</i>	79
Diego Enrique Mantilla Yarango <i>Maternidad Subrogada: Entre Dignidad Humana y Autonomía Privada.</i>	105



Rusbeyra Montalvo Santisteban

La aplicación de la ley N° 31298 y la vulneración de los derechos laborales adquiridos por los locadores de servicios en las entidades públicas. **129**

Arturo Alexander Roberth Zavaleta Verde

Las actuaciones o indagaciones previas desde la óptica del principio de legalidad procesal. **143**

César Gianfranco Ruiz Álvarez

El derecho fundamental al debido proceso como principal garantía en el Perú. **161**

Carmen Rosa Zuta Mendoza

Asilo político, instrumento reconocido constitucionalmente y causa de conflicto de relaciones internacionales. **181**

Marco Antonio Hidalgo Talledo

El derecho a la salud y grupos de vulnerabilidad: Una revisión a la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional. **199**

Oscar Yamir Pulache Estrada

El hacinamiento carcelario y su incidencia en la vulneración de derechos fundamentales de los internos en el Perú. **215**

Manuel Bermúdez Tapia

Meritocracia en el ámbito académico profesional jurídico: Reforma del sistema de acreditación, registro y evaluación. **227**



PRESENTACIÓN

Es un honor presentar a los respetados lectores la primera edición de *Chornancap Revista Jurídica*, en la que convergen las disciplinas jurídicas, se desentrañan las complejidades de la Justicia Penal y se examinan los vínculos inquebrantables con los Derechos Fundamentales y el Estado Democrático. Como director de esta publicación, siento una gran responsabilidad en la búsqueda constante de conocimiento jurídico que abarque las implicaciones legales contemporáneas y su interacción con la sociedad.

La idea de la justicia penal y los derechos fundamentales, son esenciales en cualquier sociedad democrática, se han convertido en el epicentro de las discusiones y análisis que presentamos en esta edición. La justicia penal no solo se encarga de castigar a quienes infringen la ley, sino que también es la guardiana de los derechos fundamentales de los ciudadanos. La misión de una sociedad democrática es proteger y garantizar estos derechos, asegurando así que la justicia se aplique de manera justa, imparcial y proporcionada.

La primera edición de *Chornancap Revista Jurídica* está compuesta por una serie de artículos, cada uno de los cuales examina minuciosamente cuestiones legales de gran relevancia. Los siguientes son algunos de los temas que se han investigado:

- **La vulneración al principio de mínima intervención del Derecho Penal en relación a la posesión mínima de dos o más tipos de drogas:** Este artículo aborda la cuestión de la proporcionalidad de las leyes penales en relación con la posesión de sustancias controladas, desafiando así la tradicional doctrina de la intervención mínima en el ámbito del Derecho Penal.
- **La prescripción en el delito de tráfico de influencias:** La complejidad de los delitos de tráfico de influencias y su relación con el plazo de prescripción son analizados en este trabajo, planteando cuestiones fundamentales sobre la justicia y el tiempo.
- **¿Liberar a Barrabas y convertirlo en Jesús? Un análisis del estudio de la Neurociencia en el Derecho Penal peruano:** Esta investigación se adentra en la influencia de los avances en la neurociencia en las decisiones judiciales y cómo estos pueden impactar en la rehabilitación y la imposición de penas.



- **Sentenciados por Omisión a la Asistencia Familiar incrementa el hacinamiento del Penal Chiclayo:** El artículo pone de relieve la situación de los deudores de asistencia familiar en prisión y su papel en la sobrepoblación carcelaria, lo que plantea desafíos importantes para la justicia penal y los derechos fundamentales.
- **La desigualdad en el trabajo de la mujer: Bosquejando filosofías:** La discriminación de género en el ámbito laboral es examinada detenidamente, analizando las filosofías subyacentes a esta desigualdad y la necesidad de abordarla en el contexto legal.
- **Maternidad subrogada: entre Dignidad humana y autonomía privada:** Esta investigación presenta un análisis profundo de la maternidad subrogada y su relación con los derechos humanos, considerando los aspectos de autonomía de las partes involucradas y la dignidad humana.
- **La aplicación de la Ley N.º31298 y la vulneración de los derechos laborales adquiridos por los locadores de servicios en las entidades públicas:** En este trabajo se aborda la necesidad de preservar los derechos laborales en el sector público y evalúa la aplicación de la Ley N.º31298.
- **El derecho fundamental al debido proceso como principal garantía en el Perú:** En un Estado de Derecho, el debido proceso es una piedra angular de la justicia. Este artículo enfatiza su importancia como garantía fundamental y su relevancia en el contexto peruano.
- **Asilo político, instrumento reconocido constitucionalmente y causa de conflicto de relaciones internacionales:** Las concesiones de asilo político pueden ser un punto de conflicto en las relaciones internacionales. Este manuscrito explora la complejidad de estas concesiones y su impacto en las relaciones entre países.
- **El derecho a la salud y grupos de vulnerabilidad: una revisión a la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional:** El derecho a la salud es un derecho humano fundamental. Este artículo analiza este derecho y su aplicación a grupos vulnerables, a través de una revisión de jurisprudencia reciente.



- **El hacinamiento carcelario y su incidencia en la vulneración de derechos fundamentales de los internos en el Perú:** El hacinamiento en las cárceles es un problema de larga data. Este trabajo examina esta problemática y su impacto en los derechos fundamentales de los internos en el contexto peruano.
- **Meritocracia en el ámbito académico profesional jurídico: reforma del sistema de acreditación, registro y evaluación:** La meritocracia es un concepto de gran importancia en el campo jurídico y académico. Esta investigación explora la necesidad de promover la meritocracia y propone posibles reformas para lograrlo.

Cada artículo se presenta como una contribución significativa al discurso jurídico. Representa una oportunidad para reflexionar, analizar y debatir los desafíos contemporáneos que enfrenta el mundo del derecho y, en última instancia, la sociedad en su conjunto.

Esta revista no habría visto la luz sin el arduo trabajo de nuestros colaboradores, editores y equipo editorial, cuyas pasiones y dedicación han sido fundamentales para dar forma a esta publicación. Este primer paso es el inicio de un viaje continuo en el que nos comprometemos a proporcionar un espacio para el análisis, la discusión y la reflexión crítica en el ámbito del Derecho.

Extendemos una cordial invitación a todos los amantes del Derecho, desde juristas experimentados hasta estudiantes entusiastas, para que se unan a nosotros en este viaje. Los instamos a explorar los artículos de esta edición y a considerar sus implicaciones en el mundo en constante evolución. También los invitamos a contribuir en futuras ediciones, ya que su voz es fundamental para enriquecer el discurso jurídico en nuestro país.

En nombre de todo el equipo de *Chornancap Revista Jurídica*, agradecemos a nuestros autores, revisores y lectores por acompañarnos en esta emocionante travesía académica. Esperamos que disfruten de esta edición tanto como disfrutamos al concebirla. Su apoyo y participación son invaluable, y estamos ansiosos por observar cómo esta revista contribuirá al avance del Derecho y la justicia en el Perú y el mundo.

Chiclayo, octubre de 2023.

José Rolando Cardenas Gonzales
Director



LA VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN DEL DERECHO PENAL EN RELACIÓN A LA POSESIÓN MÍNIMA DE DOS O MÁS TIPOS DE DROGAS

THE INFRINGEMENT ON THE PRINCIPLE OF MINIMAL INTERVENTION OF CRIMINAL LAW REGARDING THE MINIMAL POSSESSION OF TWO OR MORE TYPES OF DRUGS

Fecha de recepción: 12/07/2023
Fecha de aprobación: 30/08/2023

Jhordy Michel Torres Campos

Universidad Nacional Toribio Rodríguez de Mendoza

jhordy.torres@untrm.edu.pe

 <https://orcid.org/0000-0001-5348-7981>



e-ISSN: 2961-2934

<https://doi.org/10.61542/rjch.17>

RESUMEN

Este artículo aborda una cuestión de gran relevancia en relación con la regulación contenida en el segundo párrafo del artículo 299 del Código Penal. Esta disposición legal suscita preocupación debido a su exclusión de la exención de responsabilidad penal en situaciones donde la posesión involucra dos o más tipos de drogas. Esta normativa resulta problemática en términos de compatibilidad con el principio de mínima intervención del Derecho Penal. En este contexto, se plantea la necesidad de modificar el artículo mencionado, con el propósito de que abarque en su noción de posesión no punible la tenencia de droga destinada al propio e inmediato consumo, independientemente de si se trata de uno o varios tipos de sustancias, siempre y cuando se respeten las cantidades mínimas estipuladas. Es importante subrayar que esta modificación no sería aplicable en casos donde la posesión tenga propósitos diferentes al consumo personal. En consecuencia, esta propuesta busca ofrecer un marco normativo más coherente y acorde con el principio de mínima intervención, al tiempo que se aborda una problemática relevante en el ámbito penal.

Palabras claves

Drogas, garantismo, microcomercialización de drogas, represión penal.



ABSTRACT

This article addresses an issue of great relevance regarding the regulation contained in the second paragraph of Article 299 of the Penal Code. This legal provision raises concerns due to its exclusion from the exemption of criminal liability in situations where possession involves two or more types of drugs. This regulation is problematic in terms of compatibility with the principle of minimal intervention of Criminal Law. In this context, the need to modify the mentioned article is raised, in order to encompass within its notion of non-punishable possession the possession of drugs intended for one's own immediate consumption, regardless of whether it involves one or several types of substances, as long as the stipulated minimum quantities are respected. It is important to emphasize that this modification would not apply in cases where possession serves purposes other than personal consumption. Consequently, this proposal seeks to offer a more coherent and in line with the principle of minimal intervention, while addressing a relevant issue in the penal domain.

Keywords

Drugs, guarantees, micromarketing of drugs, penal repression.

RÉSUMÉ

Cet article aborde une question d'une grande pertinence concernant la régulation contenue dans le deuxième paragraphe de l'Article 299 du Code pénal. Cette disposition légale suscite des préoccupations en raison de son exclusion de l'exemption de responsabilité pénale dans les situations où la possession implique deux types ou plus de drogues. Cette régulation pose problème en termes de compatibilité avec le principe de l'intervention minimale du droit pénal. Dans ce contexte, la nécessité de modifier l'article mentionné est soulevée, afin d'inclure dans sa notion de possession non punissable la possession de drogues destinées à sa propre consommation immédiate, qu'elle implique ou non un ou plusieurs types de substances, tant que les quantités minimales stipulées sont respectées. Il est important de souligner que cette modification ne s'appliquerait pas dans les cas où la possession sert à des fins autres que la consommation personnelle. Par conséquent, cette proposition vise à offrir une approche plus cohérente et conforme au principe de l'intervention minimale, tout en abordant une question pertinente dans le domaine pénal.

Mots-clés

Drogues, garanties, micromarketing des drogues, répression pénale.

INTRODUCCIÓN

En el ámbito de Perú, se ha incorporado como parte fundamental de su política nacional la lucha contra el tráfico de drogas. Un desafío complementario radica en definir la naturaleza jurídica y la justificación político-criminal de los denominados "delitos de posesión". Bajo esta estrategia legislativa, se penaliza la tenencia de objetos debido al riesgo potencial que estos representan o a la posibilidad de que se utilicen para cometer actos ilícitos. Sin embargo, si consideramos la "posesión" como el acto de "tener algo", estamos haciendo referencia a un hecho más que a un comportamiento. Esta perspectiva no se alinea fácilmente con el sistema de Derecho Penal que solo sanciona "acciones", tal como se aplica en la jurisdicción peruana.

Se destaca la presencia de un desafío en la normativa vigente, donde se sanciona la conducta de aquellos individuos que consumen dos o más variedades de sustancias estupefacientes. Esta acción es catalogada como una forma de microcomercialización, incluso si las cantidades implicadas son mínimas. Por ende, el enfoque es garantizar la aplicación efectiva del principio de mínima intervención del Derecho Penal. El objetivo es evitar que la actuación del individuo sea sujeta a castigo.

En el Código Penal, el artículo 299 introduce la noción de la posesión de drogas que no conlleva sanción, ya sea en función del tipo de sustancia mencionado en el artículo o en relación a las cantidades máximas permitidas para un consumidor. No obstante, surge un desafío evidente al intentar demostrar si una persona detenida con sustancias ilícitas es efectivamente un consumidor o no. Por consiguiente, es crucial enfatizar la aplicación frecuente del principio de mínima intervención penal, especialmente en casos en los que el delito en cuestión no entraña un peligro significativo, como es el caso presente.

Es esencial examinar detenidamente el mencionado artículo con el propósito de permitir al juez, mediante la evaluación de las pruebas presentadas, tomar la decisión de aplicar el principio de mínima intervención penal cuando sea apropiado (por ejemplo, en el caso de un acusado sin historial delictivo, factores socioculturales, etc.). Además, esta aplicación contribuiría a mejorar la regulación en relación al delito de posesión de pequeñas cantidades de diversas drogas. Es importante considerar que la regulación penal de estos incidentes responde a la necesidad de salvaguardar estos bienes frente a los riesgos vinculados al uso o consumo de dichos productos.

En esta línea, a continuación, se expone la perspectiva del autor, la cual ha sido cotejada con los resultados de investigaciones a nivel nacional en relación al tema durante los últimos años. Esto presenta una contribución innovadora que se aspira a estimular el diálogo y, aún más valioso, a impulsar una transformación en las regulaciones normativas.

1. El principio de mínima intervención del derecho penal

La conclusión primordial de la Filosofía del Derecho moderna radica en la evolución de las instituciones jurídicas. No existen principios invariables y absolutos que prevalezcan antes de la experiencia o se desliguen de sus nuevos descubrimientos; todas las áreas del Derecho — incluido el Penal— deben considerarse como elementos que evolucionan constantemente. Sin embargo, rechazar los fundamentos teóricos del Derecho Penal clásico no implica negar a la sociedad el derecho de prevenir o castigar la conducta antisocial de los infractores. En cambio, apunta a garantizar la eficacia de esta defensa, la cual se encuentra en riesgo actualmente debido a las leyes existentes (Ingenieros, 2017, p.37). De este modo, a diferencia de lo que la sociedad pueda suponer, no se garantiza la reducción de la comisión de delitos al tipificar todas las acciones que van en contra de las normas de convivencia. De igual manera, el aumento de las penas en categorías penales ya establecidas no conlleva automáticamente la disminución de una posible actividad delictiva.

La aplicación de la mínima intervención del Derecho Penal implica necesariamente revisar los principios fundamentales del Derecho Penal y la relevancia y efecto que esta área tiene en relación a la violencia presentada en el entorno estatal. Esta violencia es considerada como una expresión legítima y jurídica para contrarrestar las infracciones más graves que afectan a bienes jurídicos considerados fundamentales. No obstante, esta presión sobre las libertades individuales no debe realizarse de manera arbitraria o irregular, ya que las personas cuentan con diversas garantías. Aunque estas garantías inicialmente tuvieron un carácter declarativo, con el paso del tiempo han evolucionado hacia disposiciones incorporadas en instrumentos legales que limitan y restringen de manera efectiva las manifestaciones del *ius puniendi* (Torres Campos, 2021, p.87).

Es innegable que, en la actualidad, el poder punitivo del Estado se distingue por fomentar la creación e implementación de políticas y prácticas notoriamente rígidas. En este contexto, los procesos de criminalización y sobrecriminalización se han vuelto más frecuentes y intensos, lo que conlleva a marginar o impedir cualquier manifestación de clemencia hacia aquellos considerados "otros" delincuentes. Lamentablemente, esta actitud desenfrenada y la disposición represiva que exhibe el sistema penal actual también han afectado las recientes reformas en el marco legal del país. De hecho, se han sucedido cambios constantes orientados hacia la creación de nuevos delitos y la ampliación de las penas para muchos de los ya existentes. Al mismo tiempo, el uso extensivo y excesivo de penas privativas de libertad de larga duración o incluso de cadena perpetua sin posibilidad de liberación anticipada ha exacerbado los tradicionales problemas de sobrepoblación y hacinamiento que caracterizan a las instituciones penitenciarias nacionales (Prado Saldarriaga, 2021, pp. 291-292).

El "principio de intervención mínima" está consagrado tanto en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como en documentos clave como la "Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789", el "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos" y

el "Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales". Además, el Código Penal peruano lo menciona en los artículos IV y VII del Título Preliminar. El Tribunal Constitucional peruano también ha abordado este tema en diversas sentencias (Trujillo Aponte, 2021, p.2).

El "principio de intervención mínima" o "última ratio" del Derecho Penal ha sido reconocido en la jurisprudencia y doctrina peruana, aunque no se encuentra explícitamente establecido en la Constitución ni en el Código Procesal Penal. Entre sus ideas centrales, se destaca que el Derecho Penal debe servir a la totalidad de los ciudadanos en busca de una convivencia armoniosa y libre, evitando que la pena se convierta en un objetivo en sí mismo. El Derecho Penal se considera una herramienta o instrumento del Estado que restringe el pleno desarrollo de los derechos fundamentales, como la libertad y la familia, y sus derechos conexos. Por lo tanto, este principio establece un límite al poder punitivo del Estado, donde la acción penal solo debe intervenir en situaciones en las que otras medidas, ya sean administrativas, civiles, religiosas, etc., no hayan sido eficaces para lograr los objetivos de seguridad jurídica. Este principio se compone de tres postulados fundamentales: subsidiariedad, fragmentariedad y proporcionalidad (Trujillo Aponte, 2021).

La pena solo es justificada cuando es aplicada a una persona que la ha ganado debido a un delito por el cual es responsable. El beneficio que la sociedad obtiene de la pena no es suficiente para sustentar su legitimidad. La sociedad no posee un poder total sobre sus miembros, y no puede privar a los ciudadanos de su libertad y vida a menos que la justicia lo permita. La pena va más allá de ser simplemente una manifestación de las demandas humanitarias (Proal, 1893, p.22).

Si la Política Criminal aspira a combatir eficazmente el delito inquiriendo sus causas y proponiendo los remedios oportunos, un tratado amplio y minucioso de ella debería comenzar por llevar a cabo investigaciones profundas, de índole biológica y sociológica. Pero éstas bastarían, por sí solas, para llenar algunos gruesos volúmenes. Y a continuación sería preciso exponer, haciendo historia crítica, la forma en que las sociedades han reaccionado contra el fenómeno de la delincuencia, cómo se han defendido de los ataques de este mal, qué medios han empleado, cuáles eran legítimos y cuáles útiles, qué efectos se llegaron a producir. Si la Política Criminal es ciencia de la legislación, es necesario plantear todas las reglas fundamentales que deben ser observadas para la reforma de los códigos, los criterios científicos, de necesidad, de utilidad, de posibilidad, etc., así como entregarse a la exploración de un vasto campo —el Derecho comparado—, donde se hallarían rasgos generales de instituciones comunes a todos los pueblos civilizados y diferencias específicas marcadas con el sello nacional (Langle, 1927, pp. 4-5).

Si consideramos que la Política Criminal también puede ser un período de tregua en el conflicto histórico entre diversas teorías penales, se vuelve necesario, en igual medida, identificar detalladamente los principios inconciliables y los puntos de convergencia entre muchas opiniones aparentemente opuestas. Esto se hace con el propósito de establecer una base sólida sobre la cual se pueda construir un nuevo enfoque con garantías de estabilidad. Además, dado

que la Antropología y la Estadística son los cimientos de la Política Criminal, sería apropiado empezar por abordar directamente estas dos áreas antes de explorar los aspectos de la primera (Langle, 1927).

El principio de mínima intervención promueve la Política Criminal en consonancia con los lineamientos característicos del Estado constitucional de Derecho. Este principio proporciona un fundamento a los regímenes que, en situaciones excepcionales, imponen limitaciones y restricciones a los ciudadanos. De lo contrario, este enfoque resultaría incoherente en un sistema en el que la igualdad debe ser el principio dominante. Es fundamental que esta Política Criminal refuerce una perspectiva preventiva en todas sus facetas, a pesar de que esto implique una inversión considerable. Sin embargo, esta medida resulta apropiada y esencial para equilibrar el principio de última ratio del Derecho Penal (Trujillo Aponte, 2021, p.190).

No obstante, la situación actual, es imperativo rescatar y revitalizar la relevancia de los principios que rigen el control penal. Es crucial ubicar sus premisas y declaraciones como herramientas activas de supervisión y validación, no solo para evaluar los resultados legislativos, sino también para examinar los procesos de creación de leyes en sí mismos. En otras palabras, estos principios deben estar presentes y entrelazarse a lo largo de todos los ámbitos del proceso de toma de decisiones en materia de política penal. Especialmente, deben guiar y demandar que estas decisiones se basen en argumentos racionales y respaldos empíricos sólidos, lo que justificará y transparentará su necesidad y utilidad (Prado Saldarriaga, 2021, p. 292).

Y como ha quedado claro en el análisis, esta problemática no se limita solo a Perú, sino que también se observa en otros Estados, como el caso de Tenerife. Allí, la Política Criminal vigente en relación al tráfico de drogas muestra un enfoque expansivo, al sancionar cualquier comportamiento relacionado con este fenómeno, y al mismo tiempo, endurece el sistema de penas establecido, especialmente en el artículo 368 del Código Penal de 1995. Este artículo establece la penalización de todos los "actos de cultivo, elaboración o tráfico", así como aquellos que "de cualquier otra manera promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas". Esto incluye incluso la mera posesión de dichas sustancias cuando se pretende usarlas con estos fines (Fariña Gómez, 2016, p. 4).

2. La posesión no punible de drogas en el código penal

Es de conocimiento general que Sudamérica alberga países productores de drogas notables como Colombia y Bolivia. Entre ellos, Perú se destaca como el principal productor, generando una gran cantidad de estupefacientes derivados de la pasta básica de cocaína. Esto se debe a las condiciones propicias de los terrenos de cultivo y al clima adecuado para la siembra y cosecha de la materia prima, que es la hoja de coca. A pesar de los esfuerzos de los planes de

erradicación, los resultados obtenidos no han alcanzado las expectativas deseadas (Mogollón Mayuri, 2018, p. 15).

El Perú es reconocido como un país productor de drogas, lo que implica que su enfoque no se dirige al consumo sino a la producción. Esto se debe a que el territorio peruano propicia el desarrollo de plantas que son la base para la generación de sustancias ilícitas en el mercado internacional. Sin embargo, a nivel interno, se observa un consumo significativo en muchas ciudades, ya que el ciclo de la droga generalmente comienza en áreas menos controladas y se va extendiendo hacia las grandes urbes. Estas ciudades a menudo asumen la tarea de distribuir a los consumidores y, en ocasiones, también a futuros productores (Idrogo Pérez, 2021, p. 15).

Se nota una clara influencia de las políticas y legislación relacionadas con el tráfico ilícito de drogas que provienen de las Convenciones internacionales a las que el Estado se ha comprometido. Sin embargo, esta influencia ha resultado en una discrepancia en los métodos legislativos en relación a la posesión no punible. A lo largo de la evolución normativa, se ha pasado de penalizar la tenencia para el consumo personal desde 1921, a considerar al consumidor como enfermo en 1972, luego a eximir de pena al consumidor con dependencia a los fármacos en 1981, posteriormente a eximir de pena cuando se trata de consumo personal inmediato en 2007, y finalmente llegando a la despenalización del uso terapéutico del cannabis. Esta evolución en las normas se ha visto influenciada por políticas e intereses internacionales, que se reflejaron en las Convenciones sobre Estupefacientes y han generado una incoherencia normativa en el Perú en esta área (Luna Peña, 2022, p. 74).

Al analizar el Código Penal en detalle, se hace evidente la diferenciación entre la posesión de drogas con fines de tráfico y para consumo personal, lo que implica una clasificación de las distintas formas de posesión de drogas. El artículo 296 se relaciona con la posesión destinada al tráfico; el artículo 298 se refiere a la posesión para microcomercialización o microproducción en pequeñas cantidades; y el artículo 299 aborda la posesión para consumo personal. Las dos primeras conductas son penalizadas, mientras que la tercera queda exenta de sanción penal.

En la actualidad, aunque se han incorporado al artículo 299 umbrales cuantitativos para distinguir la cantidad límite de drogas que corresponde a una dosis para consumo personal, también se ha añadido un segundo párrafo que limita la eficacia del primero en casos de posesión de dos o más tipos de drogas, que se convierte en motivo de discusión debido a su aparente conflicto con el principio de mínima intervención en el Derecho Penal. Además, surgen interrogantes en cuanto a su interpretación, ya que podría implicar que las personas que superen las cantidades establecidas o que posean más de dos tipos de drogas podrían estar cometiendo un delito. Esta situación plantea dudas sobre si estas disposiciones están en consonancia con la filosofía de restringir la intervención penal solo a casos necesarios y proporcionados.

El Estado no posee la facultad de compeler a los individuos o a la población en general a adoptar ciertos modos de conducta o comportamiento. En relación al consumo de drogas, no puede



impedir que las personas lo lleven a cabo. Asimismo, el ámbito del Derecho Penal carece de margen para intervenir, siempre y cuando el consumidor no esté cometiendo un delito, como sería el caso de acciones específicas como el tráfico de drogas ilícitas y prohibidas.

En un contexto que quizás esté lejos en el tiempo, como el de Polonia, también se puede observar que penalizar la posesión de drogas como parte de la Política Criminal en materia de estupefacientes no resulta eficaz. El objetivo central de cualquier Política Antidrogas es reducir tanto el número de personas adictas a las drogas como aquellas que consumen de manera ocasional. Puesto que el bien jurídico protegido en el delito de posesión de drogas es la salud de la sociedad, está claro que este fin es prioritario desde la perspectiva del legislador.

En consecuencia, la política antidrogas en relación con la posesión de drogas debería enfocarse en la prevención, incluso después de la implementación en el año 2000 de la enmienda que condujo a la criminalización total de la posesión de drogas. En la justificación de esa ley, el legislador argumenta que esta medida facilitaría los procesos judiciales contra los traficantes de drogas, pero en la práctica no ha demostrado ser efectiva en ese sentido.

Ante esta situación, se ha propuesto que, si alguien tiene en su posesión una cantidad de droga que no supere un gramo, especialmente en el caso de la marihuana, esta circunstancia debería ser suficiente para calificar el acto como un delito de tipo privilegiado. Esto se debe al alto número de consumidores de marihuana y al fracaso del delito de posesión de drogas como una herramienta para prevenir la adicción. Considerando también que esta penalización no ha logrado reducir el tráfico de drogas, surge la idea de despenalizar esta situación (Marchan-Bednarek, 2021, pp. 337-340).

La legislación penal actual, al basar la pena en la "responsabilidad" del infractor, no garantiza una defensa social eficaz y a menudo resulta riesgosa. Además, fomenta la violación de la propia ley y conduce a numerosos errores judiciales, demostrando una incapacidad para cumplir su papel de proteger contra los delincuentes. Más allá de sus limitaciones prácticas, esta legislación está en desacuerdo con los fundamentos teóricos de la ciencia contemporánea, ya que es imposible reconciliar el criterio principal de las leyes penales actuales con los conocimientos científicos de la Criminología. Las nuevas aplicaciones de estos enfoques resultan peligrosas cuando se insertan en los antiguos marcos jurídicos establecidos (Ingenieros, 2017, p. 67).

Se reconoce una violación al principio de igualdad ante la ley, ya que muchos individuos son condenados como microcomercializadores de droga, aun cuando las sustancias incautadas eran para su propio consumo inmediato. Esto claramente demanda una revisión de las normativas existentes, pues es esencial comprender que una persona adicta a las drogas no es un delincuente que deba ser castigado con toda la fuerza coercitiva de la ley. Más bien, se trata de alguien aquejado por su propia adicción, y la sociedad, a través de los poderes estatales, debe buscar su curación (Villanueva Guerrero, 2021, p. 15).

Por ende, en lugar de llenar las prisiones con personas adictas a las drogas, en cumplimiento de las actuales leyes, se requiere una legislación que establezca normas para ofrecer todas las condiciones materiales y legales necesarias. Esto permitiría que los adictos superen tanto las adicciones físicas como psicológicas y puedan reintegrarse como individuos valiosos para sí mismos, sus familias y la sociedad en la que residen.

Además, es esencial reconocer que se presentan contradicciones en la elaboración de los informes policiales utilizados para el enjuiciamiento de agentes descubiertos en la comercialización de pequeñas cantidades de droga. Esta problemática se deriva de la ausencia de la intervención del representante del Ministerio Público en la redacción de los informes de registro personal o domiciliario, lo que resulta en una falta de elementos de juicio sólidos para sustentar una teoría de caso durante el proceso judicial de los presuntos infractores de esta conducta ilícita (Mogollón Mayuri & Salvador Jáuregui, 2018, p. 83). Sin embargo, es crucial destacar que incluso a partir del año 2004, con la implementación del Código Procesal Penal, se establecieron directrices sobre las funciones que los agentes policiales deben cumplir para asistir a los fiscales en la investigación de los delitos. A pesar de este marco normativo, persisten las discrepancias en la elaboración de los informes policiales utilizados en el enjuiciamiento de agentes implicados en la venta de cantidades mínimas de droga. Esto se debe a la falta de participación del representante del Ministerio Público en la redacción de las actas de registro personal o domiciliario, lo cual socava la disponibilidad de elementos de prueba sólidos para fundamentar una teoría de caso en los procedimientos judiciales dirigidos a los presuntos infractores de esta actividad ilícita.

La técnica normativa empleada en el artículo 299 del Código Penal peruano, en relación a la posesión no punible de drogas, presenta incongruencias sistemáticas. Inicialmente, esta disposición eximía de pena a una conducta que no constituía un acto típico ni antijurídico: la posesión de drogas en dosis personales destinadas al consumo inmediato. No obstante, las modificaciones posteriores agravaron esta situación al introducir, de manera indirecta, un nuevo tipo delictivo de facto, como el consumo simultáneo de diversas drogas. Esto resulta en la penalización de los consumidores que utilizan múltiples sustancias.

Este escenario se fundamenta en que el tipo penal del tráfico ilícito de drogas se enfoca en las actividades relacionadas con la fabricación y comercialización de estupefacientes, es decir, el ciclo de comercialización de las drogas. En consecuencia, el Derecho Penal no busca sancionar directamente el consumo de drogas, sino más bien el tráfico de las mismas. Por lo tanto, eximir de pena a una conducta que no es delictiva representa una paradoja jurídica en este contexto (Luna Peña, 2022, pp. 74-75).

La conducta de poseer droga para consumo propio e inmediato, como se describe en los primeros dos párrafos del artículo 299 del Código Penal, plantea cuestionamientos en relación al principio de igualdad ante la ley. La posesión de una única sustancia con el propósito de consumo inmediato para todos los adictos podría considerarse como una situación que afecta



este principio. Por tanto, es necesario llevar a cabo una evaluación precisa para determinar la cantidad y dosis adecuadas de sustancias para el consumo propio e inmediato.

En este contexto, sería recomendable considerar la modificación del artículo mencionado, estableciendo un enfoque más flexible en cuanto a la cantidad de droga y la variedad de sustancias. Esto no debería conducir a una situación de impunidad, sino más bien permitiría definir la dosis requerida por el individuo para su propio consumo inmediato, considerando también las diferentes sustancias a las que pueda ser adicto. Esta revisión sería fundamental para lograr un equilibrio entre la regulación legal y las necesidades individuales, sin comprometer el principio de igualdad ante la ley (Villanueva Guerrero, 2021).

La disposición normativa delineada en el segundo párrafo del artículo 299 del mencionado Código Penal, que excluye la exención de responsabilidad penal por la tenencia de dos o más variedades de drogas señaladas en su antecedente y, en cambio, la somete a represión, también despierta interrogantes en relación al principio de mínima intervención del Derecho Penal. Por lo tanto, resulta crucial que los profesionales judiciales también contemplen otras situaciones en las que haya habido una transgresión genuina y probada de la salud pública, un bien jurídico salvaguardado en el contexto del tráfico ilícito de drogas.

Tomar una dirección opuesta a este principio podría resultar en una focalización injusta de la represión penal, ya que se estaría corriendo el riesgo de penalizar a aquellos cuya dependencia de las drogas forma parte integral de su estilo de vida o quienes consumen sustancias ilícitas en mezclas, incluso en ocasiones esporádicas o por curiosidad. En este escenario, tal penalización podría erosionar las bases mismas del Estado constitucional de Derecho, al castigar acciones que también están intrínsecamente relacionadas con la esfera íntima de la personalidad humana. Estos actos están conectados con la libertad de controlar su propio cuerpo y organismo, independientemente de si han alcanzado la madurez anatómica completa o si se trata de individuos que no pueden ser considerados responsables debido a circunstancias claras y objetivas.

En el contexto peruano, se observa que una fracción de la población que ha tenido experiencias con el consumo de drogas y ha mantenido este hábito a lo largo del tiempo, ha avanzado más allá de una única sustancia y ha optado por probar nuevas combinaciones, como los llamados "mixtos". Esto presenta un desafío para aquellos bajo investigación, ya que se les somete a un proceso penal y se los trata como si fueran delincuentes, a pesar de que no están perjudicando bienes jurídicos ni vulnerando derechos de terceros. En otras palabras, si el segundo párrafo del artículo sobre posesión no punible sigue en vigencia, se perpetuará la carga excesiva de casos en los expedientes judiciales que, en última instancia, son archivados. De igual manera, los ciudadanos que adquieren sustancias para consumo propio continuarán siendo considerados como microcomercializadores, lo que afecta sus relaciones familiares, laborales y otras.

Esta situación resalta la necesidad de una revisión y reforma del marco legal, a fin de evitar que las personas que se ven involucradas en el consumo de sustancias sean injustamente castigadas

y estigmatizadas, a pesar de que sus acciones no generen perjuicios significativos. Un enfoque más equitativo y razonable podría contribuir a aliviar la carga del sistema judicial y proteger las relaciones personales y sociales de aquellos individuos que, aunque consumidores de drogas, no deberían ser tratados automáticamente como criminales (Sánchez de Guimaraes, 2022, p. 2).

La opción de despenalizar el consumo personal de múltiples drogas en cantidades reguladas, o incluso revisar el artículo 299 con una interpretación más precisa del delito de tráfico ilícito de drogas y la aplicación de estrategias específicas para áreas de venta destinadas al consumo individual, podría aliviar la carga procesal relacionada con la persecución de la posesión de sustancias para uso propio. Sin embargo, es crucial destacar que esta medida no resolvería automáticamente la compleja problemática vinculada a estos delitos y sus ramificaciones.

El artículo 299, teóricamente, debería abordar esta cuestión, pero debido a sus incongruencias legales, su eficacia se ve comprometida. A pesar de las ventajas potenciales de reducir la presión sobre el sistema judicial, es esencial considerar los efectos a largo plazo de tal enfoque en una sociedad peruana diversa y multicultural, donde las perspectivas conservadoras a menudo prevalecen sobre las ideas progresistas. Prever los resultados precisos de esta medida es complicado y podría haber consecuencias no deseadas que debemos sopesar cuidadosamente antes de tomar decisiones con impacto en toda la sociedad (Luna Peña, 2022, p. 75).

En la actualidad, es evidente que no se requiere la legalización de aquellas conductas que, debido a su mínima o nula amenaza para la salud pública, carecen de justificación para ser consideradas como delitos en el Código Penal. Tampoco es adecuado someterlas a intervenciones excesivas por parte de las autoridades públicas. Por otro lado, estas medidas no han hecho más que aumentar el tráfico de drogas y fomentar el consumo habitual en entornos ocultos y poco saludables.

Además, se observa una falta de coherencia tanto en las posturas doctrinales como en las jurisprudenciales. Esto ha llevado a la emisión de sentencias dispares, lo que agrega más complejidad a la situación. Por ende, la solución no radica en legalizar automáticamente estas conductas, sino en una revisión cuidadosa de la legislación vigente y una evaluación rigurosa de sus implicaciones para la sociedad en general. Es crucial encontrar un equilibrio entre la protección de la salud pública y el respeto por los derechos individuales, evitando medidas que puedan generar más problemas de los que resuelven (Hernández González, 2018, p. 38).

Existen incluso propuestas en relación a la modificación del artículo 299 del Código Penal, con el objetivo de sancionar la posesión de drogas para consumo en cualquier cantidad, exceptuando el cannabis destinado a fines medicinales y terapéuticos. Esta propuesta se basa en la premisa de que la penalización puede prevenir daños graves en la salud de niños, adolescentes y jóvenes, y a su vez reducir costos adicionales para las familias, la sociedad y el Estado.

No obstante, la interpretación actual de esta normativa presenta dificultades, ya que puede percibirse como permisiva. Esto es relevante, ya que un segmento de los individuos que



consumen drogas podrían también estar en riesgo de involucrarse en microcomercialización de sustancias ilegales. En este sentido, es crucial abordar la cuestión desde un enfoque multidisciplinario que considere tanto los aspectos legales como los sociales y de salud pública. La revisión y modificación de esta norma debe ser objeto de un análisis minucioso y una discusión amplia, teniendo en cuenta los posibles impactos en diferentes áreas de la sociedad (Cortez Abanto, 2022, p. 91).

Se plantea la necesidad de ampliar la revisión más allá del artículo 299 del Código Penal y considerar también los artículos 296 y 298 en relación al delito contra la salud pública, específicamente en casos de tráfico de drogas. Esta revisión se enfoca en establecer penas más proporcionales y equitativas, que permitan incluso la suspensión de penas con el objetivo de favorecer la resocialización de los acusados. El argumento central radica en evitar sanciones excesivamente severas que puedan resultar en la vulneración de los derechos de los individuos sometidos a proceso penal.

Se ejemplifica este punto con el caso de Singapur, donde el delito de tráfico de drogas lleva consigo la pena de muerte. Asimismo, se menciona la existencia de penas de cadena perpetua para este tipo de infracciones en otros países. No obstante, es relevante tener en cuenta que cada jurisdicción debe considerar sus propias particularidades legales, sociales y culturales al abordar reformas en el ámbito penal. La revisión de las sanciones y la búsqueda de una aplicación justa y equitativa de la ley son elementos fundamentales en cualquier proceso de reforma legal (Juárez Olazábal, 2021, p. 83).

CONCLUSIONES

El enfoque del Derecho Penal debe reservarse para situaciones donde no existan alternativas viables y después de haber agotado otros medios de protección, en concordancia con los valores esenciales de la convivencia social. En este contexto, se justificará la imposición de sanciones penales por la posesión de dos o más cantidades de drogas únicamente si dicha posesión va más allá del consumo propio e inmediato. Este enfoque busca establecer un marco legal que respalde un Derecho Penal mínimo, asegurando al mismo tiempo las libertades dentro de un sistema democrático de justicia. Es esencial que la intervención estatal y la aplicación de sanciones sean limitadas al mínimo necesario y que cualquier base para su implementación esté arraigada en la reducción y no en la expansión de su alcance.

En este sentido, se resalta la urgente necesidad de revisar y modificar el artículo 299 del Código Penal para abordar de manera adecuada la posesión de cantidades mínimas de diversas drogas. La conducta humana está influenciada por una serie de factores complejos, y la Política Criminal, basada en la prevención general, debe ser la guía que oriente la legislación. Se critica con énfasis el segundo párrafo del artículo mencionado, el cual se percibe como un detrimento al principio de mínima intervención del Derecho Penal.

En el análisis de la dogmática jurídica penal, surge la necesidad imperiosa de adoptar una perspectiva sociológica y una dogmática renovada. El enfoque debe ser inherentemente humanista, con la reformulación de enunciados de acuerdo a los principios y garantías del Derecho Penal, con el propósito de limitar y restringir la aplicación punitiva. Esta reevaluación debería aspirar a alcanzar niveles máximos y óptimos de racionalidad, reduciendo gradual y concretamente el poder punitivo del Estado de manera progresiva y coherente con las necesidades de la sociedad.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Cortez Abanto, J. P. (2022). *La posesión punible del consumo de drogas con la modificación del Art. 299 del Código Penal peruano*. [Tesis para obtener el título de abogado, Universidad Señor de Sipán].
<https://repositorio.uss.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12802/10371/Cortez%20Abanto%20c%20Jose%20Prospero.pdf?sequence=6&isAllowed=y>
- Fariña Gómez, H. (2016). *Tráfico de drogas: bien jurídico y supuestos de atipicidad*. [Tesis para obtener el título de abogada, Universidad de La Laguna].
<https://riull.ull.es/xmlui/bitstream/handle/915/2549/TRAFICO%20DE%20DROGAS%20BIEN%20JURIDICO%20Y%20SUPUESTOS%20DE%20ATIPICIDAD.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Hernández González, P. (2018). *Delito de tráfico de drogas: bien jurídico. conductas típicas y especial consideración a los supuestos de atipicidad*. [Tesis para obtener el título de abogada, Universidad de La Laguna].
<https://riull.ull.es/xmlui/bitstream/handle/915/10355/El%20delito%20de%20trafico%20de%20drogas%20bien%20juridico.%20Conductas%20tipicas%20y%20especial%20consideracion%20a%20los%20supuestos%20de%20atipicidad..pdf;jsessionid=3B16D5B2389A3F8267DE2F4DBB747D4D?sequence=1>
- Idrogo Pérez, J. L. (2021). *Modificación del art. 299 segundo párrafo del Código Penal en función a la punibilidad de la posesión de cantidades mínimas de drogas diversas*. [Tesis para obtener el título de abogado, Universidad Señor de Sipán].
<https://repositorio.uss.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12802/8772/Farro%c3%b1ay%20Garay%20Maura%20Marti.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Ingenieros, J. (2017). *Criminología*. Institución Pacífico.
<https://es.scribd.com/document/576037458/criminologia-jose-ingenieros#>
- Juárez Olazábal, L. (2021). *Modificación de los artículos 296 y 298 del Código Penal para reducir la pena cuando la droga incautada sea en pocas cantidades*. [Tesis para obtener el título de abogado, Universidad Señor de Sipán].
<https://repositorio.uss.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12802/9656/Juarez%20Olazabala%20Luisa.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Langle, E. (1927). *La teoría de la Política Criminal*. Editorial Reus S.A.
- Luna Peña, R. R. (2022). *Hermenéutica de la posesión mínima no punible de más de una clase de droga en puno al año 2022*. [Tesis para obtener el título de abogado, Universidad Privada San Carlos]. <http://repositorio.upsc.edu.pe/handle/UPSC/383>

- Marchan-Bednarek, M. (2021). *El castigo penal del consumo y posesión de drogas para uso propio: el caso de Polonia*. [Tesis de doctorado, Universitat de València - Facultat de Dret]. <https://webges.uv.es/public/uvEntreuWeb/tesis/tesis-1548995-T7UGJOQ5PV47JGKG.pdf>
- Mogollón Mayuri, N. D., & Salvador Jáuregui, S. K. (2018). *La posesión mínima y la posesión de más de dos tipos de droga en la determinación de la responsabilidad penal del agente – Lima 2017*. [Tesis para obtener el título de abogado, Universidad Privada TELESUP] <https://repositorio.utelesup.edu.pe/bitstream/UTELESUP/903/1/MOGOLLON%20MAYURI%20NATALIA%20DELIA-SALVADOR%20JAUREGUI%20SUSANA%20KAREN.pdf>
- Prado Saldarriaga, V. R. (2021). *Una Lectura Contemporánea de los Principios de Legalidad y Mínima Intervención*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 279-295. <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/182699/Prado%20Saldarriaga.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Proal, L. (1893). *Los fundamentos de la justicia penal*. Traducción y prólogo de D. Pedro Armengol y Cornet. 22. Instituto Pacífico. <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/182699/Prado%20Saldarriaga.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Sánchez de Guimaraes, L. G. (2022). *Modificación del artículo 299º del Código Penal peruano. Posesión no punible, por falta de lesividad al bien jurídico protegido*. [Tesis para obtener el título de abogado, Universidad César Vallejo]. https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/102110/S%c3%a1nchez_DGLG-SD.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Torres Campos, J. M. (2021). *La posesión mínima de dos o más tipos de drogas y la vulneración al principio de mínima intervención del derecho penal*. [Tesis de maestría, Universidad Privada Antenor Orrego]. https://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/20.500.12759/7892/1/REP_JHORDY.TORRES_LA.POSESIONMINIMA.DE.DOS.O.MAS.TIPOS.pdf
- Trujillo Aponte, W. A. (2021). *Análisis de los paradigmas jurídicos “positivismo” y “posmodernismo” y su influencia en las decisiones de los magistrados, respecto al principio de mínima intervención del derecho penal*. [Tesis de maestría, Universidad de San Martín de Porres] https://repositorio.usmp.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12727/10619/trujillo_awa.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Villanueva Guerrero, E. (2021). *La posesión de droga para el propio e inmediato consumo y el principio de igualdad ante la ley, Huánuco, 2018 – 2019*. [Tesis para obtener el título de abogado, Universidad de Huánuco].

<http://repositorio.udh.edu.pe/bitstream/handle/123456789/2950/Villanueva%20Guerrero%2c%20Elmer.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

LA PRESCRIPCIÓN EN EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS

PRESCRIPTION IN THE CRIME OF INFLUENCE PEDDLING

Miguel Alfredo Flores Salazar

Universidad Tecnológica del Perú
mafsalazar5@gmail.com

 <https://orcid.org/0000-0001-8100-3403>

Fecha de recepción: 09/06/2023

Fecha de aprobación: 09/09/2023



e-ISSN: 2961-2934

<https://doi.org/10.61542/rjch.2>

Cynthia Lizbeth Labrín Pimentel

Universidad Tecnológica del Perú
cynthialabrinpimentel03@gmail.com

 <https://orcid.org/0000-0002-5743-4155>

RESUMEN

Se expone una problemática que aqueja a los delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos, como es la duplicidad de su plazo prescriptorio, el cual, a pesar de contar con respaldo constitucional, desde la postura de los autores del artículo, no estaría cumpliendo los fines del proceso penal siendo, por el contrario, que la labor del fiscal estaría adoptando una suerte de comodín al confiar que los plazos son extensos para realizar su investigación, perdiendo la oportunidad de recabar prontamente los elementos de convicción que le aseguren su teoría del caso, lo cual genera que la defensa de los investigados y sus patrocinados mismos no tengan que preocuparse por una decisión oportuna del fiscal sino que a la larga incluso ese plazo extenso se vence y no se logra recabar los elementos de convicción suficientes que respalden la teoría del caso fiscal.

Palabras claves

Corrupción, prescripción, tráfico de influencias.



ABSTRACT

A problem that afflicts the crimes committed by officials or public servants is exposed, such as the duplication of its statute of limitations. For this, the method of bibliographical as well as jurisprudential analysis has been used, concluding that, despite the fact that the aforementioned term has constitutional support, it would not be fulfilling the purposes of the criminal process but, on the contrary, that the work of the prosecutor You would be adopting a sort of wild card by trusting that the deadlines are long to carry out your investigation, losing the opportunity to promptly gather the elements of conviction that ensure you prove your theory of the case in court, which means that the defense of those investigated and their Sponsors themselves do not have to worry about a timely decision by the prosecutor, but in the long run even that long term will expire and inevitably have to request the dismissal of the case.

Keywords

Corruption, prescription, influence peddling.

RÉSUMÉ

Un problème qui affecte les crimes commis par des fonctionnaires ou des agents publics est exposé, comme la duplication de leur délai de prescription. Pour ce faire, la méthode d'analyse bibliographique et jurisprudentielle a été utilisée, concluant que, malgré le fait que le terme susmentionné ait un soutien constitutionnel, il ne remplirait pas les objectifs du processus pénal, mais, au contraire, le travail du procureur serait en train d'adopter une sorte de joker en comptant sur des délais longs pour mener à bien son enquête, perdant ainsi l'occasion de rassembler rapidement les éléments de preuve permettant de prouver votre théorie de l'affaire devant le tribunal, ce qui signifie que la défense des personnes faisant l'objet d'une enquête et leurs soutiens n'ont pas à se préoccuper d'une décision opportune du procureur, mais à long terme, même ce délai long expirera et devront inévitablement demander le classement de l'affaire.

Mots-clés

Corruption, prescription, trafic d'influence.

INTRODUCCIÓN

Consideramos que en un contexto como el que actualmente se vive en el Perú en el que la sociedad repudia cada vez más a sus funcionarios que los defraudan; una sociedad que ha llegado al hartazgo de vivir en medio de la corrupción que se manifiesta incluso para obtener una respuesta “más rápida” de una entidad estatal, y en el que gran parte de la población a su vez ha adoptado como “costumbre” buscar “ayudas”, “conocidos” o “padrinos” para poder obtener permisos, o conseguir una plaza laboral, etc., el plazo de prescripción para los delitos de tráfico de influencias no es el más cómodo y ciertamente parecerá una mala idea para algunos lectores de este artículo y, para otros, tal vez, les generará dudas que los harán detenerse a pensar en sí ameritaría un cambio normativo.

Las reacciones serán variadas porque depende si se ha interiorizado la trascendencia de la ampliación de plazos prescriptorios o no, sobre el tema en particular. Pues bien, en esta entrega se hace referencia al panorama actual de la corrupción, en concreto del tráfico de influencias, y se busca como objetivo principal la reflexión en el operador jurídico sobre este tema, emitiendo, como es evidente, nuestra opinión al respecto.

Para ello se ha recurrido a estudios de la última década, de tal manera que aporte información al lector que pueda confrontar y utilizar para otros estudios que deseen ahondar. Así como también se ha hecho referencia al juego del ajedrez comparándolo con los movimientos y estrategias que debería adoptar un buen fiscal dentro de su labor de investigación para no tener que recurrir a un plazo extenso de investigación y que ni siquiera necesite declarar compleja una investigación por un delito común.

No se sugiere que sea el abogado de la defensa del investigado el que emplee las técnicas del ajedrez en su patrocinio ya que no requerirá de mayor esfuerzo ante una investigación laxa pero sí que las emplee la defensa de la víctima ya que deberá estar alerta para, además de colaborar con la investigación, controlar, de alguna manera, que fiscal no la dilate sin razón alguna o sin razón justificada.

1. La corrupción

En este primer punto se aborda de manera genérica el tema de la corrupción, ya que el análisis principal es sobre el tráfico de influencias y, en concreto, sobre los plazos prescriptorios impuestos para este delito. Pues bien, sobre las causas posibles de la corrupción, se han reportado varias, y no puede soslayarse ya que, como señala Reátegui (2018) “cualquier abordaje del mismo debe ser interdisciplinario, no sólo jurídico, pues sus causas y consecuencias son múltiples: jurídicas, sociales, políticas, éticas, económicas, filosóficas, etc.” (pp. 33-34).

Según Luna (2019):

Diversas formas de corrupción como cohecho, concusión, colusión, peculado, prevaricato, tráfico de influencias, se vienen desarrollando a nivel mundial y están aumentando; problema que demuestra que ningún país del mundo está exento de este

repudiable delito. Se reconoce que algunos países tienen un bajo número de casos, mientras que otros tienen un alto número de esta horrible actividad que daña a todo el país. (p. 14)

Por tanto, nuestros legisladores no sólo deberían trasladar la normativa de otros ordenamientos sino analizar cuáles son las características de los funcionarios y servidores peruanos que los hacen propensos a cometer estos delitos, para que comparando con las políticas adoptadas en países con rasgos similares pueda hacer lo propio en nuestro país.

Razón tiene Luna ya que el Perú es una muestra en el que la corrupción proviene de todas las esferas de poder, incluidos los presidentes de la República, alcaldes y gobernadores regionales, que de los últimos veinte años son los que vienen siendo procesados. No obstante, qué interesante es analizar la corrupción y esta puede ser vista incluso desde famosas series de televisión y una de ellas es “Los Simpson” que con su ironía ha logrado captar más de un evento que se ha materializado en la realidad.

Como dice Souto (2014):

Con casi 5000 episodios repartidos en más de 20 temporadas, es una cantera rica de la que extraer material que ayude a dar forma al estudio de la justicia penal. Tales personas recordarán la corrupción del sistema político de Springfield; el alcalde Quimby hizo mal uso de los fondos de la lotería; el constante soborno del comisionado de policía Wiggum o del congresista Bob Arnold, etc. (pp. 20-21)

Una realidad no tan distante a la peruana, ¿no?

Para Reátegui (2018):

Junto con la tendencia inexorable de la globalización, las preocupaciones internacionales sobre la corrupción en las esferas pública y privada son evidentes. No es sorprendente que recientemente se hayan intensificado los esfuerzos internacionales para prevenir mejor este fenómeno y asegurar que el comportamiento delictivo sea perseguido y castigado a través de la cooperación internacional que busca la promoción de la rendición de cuentas, la transparencia y la legalidad. (p. 11)

Del mismo pensar es Pino (2017):

Para quien la corrupción ya no es vista como un ruido marginal en el funcionamiento de las instituciones políticas y en la convivencia de los ciudadanos pertenecientes a una misma comunidad social. Más bien, se ve como una de las mayores amenazas a la democracia porque desafía su legitimidad, viola el estado de derecho y afecta el uso de los recursos públicos para los derechos o el bien colectivo. Por ello, la conducta corrupta es una flagrante infidelidad a las reglas que supuestamente rigen la conducta social honesta, ya que implica el uso no ético de los recursos públicos para el beneficio privado, lo que es aún más dañino cuando es apoyado por funcionarios públicos. (p. 74)

Así también lo ha entendido el legislador peruano y por ello es más reprochable punitivamente cuando un servidor o funcionario público defrauda a la Administración Pública ya que se ve reflejado no sólo en la mala imagen que se proyecta a la sociedad, sino que las obras como hospitales, pistas, escuelas, entre otras, que son necesarias para la población, se ven afectadas al quedar inconclusas o al ser mal realizadas. Una muestra de la afectación que produce a la sociedad es cuando nos encontramos en situaciones de emergencia o de desastre, ¿o acaso no nos vemos afectados cada cierto periodo por el colapso de desagües, la destrucción de hospitales y pistas por el mal manejo de las lluvias? Si el dinero que se destinó para superar la emergencia hubiera sido empleado correctamente las consecuencias de los desastres naturales serían menores. Sin lugar a dudas, por la corrupción todos nos afectamos, pero el impacto es mayor en los más pobres a quienes el Estado llega muy tarde a reparar el daño ocasionado o quizá nunca lo haga.

Como dice Mori (2022):

En el campo de la política criminal, es necesario dejar claro que el comportamiento corrupto de los funcionarios y servidores públicos en el ejercicio de sus funciones puede causar indignación social, especialmente en casos de alto nivel de corrupción. Ante esta situación, el Código Penal llama a combatir este fenómeno delictivo mediante la sanción y/o destitución de estos “malos” funcionarios. Los legisladores peruanos han incluido el delito de tráfico de influencias en el Código Penal para evitar la impunidad de actos que son “actos preparatorios” para futuros sobornos. (p. 16)

En ese sentido, el mismo autor, indica:

No permite que el sujeto -que puede ser un empleado o funcionario estatal- amenace impunemente el buen funcionamiento de la administración estatal al influir en el empleado o funcionario estatal para que tome una decisión judicial o administrativa favorable a la persona; sin embargo, la responsabilidad penal también recae en el comprador de influencias –como instigador o cómplice– porque su actuación se desvaloriza porque presta alguna ayuda en la comisión del delito. (p. 16)

Con toda razón sostiene Pino (2017):

Desafortunadamente, la experiencia muestra que la impunidad sigue siendo la norma, especialmente cuando se trata de corrupción. La ineficacia del sistema de control de la justicia penal y en especial del Poder Judicial, con contadas excepciones, se debe principalmente a la falta de voluntad política para combatirlo de manera efectiva: ni el Ejecutivo ni el Legislativo han hecho lo necesario a fin de organizar un sistema eficaz y adecuado, en segundo lugar y de manera más específica, se debe enfatizar que incluso quienes han sido reconocidos por la fiscalía o las autoridades judiciales por haber actuado correctamente tienen dificultades para conocer los hechos por las trabas que encuentran en el camino. (pp. 76-77)

2. Tráfico de influencias

Se coincide con la información que brinda Pino (2017) “para quien el delito de tráfico de influencias incide directamente en la vulneración de los derechos fundamentales. Las falsas promesas derivadas de este delito tienen pleno efecto de vulneración de los derechos fundamentales” (p. 146).

La Corte Suprema en la Casación N.º 374-2015 Lima, en su fundamento décimo primero, se refiere a la tipicidad del delito de tráfico de influencias indicando que:

El tipo penal de tráfico de influencias sanciona a quien invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace, dar o prometer para sí o para un tercero o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que conocerá, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo. Del análisis de este tipo penal, tenemos: a) El núcleo rector se encuentra expresado con la frase ‘invocando influencias con el ofrecimiento de interceder’, esta expresión marca la especificidad típica de esta modalidad de corrupción, b) Las frases “recibir”, hacer dar o prometer” configuran el delito, c) “Donativo, promesa o cualquier ventaja”, son los medios corruptores, d) “Con el ofrecimiento de (...)” constituye el componente teleológico de la conducta, es el destino de la acción ilícita.

Además, sostiene la Corte Suprema en la Casación N.º 374-2015 Lima, en su fundamento décimo quinto:

El tipo penal no podría ser el normal desarrollo o correcto funcionamiento de la Administración Pública, ni la imparcialidad de esta. Lo más correcto es que protege la imagen y el prestigio de la Administración Pública y de forma mediata su regular funcionamiento. Esta mínima lesividad de los actos que se tipifican en el delito de tráfico de influencias simuladas, por la ineficacia a la afectación del bien jurídico citado, se deben tomar en cuenta al momento de efectuar alguna interpretación, de conformidad con el carácter subsidiario y fragmentario del Derecho Penal.

La Corte Suprema en la Casación N.º 683-2018, Nacional, en su considerando primero, manifiesta que:

El delito de tráfico de influencias es un delito que afecta la imparcialidad funcional y el carácter público de la función, de suerte que cuando se trata de ‘influencia real’ el sujeto pasivo es tanto el funcionario en quien se va a ejercer influencia cuanto la Administración Pública. Es un tipo penal instantáneo, de simple actividad, de resultado corto y de tendencia. Exige una conducta precisa, con independencia de que la misma forme parte o no de un plan delictivo que lleva a la constatación de una empresa criminal. La conducta típica está radicada –al ser un delito de encuentro– no solo en la

invocación de una influencia a cambio de algo, sino que es indispensable, como compensación, que exista una aceptación de dar o prometer una ventaja solicitada.

Sostienen Abanto y Vásquez-Portomeñe (2019):

En principio, el modelo de Perú es adecuado para suprimir el comportamiento furtivo del poder, y su trasfondo es en realidad un comportamiento de soborno que no necesita demostrarse en el contexto del poder real, y muy probablemente no pueda demostrarse en la práctica. A diferencia de otros modelos vigentes, como en Colombia y España, este modelo se centra en la represión criminal, autónoma y puramente vendedora de influencias entre grupos privados, basada en la influencia efectiva de un funcionario sobre otro, aunque similar a Francia y Argentina (con restricciones, también la italiana). Pero eso no quiere decir que el tipo penal peruano no pueda ser mejorado para expresar mejor su relación con el bien jurídico y facilitar su aplicación práctica. (p. 98)

Entonces, si el avance pasa por el mejoramiento de su definición, no se tendría que recurrir a extender los plazos de prescripción. Se analiza este punto ya que la ampliación de dicho plazo implica que los fiscales desaceleren la velocidad de sus investigaciones y por lo tanto descuiden la labor de recabar material probatorio importante que con el transcurrir del tiempo pueda ser destruido, confiándose en el plazo procesal que le habilita la norma.

La duplicidad del plazo prescriptorio está prevista para todos los delitos contra la administración pública, pero en este artículo de manera especial se comenta el de tráfico de influencias, para lo que conviene señalar que de la revisión bibliográfica no se ha hallado un estudio similar previo, lo que llama la atención porque si bien es una materia sumamente técnica, consideramos que los fiscales de Fiscalías especializadas en corrupción de funcionarios a nivel nacional podrían aportar mucho desde la experiencia a la doctrina.

A continuación, se detalla algunos aspectos criticables por los estudiosos de este delito. Así se tiene lo referido por Luna (2019):

La tipificación objetiva de los delitos de tráfico de influencias no está bien establecida. Además, la vaguedad de la definición de delito dificulta la obtención de pruebas del delito, lo que genera impunidad legal. En caso de ambigüedad, tenemos las siguientes reglas: solicitud, influencia real o simulada, aceptación, entrega u ofrecimiento, cualquier otra ventaja o beneficio, formal u oficial, valor legal protegido; es decir, no está bien definido. (p. 63)

Sobre la naturaleza jurídica y antecedentes del delito de tráfico de influencias, dice Chávez (2019):

Se configura para referirse a la influencia sólo donde el bien jurídico protegido corresponde al prestigio de la administración pública porque afecta el buen

funcionamiento de la administración. El dogmatismo penal de este delito permite identificar claramente el objeto del delito, mientras que la caracterización subjetiva es intencional y no reconoce el grado de culpabilidad. (p. 36)

Uno de los motivos que más genera debate es en relación al bien jurídico tutelado en el delito de tráfico de influencias. Así, dice Cerna (2020):

Hay tres temas: a) objetividad en la gestión pública, b) prestigio y buena imagen de la gestión pública, y c) institucionalidad en la gestión pública. En cuanto a los bienes jurídicos protegidos por el delito de imitación de tráfico de influencias, la condición de “prestigio y reputación de la administración pública” se ve afectada si el sujeto actúa temerariamente en las instituciones públicas o se refiere a actuaciones con influencia “irreal” para beneficiarse de ello. El hecho de que el prestigio y la reputación de la administración estatal se forme por el desempeño de las funciones estatales establecidas por la ley no permite que ningún funcionario estatal actúe fuera del ámbito de la administración estatal o de la naturaleza del cargo, porque el objetivo se logró esencialmente que es proteger la reputación y la buena imagen de una figura pública cuando actúa correctamente. (pp. 89-90)

Pero para Villegas (2019):

La posición ecléctica de la doctrina estatal sobre el derecho al delito de tráfico de influencias es la más adecuada porque permite distinguir entre medios reales y simulados de tráfico de influencias, ya que el primero lo regula de forma general, mientras que la otra es específicamente el prestigio e imagen de la administración estatal. Asimismo, la jurisprudencia regulada por el Acuerdo Plenario N.º 3-2015, asumen que los bienes jurídicos protegidos por los delitos de tráfico de influencias simulados son el prestigio de la administración pública, el cual, dada la situación y contexto actual, es la preservación de procedimientos y bienes jurídicos institucionalmente valiosos. En el delito de simulación de compraventa de poder, la intervención se legaliza en el marco de la protección del prestigio de la administración estatal y demás valores jurídicos pertinentes. (p. 84)

Superado el debate sobre el bien jurídico tutelado, es necesario tratar someramente la evolución del tipo penal actual del tráfico de influencias, pero previamente es necesario señalar que su tipificación en la normativa internacional, según dice Cerna (2020) “goza de un gran apoyo, especialmente como parte de las políticas internacionales anticorrupción. En este sentido, se han utilizado mecanismos internacionales para reprimir esta práctica corrupta que atentan contra la sociedad” (p. 88).

Se debe recordar cuáles eran los defectos de la versión inicial del Código Penal de 1991. Para ello, Abanto y Vásquez-Portomeñe (2019) “critican básicamente que contuviera, de manera

innecesaria, el elemento de ‘invocación de influencias’, que así como la modalidad de estafa consistente en traficar con influencias simuladas, y que hubiera olvidado al comprador de la influencia (el partícipe necesario)” (p. 98).

Entonces, el tipo penal actual comparando con otras legislaciones, como reporta Chávez (2019):

Se tiene que la ley penal colombiana incluye principalmente en sus artículos al sujeto agente especial, ya que este tipo requiere las características de un oficial, mientras que los artículos posteriores no requieren las características del sujeto agente especial. En estos aspectos, los tipos de delitos mencionados son similares respecto a los delitos peruanos, ya que el sujeto activo de estos últimos también puede recaer sobre cualquiera, así como sobre funcionarios. Por otro lado, las características típicas del tráfico de influencias en Bolivia son significativamente diferentes a las del Perú, pues se trata de un tipo especial de delito y su realización requiere de un resultado debido a la categoría del sujeto activo: autoridad o funcionario: obtención de beneficios y ventajas. A diferencia de las leyes penales de Colombia, Bolivia y Ecuador, la demostración de un comportamiento típico requiere el logro de resultados, tales como el logro de consecuencias por influencia o el uso real o uso de influencia, más que su uso potencial. En el caso de Ecuador, los agentes o instituciones estatales deben ejercer influencia, no personalmente, porque solo necesita ejercer influencia y con ello exigir o aceptar algo a cambio. (pp. 3-6)

Como se ha apreciado, inclusive en los Códigos de los países latinoamericanos referidos, la preocupación está abocada en definir el bien jurídico que se transgrede, al sujeto activo y los resultados de la conducta típica. No se podría afirmar que en el Perú con el tratamiento del plazo prescriptivos de los delitos de corrupción de funcionarios se está frente a una norma severa ni que es de avanzada ya que a mayor sanción y mayor tiempo de investigación no se ha demostrado que se obtenga mejores resultados.

Si fuera ello así, los índices de criminalidad hubieran ya disminuido y los números lo reflejarían, sucediendo todo lo contrario puesto que para setiembre 2022, los resultados de la ONG Proética, dieron a conocer los resultados de la encuesta sobre la corrupción en el Perú, señalando que en el sur ha aumentado y que la sensación de que en los últimos cinco años la corrupción ha aumentado y llegado a un nivel inédito es de un 81%, mientras que la esperanza de que se pueda reducir este problema en los próximos cinco años sólo está presente en el 10% de las personas encuestadas. Por el contrario, más de la mitad (53%) tiene la seguridad de que seguirá aumentando en el futuro. Las cifras no son esperanzadoras; un motivo más para preguntarse por qué la sociedad no está conforme.

3. La prescripción en el delito de tráfico de influencias

Se empieza este punto recordando las palabras de Torres-Dulce (2014) para quien “la cárcel nunca es la solución definitiva sino un camino hacia la reintegración social que nunca debe

negarse” (p. 13). En ese sentido, a pesar de que a todas las sociedades afecta los diferentes tipos de corrupción y que con el transcurrir del tiempo de manera global e integral se busca combatir este flagelo, ya sea aumentando las penas o ya sea sancionando con plazos prescriptorios mayores, lo cierto es que de ninguna de esas maneras se ha logrado el propósito ni en los países de Latinoamérica ni en los de Europa, olvidando, quizá, la célebre frase de John Frankenheimer, director de la película “El hombre de Alcatraz”: “Hasta los presos tienen derecho a respirar”.

Los autores de este trabajo, en relación al aumento de la sanción punitiva, estamos de acuerdo con Souto (2014) para quien “sería ilegítimo perseguir finalidades con la pena, pues equivaldría a utilizar al hombre como un medio y no como un fin en sí mismo, lo que comportaría una instrumentalización del delincuente para satisfacer fines sociales” (p. 23).

Además, que para Reviriego (2014) “la forma en que una sociedad trata a sus reclusos es frecuentemente un robusto indicador de la extensión en la que los derechos fundamentales son aplicados a todas las personas” (p. 185). Es decir, no queremos un delincuente fortalecido y a una sociedad debilitada sino todo lo contrario, pero velando en todo momento por derechos fundamentales de ambas partes.

Respecto a la prescripción en el Perú actualmente, sostienen Abanto Vásquez y Vásquez-Portomeñe Seijas (2019):

La ley establece, como regla general, que la acción penal deberá prescribir “en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad” (artículo 80, primer párrafo, del Código Penal). A continuación, establece reglas específicas para distintas situaciones y tipos de pena y, duplica el plazo de prescripción “en casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado” (artículo 80, último párrafo, del Código Penal). Esta disposición que tiene incluso sustento constitucional (artículo 41 de la Constitución Política del Perú) ha generado mucha discusión. (p. 185)

A continuación, se expone dos Acuerdos Plenarios importantes, respecto de los cuales, sostienen Abanto Vásquez y Vásquez-Portomeñe Seijas (2019):

En lo que respecta al delito de tráfico de influencias resultan interesantes dos de ellas: el Acuerdo Plenario N°8-2009/CJ-116 y el Acuerdo Plenario N°2-2011/CJ-116. En el primero, la Corte Suprema se ha pronunciado expresamente a favor de la “teoría abstracta” para el cómputo de los plazos de prescripción (fundamento 11), aunque había hecho una polémica excepción para los casos de la llamada “agravante genérica” del art. 46-A del Código Penal (que contiene el caso del “aprovechamiento” de la condición de funcionario público), pues entiende que ella no habría creado un marco penal abstracto nuevo (fundamento 12) y por lo tanto, el máximo penal derivado de ella (entre otros, para el funcionario público), tendría que evaluarse al final, o sea, no sería aplicable, como marco abstracto para todos los intervinientes. En el segundo Acuerdo,

aparte de reconocer la “unidad del título de imputación” para los delitos especiales (fundamento 11), ha afirmado, amparándose en el principio de proporcionalidad (los deberes especiales infringidos), que para los *extranei* no sería aplicable el plazo especial previsto en el artículo 80, último párrafo, del Código Penal peruano (fundamentos 16 al 19). (pp. 185-186)

Dice Abanto y Vásquez-Portomeñe Seijas (2019):

De *lege data* debería procederse a una interpretación más amplia. Y de *lege ferenda*, debería procederse a una reestructuración del sistema de “prescripción” peruano que en la práctica ha demostrado suficientemente ser un escollo en la lucha contra la corrupción; o por lo menos, deberían introducirse nuevos supuestos de “suspensión” del plazo de prescripción (artículo 84 del Código Penal), curiosamente no modificado hasta ahora desde su versión inicial. Y todo esto, bajo el entendimiento de que la naturaleza de la “prescripción” no es material sino simplemente procesal. Todas las reflexiones referidas al injusto penal no pueden ser aplicables para ella, motivo por el cual, siguiendo la posición dominante en Alemania, debería ser posible incluso la aplicación retroactiva de los plazos de prescripción una vez modificados estos, salvo, claro está, para aquellos casos ya sentenciados. (p. 187)

La duplicidad del plazo de prescripción en casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado, incluido en dicho grupo el delito de tráfico de influencias, como refiere el título de este artículo, se ha convertido en una problemática y lamentablemente tiene sustento constitucional, que ha sido pasado por alto de quienes se encuentran habilitados para presentar una acción de inconstitucional, tal vez, por el temor de haber sido señalados como protectores de corruptos, lo cual, como se sabe, hasta lograr una sentencia condenatoria, no se puede encasillar bajo ese rótulo.

El debate debería ser intenso, pero no lo es. La comodidad de los estudios, como se han reseñado, no pasa por debatir más que el bien jurídico que se pretende tutelar con el tráfico de influencias, el intentar deslindar entre las influencias reales o simuladas, criticar los verbos rectores empleados, pero no va más allá. Aquí, en cambio, se toma ese reto ya que, si se pretende convivir en un Estado respetuoso de derechos fundamentales, estos deben ser exigidos por todos y para todos. Hablar de un país inclusivo implica, desde nuestro modesto parecer, no la modificación del lenguaje sino el que la población reciba efectivamente los servicios indispensables con estándares de calidad y para llegar a ello se debe administrar correctamente los recursos estatales y velar por el correcto funcionamiento de cada uno de los que forman parte de la cadena.

Piense el lector en lo siguiente: hoy se amplía “constitucionalmente” el plazo prescriptorio de los delitos de corrupción de funcionarios, ¿por qué mañana no podría seguir la misma lógica los delitos sexuales o los delitos financieros u otros? Razones que sostengan dichos intentos lo

habrá, ciudadanos que apoyen dichas iniciativas sin duda también. Pero ¿Y el Estado Constitucional y Social de Derecho? No basta, señalamos una vez más, el incremento de pena ni tampoco modificaciones procesales que amplíen el plazo de prescripción. Se trata de que cada quien desde su rol se desempeñe con las exigencias por las cuales fueron contratados para ese puesto.

Trasladando la idea al campo penal, lo que se requiere, desde la visión de los autores, son procesos penales ágiles en los que la oralidad sea realmente la técnica empleada por los operadores jurídicos y no la mera lectura de requerimientos fiscales y resoluciones judiciales; se requiere una investigación eficaz realizada por el fiscal y no solo la delegación de diligencias de apoyo a los efectivos policiales; se requiere que el fiscal tenga una teoría del caso desde el inicio; y quizá, se requiera, que el fiscal sepa jugar ajedrez por cuanto ello lo llevaría a conocer las buenas jugadas que se dan dentro de un escenario que tiene normas.

Sobre aprender a jugar ajedrez, diría Pabón (2019):

Comprenderá por qué se mueven las piezas, pero lo que es más importante, resolverá los dilemas secuencialmente y apuntará a la reina con frecuencia táctica y estratégica dinámica. Sobre la teoría del caso, si la esencia del delito es la conducta corporal; si cada fenómeno de autoría o participación obedece a aspectos esenciales que los identifican y los diferencian, y si cada conducta corporal típica, conforme al principio de reserva legal, obedece a aspectos objetivos y subjetivos que la identifican y diferencian, sin dificultad se comprende que la teoría del caso obedece a una construcción integrada o compleja, mas no se trata de una simple narrativa con simplicidad de componentes. (pp. 14-24)

Y es eso lo que forma parte de la crítica, que a pesar de haber sido implementado a grandes vitores el proceso penal en el que prevalece la oralidad, el cual busca ser replicado a otros procesos como el civil, lo cierto es que se ha caído en la gran mayoría de distritos judiciales en el comodismo de leer los requerimientos y ni conocer la teoría del caso plasmado en el papel. Lo sostenemos por la larga experiencia de más de cinco años que uno de los autores del artículo tiene como defensor público penal y por el otro también por el mismo tiempo de experiencia que ha tenido la autora como defensora pública de víctimas. Por ese periodo se ha podido apreciar que la oralidad penal no ha pasado más por leer en voz alta lo que “dice el papel”; respecto de lo que se critica que algunos jueces no realicen un control sobre aquello y también, digamos, hayan “normalizado” que así ocurra en las audiencias.

Asimismo, como una partida de ajedrez, dice Pabón (2019):

El proceso es enfrentado por abogados penalistas que conocen a fondo la composición del tribunal y los fundamentos de la teoría de los delitos, interviniendo en la apertura, mitad y final. Desarrollan diferentes estrategias y tácticas que pueden ser igualmente efectivas. Pero al mismo tiempo, si la teoría del delito se ocupa de la conducta del objeto

de la prueba, y el relato es sólo una sentencia severa, una sentencia reducida y una conclusión inevitable, también puede darse el caso de que una única y contundente haya creado una estrategia de defensa contra la cual es necesario hacer algo. (p. 87)

Como puede apreciar el lector, se está comparando la teoría del caso con la estrategia que emplea un ajedrecista; ambos tienen a una pieza importante y en este caso es el fiscal. Del fiscal depende cuántos movimientos o diligencias se realicen, depende el tiempo que se emplee en hacer un movimiento de la carpeta fiscal, depende el ganar o perder el caso. Pero si no tiene una estrategia desde el inicio y con el transcurso del tiempo piensa que los movimientos de los otros le permitirán establecerla, estará perdido desde el inicio. Se le critica, entonces, al legislador, no conocer que la labor y la potencialidad de la investigación del delito que se comenta y de cualquier delito, no recae en los plazos extendidos sino en el buen desempeño del fiscal.

Como diría Pabón (2019):

La inserción de pruebas con alta frecuencia en los casos en que la teoría no depende de movimientos de intercambio, sino de factores como el tiempo, las posibilidades logísticas, las posibilidades técnicas para recolectar pruebas y la imaginación táctica resultante de la aplicación estratégica del principio de igualdad de armas. (p. 127)

Finalmente, sobre algunas mejoras para el delito en comento, dicen Abanto y Vásquez-Portomeñe Seijas (2019):

No solamente se trata de afinar los elementos del tipo, eliminando algunos de ellos que son innecesarios (las referencias a la “invocación” o la “tenencia”), o mejorando otros (“recibir” o “hacerse prometer” como prestaciones del traficante; “beneficio o ventaja”, etc.) sino de prever nuevas modalidades que, según se ha observado en la práctica, abarquen situaciones realmente dañinas para los bienes jurídicos específicos afectados. (p. 189)

En el Título V “Extinción de la acción penal y de la pena” encontramos el artículo 80 que señala que el plazo prescriptorio de la acción penal en casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos se duplica, que le da un amplio tiempo al fiscal para realizar sus diligencias; mientras que, en el mismo Título, en el artículo 83 se regula la interrupción de la prescripción de la acción penal, que en la misma sintonía que el artículo 80, está pensado en la ardua labor investigativa del fiscal favoreciéndolo; y, finalmente, se tiene el artículo 84 sobre la suspensión de la prescripción, que para Abanto y Vásquez-Portomeñe requiere ser modificado para ampliar supuestos.

Pues bien, en el tráfico de influencias, como se sabe, se abre un procedimiento disciplinario al servidor o funcionario público en el que tiene la oportunidad de hacer sus descargos y que puede terminar con diferentes resultados desde las más leves a las más graves y registrarse las

sanciones en el Registro de Sanciones respectivo. A la par el funcionario o servidor público es investigado penalmente, contando para ello el fiscal con las mismas herramientas que la entidad que dio apertura a la investigación disciplinaria; razón por la que nosotros no consideramos que el artículo 84 deba ampliar supuestos ni que el artículo 80 deba prever la duplicidad del plazo.

CONCLUSIONES

La corrupción afecta a la sociedad en todas sus formas y dimensiones y sobretodo a los más necesitados ya que son ellos los que requieren mayor atención del Estado y en vez de recibirla son timados por funcionarios o servidores públicos que en vez de servirlos se sirven de ellos.

El tráfico de influencias y su plazo prescriptorio extenso, desde la postura de los autores de este artículo, no es la solución para la sanción, sino que ha generado el facilismo de los fiscales en la conducción de su investigación, produciendo, una vez más, que la sociedad sea la afectada.

Probablemente lo que podría mitigar la dejadez de algunos fiscales en sus investigaciones sobretodo las que se tratan de delitos de corrupción de funcionarios es que las Oficinas Desconcentradas de Control Interno de la Fiscalía a nivel nacional cumplan cabalmente con su misión de prevenir, sancionar y erradicar la incidencia de infracciones disciplinarias.

Se ha sugerido no de manera jocosa sino de la manera más seria posible, que se permita al Estado analizar la posibilidad de desarrollar programas de fortalecimiento de estrategias en los fiscales, y ello se podría dar a través del conocimiento del juego del ajedrez. Piénsese detenidamente en la importancia de este juego mental que es desafiante y lleva a buscar “salidas” ingeniosas con las piezas que se tienen sobre el tablero, a semejanza de lo que realiza el fiscal con los elementos de convicción que recaba a lo largo de su investigación.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abanto, M. y Vásquez-Portomeñe, F. (2019). *El delito de tráfico de influencias* (1ra. ed.). Instituto Pacífico.
- Cerna, D. T. (2020). *El delito de tráfico de influencias: legitimación del acto simulado a partir de la configuración del bien jurídico protegido* [Tesis para obtener el grado de magíster, Universidad de San Martín de Porres]. <https://hdl.handle.net/20.500.12727/6958>
- Chávez, J. (2019). *Problemática del tráfico de influencias, como un delito de mera actividad, peligro abstracto o de resultado desde un punto de vista dogmático y jurisprudencial* [Tesis para obtener el grado de magíster, Universidad César Vallejo]. <https://hdl.handle.net/20.500.12692/86195>
- Luna, N. (2019). *Las ambigüedades en el delito de tráfico de influencias en el distrito judicial de Lambayeque 2017-2018* [Tesis para obtener el grado de magíster, Universidad César Vallejo]. <https://hdl.handle.net/20.500.12692/30868>
- Mori, A. M. (2022). *El tercero interesado en el delito de tráfico de influencias* [Tesis para obtener el grado de magíster, Universidad Nacional Mayor de San Marcos]. https://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12672/18315/Mori_sa.pdf?sequence=1&isAllowed=y#:~:text=El%20%20%80%9Ctercero%20interesado%20%80%9D%20responde%20penalmente,su%20calidad%20de%20part%C3%ADcipe%20necesario
- Pabón, G (2019). *Cómo la teoría del caso imita al ajedrez. Acciones planificadas en el sistema acusatorio* (1a. ed.). Gripo Editorial Ibáñez.
- Pino, J. A. (2017). *El delito del tráfico de influencias y la trasgresión de los derechos fundamentales de los ciudadanos* [Tesis para obtener el grado de doctor, Universidad Inca Garcilaso de la Vega]. <http://repositorio.uigv.edu.pe/handle/20.500.11818/2441>
- Poder Judicial (2015). Casación N.º 374-2015 Lima, Lima: 13 de noviembre de 2015. https://img.legis.pe/wp-content/uploads/2016/12/Casacion-374-2015-Lima-Trafico-de-influencia-Legis.pe_.pdf
- Poder Judicial (2019). Casación N.º 683-2018, Nacional, Lima: 17 de julio de 2019. <https://lpderecho.pe/todo-delito-trafico-influencias-san-martin-castro-casacion-552-2018-canete/>
- Reátegui, R. (2018). *Corrupción de funcionarios. Doctrina y jurisprudencia* (1a. ed.). Editorial IUSTITIA.
- Reviriego, F. (2014). Derechos a la cárcel. En F. Reviriego Picón & R. De Vicente Martínez (Coords.), *El cine carcelario* (pp. 139-185). Tirant lo Blanch.

- Souto, M. A. (2014). Teorías de la pena y ejecución de la prisión: la naranja mecánica. En F. Reviriego Picón & R. De Vicente Martínez (Coords.), *El cine carcelario* (pp. 15-44). Tirant lo Blanch.
- Torres-Dulce, E. (2014). Prólogo. Cine carcelario. Poemas de libertad. En F. Reviriego Picón & R. De Vicente Martínez (Coords.), *El cine carcelario* (pp. 11-14). Tirant lo Blanch.
- Villegas, P. (2019). *Tratamiento dogmático y jurisprudencial del bien jurídico afectado en el delito de tráfico de influencias simulado en el Perú* [Tesis para obtener el grado de magíster, Pontificia Universidad Católica del Perú]. <http://hdl.handle.net/20.500.12404/17007>

¿LIBERAR A BARRABAS Y CONVERTIRLO EN JESÚS? UN ANÁLISIS DEL ESTUDIO DE LA NEUROCIENCIA EN EL DERECHO PENAL PERUANO

RELEASING BARABBAS AND TURNING HIM INTO JESUS? AN ANALYSIS OF THE STUDY OF NEUROSCIENCE IN PERUVIAN CRIMINAL LAW

Fecha de recepción: 23/07/2023
Fecha de aprobación: 05/09/2023

Stalin Einstein A. Pisfil Casas

Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo
stalinpisfilcasas@gmail.com



 <https://orcid.org/0000-0003-2217-969X>

e-ISSN: 2961-2934

<https://doi.org/10.61542/rjch.28>

RESUMEN

La ciencia ha generado una nueva forma de reestructurar nuestros pensamientos e ideas, además de mejorar la calidad de vida del ser humano; es así que, a partir del siglo XX la neurociencia ha tenido por finalidad estudiar el sistema nervioso, donde se encuentra el génesis de las amalgamas de emociones, pensamientos; así como los comportamientos adoptados por una persona; dicho avance científico nos ha permitido reflexionar y cuestionar las bases teóricas del Derecho Penal, partiendo de los conceptos, que por años se han plasmado en los libros, jurisprudencia y leyes penales en vigor. Conceptos como la pena, su imposición y la finalidad de una condena se han puesto a debate; llevándonos a preguntarnos, si podemos comprender que una persona que ha cometido un delito con conocimiento y voluntad debe ser condenado por su actuación dolosa o este comportamiento se debe a un problema neuronal que viene sucediendo en su cerebro.

Palabras claves

Neurociencia, Derecho penal, condena, delito, ciencia.



ABSTRACT

Science has generated a new way to restructure our thoughts and ideas, as well as improve the quality of human life. Thus, starting from the 20th century, neuroscience has aimed to study the nervous system, where the genesis of amalgams of emotions, thoughts, and the behaviors adopted by a person can be found. This scientific advancement has allowed us to reflect upon and question the theoretical foundations of Criminal Law, starting with concepts that have been documented in books, jurisprudence, and current criminal laws for years. Concepts such as punishment, its imposition, and the purpose of a sentence have been subject to debate. This leads us to question whether we can comprehend that a person who has committed a deliberate act with knowledge and intent should be condemned for their intentional actions or whether this behavior is the result of a neurological issue occurring in their brain.

Keywords

Neuroscience, Criminal Law, Conviction, Crime, Science.

RESUMÉ

La science a généré une nouvelle manière de restructurer nos pensées et nos idées, tout en améliorant la qualité de la vie humaine. Ainsi, depuis le XXe siècle, les neurosciences se sont donné pour mission d'étudier le système nerveux, où l'on trouve la genèse des amalgames d'émotions, de pensées et des comportements adoptés par une personne. Cette avancée scientifique nous a permis de remettre en question les fondements théoriques du droit pénal, en partant de concepts documentés depuis des années dans des livres, la jurisprudence et les lois pénales actuelles. Des concepts tels que la punition, son imposition et la finalité d'une peine ont fait l'objet de débats. Cela nous amène à nous demander si nous pouvons comprendre qu'une personne ayant commis un acte délibéré en connaissance de cause devrait être condamnée pour ses actions intentionnelles, ou si ce comportement est le résultat d'un problème neurologique se produisant dans son cerveau.

Mots-clés

Neurosciences, droit pénal, châtement, fin du châtement, science.

INTRODUCCIÓN

Este artículo trata de un tema de relevancia para el estudio del Derecho penal y el cambio de paradigma que por años viene impartiendo justicia en el Perú actual; y es que los legisladores peruanos a lo largo de las dos últimas décadas han emitido y plasmado diversas fórmulas legales sin que estas sean examinadas o comentadas previamente por psicólogos, médicos, biólogos, y/o profesión u oficio de especialistas para comprender si las normas a promulgarse generarían algún impacto en la sociedad; menos aún, se han emitido normas que vayan acorde a los avances científicos.

Por el contrario, dichos avances científicos han obligado al legislador a sancionar penalmente ciertos comportamientos que por años han mantenido en impunidad como los delitos de ciberdelincuencia o en material civil, pronunciarse sobre la maternidad subrogada o conocida como vientres de alquiler.

Ahora bien, el estudio de la neurociencia se centra en determinar el inicio de la variedad de emociones y pensamientos del ser humano y entender desde las bases de la ciencia por qué una persona a quien se le reprocha penalmente su comportamiento, ha optado por determinada acción, verbigracia, la BBC News Mundo, el 15 de agosto de 2013, a través de su página virtual publicó una noticia titulada “¿Puede un tumor cerebral o una lesión determinar nuestro comportamiento?”.

Este caso, muestra cómo un hombre casado, con una familia estable, comienza a tener mayor afinidad a la pornografía infantil, al punto de intentar atacar a su hija, luego empieza a acosar a las mujeres y, al mismo tiempo su salud se complica por los fuertes dolores de cabeza, detectándosele un tumor en el cerebro; al ser operado la persona dejó de tener un comportamiento penalmente reprochable; sin embargo, varios meses después dicho comportamiento acosador volvió y, al realizarse nuevos análisis se le determinó que el tumor no había sido totalmente eliminado; al ser operado nuevamente la persona regresó a ser, como el ser en que se caracterizaba; una persona normal.

Este ejemplo nos lleva a reflexionar y preguntarnos, si las acciones o comportamientos sexuales que realizó esta persona fueron totalmente libres o si se originaron por el tumor encontrado en su cerebro, que condicionó y generó que dicha persona tuviera un comportamiento contrario a ley. Del mismo modo, se genera la duda de, cómo la justicia, representada en un juez, debe actuar en este tipo de situaciones, puede no condenar a un delincuente a pena privativa de la libertad y con una sanción convertirlo en un hombre de bien, es decir, usando la neurociencia podría detectar qué sustancia, gen o tumor está influenciando o determinando su actuar reprochable y con ello “curarlo”.

En ese sentido, la neurociencia en el Derecho Penal es, en suma, un camino que nos dará muchas respuestas, pero a su vez nos dejará un cúmulo de interrogantes, de los que este artículo ha intentado ocuparse como objeto de investigación.

1. Derecho penal y su fin en la sociedad

La regulación de los comportamientos, conductas, omisiones y acciones de los ciudadanos dentro de una esfera de convivencia social es de suma importancia en la materialización del ius puniendi del Estado y, este a su vez pueda sancionar proporcionalmente, así como razonablemente las acciones del ser humano contrario a ley, en ese sentido ¿Cómo hemos comprendido hasta la fecha lo que es el derecho penal? Ingresando al mundo de la doctrina (fuente del derecho) podemos resaltar la definición de Villavicencio (1990), en cuanto a que:

El Derecho Penal es un instrumento de control social cuya principal característica es la sanción. Desde el ángulo jurídico el derecho penal es aquella parte del ordenamiento jurídico que determina las características de la acción delictuosa y le impone penas o medidas de seguridad” (pp. 28- 29).

En ese sentido, podemos comprender que el derecho penal como mecanismo de ejercer control define que comportamiento son penalmente reprochables por lo que debe ser utilizada como último instrumento para “solucionar” la correcta y armoniosa convivencia social que debe existir en los ciudadanos.

Una mirada más profunda sobre esta conceptualización lo realiza el maestro Mir Puig (2006), el mismo que señala:

Si se utiliza el modelo demasiado simplificado, pero gráfico de la estructura tridimensional del Derecho, que distingue en él una dimensión de norma, otra de hecho y una tercera de valor, cabría decir que la dogmática jurídico- penal se ocupa del Derecho penal como norma, la criminología como hecho, y la política criminal como valor (p. 58).

Este autor, toma una visión tripartita del derecho, para distinguir la función del derecho penal e incluye los conceptos de criminología y de política criminal para poder entender la dimensión de dicho concepto, perspectiva que será tomada líneas más adelante para entender el aporte de la neurociencia en el ámbito del Derecho.

Ahora bien, sumergiéndonos a definiciones contemporáneas otros autores solo ven al derecho penal como un mecanismo autoritario, violento, que no ve el problema de fondo (en el comportamiento del ser humano) y por lo tanto se vuelve autoritario, tal es el caso de Donini (2010), que señala lo siguiente:

La ciencia jurídica sabe también que el Derecho penal es la rama del ordenamiento más irracional, violenta y autoritaria (...) Adicionalmente, el Derecho Penal es la rama del ordenamiento que usa al hombre como medio para fines generales, la que instrumentaliza la libertad de los delincuentes o contraventores en particular (a través

de la culpabilidad) para garantizar seguridad a todos (esto es, realizar la prevención general). (p. 86).

Por lo que, se debe colegir que quien o quienes cimentaron las bases en la construcción del Derecho Penal (ciencias sociales, ius positivismo) crearon el Derecho Penal como la forma más dura para castigar a un ser humano, lo que me permite filosofar si desde su génesis (estudiaron el comportamiento de la persona, la culpabilidad propiamente dicha) fue tomado en cuenta la ciencia para conceptualizar y cimentar las bases de su creación, si bien se puede sustentar que no fue necesario en su momento porque el derecho no deriva de las ciencias naturales, sino más bien nace de la construcción de las ciencias sociales; se olvidan que si bien la construcción de normas sociales implica ver y estudiar el comportamiento de la persona, han omitido un detalle fundamental, que la persona se materializa en cuerpo humano (dicho cuerpo está compuesto por células, sustancias, neuronas, etc. no entendibles y menos aún estudiada su funcionamiento por las ciencias sociales).

En tal sentido, si bien la regulación de su comportamiento ayuda a la convivencia social, no se ha estudiado el funcionamiento interno, molecular, funcionamiento de los átomos de la persona y conocer que lo conlleva a actuar de diferente manera, teniéndose en cuenta que recién fines del siglo XX, existieron pronunciamientos jurisprudenciales sobre la inimputabilidad de una persona cuando sufre alguna anomalía psíquica o psicológica, por muchos años estas personas eran castigadas reprochablemente con penas drásticas que involucran un impedimento a la libertad o la pérdida de la vida, estas acciones draconianas por muchos años penalistas de tales épocas nunca lo han criticado, nadie ha dicho nada y menos pronunciado sobre las aberraciones que ha hecho el derecho penal para castigar a una persona a lo largo de la historia cuando en realidad lo que se necesitaba era comprender la anomalía psíquica que presentaba en un determinado caso, y la razón era obvia el derecho penal estaba y está en la actualidad a espaldas de la ciencia, debido a que no estudia internamente el cuerpo así como sobre todo su funcionabilidad.

Los hechos descritos *ut supra*, permitió en años anteriores que el derecho penal recién recurriera a la psiquiatría para comprender el comportamiento cerebral de una persona; en ese sentido en esta época contemporánea a inicios del presente siglo XXI, la neurociencia representa sin lugar a duda una forma de estudiar que el comportamiento (de la persona respecto a su cuerpo) se debe necesariamente a ciertas neuronas, sustancias, células, etc. que “influyen” o “determinarían” su actuar. Por lo que, el Derecho Penal, desde su creación, desde el campo de su definición a la fecha se puede concluir que viene en efecto aplicándose sólo como instrumento de solución drástica apartando a una persona que ha cometido un comportamiento reprochable penalmente, sin estudiar las causas o el origen de esa conducta; ya una mirada a las ciencias sociales a través de la historia, permite concluir que el derecho penal ha servido como un instrumento solo de persecución, castigo, para amparar el interés social, pero a su vez no se ha detenido a estudiar la génesis del problema (cuerpo humano desde el punto de vista fisiológico) para comprender su accionar.

2. La Teoría del Delito y su interpretación histórica

La definición de delito ha pasado por muchos conceptos en la doctrina, y a lo largo del tiempo ha sido variado y comprendido la filosofía de su funcionamiento, claro está conforme a los conceptos aceptados en una determinada época, tal es así que, Muñoz Conde (2010), ha sostenido que “La teoría del delito es un sistema de hipótesis que exponen, a partir de una determinada tendencia dogmática, cuáles son los elementos que hacen posible o no la aplicación de una consecuencia jurídico-penal a una acción humana”, esto es, que estudia el comportamiento o conducta del ser humano basada en una tendencia dogmática ¿y el estudio científico del cuerpo, su funcionamiento interno estuvo o está considerado en el dogma propuesto para determinar la sanción penal?

En un breve repaso de los dogmas escudriñados en las aulas del derecho que se ha impartido en Europa, como en Latinoamérica, tenemos en primer lugar, la teoría del causalismo, donde su estudio se basaba en que la atribución y determinación de la responsabilidad de una persona estaba basada en demostrar la “causa”, y consecutivamente determinar el “efecto” del resultado para con ello sancionar penalmente a una persona, luego se estudió el causalismo naturalista así como el causalismo valorativo; en segundo lugar, en el campo del derecho empezó a ser acogida una nueva dogma denominada teoría del finalismo, donde estudia “la finalidad” en lugar de la “causa” es decir que la persona se propone un objetivo considerando sus saberes de las normas naturales para prever la acción y el resultado de su accionar, es decir, el ser humano materializa un comportamiento marcado voluntariamente en conseguir una consecuencia, dicha teoría permitió que surgiera las figuras como el error de prohibición o tipo.

Actualmente, existe la teoría del funcionalismo, donde se sustenta y cuestiona lo sostenido por el causalismo y finalismo, argumentándose mediante la lógica y coherencia el desarrollo delictivo, debido a los avances de la sociedad se necesita un Derecho Penal con otra visión de la conducta del ser, considerando a su vez la política criminal, así como evitando que toda conducta humana quede sin ser regulada; es decir, teoría centrada en la persona, en su construcción normativa, motivo por el cual podemos colegir que en efecto tales teorías en un momento histórico en la evolución del derecho penal que han servido para poder determinar la responsabilidad penal de un ser humano, así como estudiar la conducta, las prohibiciones, los errores de tipo.

Ahora bien, atendiendo a las teorías brevemente señaladas *ut supra*, es que en efecto ha sido de mucha ayuda e importancia en la sociedad, en la evolución de la doctrina, jurisprudencia y leyes promulgadas; sin embargo, nos seguimos preguntando ¿y las teorías como la causalista, finalista, funcionalista han recogido los avances científicos en la dogmática desarrollada, para que en base a ello pueda determinarse la culpabilidad?

No cabe duda que el espíritu de cada época ha marcado el desarrollo penal de su momento; no obstante, sería importante reconocer si el espíritu actual en la era del átomo y el campo de la neurociencia permite al Derecho Penal estar acorde con una nueva dogmática en la era actual.

3. Un estudio sobre los fines de la pena

En la Constitución Política del Perú, así como el Título Preliminar, artículo noveno del Código Penal peruano, a la luz de los tratados Internacionales, el legislador ha regulado que la pena se entiende como “La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación” (Poder Ejecutivo del Perú, 2023); por ende, una lectura integral de la fórmula legal mencionada permite comprender que el Poder Legislativo en efecto emana el mensaje a la sociedad que el fin de la pena es realidad una prevención y sobre todo una resocialización de la persona que habiendo cumplido una pena privativa de libertad en un determinado penal pueda salir y convivir de forma armoniosa en la sociedad; en esa orden de ideas, el Poder Judicial, representado por un juez, ha materializado este concepto en la jurisprudencia contenida en el Recurso de Nulidad n.º 2027-2018, Lima Norte, ha establecido:

Estas circunstancias facultan al juzgador a reducir la pena concreta, para lo cual se debe considerar que esta tiene como finalidad el logro de la recuperación y, en consecuencia, la reinserción del sentenciado a la sociedad. Por ende, tal sanción debe permitirle al encausado tener una oportunidad, a fin de que enmiende sus actos; más aún si el derecho penal moderno asume los principios doctrinarios básicos de mínima intervención, humanidad, protección, prevención y resocialización de la pena, contenidos en la Constitución Política del Perú- toda pena debe promover la resocialización del recluso tanto en la faceta legislativa como en el campo judicial y en el ámbito de la ejecución penal en el Título Preliminar del Código Penal. (Corte Suprema de Justicia, 2018, FJ. 3.8)

En consecuencia, se puede entender que el fin de la pena hasta la época actual es una medida para que la persona “cambie su conducta” en un lugar denominado penal, en la praxis amable lector ¿dicha afirmación romanticista del fin de la pena se realiza en la práctica? ¿podemos afirmar que la cárcel es el único método capaz de resolver el problema del ser humano que ha actuado de forma reprochable penalmente? Para ello veamos a continuación los avances de la neurociencia, que ha estudiado el cuerpo humano, y cuáles han sido sus respuestas a través del método científico, que permiten ver a la pena desde un enfoque distinto.

4. La Ciencia y la Neurociencia

En el camino de diversos autores que han escrito sobre ciencia, así como realizados estudios sobre el análisis del funcionamiento del cuerpo humano, debo resaltar lo sostenido por el Premio Nobel en Medicina. Alexis Carrel (1910), en su libro denominado “la Incógnita del Hombre”, ha tenido a bien resaltar lo siguiente:

En efecto, nuestra ignorancia es profunda. Muchas de las preguntas que se plantean a sí mismos quienes estudia los seres humanos, quedan sin respuesta. Inmensas regiones de

nuestro mundo interior son aún desconocidas. ¿Cómo se asocian las moléculas de las sustancias químicas para formar los órganos complejos y transitorios de las células? ¿Cómo los genes contenidos en el núcleo de un óvulo fecundado determinan las características del individuo que se deriva de este óvulo? ¿Cómo se organizan las células entre sí, por propia iniciativa, en asociaciones tales como los tejidos y los órganos? Del mismo modo que las hormigas o las abejas, digiérase que las células conocen de antemano el papel que está destinadas a representar en la vida de la comunidad. Y ocultos mecanismos les facilitan la construcción de un organismo complicado y sencillo al mismo tiempo. ¿Cuál es la naturaleza de nuestra duración, del tiempo fisiológico y del tiempo psicológico? que somos un conjunto de tejidos, órganos, fluidos y conciencia (pp. 3-10).

Pero las relaciones entre la conciencia y el cerebro son todavía un misterio que ignoramos casi por completo la fisiología de las células nerviosas. ¿Hasta qué punto el poder de la voluntad modifica al organismo? ¿De qué manera influye sobre el espíritu, el estado de los órganos? ¿En qué modo pueden ser modificadas las características orgánicas y mentales? y ¿Dadas por cada individuo, por su forma de vivir, por las sustancias químicas contenidas en los alimentos, por el clima y las disciplinas fisiológicas y morales? Estamos lejos de conocer las relaciones que existen entre el esqueleto, los músculos y los órganos, y las actividades mentales y espirituales. Ignoramos los factores que determinan el equilibrio nervioso (Carrel, 1910, pp. 8-10).

Un breve repaso en la historia de la evolución de la ciencia como lo señalado ut supra, permite conocer que el estudio del cuerpo humano, respecto a su funcionamiento ha venido siendo estudiado por la metodología científica, y en el camino descubriendo los enigmas de su funcionamiento, así como teniendo respuestas porque una persona actúa de una determinada manera en la sociedad, conociendo sus neuronas, su ADN, las células, así como las sustancias que suman y logran “determinar” el comportamiento del ser humano desde lo interno a lo externo, asimismo las preguntas que se formula Alexis Carrel, deben ser sin duda una forma de como las personas y en especial los abogados debemos filosofar sobre nuestras teorías, sobre cómo debe determinar la sanción del comportamiento y accionar del ciudadano.

5. La aplicación de la neurociencia en el ser humano

Si ingresamos al campo de las ciencias sociales, específicamente en el campo de la sociología, determinar el comportamiento de una persona, nos señalará que es su medio quien determina el comportamiento del ser humano, no una sustancia en el cerebro; sin embargo, la ciencia nos ha demostrado, algunos estudios muy importantes que deben ser considerados, verbigracia en el Libro denominado “Eduquélos con amor” de Becky A. Bailey (2001), ha señalado:

Cuando aplica la disciplina basada en el miedo, da lugar a respuestas físicas de tensión en su hijo, las cuales obstaculizan su habilidad para aprender de usted. Cuando su hijo sufre tensión, se liberan hormonas. Uno de los químicos que se liberan se llama cortisol.

Niveles altos de cortisol pueden dañar las células cerebrales en un área llamada hipocampo, la cual juega un papel importante en la memoria y el aprendizaje. Usted quiere que su hijo entienda y recuerde las lecciones que trata de enseñarle, pero aun así ¿con qué frecuencia lo escucha decir "No sé" o "Se me olvidó"? Cuando depende del miedo, impide la labor del hipocampo y en realidad distorsiona sus metas de disciplina. Las investigaciones han demostrado que la disciplina basada en el miedo, en realidad fomenta las conductas que los padres tratan de eliminar. Dichas estrategias enseñan a los niños a ser más resistentes a la autoridad paterna y pueden alterar la química de su cerebro para toda la vida. La naturaleza proporciona los materiales de construcción para crear el cerebro humano y los nutrientes actúan como el arquitecto que lo diseña (p.14).

Se tiene de conocimiento que el cortisol lo generan nuestras glándulas suprarrenales, haciendo seres capaces de actuar contrarios al ordenamiento jurídico, ahora bien, podemos colegir que ¿sólo el comportamiento de un ser le determina el medio que lo rodea como lo plasma la sociología y lo ampara el derecho penal? ¿O influyen las sustancias que libera nuestro cuerpo? Ahora bien, atendiendo a la praxis, por ejemplo, que una persona que ha cometido actos de violación sexual en su mayoría de casos esa persona (a quien se le reprocha penalmente su comportamiento) ha sufrido en el pasado violación sexual, es decir la víctima se vuelve agresor, ¿Hemos estudiado el funcionamiento del cerebro de una persona víctima de violación sexual, así como su desarrollo y evolución que tiene a lo largo del proceso de la agresión sufrida hasta su “tratamiento psicológico”?

Otro ejemplo, de mucha relevancia, es lo publicado en SINC (2021), señala que:

Un estudio con participación española desvela el mecanismo de reacción de las neuronas, un hallazgo que puede ayudar en enfermedades como esquizofrenia, psicosis o comportamientos adictivos. Por primera vez, los investigadores han analizado a escala atómica cómo los neurotransmisores se conectan con las proteínas situadas en la membrana celular de las neuronas, y han registrado qué conexiones entre el neurotransmisor y su proteína receptora controlan la respuesta de la célula. El estudio, publicado en la revista *Chemical Science*, relaciona las pequeñas diferencias que tienen los receptores en estas regiones tan relevantes con la respuesta neuronal que generan al interaccionar con un mismo neurotransmisor –dopamina o serotonina–. Al modificar estos neurotransmisores, los investigadores controlan con qué regiones de la proteína se enlazan, lo que permite “diseñar moléculas que solamente se unan a determinadas regiones del receptor y tipos de receptores, y favorecer un cambio en la respuesta neuronal. Conocer el proceso de comunicación entre neuronas y neurotransmisores permitirá el desarrollo de nuevos tratamientos para diversos trastornos neuropsiquiátricos. (párr. 6)

Lo señalado líneas arriba, son sólo unos pequeños estudios de los muchos que podemos detallar en el presente artículo, para entender la complejidad del cerebro, entender esa enigmática

función que esta tiene, así como nos permite preguntarnos como debe ser comprendido o estudiado el delito.

Debe considerarse lo indicado por Fuster (2014), en su libro “Cerebro y libertad”, señala que las neurociencias han ido demostrando como es difícil asumir una escisión entre cerebro y mente o conciencia ya que la mente es el conjunto de operaciones que realiza el cerebro.

No obstante, también se debe considerar que existe posiciones discrepantes respecto al punto de la neurociencia en el derecho penal, tal es el caso que en el artículo denominado ¿Revolución neuro – penal? escrito por Feijoo (2022), quien plantea que:

El hecho que las decisiones y acciones humanas sean frutos de procesos neuronales en el cerebro que dependan o tengan su origen en otros procesos neuronales y todo ello reciban una – cada vez más desarrollada – explicación científica, no obliga a renunciar a la idea de un Derecho Penal de la culpabilidad por el hecho. No existe incompatibilidad entre los avances neurocientíficos y la libertad y la responsabilidad como instituciones sociales. (p.78)

Esta forma de pensar y decir que no existe incompatibilidad, que la culpa es otra cosa distinta y entendida desde un aspecto social no científico nos lleva a comprender lo que lamentablemente se ha señalado desde la parte introductoria del presente artículo, el derecho penal funciona indiferente a los avances científicos, que las ideas, paradigmas arraigados son incluso defendidos por alguna postura de la doctrina actual que viven arraigados a conceptos tradicionales de culpa, fines de pena, derecho penal, amparándose que el derecho penal nace de una construcción de las ciencias sociales y ergo no debe tratar de mezclar sus conceptos con la ciencia, ideas que desde mi punto de vista son obsoletas en un siglo XXI dominado por la tecnología, el átomo y, sobre todo por el desarrollo neuronal.

Es menester señalar que, si repasamos un poco la historia, podemos entender que estas acciones de negar la ciencia hace muchos años por penalistas, ha venido perjudicando al ser humano, tal es el caso, aquellas personas que eran condenadas, verbigracia por asesinato, tiempo después escucharon a la psiquiatría, escucharon la psicología y, recién comprendieron que existía las llamadas anomalías psíquicas, graves alteraciones de conciencia, es decir, entendieron que el cerebro humano puede desarrollar diversos comportamiento que son ajenos a la voluntad, y específicamente a la culpa; pero nadie se ha atrevido a cuestionar tales fallos, se estudiaba al Derecho Penal como parte de una estructura social, evadiendo a la ciencia, situación que en la actualidad aún sigue ocurriendo, se continúa escribiendo en contra de la neurociencia, se ha podido observar a juristas que desean seguir con el pensamiento rígido que el Derecho Penal es como es y punto, amparándose que tal maestro señaló tal concepto o tal teoría, que así se construye la culpa, la pena, etc.; dejando de lado sin fundamentos objetivos a la ciencia para sobre ella realizar cambios sobre la percepción del Derecho Penal.

En suma, se resalta la conclusión arribada en el artículo Neurociencia y Derecho: problemas y posibilidades para el quehacer jurídico, en el que Cárdenas Krenz (2017), indica que “no se trata de caer en un neorreduccionismo, por el que la ética solamente tuviera una base cerebral, ni tampoco un neuroescepticismo que desconoce el papel de la neurociencia” (p. 102). Es en realidad no sólo tener una opinión vertical que el Derecho Penal no debe darle importancia a los avances de la neurociencia, sino que en realidad este tema nos permite reflexionar sobre las cuestiones que las nuevas corrientes científicas traen y la repercusión e impacto que genera en la sociedad peruana.

6. Implicancias de la sanción penal utilizando la neurociencia

Ahora sí, empezamos a observar que todo se trata – primero- de comprender el funcionamiento del cerebro y conforme a los avances de la ciencia, en un futuro hipotético tenemos un debate que debe ser considerado conforme al título de la presente investigación, ¿Liberar a Barrabas y convertirlo en Jesús?, es decir, ¿qué escenario nos podría traer la neurociencia en el Derecho Penal? De que aquella persona o personas que han realizado comportamientos penalmente reprochables, no se les debe sancionar con una pena privativa de la libertad, sino por el contrario la sanción debiera ser aplicar inyectar, quitar, adicionar por ejemplo cortisol, vasopresina, etc., de sustancias que emanan en nuestro organismo, que “determinan” el comportamiento y actuación de ser humano, es decir convertirlo en un hombre de bien y pueda seguir conviviendo de forma armoniosa en la sociedad; como el caso descrito en la introducción donde se reveló que un hombre casado, con una familia estable, comenzó a tener más afinidad a la pornografía infantil e intento atacar a su hija, luego empezó acosar a las mujeres, al mismo tiempo su salud se complicó con fuerte dolores de cabeza, en el hospital le detectaron un tumor en el cerebro, al ser operado la persona dejó de tener un comportamiento penalmente reprochable.

Sin embargo, varios meses después dicho comportamiento acosador volvió en la persona, le realizaron nuevos análisis y determinaron que en efecto el tumor no había sido totalmente eliminado; al ser operado nuevamente la persona regresó a ser, como el ser en que se caracterizaba; una persona respetuosa, en otras palabras si el derecho penal hubiera intervenido en el presente caso, sobre todo en el ordenamiento jurídico peruano donde se encuentra plasmado el delito de acoso sexual en el Código penal, así como la Ley 30364 Ley para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer, seguramente ya habría sido procesado, condenado y dirigido a un penal para “rehabilitarlo” y es en ese sentido que nos preguntamos, ¿esa debería ser la solución correcta o no se puede considerar acaso que el problema de fondo, de una persona mal de salud, donde intervino un tumor pudo “determinar” su conducta contraria al ordenamiento jurídico? ¿el señor delicado de salud pudo tener otra posibilidad u opción para elegir, en dejar de no acosar a las mujeres o dejar de ver pornografía infantil?

Por otro lado, debemos considerar lo señalado por Kandel (2018), sobre “la percepción consciente depende en su totalidad de procesos inconscientes” (p. 231), es decir, desde su punto de vista señala que la conciencia, está limitada por acciones no conscientes. Sin embargo, su

postura discrepa mucho de lo señalado, no solo se trata de una conciencia (del hombre) sino que esta a su vez (el cerebro) actúa conforme a neuronas que están condicionadas a un determinado funcionamiento. Así mismo, en el artículo denominado Neurociencias y Derecho Penal patrocinado por el Ministerio de Innovación y Ciencia en España se resalta el criterio vertido por Demetrio (2013), señala:

En mi opinión es posible defender un concepto de culpabilidad por el hecho que cumpla esta función sin acudir a premisas indeterministas. Paródicamente la no demostración del poder actuar de otro modo ha conducido a una reaparición de conceptos de culpabilidad por el carácter. (p.3)

En efecto, una postura respetable, donde debe incluso tomarse en consideración la frase la no verificación de realizar una acción de otra forma, conlleva a ser estudiada no solo por ciencias sociales sino también por la ciencia.

7. La redefinición de la finalidad de la pena

El fin de la pena, como bien se ha señalado *ut supra*, tiene como objetivo alcanzar la reinserción del hombre en la sociedad, y, conforme al Informe emitido por la Defensoría del Pueblo sobre la “Situación de las personas privadas de libertad a propósito de la declaratoria de emergencia sanitaria” reconoce el trabajo del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUS) precisando que, en los últimos seis años, la capacidad de albergue ha tenido un crecimiento promedio de 4.8% anualmente. Así, para el año 2009, el sistema penitenciario contaba con 24,961 unidades de albergue para una población de 44,406 internos e internas, lo que representaba un hacinamiento del 77.9%. Seis años después, la población penitenciaria aumentó en 73.9% (77,242), mientras que las unidades de albergue solo en 32.2% (32,986), existiendo una brecha de 44,256 unidades a cubrir, lo que determina un hacinamiento del 134.2%. El crecimiento poblacional ha determinado, en relación a la capacidad de albergue, un hacinamiento crítico a nivel nacional, es decir en la actualidad existe en el Perú un hacinamiento carcelario en emergencia, una sobrepoblación que nos permite entender que debe existir una solución eficaz para utilizar de forma adecuada el principio de ultima ratio del Derecho Penal. (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2016, p. 58)

Amparado en lo señalado, debemos buscar nuevas soluciones para determinar si una sanción de pena privativa de libertad es el único método de solución ante el comportamiento contrario a ley, y, en el caso en que la neurociencia tenga un protagonismo eficiente, que ayude a buscar una solución ante el problema del derecho penal, pues no entender, menos estudiar (entiéndase menos aún promulgarse normas en amparo a la ciencia actual) el funcionamiento del cuerpo humano, podría concluir que los jueces (abogados a posteriori con conocimiento de ciencia, biología, epistemología, etc.) ordenaría en su sentencia que el sentenciado deba inyectarse o suprimir determinada sustancia del cerebro o de las neuronas, células para “curar” el comportamiento de la persona no acorde a ley, el operador del derecho ¿debería dar inmediata

libertad si se demostró que el sujeto activo actuó por un problema cerebral y ya se le ha aplicado las sustancias que requería para su sanación? Cómo debería definirse, el fin de la pena en estos casos, ¿qué sensación tendría la parte agraviada, se hizo justicia? De ser negativa la respuesta, entonces el fin de la pena no sería su reinserción en la sociedad o su rehabilitación, sino la finalidad de la pena es simplemente castigar de forma severa a una persona, por lo que, sí es así, debemos comenzar a llamar las cosas o acciones por su nombre, por lo que es, dejaríamos de romantizar al derecho penal y dejar de engañarnos como sociedad que el fin de la pena tiene un objetivo, totalmente, distinto a lo que nos han enseñado en las escuelas del derecho penal, y lo que se propaga a las personas de a pie sobre el fin de la pena es una quimera, quienes confían en este sistema creado por hombre proclives.

Las normas emitidas por el legislador, deben en efecto ser promulgadas con un lenguaje entendible con el fin de generar un entendimiento al ciudadano que no es conocedor y menos aún profesional en derecho, motivo por el cual, la terminología empleada como resocialización, rehabilitación en una constitución, que es el cimiento de una sociedad, permite comprender que estamos muy lejos, de solo una muy buena redacción romántica sobre el fin de la pena, pero sin estudiar ni tener en cuenta los avances de la ciencia.

CONCLUSIONES

Los profesionales del Derecho que cimentaron las bases en la construcción del derecho penal ha sido creada para castigar a un ser humano por su comportamiento contrario a ley, lo que me permite filosofar si desde su génesis fue tomado en cuenta la ciencia para conceptualizar y cimentar las bases de su creación, si bien nace de la construcción de las ciencias sociales; donde se baja en estudiar el comportamiento de la persona, han omitido un detalle fundamental, que la persona se materializa en cuerpo humano el mismo que está compuesto por células, sustancias, neuronas, etc., no entendibles y menos aún estudiada su funcionamiento por el derecho penal, por lo que si bien la regulación de su comportamiento ayuda a la convivencia social, no se ha estudiado el funcionamiento interno, molecular, funcionamiento de los átomos de la persona y conocer que lo conlleva a una persona actuar de diferente manera contraria a ley.

La neurociencia representa sin lugar a duda una nueva forma de estudiar que el comportamiento (de la persona respecto a su cuerpo) se debe necesariamente a ciertas neuronas, sustancias, células, etc., que “influyen” o “determinarían” el actuar de una persona, por lo que el derecho penal, desde su creación, desde el campo de su definición a la fecha se puede concluir que viene en efecto aplicándose sólo como instrumento de solución drástica apartando a una persona que ha cometido un comportamiento reprochable penalmente, sin estudiar las causas o el origen neurológico de esa conducta.

Las teorías como el casualismo, finalismo, funcionalismo en un momento histórico en la evolución del derecho penal han servido para poder determinar la responsabilidad penal de un ser humano, así como estudiar la conducta, las prohibiciones, los errores de tipo; sin embargo,

dichas teorías (que fueron y son de mucha importancia) no han recogido los avances científicos de la neurociencia, la biología, etc., para determinar de forma inequívoca la culpabilidad, por lo que es importante reconocer que el derecho penal y sobre todo su dogma en la que reposa, deba estar acorde con la era actual.

El comportamiento de un ser lo determina el medio que lo rodea como lo plasma la sociología y lo ampara el derecho penal; sin embargo, tal concepto debe ser considerado a su vez que el comportamiento también es influenciado por las sustancias que libera nuestro cuerpo.

Las clases de pena como la pena privativa de la libertad, a través de la neurociencia en el derecho penal debería considerarse en un futuro no muy lejano, una sanción en la persona para aplicarle, inyectarle, quitar, adicionar por ejemplo cortisol, vasopresina, etc de sustancias que emanan en nuestro organismo, que “determinan” el comportamiento y actuación de ser humano, es decir convertirlo en un hombre de bien y pueda seguir conviviendo de forma armoniosa en la sociedad.

En el caso en que la neurociencia tenga un protagonismo eficiente, que ayude a buscar una solución ante el problema del derecho penal, en no entender, menos aún estudiar (entiéndase menos aun promulgarse normas en amparo a la ciencia actual) el funcionamiento del cuerpo humano, podría concluir que los jueces (abogados a posteriori con conocimiento de ciencia, biología, epistemología, etc.) ordenaría en su sentencia que el sentenciado deba inyectarse o suprimir determinada sustancia del cerebro o de las neuronas, células para “curar” el comportamiento de la persona no acorde a ley, el operador del derecho en la actualidad debe ir preparándose a los nuevos avances de la ciencia.

Por último, se advierte que, en efecto no se trata de cerrar puertas a la ciencia en el Derecho Penal, no se trata de cambiar de forma inmediata los conceptos de culpa, pena, fines de la pena, etc., menos aún de tener una mente arraigada y cerrar de forma definitiva los avances de la ciencia, o desconocer que los mismos permiten redefinir los conceptos que tenemos en el Derecho Penal, al recordar que la filosofía como madre de todas ciencias, nos debe permitir filosofar sobre lo que hemos construido, debemos pensar sobre los cimientos de un futuro jurídico acorde a una época actual.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bailey, B. (2001). *Edúquelos con amor*. Pearson Educación.
- Cárdenas Krenz, R. (2017). Neurociencia y Derecho: problemas y posibilidades para el quehacer jurídico. *BIOETHICS UPDATE*, 3, 82–106. <http://dx.doi.org/10.1016/j.bioet.2016.12.001>
- Carrel, A. (1910). *La incógnita del hombre*. Mutuaner S.A.
- Corte Suprema de Justicia. (2018). *Recurso de Nulidad n.º 2027-2018, Lima Norte*.
- Demetrio Crespo, E. (2013). “Compatibilismo humanista”: una propuesta de conciliación entre Neurociencias y Derecho Penal. En *Neurociencias y Derecho Penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad* (pp. 1–3). https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20131108_02.pdf
- Donini, M. (2010). Principios constitucionales y sistema penal. Modelo y programa en Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho. En *Libro homenaje a Santiago Mir Puig* (1ª Edición, pp. 85–98). La Ley.
- Feijoo Sánchez, B. (2022). ¿Revolución Neuro-penal? En *Gaceta Jurídica* (Ed.), *Código Penal del Bicentenario. Estudios de Derecho penal actual* (1º ed., pp. 57–84).
- Fuster, J. (2014). *Cerebro y Libertad: los cimientos cerebrales de nuestra capacidad para elegir* (1ra edición). Editorial Ariel. https://proassets.planetadelibros.com/usuaris/libros_contenido/arxius/29/28556_Cerebro_y_libertad.pdf
- Kandel, E. (2018). *La nueva biología de la mente. Qué nos dicen los trastornos cerebrales sobre nosotros mismos*. Paidós. <http://repositorio.uasb.edu.bo:8080/bitstream/54000/1213/1/Kandel-Biolog%C3%ADa%20de%20la%20mente.pdf>
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2016). *Política Nacional Penitenciaria y Plan Nacional de la Política Penitenciaria 2016 – 2020*. Consejo Nacional de Política Criminal. https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2016/10/Pol%C3%ADtica-Nacional-Penitenciaria_2016_2020.pdf
- Mir Puig, S. (2006). *Derecho Penal. Parte General* (8va edición). Editorial Reppertor. <https://www.abogacia.pe/wp-content/uploads/2020/05/derecho-penal-santiago-mir-puig.pdf>
- Muñoz Conde, F. (2010). Derecho Penal. Parte general. En *Valencia: Tirant lo Blanch* (18va edición). Tirant lo Blanch.
- Poder Ejecutivo del Perú. (2023). Decreto Legislativo N° 635. En *Actualidad Penal*. Instituto Pacífico.

SINC. (2021, julio 30). *Así es el mecanismo que desencadena la respuesta neuronal en el cerebro*. Ciencia contada en español. <https://www.agenciasinc.es/Noticias/Asi-es-el-mecanismo-que-desencadena-la-respuesta-neuronal-en-el-cerebro#:~:text=Un%20estudio%20con%20participaci%C3%B3n%20espa%C3%B1ola,esquizofrenia%2C%20psicosis%20o%20comportamientos%20adictivos>

Villavicencio Terreros, F. (1990). *Lecciones del Derecho Penal. Parte General*. Cultural Cuzco.

SENTENCIADOS POR OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR INCREMENTA EL HACINAMIENTO DEL PENAL DE CHICLAYO

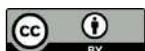
SENTENCED FOR OMISSION TO FAMILY ASSISTANCE INCREASES THE OVERCROWDING OF THE CHICLAYO PRISON

Segundo Adán Rojas Ruiz

Instituto Nacional Penitenciario
srojasr@inpe.gob.pe

 <https://orcid.org/0000-0001-5191-0096>

Fecha de recepción: 23/07/2023
Fecha de aprobación: 05/09/2023



e-ISSN: 2961-2934

<https://doi.org/10.61542/rjch.26>

Guicella Guzmán Velasco

Universidad Particular de Chiclayo
giguzve@gmail.com

 <https://orcid.org/0000-0003-4811-4050>

RESUMEN

El estudio tuvo como objetivo general describir la situación que ocasiona el ingreso de condenados por aquel ilícito penal considerando la capacidad de albergue del reclusorio Chiclayo. Es una investigación tipo básica, de diseño no experimental, con enfoque cualitativo. La población y muestra la conformó por 48 reclusos, la técnica fue el análisis documental y el instrumento la Ficha de Recolección de Datos. Se concluye que el hacinamiento es crítico por el ingreso desmedido de justiciables por diversos delitos entre ellos los de omisión a la asistencia familiar cuyas consecuencias son: (i) deficiente servicio terapéutico que afecta el proceso de Resocialización; (ii) incremento del riesgo de seguridad, por comportamiento inadecuado de los reclusos; (iii) vulneración de la dignidad del interno por ausencia de privacidad, escasa higiene personal y restricción de servicios básicos. Se recomienda al Poder Judicial aplique la prestación de servicios comunitario; al Poder Judicial y Ministerio Público, consideren alternativas a la prisión efectiva para delitos de bagatela; al Instituto Nacional Penitenciario, amplíe el penal Chiclayo con ambientes para dormitorios, talleres para trabajo y aulas para estudio.

Palabras claves

Penal, hacinamiento, interno, resocialización.



ABSTRACT

The general objective of the study was to describe the situation that causes the admission of those convicted of that criminal offense considering the housing capacity of the Chiclayo prison. It is a basic type of research, non-experimental design, with a qualitative approach. The population and sample was made up of 48 inmates, the technique was the document analysis and the instrument the Data Collection Sheet. It is concluded that overcrowding is critical due to the excessive entry of defendants for various crimes, including omission of family assistance, the consequences of which are: (i) deficient therapeutic service that affects the Resocialization process; (ii) increased security risk, due to inappropriate behavior of the inmates; (iii) violation of the dignity of the inmate due to lack of privacy, poor personal hygiene and restriction of basic services. It is recommended that the Judiciary apply the provision of community services; to the Judiciary and the Public Ministry, consider alternatives to effective imprisonment for petty crimes; to the National Penitentiary Institute, expand the Chiclayo prison with rooms for bedrooms, workshops for work and classrooms for study.

Keywords

Prison, overcrowding, inmate, resocialization.

RÉSUMÉ

L'objectif général de l'étude était de décrire la situation qui entraîne l'admission des condamnés pour cette infraction pénale en tenant compte de la capacité d'accueil de la prison de Chiclayo. Il s'agit d'un type de recherche de base, de conception non expérimentale, avec une approche qualitative. La population et l'échantillon étaient composés de 48 détenus, la technique était l'analyse de documents et l'instrument était la fiche de collecte de données. On conclut que la surpopulation est critique en raison de l'entrée excessive de prévenus pour divers crimes, y compris l'omission d'assistance à la famille, dont les conséquences sont : (i) un service thérapeutique déficient qui affecte le processus de réinsertion ; (ii) une augmentation du risque de sécurité, en raison du comportement inapproprié des détenus ; (iii) une violation de la dignité du détenu en raison du manque d'intimité, de l'hygiène personnelle insuffisante et de la restriction des services de base. Il est recommandé que le pouvoir judiciaire applique la disposition des services communautaires ; que le pouvoir judiciaire et le ministère public envisagent des alternatives à l'emprisonnement effectif pour les délits mineurs ; que l'Institut national pénitentiaire étende la prison de Chiclayo avec des chambres, des ateliers de travail et des salles de classe pour l'étude.

Mots-clés

Prison, surpopulation, détenu, réinsertion sociale.

INTRODUCCIÓN

Según el Boletín Estadístico Institucional del Ministerio Público (2019), se contó con un total de 245,769 delitos de los cuales 14,976 fueron por ilícitos que se relacionan con la familia lo cual equivale el 6% de aquel universo estadístico. Los casos de incumplimiento de asistencia alimentaria fueron de 13,189 a nivel nacional lo cual representa el 88.08% con tendencia a seguir incrementándose.

Por su parte el Boletín Estadístico Institucional del Poder Judicial (2019), refiere que, durante el año 2020, se registró un total de 860,991 procesos judiciales distribuidos en las diversas especialidades del sistema judicial. La especialidad de familia ocupó el primer lugar con 388,895 expedientes, seguido de la disciplina penal con 199,933 expedientes.

Asimismo, el Registro de Deudores Alimentarios Morosos - REDAM, señala que existe 2,777 padres que no cumplen con el pago de alimentos fijado por la autoridad judicial (Perú21, 2017), convirtiéndose en potenciales candidatos para ir a la cárcel, máxime si la madre puede reportar el incumplido de pago de tres cuotas de la pensión fijado en la sentencia. En Perú el promedio de una pensión alimenticia va de 188 a 282 soles lo cual representa el 20 al 30% del ingreso como salario del sentenciado, aunque la ley señala que sea máximo hasta el 60% (Baldino Mayer & Romero Basurco, 2020, p. 371).

En tanto, la Defensa Pública (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2020), señala que, durante el año 2019, se atendió a 262,798 personas en tema de pensión de alimentos - sea en forma de consulta o de asesoría legal- a cargo de los Centros de Asistencia Legal Gratuita. En promedio al mes atienden 4,400 casos destacando el tema de pensión de alimentos.

Por otro lado, el Instituto Nacional Penitenciario, en adelante el INPE, señala que durante el 2020 albergó a 86,955 personas teniendo capacidad para 40,827 internos (p.15). Esta situación configura una sobrepoblación extrema llamada también hacinamiento que se presenta en la mayoría de cárceles del país (7 de cada 10) lo cual limita el tratamiento terapéutico dirigido a los reclusos en aras de lograr su resocialización, entendido como el proceso de reeducarlos, rehabilitarlos y reincorporarlos a la sociedad (Mollehuanca Balcona, 2018).

Los establecimientos penitenciarios albergan a personas que cometieron diversos ilícitos penales los cuales – según el orden de prelación – el primer lugar ocupa aquellos por delito contra el patrimonio que equivale el 35.7%; en segundo lugar, los de tráfico ilícito de drogas que representa el 18.1%; y, en tercer lugar, los reclusos por delito contra la libertad sexual con el 17.6% del total de la población penal, en adelante POPE (Instituto Nacional Penitenciario, 2022, p. 59).

Más atrás aparecen los delitos de incumplimiento de obligación alimentaria (1.2%) y de extorsión (1,1%) respectivamente (Instituto Nacional Penitenciario, 2023, p. 26). En el caso de sentenciados por alimentos cada vez se incrementa, con el agravante que son reincidentes, lo cual contribuye al hacinamiento carcelario, principal problema que afronta el Sistema Penitenciario Nacional.



En síntesis, a nivel nacional existen 857 personas por no pasar pensión alimenticia a sus hijos los cuales están reclusos en cada uno de los sesenta y ocho establecimientos penitenciarios que existen en el Perú. De aquella población se conoce que, son personas jóvenes cuyas edades oscilan entre los 35 a 39 años; asimismo, antes de ingresar al penal se desempeñaron en diferentes oficios hecho que descarta el argumento que señala que no tienen dinero para cumplir con su obligación de alimentante.

A nivel de la Región Norte - Chiclayo, se registró 203 internos por delito de omisión de alimentos dispersos en los once Establecimientos Penitenciarios (EP) que administra dicha sede administrativa conformada por el EP Tumbes, EP Piura, EP Sullana, EP Trujillo Varones, EP Trujillo Mujeres, EP Pacasmayo, EP Cajamarca, EP Chota, EP Jaén, EP San Ignacio y EP Chiclayo.

En consecuencia, el EP Chiclayo, lugar donde se realizó el estudio, alberga 4,163 internos de los cuales 48 personas están allí por delito de omisión de alimentos situación que incrementa el hacinamiento en el entendido que fue construido para un aforo máximo de 1,143 reclusos. Esta situación de sobrepoblación extrema perjudica el tratamiento terapéutico que deberían recibir los internos con miras a su Resocialización; asimismo, vulnera derechos fundamentales establecido en la Constitución, como son: i) ocupar ambientes adecuados; y, ii) respeto a su dignidad.

Por lo tanto, el tema en estudio es importante toda vez que servirá de motivación para que en el futuro se realicen investigaciones sobre la problemática penitenciaria en nuestro país, en especial en el área de tratamiento de personas reclusas en un penal, lo cual genera conocimiento, esto es ciencia la misma que puede contribuir a dar solución al problema observado. Asimismo, es un tema de actualidad toda vez que los penales están hacinados situación que dificulta el proceso de Resocialización del sentenciado.

La justificación del estudio se da porque brindará información veraz y oportuna sobre las personas sentenciadas a cárcel efectiva en delito de omisión a la asistencia familiar lo cual incrementa el hacinamiento del Establecimiento Penitenciario de Chiclayo. Asimismo, porque describe la realidad fáctica del tratamiento terapéutico que recibe el sentenciado lo cual genera conocimiento; es decir ciencia.

Además, se justifica porque resulta oportuno que las entidades competentes llámese Poder Judicial, Ministerio Público e Instituto Nacional Penitenciario (INPE) coordinen acciones conjuntas para superar el problema observado.

Finalmente, el estudio será beneficioso para la sociedad en general toda vez que los padres deudores podrán cumplir con la sentencia sin necesidad de estar reclusos en un penal hecho que evita el contacto social con personas de alto perfil criminógeno además de la adopción de conductas antisociales.

Material y métodos

Por la naturaleza del problema planteado, se trata de una investigación básica, de enfoque cualitativo. Asimismo, el diseño fue no experimental descriptivo.

La población estuvo conformada por 48 reos por delito de omisión a la asistencia familiar albergados en las instalaciones del Establecimiento Penitenciario Chiclayo, hasta diciembre del año 2019. La muestra fue el mismo número de personas. La técnica utilizada fue la observación y análisis documental y como instrumento se utilizó la Ficha de Recolección de Datos, el mismo que fue validado por expertos en derecho penitenciario.

El criterio de inclusión considera solo para internos sentenciados por delito de violencia contra la mujer y su entorno familiar que cuenten con sentencia firme. Se consideraron los referentes éticos como el consentimiento informado y la confidencialidad con resultados, empleando los principios de justicia y no maleficencia.

Resultados

En la Tabla 1, se puede apreciar que durante el periodo de estudio ingresaron 470 personas por diversos delitos de las cuales 77 fueron sentenciados y 393 procesados que representan el 16% y 84%, respectivamente.

Tabla 1

Ingresos al penal Chiclayo, según situación jurídica, 2019.

Situación Jurídica	N.º	%
a. Sentenciados	77	16
b. Procesados	393	84
Total	470	100

Fuente: Estadística EP Chiclayo.

En la Tabla 2, se observa que el mayor número de ingresos fue por delito genérico contra el patrimonio con 161 casos lo cual representa el 34%. El delito genérico contra la familia reportó 30 casos que representa el 6% del total de ingresos.

Tabla 2

Ingresos según delito genérico, 2019.

Delito Genérico	N°	%
a. Contra el patrimonio	161	34
b. Contra la seguridad pública	106	22
c. Contra la vida, el cuerpo y la salud	66	14
d. Contra la libertad sexual	65	14
e. Contra la familia	30	6
f. Otros	42	9
Total	470	100

Fuente: Ficha de Recolección de Datos.

De acuerdo con la Tabla 3, se observa que el menor número de egresos se da por delito genérico contra el patrimonio con 3 casos lo cual representa el 4% del total de libertades. En tanto, los egresos por delito genérico contra la familia fueron en 8 casos que representa el 12% del total de internos que obtuvieron libertad.

Tabla 3

Egresos según delito genérico, 2019.

Delito Genérico	N.º	%
a. Contra el patrimonio	3	4
b. Contra la seguridad pública	6	9
c. Contra la vida, el cuerpo y la salud	4	6
d. Contra la libertad sexual	0	0
e. Contra la familia	8	12
f. Otros	46	69
Total	67	100

Fuente: Ficha de Recolección de Datos.

Según la Tabla 4, se observa que en 19 casos el egreso fue por pena cumplida que representa el 28.3%. Asimismo, se tiene 01 caso de libertad procesal que representa el 1.5% de todos los egresos.

Tabla 4

Tipo de egresos por diversos delitos.

Detalle	N.º	%
a. Pena cumplida	19	28.3
b. Cumplimiento de la pena con redención	12	17.9
c. Comparecencia restringida	9	13.4
d. Liberación condicional	7	10.4
e. Conversión de pena en ejecución (D.L.1459)	4	6.0
f. Semi libertad	3	4.5
g. Remisión condicional de la pena (D.L. 1513)	3	4.5
h. Cumplimiento de la pena con redención excepcional de la pena	2	3.0
i. Libertad condicional	2	3.0
i. Semi libertad (D.L. 1513)	1	1.5
j. Detención domiciliaria	1	1.5
k. Libertad procesal	1	1.5
L. Prescripción de pena	1	1.5
Total	67	100

Fuente: Ficha de Recolección de Datos.

En la Tabla 5, se observa que la falta más recurrente es la agresión física entre internos que se presenta en 60 casos lo cual representa el 52% del total de sanciones. Asimismo, 15 internos fueron sancionados por posesión de sustancias prohibidas (chicha) que equivale al 15% del total de faltas cometidas durante el periodo de estudio.

Tabla 5

Internos sancionados por trasgredir normas de conducta.

Tipo de sanción	N.º	%
a. Agresión Física.	60	52
b. Incumplir disposiciones de seguridad.	30	26
c. Poseer sustancias prohibidas	15	13
d. Otras.	10	9
Total	115	100

Fuente: Ficha de Recolección de Datos.



Según la Tabla 6, se tiene que los ambientes de mínima y máxima seguridad tienen capacidad para albergar 200 reclusos; sin embargo, cuentan con 850 y 264 personas lo cual representa el 425% y 264% de hacinamiento, respectivamente. El ambiente de mediana seguridad es el más hacinado pues cobija a 1,949 internos que representa el 650% de sobre población, considerando que su aforo es de 300 reclusos.

Tabla 6

Ambientes y capacidad de aforo del penal Chiclayo.

Ambientes	Aforo	Internos	%
a. Mínima seguridad	200	850	425
b. Mediana seguridad	300	1,949	650
c. Máxima seguridad	200	527	264
Total	700	3,326	

Fuente: Ficha de Recolección de Datos.

De acuerdo con la Tabla 7, se tiene que el servicio de agua potable se ofrece en un solo horario que va 06 a 08 horas, esto es por la mañana. Por otro lado, el servicio de energía eléctrica se brinda desde las 12 m a 11 pm sujeto a variación.

Tabla 7

Horario de servicios básicos del penal Chiclayo.

Servicios	Horario
a. Agua potable	06 a 08 horas
b. Energía eléctrica	12 a 11 horas

Fuente: Ficha de Recolección de Datos.

De acuerdo con la Tabla 8, se tiene que los internos por el ilícito penal en estudio son de fácil readaptación presentándose esta condición en los 48 casos lo cual representa el 100% del total de internos evaluados.

Tabla 8

Tratamiento de readaptación social del sentenciado.

Nivel	N.º	%
a. Fácil Readaptación	48	100
b. Difícil Readaptación	00	0
Total	48	100

Fuente: Ficha de Recolección de Datos.

Según la Tabla 9, se tiene que los sentenciados no reciben tratamiento según el delito cometido y se presenta en 48 casos lo cual representa el 100% de los reclusos por esta causa.

Tabla 9

Tratamiento diferenciado del sentenciado.

Descripción	N.º	%
a. Si recibe	00	00
b. No recibe	48	100
Total	48	100

Fuente: Ficha de Recolección de Datos.

Discusión

Luego de utilizar el instrumento denominado “Ficha de recolección de datos”, se tiene que el Establecimiento Penitenciario Chiclayo existe un estado de hacinamiento crítico que a diciembre del 2020 alcanzó el 350%. En efecto, cada vez ingresan un considerable número de personas por mandato judicial sea en condición de procesados o sentenciados (Tabla 1). Asimismo, se observó que los justiciables en su gran mayoría cometieron el delito de robo agravado con 161 caso que representa el 34% del total ingresos (Tabla 2). En cuanto al delito de omisión a la asistencia familiar, se registraron 30 casos lo cual superó al número de personas que ingresaron por delitos de estafa o lesiones leves.

En contraste, los egresos o libertades alcanzaron casi un séptimo de los ingresos por cuanto se registró 67 casos (Tabla 3). Esta situación se presenta debido al escaso número de concesión de beneficios penitenciarios que registró un total 09 casos, destacando de manera particular que la mayoría salió en libertad cumpliendo su pena (Tabla 4). Se evidencia el poco interés de los magistrados para ofrecer aquellos estímulos lo cual contribuye a la sobrepoblación que observamos en el penal en estudio.



El hacinamiento influye negativamente en el comportamiento del preso evidenciado su accionar con la trasgresión de las reglas de convivencia pacífica del penal (Huertas Díaz, 2015). En efecto, según la información recogida se tiene que 115 internos fueron sancionados por haber cometido falta disciplinaria grave recibiendo como castigo hasta treinta días de aislamiento en el ambiente de meditación. La falta que más prevalece es la agresión física con 68 casos hecho que conviene prestarle debida atención pues se corre el riesgo de configurar delitos de lesiones graves con subsecuente muerte (Tabla 5).

La sobrepoblación extrema del recinto Chiclayo es alarmante prueba de ello es que existen zonas para albergar hasta 700 personas; sin embargo, cobija a 3,500 (Tabla 6). Por lo tanto, influye negativamente en el proceso de resocialización del penado pues no hay profesionales en número suficiente para atender aquella población. Asimismo, predispone la vulneración de derechos básicos como la dignidad y el derecho a ocupar ambientes adecuados señalado en la misma carta magna, lo cual sumado a la prestación de servicios básicos de luz y configura un estado de cosa inconstitucional (Tabla 7).

Al respecto, la crítica situación perjudica mucho a los sentenciados por omisión de alimentos por cuanto son personas con diagnóstico de fácil readaptación y su presencia en reclusorio no hace más que ponerlos en riesgo de adquirir algún comportamiento anómalo por imitación (Tabla 8). Además, no reciben el tratamiento acorde al delito cometido hecho que perjudica notablemente la organización de beneficios penitenciarios como semi libertad o liberación condicional pues no incluye los informes que el magistrado valora resignándose a salir libres cumpliendo su condena lo cual contradice la finalidad de la pena que postula que es resocializadora (Tabla 9).

Según Lacroix Arias (2018), en su estudio: “Hacinamiento: ¿afecta a la dignidad de la persona el sistema penitenciario nacional?”, refiere que en el sistema penitenciario de Chile es atentatorio contra la dignidad humana lo cual se ve reflejado en las inhumanas y degradantes condiciones de vida de los internos afectando necesidades básicas con la salud, alimentación, higiene, seguridad personal, etc. Esta situación se da por el ex potencial incremento de apersonas en los reclusorios debido a la reforma procesal en materia penal que propicia la aplicación de penas privativas de la libertad tanto en delitos de mediana y baja peligrosidad además de la incipiente aplicación de penas alternativas.

Por su parte, Valverde Garcés (2020), en su tesis: “Hacinamiento carcelario y Sistema Penitenciario en Colombia”, señala que el estado colombiano se ha desentendido de su rol protagónico de implantar una política pública ejecutada por el Sistema Penitenciario y Carcelario de Colombia acorde con los Derechos Humanos. Refiere que no toda conducta punible debe ser sancionada privando su libertad de forma efectiva pues genera situación anómala en los penales haciendo que se incremente el porcentaje de hacinamiento lo cual se volverá insostenible para el Estado.

En tanto, Tuñoque Leiva (2020), en la tesis: “Medidas alternativas a la prisión efectiva en el delito de OAF tipificado en el artículo 149 del Código Penal”. señala que la pena privativa de la libertad por delito de OAF atenta contra el principio de interés superior del niño

especialmente su derecho que tiene para recibir alimentos, salud, educación, vivienda y otros debido al confinamiento del obligado en la cárcel. Concluye que será necesario variar la prisión efectiva por prestación de servicio a la comunidad.

CONCLUSIONES

La legislación sobre delito de Omisión la Asistencia Familiar responde al populismo punitivo por cuanto sanciona al obligado con cárcel por desentenderse del compromiso pactado en sede judicial considerando solo esta causa como elemento factico para revocar la sentencia y ordenar su ingreso a una prisión que la administración penitenciaria determine, sin examinar que el problema puede ser abordado de otra forma.

El estado de hacinamiento del recinto carcelario Chiclayo es crítico debido al constante ingreso de personas procesados o sentenciados por diversos delitos ordenado por la autoridad judicial situación que afecta su aspecto biopsicosocial con tendencia a desmejorarlo paulatinamente debido al confinamiento en espacios físicos reducidos con escaso acceso a recibir un óptimo tratamiento penitenciario conforme lo dispone las normas legales vigentes de alcance nacional e internacional.

Las causas que incrementan el nivel de hacinamiento del reclusorio Chiclayo por delito de omisión a la asistencia familiar se debe a la restricción de beneficios penitenciarios y falta de infraestructura lo cual trae como consecuencias: (i) deficiente servicio terapéutico con afectación al proceso de Resocialización; (ii) incremento del riesgo de seguridad, motivado por comportamientos inadecuados de los internos como agresión física, desobedecer disposiciones de seguridad, entre otros; (iii) vulneración de la dignidad del interno, lo cual se refleja en ausencia de privacidad, escasa practica de higiene personal y restricción de servicios básicos.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Baldino Mayer, N., & Romero Basurco, D. G. (2020). La pensión de alimentos en la normativa peruana. *Revista Oficial del Poder Judicial. Órgano de Investigación de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú*, 12(14), 351-385. <https://doi.org/10.35292/ropj.v12i14.81>
- Huertas Díaz, O. (2015). SISTEMA PENAL Y HACINAMIENTO CARCELARIO. Análisis al estado de cosas inconstitucionales en las prisiones colombianas. *Revista de Jurídica de Derecho*, 2(3), 15-24. http://www.scielo.org.bo/pdf/rjd/v2n3/v2n3_a03.pdf
- Instituto Nacional Penitenciario. (2020). *Informe Estadístico*. https://siep.inpe.gob.pe/Archivos/2020/Informes%20estadisticos/informe_estadistico_dic_iembre_2020.pdf
- Instituto Nacional Penitenciario. (2022). *Informe Estadístico - junio 2022*. https://siep.inpe.gob.pe/Archivos/2022/Informes%20estadisticos/informe_estadistico_ju_nio_2022.pdf
- Instituto Nacional Penitenciario. (2023). *Informe Estadístico - mayo 2023*. https://siep.inpe.gob.pe/Archivos/2023/Informes%20estadisticos/informe_estadistico_ma_yo_2023.pdf
- Lacroix Arias, P. A. (2018). *Hacinamiento: ¿afecta a la dignidad de la persona el sistema penitenciario nacional?* [Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile]. <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/151044>
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2020, enero 22). *La Defensa Pública del MINJUSDH atiende más de cuatro mil casos mensuales de pensión de alimentos*. <https://www.gob.pe/institucion/minjus/noticias/78338-la-defensa-publica-del-minjusdh-atiende-mas-de-cuatro-mil-casos-mensuales-de-pension-de-alimentos>
- Ministerio Público. (2019). *Boletín Estadístico del Ministerio Público N.º3*. https://www.mpf.n.gob.pe/Docs/0/files/boletin_estadistico_marzo_2019.pdf
- Mollehuanca Balcona, R. (2018). *Hacinamiento carcelario y políticas de tratamiento penitenciario de los reclusos en Lima* [Tesis para optar el título de Abogado, Universidad Autónoma del Perú]. <https://repositorio.autonoma.edu.pe/handle/20.500.13067/663>
- Perú21. (2017, junio 17). *Más de 2,700 papás denunciados por no pagar la pensión de alimentos de sus hijos*. <https://peru21.pe/lima/2-700-papas-denunciados-pagar-pension-alimentos-hijos-81776-noticia/>
- Poder Judicial. (2019). *Boletín Estadístico Institucional N.º04-2019*. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/103bb2804d485fde8dc78f3325f35162/Boletin+N4-DICIEMBRE-2019F.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=103bb2804d485fde8dc78f3325f35162>

Tuñoque Leiva, S. (2020). *Medidas alternativas a la prisión efectiva en el delito de OAF tipificado en el artículo 149 del Código Penal* [Tesis para optar el título de Abogada, Universidad Señor de Sipán]. <https://repositorio.uss.edu.pe/handle/20.500.12802/7977>

Valverde Garcés, A. L. (2020). *Hacinamiento carcelario y Sistema Penitenciario en Colombia* [Tesis para optar el grado de magister, Universidad de Cali]. <https://repository.usc.edu.co/bitstream/handle/20.500.12421/4826>

LA DESIGUALDAD EN EL TRABAJO DE LA MUJER BOSQUEJANDO FILOSOFÍAS

*INEQUALITY IN WOMEN'S WORK
SKETCHING PHILOSOPHIES*

Fecha de recepción: 15/07/2023
Fecha de aprobación: 10/09/2023

Washington Luis Bravo Montalvo

Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo
wluisbravo@gmail.com

 <https://orcid.org/0000-0002-1254-369X>



e-ISSN: 2961-2934

<https://doi.org/10.61542/rjch.21>

RESUMEN

Desde la comprensión del trabajo como actividad humana, la primera impresión que nos da la idea de “igualdad en el trabajo” es que no hay igualdad en el trabajo. De hecho, contamos ejemplos de ellos como teorías que intentan explicar el trabajo como degradación; Uno de ellos es la desigualdad en el trabajo de la Mujer, ámbito en el que la historia tiene una gran responsabilidad, que nos la ha presentado, casi siempre, desempeñando su papel tradicional: Como subordinada, en el hogar, sujeta a jerarquías culturalmente aceptadas. Quizás, la respuesta al por qué, podría estar ahondando en el mismo umbral donde empezó todo, donde empezó a originarse la desigualdad: La mentalidad que creíamos correcta y de la que nos alimentamos a través de la educación que recibimos.

Palabras claves

Trabajo, igualdad, educación.



ABSTRACT

From the understanding of work as a human activity, the first impression we get of the idea of "equality at work" is that there is no equality at work. In fact, we count examples of them as theories trying to explain work as degradation; One of them is inequality in the work of Women, an area in which history has great responsibility, which has presented it to us, almost always, playing its traditional role: As subordinate, at home, subject to culturally accepted hierarchies. Perhaps, the answer as to why, could be delving into the same threshold where it all began, where inequality began to originate: The mentality that we believed to be correct and from which we feed through the education we receive.

Keywords

Work, equality, education.

RÉSUMÉ

En partant de la compréhension du travail en tant qu'activité humaine, la première impression que nous avons de l'idée d'"égalité au travail" est qu'il n'y a pas d'égalité au travail. En fait, nous trouvons des exemples de théories qui tentent d'expliquer le travail comme une dégradation ; l'une d'entre elles est l'inégalité dans le travail des femmes, un domaine où l'histoire a une grande responsabilité, car elle nous l'a présentée presque toujours en jouant son rôle traditionnel : en tant que subordonnée, à la maison, soumise à des hiérarchies culturellement acceptées. Peut-être que la réponse à la question du pourquoi pourrait résider dans le même seuil où tout a commencé, là où l'inégalité a commencé à prendre naissance : la mentalité que nous pensions être correcte et dont nous nous nourrissons par le biais de l'éducation que nous recevons.

Mots-clés

Travail, égalité, éducation.

INTRODUCCIÓN

En el contexto de un cúmulo de normas legales de corte proteccionista desde el punto de vista de la vulnerabilidad de los derechos laborales de la mujer, las tres últimas leyes que se han dado en el Perú orientadas a la “Igualdad Salarial”, la “Prevención contra el Hostigamiento Sexual Laboral”, y la “Maternidad y las Relaciones Laborales”, suman apenas unos peldaños en la vericueta escalera en pos de obtener la igualdad de los derechos en el trabajo de la mujer, cima a la que se hace siempre difícil arribar, pese a los esfuerzos que se realizan.

Con referencia al actual escenario laboral peruano, fue con la Constitución de 1993, que se dieron las pautas del esquema de protección legal de la mujer, a partir de 4 preceptos claves: Los artículos 2, 22, 23 y 26, respectivamente, por los cuales se decreta el derecho de “Igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”; “El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona”; “El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan”; y, la “Igualdad de oportunidades sin discriminación”. Esta normatividad fue luego, complementada con acciones administrativas (en prevención, protección y atención contra la violencia hacia las mujeres) adoptadas por el Gobierno de turno en 1996, año en que se creó el Ministerio de Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano (PROMUDEH), denominado en 2002, como Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (MIMDES), y finalmente en 2012, Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP), con la exprofesa finalidad de cautelar el desarrollo de la mujer y la familia, bajo el principio de igualdad de oportunidades.

Este primer marco referencial, ha seguido construyéndose en el tiempo con nuevas normas, tratándose de una u otra manera de insertarse en las tendencias que fijan los principales indicadores laborales a nivel regional o mundial. A ello obedecen, en consecuencia, la dación en 2003, de la Ley N° 27942, Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual, cuyo objetivo es prevenir y sancionar el hostigamiento sexual producido en las relaciones de autoridad o dependencia y en el ambiente laboral, con nuevo reglamento para julio de 2019, conforme al Decreto Supremo N° N° 014-2019-MIMP, que contempla el procedimiento de investigación y sanción del hostigamiento sexual, así como el marco de protección a la víctima; la Ley N° 30367, Ley que protege a la madre trabajadora contra el despido arbitrario y prolonga su periodo de descanso, dada en 2015; estableciendo los lineamientos de protección los derechos laborales de la mujer víctima de violencia, entre ellos, el derecho de la trabajadora gestante de gozar de 49 días de descanso prenatal y 49 días de descanso postnatal, así como la nulidad del despido que tenga por motivo el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si ocurre en cualquier momento de la gestación, o dentro de los 90 días posteriores al nacimiento; y, en 2017, la Ley N° 30709, Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres; norma que obliga a la valoración de puestos que posibilite una estructura salarial internamente equitativa, que contribuya a la disminución de la brecha salarial por género y por cualquier otro motivo proscrito.

Como se verá, y en un orden mundial en el que a las mujeres apenas se les reconocen tres cuartas partes de los derechos legales de los que gozan los hombres, nuestra legislación ha hecho esfuerzos para enfrentar estas dificultades; no obstante e incluso hasta antes de ingresar –como víctimas, tanto trabajadores, empleadores y niveles socio-económicos en general- a los efectos de la pandemia del Covid 19, según reporte de la OIT, los resultados prácticos, reflejados en las estadísticas, son relativos, si se tiene en cuenta que -según cifras del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI)-, en 2019, las trabajadoras obtuvieron un 31.8% menos de sueldo a diferencia de un trabajador en el mismo puesto, contrariando los términos de la Ley de igualdad salarial (Ley 30709, ley que Prohíbe La Discriminación Remunerativa Entre Varones Y Mujeres); mientras que hasta el año 2020 el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo reveló que del total de denuncias recibidas referentes a este tema, el 97% de casos ha sido contra mujeres, lo que significa una clara desatención a la ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual. Para el Trimestre julio-agosto-septiembre 2022, en un país que contaba con 25 millones 681 600 personas que tenían edad para desempeñar una actividad económica, y en un contexto en el que la población ocupada femenina aumentó en 1,8% (135 mil 900) respecto del mismo trimestre del 2021, sumando un total de 7 millones 760 mil, equivalente al 44,0% del total de la Población en Edad de Trabajar (PEA) - según datos del Comportamiento de los Indicadores de Mercado Laboral, elaborado por el INEI en su Informe Técnico N° 4-, estimamos que, poco o casi nada, habrá variado al respecto. Siempre existe un cargado desequilibrio en la balanza de derechos en contra de las mujeres.

Las dificultades que tienen las mujeres trabajadoras en Perú, no significa que se consolide a nuestro país como una excepción en materia de desatención de derechos laborales reconocidos -pese a la existencia de normatividad legal proteccionista-, dado que, a nivel mundial, no solo se mantienen las dificultades, sino que continúan creciendo, incluso día a día; aumentando así las brechas entre las posibilidades y oportunidades entre hombres y mujeres. En efecto y con referencia a la Covid 19, alrededor de 13.1 millones de mujeres perdieron sus empleos en América Latina y el Caribe a consecuencia de la pandemia, según informó la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

¿A qué pudiere deberse este divorcio entre normativa y realidad objetiva? Tal vez, porque la maternidad, según Díaz (2019), “es un castigo en la trayectoria laboral de las mujeres, mientras que la paternidad es un premio”.

1. Bosquejando ideas filosóficas

Lo primero que conviene enfatizar es que, la desigualdad entre el trabajo de la mujer y el trabajo del hombre, no es sino parte intrínseca de aquella existente entre hombres y mujeres y enraizado como problema con muy profundas raíces en la historia de la humanidad, simplemente, por ser tales. En este sentido, por razón de su sexo y del que se deriva su función procreadora, “(...) considerada como “ser inferior” tanto por su propia condición natural como por el marco jurídico humano y divino en que se desenvuelve” (García Arranz, 2018, p.8), la mujer siempre

ha sido discriminada, incluso hasta la actualidad, no obstante, la igualdad jurídica consagrada en las leyes y constituciones en la mayoría de los países del mundo. No es, por tanto, el trabajo de la mujer un problema de matices nuevo, ni tampoco distinto el modo como éste, es decir, el trabajo, fue enfocado y tratado por las mentes más brillantes de la antigüedad, sin duda alguna, a partir de un punto inicial –su estructura androcéntrica e incluso misógina- zanjado por la religión, donde encontramos a una mujer reducida a un rol de esposa y madre; que siente aversión hacia las mujeres o no confía en ellas.

En efecto, primero fue en el Génesis 3, 16 del Antiguo Testamento, donde en cierto modo, se trazaron los modelos sociales que elevaron al hombre a la categoría de soberano, en desmedro de una esposa con categoría de súbdita; cuando “En un pasaje tremendo, dice Dios a la mujer encarnada en Eva: “Multiplicaré tus trabajos en tus preñeces: con dolor parirás los hijos, y estarás bajo la potestad de tu marido, y él te dominará” (Jiménez Sureda, 2009, p.23). Después, otro texto religioso, en palabras de Salomón, un rey que refería sobre el estado moral de la gente de su época en general, pero que llegó a tener hasta setecientas esposas y trescientas concubinas, afianzaría el criterio, afirmando que “Entre mil varones hallé uno que fuese prudente, pero entre todas las mujeres, ninguna me ocurrió con sabiduría” (el Eclesiastés VII:28).

Suficiente justeza de apreciación o no, lo cierto es que el matiz religioso coadyuvó a encumbrar un tipo de concepción y de idea de ley de la naturaleza, de que las mujeres son inferiores respecto de los hombres, tanto intelectual como moral y físicamente; e incluso despreciadas por éste, y eso ha perdurado a lo largo de la historia de la humanidad. Así, para Quintana (2017), citando a Beauvoir, señalaba:

Legisladores, sacerdotes, filósofos, escritores y eruditos, todos ellos se han empeñado a demostrar que la condición subordinada de la mujer era del cielo y provechosa a la tierra (...) las religiones inventadas por los hombres han puesto la filosofía y la teología a su servicio. (p.89)

En esta perspectiva, el pensamiento y luego, la cultura greco latina, aunque distante y a la vez cercana en el tiempo con el sesgo religioso, era coherente con esta diferencia entre hombre y mujer, y con la añadidura de una incipiente noción de “trabajo” que, como actividad o labor solo calificaba como tal, siempre que lo realizase un esclavo, aunque contradictoriamente no se considerase a éste un trabajador, en los términos y amplitud que hoy día damos al trabajo. Pues bien, este mismo rol era asignado a la mujer, excluyéndosela así de la esfera laboral.

No resulta extraño, por tanto, el razonamiento que Aristóteles esbozara en su libro Política, citado por Femenías, afirmando que “(...) el macho es por naturaleza superior y la hembra inferior; uno gobierna y la otra es gobernada; este principio de necesidad se extiende a toda la humanidad” (Aristóteles, 1988), con lo que así relegaba a la mujer a la invisibilidad y de hecho al silencio, este último, un “adorno de la mujer”; y tuviera además, una mirada peyorativa al trabajo –al cual envilezaba- en la medida que según él, era cosa de esclavos, “para liberar de las ocupaciones físicas a los hombres que debían ejercer su ciudadanía a través de la actividad

política” (Borisonik, 2011, p. 2); y por el contrario, representa una preocupación que obstaculiza la realización humana en tanto subordina el entendimiento a la práctica.

La invisibilidad, en términos de Sánchez- Gavito (2021),

Es la desvaloración que hace la sociedad de las actividades realizadas por las mujeres. Las considera como naturales, como parte esencial de sus funciones. Un ejemplo es el concepto generalizado que tiene la sociedad sobre los oficios domésticos y el cuidado de los niños, adultos mayores o de animales, que son percibidos como parte de los roles que debe desempeñar la mujer. (p. 60).

Desde luego, el pensamiento de Aristóteles no era una isla sino, por el contrario, solo parte de un continente atosigado de ideas similares, como lo demuestra el hecho que, antes que él, Platón -quien consolidó las ideas de Sócrates-, estimaba que un hombre y una mujer, “son de la misma naturaleza, pero más débiles, y que por ello “pueden hacer lo mismo, pero desde otro lugar”; por lo que reducía las actividades de trabajo de ésta, a las propias de la comunidad (oikos), es decir, al abrigo de lo privado y carente de publicidad.

En otras palabras, remitía a la mujer a la masa desheredada de la cultura, y este fue el tipo de pensamiento griego que fue recogido más tarde por los romanos, como bien se refleja en los textos que recoge Ballarín et al (2000),

La naturaleza ha destinado el trabajo de la mujer para el cuidado doméstico y el del marido para los ejercicios forenses y para los exteriores. Casi todo el trabajo doméstico fue peculiar de las mujeres, como si los padres de familia, al volver a sus casas a descansar de los negocios forenses, desecharan todos los trabajos caseros. La esposa ponía mucho empeño en aumentar y mejorar por su cuidado los bienes de su marido...ambos colaboraban a beneficiar el caudal común, de suerte que la exactitud de la mujer en las cosas de la casa era igual a la industria del marido en los negocios forenses. (p. 18)

¿Qué tanto varió esta valoración de la mujer y de su trabajo en una historia androcentrista que avanzó desde la Antigüedad hasta la Edad Media, de ésta a la Edad Moderna y luego a nuestra Edad Contemporánea? De la información que se tiene y existe sobre actividades cotidianas, pensamientos, actitudes, comportamientos, etc., de las mujeres en una Edad Media (que las estratificaba en noble, monja y campesina), proporcionada muy especialmente, por clérigos masculinos; el discurso imperante y válido era, naturalmente, el masculino, lo que sugiere que en general, poco o casi nada se avanzó en este sentido.

La Edad Moderna, siguió el mismo derrotero, siendo prueba de ello, la publicación en la España de 1583, de “La Perfecta Casada”, una especie de tratado moral en la que el clérigo, Fray Luis de León, presentaba a la mujer como un modelo de economía doméstica, recomendándole “hablar poco”, y que el mejor lugar para ella, era su casa, su dedicación a ella, y el cuidado de los que la integran “(...) porque sus pies son para rodear sus rincones, entienda que nos los tiene para rodear los campos y las calle” (De León, 1980).

Desde luego, en la Europa de la Reforma, -movimiento protestante del Siglo XVI y una suerte de revolución religiosa, refiere Martín S. (2010), no solo depararon importantes cambios en lo religioso, político y social, sino también en el ámbito educativo (p. 230), empero, se mantendrían similares posiciones. Para Lutero “una mujer piadosa y temerosa de Dios es un raro beneficio... Ella alegra a su marido. Trabaja el lino y la seda, le gusta servirse de sus manos, gana la vida en la casa. Se levanta pronto en la mañana... la noche no apaga sus facultades. Limpieza y trabajo son sus alhajas”. Calvino lo dice de forma más clara y más actual “el hombre en la oficina y la mujer en la cocina” (Ballarín et al., 2000, p. 19).

Bajo este umbral, los hombres y mujeres no eran iguales, evidenciándose que poco se había avanzado si, en contrasentido, la religión y los grandes pensadores continuaban influenciando, a través de nuevos autores, en casi todos los aspectos de las distintas sociedades, pese a que hubiera quienes pensaban distinto. Tomás Muntzer, el líder carismático de la fraternidad cristiana de campesinos, que era considerado por Lutero, de falso profeta y poseído del diablo por incitar a la sedición, era uno de ellos; y, promovía una serie de cambios imprescindibles, en aspectos sociales como religiosos, entre ellos, la igualdad de condiciones de hombres y mujeres. Para él

La mujer debería ser dignificada y tratada, no como una especie de “mercancía”, u objeto, con el que se hacían políticas para llegar a acuerdos, o para que el hombre fuera servido a su antojo. En este tiempo la mujer no era persona en el sentido jurídico, pues no tenía derecho ni a juicio, pues en todo, tendría que ser representada por el hombre (Quero, 2016, párr. 3).

La condición de la mujer en la Edad Moderna, digámoslo, no fue muy distinta de la medieval, siendo lo común que la maternidad le fuese asignada como profesión de origen. Señala Pérez & Mó (2005):

El siglo XVIII heredó un modelo de sociedad en la que el privilegio era la medida, un mundo donde la desigualdad de los sexos era una más de las imperantes. En ese mundo, el papel reservado a las mujeres era de sumisión al varón en una sociedad patriarcal cuyo pilar era la familia. La regulación de ésta y el matrimonio estuvieron a cargo de la Iglesia y del Derecho. La literatura moralista reforzó y divulgó el modelo que desde las instancias superiores fueron fijadas. (p. 45)

Por eso, no debería llamarnos la atención el sentido que a la educación de la mujer se daba en ese entonces; antes de buscar mujeres capaces, en realidad lo que se perseguía era un modelo de esposa-mujer, conforme al prototipo que recomendaba Fray Luis de León. Ese era el pensamiento imperante en el tiempo, pero, no era el único ni el más importante. Otras mentes tan preclaras como las de Luis Vives, Antonio de Guevara, Pedro de Luján o Miguel de Cervantes,

Defendieron ardientemente la sumisión de las mujeres a los lazos del modelo de familia patriarcal de la tradición greco-latina-judeo-cristiana. Todos ellos –incluido el propio

Erasmus con sus Diálogos– compusieron tratados de aliento pedagógico en los que se aconsejaba proporcionar a las féminas una educación intelectualmente sofisticada y fuertemente ideologizada con la que, a su entender, se adaptarían con más facilidad a sus papeles de dóciles hijas, complacientes esposas y eficientes madres. En estos escritos –que, en la práctica, restringían las potencialidades sociales de las mujeres a cuatro posiciones honrosas: doncella, casada, viuda o monja– se propugna encarecidamente el recato de éstas, tanto en la conveniencia de que guarden permanente silencio, como en la precaución de que desarrollen la menor actividad pública posible, manteniéndose alejadas de la calle y de otras amistades femeninas y, por descontado, masculinas. (García Arranz, 2018, p. 10)

Hijos de ese tiempo y de las ideas imperantes, no era, por tanto, de extrañar, el pensamiento de Montesquieu y Rousseau - acaso los dos pensadores más relevantes del siglo XVIII de la Europa Occidental- al igual que otros, que, en palabras de Hernández (2012), si bien

Exaltaban la igualdad, fraternidad y libertad del género humano, y que reconocían que hombres y mujeres formaban parte de la misma especie, matizarán que la igualdad “natural” de pertenencia a este género no debía confundirse con las diferentes capacidades que hombres y mujeres poseen en relación a su sexo. (p. 33)

Las Cartas Persas, denotan la doble postura que asumía Charles Louis de Secondat, señor de la Brède y barón de Montesquieu, moralista, jurista, viajero, cosmopolita y político; simplemente Montesquieu. Publicado en 1721, el libro, una novela epistolar y de intención satírica, constituye tanto un ejemplo del pensamiento de un hombre de espíritu, como de crítica social y política del final del régimen de Luis XIV. Si bien los personajes de corte oriental y conversaciones eran de ficción, imprimía sin embargo en ellas Montesquieu, su discurso verdadero; cuestionado a la sociedad de su época, entre otros aspectos, la marginación de las mujeres. Era el mismo Montesquieu quien se hacía llamar “hombre de espíritu”. Afirmaba que los hombres de espíritu resultan siempre incómodos y son los hombres mediocres los que suelen triunfar en la sociedad. Los primeros, según señala en la carta CXLV, no tienen un gran número de amistades.

En la carta XXXVIII considera, por ejemplo, que no es una ley natural que las mujeres estén sometidas a los hombres, y que es preferible la situación de las mujeres en la Europa de su tiempo a la que viven bajo los despotismos existentes en Asia. La influencia política y diplomática de las mujeres en la Francia de la época es puesta de manifiesto en la carta CVII. (Rubio, 2021, párr. 4)

Para Prada (1996), “Es curioso sin embargo que las irónicas observaciones de Montesquieu contra la dominación masculina no se tradujeran en su teoría política en planteamientos coherentes hacia una legislación justa para las mujeres” (p. 87).

Rousseau, uno de los pensadores ilustrados más conservadores en relación con el pensamiento tradicional sobre la mujer, y a partir de cuyas obras se gesta el espíritu de la revolución francesa

y de la Declaración de Derechos de 1,789, sostenía que el único lugar en la sociedad para la mujer, es el hogar, por lo que estando fuera de éste, perdía su brillo. Para el filósofo “(...) la mujer no es el igual del hombre, no recibe la misma educación que éste, no tiene derecho al papel ni al nombre del ciudadano, a no ser de modo metafórico” (Medel, 2009, p. 132).

La naturaleza de la mujer le obliga a amar al hombre, y también a servirle. La mujer es hecha esencialmente para agradar al hombre... Esta desigualdad no es una institución humana, sino de la razón de la naturaleza (Medel, 2009, p. 130), por lo cual había sido hecha para ceder al hombre e incluso, soportar su injusticia. En su célebre libro V del “Emilio” o “De la educación”, en el que habla, como hombre y para hombres, a propósito de una mujer; Rousseau diseñó el prototipo de mujer - “Sofía”-, adecuada para un hombre, “Emilio”; propugnando una mujer reina del hogar, dedicada a la crianza, consuelo y agrado de los hombres, y la invisibilizaba a tal grado que, si desatendiese su misión, trabajando, por el contrario, y cobrando un salario, estaría atentando contra la ley natural. Todo lo que difiera de esto -añadía-, es rebeldía, es antinatural.

Antes que él, Immanuel Kant para quien la mujer no era otra cosa que un hombre con defectos, un ser inferior, decía casi lo mismo en otras palabras: “Una mujer letrada (...) tendría además que tener barba” (Posada Kubissa, 2015, p. 140). Para Kant, a quien “...solo le gustaban las mujeres con un delantal en el pecho y una sartén en la mano” (Gamboa, 2016, p. 76),

La mujer no tiene capacidad de reconocer lo bueno o lo malo, por lo tanto, debe tener un tutor que la controle y le diga lo que debe hacer. Sobre la virtud del entendimiento dice: “[...] las mujeres tienen comprensión rápida, pero infundada. Lo propio de la mujer no es saber, sino estar ‘enterada’ de lo que el varón ‘sabe’ [...]” (p. 45). De manera que, se le reducía a la mujer a su aspecto físico, y a su capacidad para soportar el mal del que fuera objeto. Subordinada al gobierno de la casa, su supremacía en este lugar se debía a una serie de propiedades que le son atribuidas como naturales, junto con la complacencia del varón, que le conviene ceder y ser gobernado: “el varón ama la paz del hogar y se somete gustoso al gobierno de la mujer para no verse estorbado en sus asuntos, la mujer no teme la guerra doméstica, que práctica con la lengua, y para lo cual la Naturaleza le dio locuacidad emotiva y emotiva elocuencia que desarma al varón. (Bonilla, 2010, p. 196)

El pensamiento común para la época, veía pues, en el simple atisbo de autonomía femenina, un signo de trasgresión social, y el trabajo era parte de ello.

De allí en adelante, las cosas no han parecido variar en lo sustancial, dando cuenta de ello el pensamiento de Hegel, muy conocido por su notable desprecio por las mujeres, para quien “El Estado correría peligro si hubiera mujeres a la cabeza del gobierno, porque no actúan según las exigencias de la universalidad sino siguiendo la inclinación y la opinión contingente” (Cruz, 2011, párr. 32).

Dos de sus obras, la Fenomenología del Espíritu y Fundamentos de la Filosofía del Derecho dan cuenta de la especial atención al lugar que ocupa la mujer en la sociedad,

La cual es tratada no como ciudadana, ni mucho menos como sujeto, sino como una especie de “animal humano” o “dato natural” que encuentra su propio “reconocimiento” por medio de la dependencia con el varón, pero que aun así no es considerada ni como sujeto libre ni como ciudadana” (Téllez, 2009, p. 71).

Hegel al igual que Rousseau, influyó en el pensamiento moderno, que también fue androcentrista- del que ni siquiera Arthur Schopenhauer, Auguste Comte y Karl Marx, pudieron escapar. El primero, llegó a afirmar que las mujeres “poseen a menudo espíritu, a veces genio, pero inteligencia ¡nunca!” (Calvo, 2016, p. 39); el segundo, sentencia a la mujer a una ciega obediencia al hombre. –La mujer- según la teoría de Comte- “(...) es un ser subalterno no sólo en el mundo de la ciencia, sino subalterno en la vida social y en la propia familia, pues en el hogar entrega el mando al hombre sentenciando a la mujer a ciega obediencia” (Gimeno de Flaquer, 2020, párr. 4); mientras que el tercero, Marx, prefería tener hijos que hijas, menospreciando todo intento de liberación femenina y de las propias mujeres en general. Así, Coco y Daza (2018), aludiendo a Marx, refiere que mientras Engels se solidarizó con las demandas de las feministas sufragistas, Marx les mostró “el mismo menosprecio y la misma incompreensión que a cualquier otro movimiento reivindicativo que no fuera el movimiento obrero”. “Estimaba a la mujer dentro del matrimonio con «una forma de la propiedad privada exclusiva” (p.12).

A la luz de este pensamiento, la línea de análisis que separa la desigualdad de la mujer como un todo, de la desigualdad en el trabajo de la mujer, en específico, es demasiado llano, casi imperceptible, y, por el contrario, muy similar al trato recibido por la mujer, es decir, invisible; al extremo que, podemos afirmar que la desigualdad de trato de la mujer resulta intrínseca a su desigualdad en el trabajo. En efecto, la invisibilidad a la que fue sometida la mujer, y dentro de ello, su invisibilidad en el trabajo, se origina, en su solo sexo, sin importar poco o nada, la labor, actividad, o naturaleza y el esfuerzo que demandaba el trabajo que ésta efectuase. Y, el trabajo doméstico, primero, y el trabajo en las fábricas, después del Siglo XVIII, -a la sazón la presencia activa como trabajadora-, que era el trabajo exclusivo de las mujeres, y que no procuraba prestigio social ni político, calzaba en este criterio.

Pero, el trabajo -a desmedro de como se le catalogaba antes y como se le cataloga ahora-, ha sido una constante en la evolución de la humanidad. Es una afirmación irrefutable, lo que significa que nunca estuvieron ajenos a él los grandes pensadores respecto de las duras actividades productivas que realizaban las mujeres, centradas en el ámbito doméstico, y en cuyo marco eran quienes asumían literalmente todo; desde elaborar los alimentos, dotar de vestido, de la provisión de los instrumentos de trabajo, el acarreo del agua, del acopio de leña y atizamiento del fuego, pero también, del ordeño de cabras y vacas, la esquila de las ovejas, el cuidados de las aves de corral; como del comercio en los mercados y de las propias faenas agrícolas, etc.; ni del grado de explotación que implicaba su ejecución, a los ojos de un severo

control que imponía el marido, el padre, el tutor o el patrono; como tampoco lo estuvieron respecto del nuevo tipo de trabajadora y de clase social (la obrera) que introdujo la Revolución Industrial. Por ello, a la par que la mujer, el concepto “trabajo”, también fue evolucionando.

La revolución industrial, cuyos orígenes datan de finales del Siglo VIII, en Inglaterra, “consistió, esencialmente, en el paso de la agricultura a la industria y los servicios, y condujo a un rápido crecimiento de la producción, la población y la urbanización” (Hartwell, párr. 5). Sin embargo, el cambio más importante se tradujo en el rol del trabajo de la mujer, pues a fines del siglo XVII, las mujeres empezaron a incorporarse en el mundo laboral, naturalmente, en medio de un ambiente hostil, en la medida que no tenían las mismas condiciones que las ofrecidas a los trabajadores varones, cobrando además menos que éstos y un mínimo de derechos. Pese a los inconvenientes, la actividad fabril, en especial, fue propicia para ello y permitió que, dejando las labores agrícolas y otras que hasta entonces habían demandado su atención, las mujeres encontraran en las fábricas nuevos empleos, y los empleadores una nueva mano de obra, apreciada además por su destreza para muchas tareas fabriles. Desde esta óptica de apreciación, la industrialización dió lugar a nuevas formas de trabajo, aunque posibilitando, asimismo, nuevas formas de explotación, pero en cambio coadyuvó a cimentar una nueva forma de pensar, de mentalidad en la mujer, que, en el transcurso de los años, incluso buscaría en el trabajo, en el desempeño de una actividad laboral, no sólo el inicio de su independencia económica, sino de su propia independencia personal.

El pensamiento filosófico no se circunscribió ni localizó en la mera esfera de la filosofía, sino que, por el contrario, se irradió al razonamiento jurídico incluso desde los puntos de inicio de éste; es más, desde tiempos remotos ha cumplido un rol preponderante en la reflexión e indagación del fenómeno jurídico. Que el derecho mismo –como conjunto de instrumentos jurídicos que se estructuran- es creación de la filosofía, es un extremismo al que se quiere conferir matiz de sentencia, empero que tendría sentido y lógica si se tiene en cuenta que el ordenamiento jurídico en general, tiene por vertientes o pilares a fundamentos extraídos de la filosofía; el discurso jurídico que recogía los intereses en juego, surgió como consecuencia y a partir de ella, desde sus inicios, reiteramos. Y conforme lo esgrime Sherry Ortner en su trabajo *Is female to male as nature is to culture?* (¿Es la mujer al hombre lo que la naturaleza a la cultura?) – citada por Aguilar (2002), el discurso siempre fue el mismo:

Identificamos, o asociamos simbólicamente a las mujeres con la naturaleza, y a los hombres con la cultura. Dado que la cultura aspira a controlar y dominar la naturaleza, es “natural” que las mujeres, en virtud de su proximidad a la “naturaleza”, experimenten el mismo control y dominio (p. 130).

Alejar, por tanto, a las mujeres de la cultura, significaba también privarlas de sus derechos políticos, y esa fue la mejor fórmula que dio resultado perfecto por siglos, como el mejor remedio para alejarla del trabajo, pero sobre todo de éste como actividad remunerada. Menos cultura así, implicaba, de hecho, menos derecho. Precisamos la importancia de los derechos

políticos de las mujeres, en la medida que el trabajo como expresión de libertad forma parte de ellos, tal y como podemos inferir de las palabras de Orellana (2001), para quien:

El origen de los derechos políticos es el conflicto político, y es en el tránsito de súbditos a ciudadanos en el que se expresan los derechos más elementales de la ciudadanía. Los derechos políticos ofrecen la solución a problemas que hoy podríamos ver como asuntos pasados, pero que han estado presentes en el camino y se vislumbran en el futuro de todas las naciones. (p. 263)

La ciudadanía a su vez, engloba el conjunto de los derechos y las libertades civiles que les asisten a las personas de una comunidad, nacional o estatal, entre ellos, el derecho al trabajo. Por eso tal vez, las mujeres nunca dejaron de enarbolar la bandera de la libertad, una pretensión que, si bien involucraba la igualdad entre los hombres, y su correspondiente derecho a participar en la vida política, su derecho a ciudadanía; soterradamente apuntaba al cese del control económicos de los maridos sobre sus esposos, es decir, la obtención de su libertad económica, que ya se había iniciado con la Revolución Industrial.

Dan respuesta de ello, el devenir del Siglo XVIII, que marcará todo el siglo XIX y se proyectará en el siglo XX, donde tres de los momentos claves en la esfera mundial de entonces, evidenciaron la estrechísima vinculación entre una y otra, aunque en ambas en desmedro de las mujeres. Estos tres grandes eventos históricos, La Declaración de Independencia Americana, La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y la promulgación del Code Civil, tendrían la misma pauta ideológica y concepción filosófica: Poner fin a un antiguo régimen, consagrando la libertad y la igualdad, no obstante, contradictoriamente, negando -en la práctica-, el acceso a las mujeres a los derechos políticos; e incluso delimitar al “hogar” como el ámbito exclusivo de la actuación y trabajo femenina, como lo hizo el Código napoleónico, de clara vocación paternalista. Si bien, contrariado por la teoría que era cómo se revestía la filosofía y el derecho, el papel de la mujer, en la práctica, ha sido sin embargo siempre en avanzada, y los hechos históricos, -no la historia escrita- lo demuestran.

La Declaración de Independencia Americana como reflejo de la pugna y ambigüedades de grupos específicos, germinados en Inglaterra -dentro de los que se encontraban las mujeres que demandaban el acceso a sus derechos políticos-, fue consecuencia de ello. El activismo de las mujeres en procura de sus derechos que, a su vez, involucraban los derechos de otros, como los esclavos, fue tal para Báez-Villaseñor (2010), que:

Numerosas estadounidenses aportaron su tiempo y recursos a la lucha por la desaparición de la esclavitud. En estrecha colaboración con sus iglesias o con grupos abolicionistas independientes, ofrecieron sus casas y fortuna tanto para auxiliar a esclavos fugitivos como para promover reuniones en las que se discutía cuál sería la mejor estrategia para erosionar de manera definitiva a la institución por muchos percibida como un auténtico flagelo. (p. 94)

Agrega Báez-Villaseñor (2010) citando a Linda K. Kerber que, “(...) para las mujeres blancas, demandar derechos para los esclavos tuvo como consecuencia lógica reclamar derechos para ellas mismas”. (p. 97)

En Francia, el rol de las mujeres en La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789, tuvo simular derrotero: Armadas con picas y cabalgando sobre caballos, interviniendo en manifestaciones y motines, publicando escritos periodísticos y literarios, y fundando organizaciones políticas, como clubes (una especie de espacios creados por mujeres de distintas condiciones sociales en los que se reunían para hablar de temas de actualidad política y social y comentar las noticias y los últimos acontecimientos de la revolución); protagonizaron una ruptura política y construyeron un nuevo orden de discurso, participando en momentos decisivos para el proceso revolucionario, como bien señala Cantera (1994), al enfatizar que “(...) algunos núcleos de mujeres tomaron parte muy activa en la Revolución sea en motines y manifestaciones populares, sea en organizaciones político-culturales, mostrándose algunas en extremo radicales en sus posturas y sobre todo en sus actuaciones” (p. 235)

Algunas frases que recoge Medel (2009), grafican la participación de las mujeres buscando que se interesasen en ellas:

El 5 de octubre de 1789, son ellas las primeras en agruparse y marchar sobre Versalles, seguidas, en las primeras horas de la tarde, por la guardia nacional”, “Las mujeres comenzarán el movimiento (...) los hombres acudirán en apoyo de las mujeres”; “Son las mujeres las principales agitadoras, las cuales, contagiando su frenesí al espíritu de los hombres, los inflaman con sus opiniones sediciosas y provocan en ellos una violencia sin límites”.(p. 133)

Paradójicamente, el ímpetu de cambio que impulsaba a las mujeres, constituyó a la vez, su talón de Aquiles una vez instaurado la República: Fueron vistas como seres peligrosos y desnaturalizados, y, por lo tanto, no aptos para representar un papel en una política y clase dirigenial marcados por la misógina y el temor hacia el sexo femenino; y ello, talvez, pudo haber sido una de las razones por las cuales fueron invisibilizadas, y rechazadas como ciudadanas. Entonces, el mundo relaciona a la Revolución con grandes hombres y grandes derechos conseguidos, pero entierra a Madame de Staél, Madame Roland, Madalle Tallien, Charlotte Corday, Olympe de Gouges, autora de la Declaración de Derechos de la Mujer y de la Ciudadana), Théroigne de Méricour, entre otras mujeres de la revolución; y con ellas el acceso a sus derechos políticos.

Para Rubio A. (2021):

Junto a estas propuestas no faltó la de quienes como Théroigne de Méricour, denominada la amazona de la Revolución Francesa), reivindicaron el derecho a la gloria de morir por la Libertad y por Francia. “Los hombres pretenden ser los únicos con derecho a la gloria. No, no. Nosotras también queremos una corona cívica y pretendemos el honor de morir por una libertad que quizás apreciamos más que ellos

puesto que los efectos del despotismo pesan todavía más duramente sobre nuestras cabezas que sobre las suyas”. (p. 41)

El Code Civil también aportó lo suyo. En un mundo masculino y con legislaciones pensadas para el hombre, puesto que ya existían códigos como el prusiano, el bávaro y el austriaco, y mucho antes que éstos, todo el bagaje cultural histórico, jurídico y cultural del Código de Hammurabi, de la Ley de las XII Tablas, del Código de Justiniano y del Código Canónico, a los que sumó el talento de jurisconsultos y grandes filósofos, etc.; el Code Civil, o Código de Napoleón, como se le conoce, fue resultado de la combinación de todos estos mundos jurídicos, y respondió a esta lógica: consagró el principio de inferioridad de la mujer, en franca contradicción al principio de igualdad, que al lado de la libertad y fraternidad, la Revolución había presentado como universales, y sustento de una sociedad moderna.

En efecto, dado en 1804, el Code refleja la inferioridad femenina y el sometimiento a la autoridad masculina, y es una frase de Bonaparte citada por Lionel Jospin, Primer Ministro francés de 1997 a 2002, la que resume su espíritu respecto de la mujer: “Es necesario que la mujer sepa que una vez que salga de la tutela de su familia, pasará a la de su marido” (Reyes, 2014, párr. 4). Y, eso es precisamente, lo que se concretó en el Código, cuyas normas- en materia del derecho de Familia, se encargaron de cerrar las fisuras abiertas en la jerarquía masculina –aquella potestad paterna que había sido cuestionada durante la Revolución-, de tal modo que las mujeres casadas, por citar un ejemplo, quedaron completamente sujetas a la autoridad marital, incluso para acceder al ejercicio de una profesión, o de un salario.

Pero, tanto la Declaración de Independencia Americana, como la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y el Code Civil, respectivamente, cojeaban del mismo pie: Se ampararon en el Principio de Igualdad, talvez en la época, el menos desarrollado en la trilogía de principios invocados, y del que se valieron para construir ideas contradictorias. En efecto, si bien se inspiraron en las diferentes corrientes de pensamiento, confluyeron sin embargo todos alrededor de un principio- el de la “igualdad”-, en los términos que, por aquellos días, era comúnmente aceptado, y hoy día cuestionamos; es decir, la igualdad, basada en la desigualdad. Evidentemente, no era un error de apreciación, era la concepción de la época, y tal vez, repasar el contenido que Locke –considerado el primer gran teórico del liberalismo y Rousseau- El pensador más grande de la Ilustración francesa y de cuyo pensamiento en el siglo XVIII nadie osaba prescindir- atribuían al concepto de igualdad, nos dará luces al respecto. Durante ese siglo y el venidero XIX, el liberalismo- como doctrina político-social-económica-, se basaba según Várnagy T. (2010), en la “(...) idea del libre mercado y buscaba limitar los poderes del gobierno a través de mecanismos tales como el federalismo y la separación de poderes, aunque no implicaba necesariamente a la democracia” (p. 72)

Antes, habría que precisar que en los albores de la Modernidad se formularon dos conceptos significativamente diferentes de igualdad. Con John Locke, el “liberal”, concepto edificado sobre las ideas de libertad responsabilidad individual y propiedad, en el contexto de un estado reducido y un mercado muy amplio; partía del hecho que por naturaleza los hombres son libres,

iguales e independientes, en un estado natural, que el filósofo relaciona con la ausencia de una autoridad civil convenida que gobierne las acciones de los hombres, donde ninguno puede ser más que otro en ningún aspecto. Sin embargo, el hombre, como más capaz y más fuerte, es quien debe gobernar en la sociedad conyugal, las relaciones entre varón y mujer en una relación conyugal. En la otra orilla, “La igualdad rousseauiana desembocará en una propuesta marcadamente diferente a la liberal: más Estado, más derechos sociales y un férreo control sobre el mercado para así evitar el desorden económico y el aumento de la desigualdad. (Cobo, 2012, p. 114)

Para Rousseau, quien aceptaba que había opulencia extrema y pobreza extrema, la idea de *igualdad* tiene como objetivo la reducción de la desigualdad económica, por lo que ésta debería ser regulada. Para él, un “igualitarista”, que busca corregir las desigualdades que impiden el desarrollo de la plena ciudadanía igualando en términos políticos a los que son desiguales en términos de fuerza, ingenio, riqueza, etc.; la libertad no puede subsistir sin igualdad.

La igualdad de condiciones que sirve de base a la igual ciudadanía y a la independencia personal es aquella que, según Rousseau, se traduce en un escenario social en el cual nadie puede ser tan rico como para comprar a otro, ni nadie tan pobre como para verse obligado a venderse” (Lizárraga, 2014, p. 34).

Pero, Locke como Rousseau, presos de la mentalidad de ese tiempo, eran hombres delineados además por similares paradojas. Así, Locke, cuya doctrina de los derechos naturales fue una de las más influyentes de la época,

Imaginaba que era posible mantener la libertad y la igualdad varonil sin que ello afectara a la marcha sumisa de las mujeres en la familia, porque, de alguna manera, la familia era el auténtico individuo social. Libres e iguales debían serlo los ciudadanos; las ciudadanas no estaban previstas”. (Valcárcel, 2011, párr. 5)

Según su criterio, las mujeres eran solo el “otro sexo” y por tanto súbditas del hombre, tal igual como lo entendía Rousseau, quien, desde luego, al escribir pensaba sólo en el varón, y muy excepcionalmente en la mujer. Para él, preclaro defensor de la igualdad de los hombres, las mujeres resultaban ser complemento de la naturaleza masculina, pues no tienen la misma capacidad racional, conforme lo denota Cobo (2012):

Las mujeres alumbrarán la vida y los varones alumbrarán cuerpos políticos. El territorio idóneo de los varones será el de la cultura y el de las mujeres el de la naturaleza. La naturaleza es crear vida, dedicarse a los cuidados y volcarse en los afectos. Es una tarea que comparten las mujeres con otras especies animales. (p. 117)

Queda claro entonces, que las ideas de quienes afirmaban la igualdad de todos los individuos sin distinción de sexo, defendieron al mismo tiempo el sometimiento de las mujeres a los varones, constituyó el tipo de filosofía romántica, pero profundamente misógina, que “servirá a la justificación de la exclusión de las mujeres de la esfera de la igualdad, la esfera política por excelencia, naturalizándolas” (Ballarín et al., 2000, p. 31), y ese modelo fue el que recogerán

en su momento, la Declaración de Independencia Americana, como la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y el Code Civil.

Afortunadamente, en la actualidad la legislación ha avanzado en:

Señalar que la igualdad es un principio, en el ámbito normativo, conlleva el reconocimiento de que las personas no somos iguales; nuestras características y proporciones no son idénticas, pero más allá de nuestras diferencias todas deberíamos tener la posibilidad de gozar de los mismos derechos y obligaciones, así como de aquellos que objetiva y racionalmente para la protección de nuestras diferencias. Sin embargo, la igualdad también es un derecho, ya que ha sido incluido en diversos tratados internacionales, así como en ordenamientos jurídicos del ámbito nacional y local. Por lo que, al ser un derecho, “otorga titularidad a las personas para reclamar, por diversas vías, la realización efectiva de la igualdad en el ejercicio del resto de derechos.”(Santamaría Monjaraz, 2019, p. 12)

El Code Civil, introdujo avances en muchas materias del derecho, constituyéndose por ello en el verdadero origen del movimiento de codificación del derecho en el mundo de herencia latina. Considerada una obra maestra, ha tenido una influencia en gran parte de los Estados de Europa, América del Centro y Sur (a la que llega a mitad del siglo XIX) y aun de Asia y Africa (en países integrantes del imperio colonial francés) -a excepción de los países de tradición consuetudinaria-; a los que ha penetrado, inicialmente a través de las armas napoleónicas y luego por la influencia cultural y su calidad jurídica. Pero, así como el Code Civil introdujo avances y fue replicado –como modelo- en el exterior de Francia, introdujo también -en todos los países que lo adoptaron- su perfil filosófico que, como ya hemos visto, se asentaba entre otros principios, en el de “Igualdad de todos ante la ley”, construido contradictoriamente, sobre la base de la exclusión de algunos. En España, por su parte el Código Civil de 1889, dispuso que la mujer casada carecía de autonomía personal y tanto sus bienes como sus ingresos eran administrados por el marido.

En el Perú, la influencia del Code Civil se dejó sentir ya a mediados del siglo XIX, a su vez, con la promulgación del Código Civil de 1852, que convertía a la mujer, sobre todo a la casada en dependiente del marido; en el mismo raso que los hijos menores respecto de sus padres; los huérfanos de sus guardadores; y los esclavos de sus amos. Según este texto legal:

Artículo 28. Están bajo la potestad de otros: 1. Las mujeres casadas, que dependen de sus maridos; 2. Los hijos menores, que dependen de sus padres; 3. Los huérfanos, que dependen de sus guardadores; 4. Los esclavos que dependen de sus amos; 5. Los incapaces, conforme a lo dispuesto en el título 4 de la sección precedente.

Desde luego, tal criterio contrario a las mujeres imperó también en el Perú, habiendo sido una mujer, Mercedes Cabello, citada por Zapata & Rojas (2013), que había escrito una serie de artículos sobre la condición femenina, salió al frente:

En uno de ellos, planteó que el género femenino experimentaba una inferioridad en relación con el masculino. Esa inferioridad estaba reñida con la concepción de igualdad natural, que derivaba de la noción de una única humanidad. Para aquel entonces, la idea de una igualdad esencial concebida desde el nacimiento se había abierto paso y era presentada de forma casi natural por la escritora moqueguana.

Pero, no obstante, esta igualdad, a consecuencia de la sociedad patriarcal, no importaba cuál fuera su condición social, todas las mujeres disponían de menores derechos en la sociedad, y su condición de inferioridad era el origen primordial de la desigualdad humana. Cabello elaboró un discurso feminista muy temprano, incluso anterior a la Guerra del Pacífico.

Además, Cabello opinó que la base de la desigualdad radicaba en el acceso diferenciado al trabajo. El hombre trabajaba y ganaba dinero, mientras que la mujer estaba encerrada en casa, dedicada a esperarlo y hacer agradable el hogar. Cabello percibió que la independencia femenina dependía de un hecho capital: que masivamente la mujer deje el encierro doméstico e ingrese a la vida del trabajo. Generar su propio sustento sería la base de la autonomía de la mujer”.(p. 69)

La postura filosófica tradicional sin embargo, una herencia griega y hebrea que dio lugar a una propiamente occidental, se mantuvo incólume, siendo reafirmada en los primeros años del siglo XX, incluso por las teorías de Sigmund Freud, quien -influenciado al igual que otros muchos intelectuales europeos, por Nietzsche -un afamado como misógino filósofo- que abordaba los problemas filosóficos desde una perspectiva psicológica- intentó dar tratamiento científico a cuestiones planteadas a su modo por el filósofo. Para Freud, que junto a Nietzsche son considerados como hijos putativos de Schopenhauer, “el humano corriente era un varón”, y la mujer “un ser humano anormal que no tenía pene y cuya estructura Psicológica supuestamente se centraba en la lucha por compensar dicha deficiencia” (Lerner, 1990, p. 39). En ese interín, el trabajo femenino, aunque siempre manteniéndose enmarcado en ese viejo, poco a poco alejándose del ideal femenino impuesto por la religión, la filosofía, el derecho y la cultura.

Las guerras mundiales, en contraposición a sus efectos nocivos en todo sentido, resultaron “benevolentes” con las mujeres: Nos explicamos. Es común que toda guerra y todo escenario violento, agudice la tradicional situación de exclusión y discriminación de las mujeres asignándole muchísimas más responsabilidades de las habituales, y en eso no fue distinta la Gran Guerra -como inicialmente se conoció a la Primera Guerra Mundial-, en los inicios del Siglo XX, desarrollada entre Julio de 1914 a noviembre de 1918. Esta introdujo contradictoriamente, ventajas para las mujeres, al producir nuevas formas de trabajo concordantes con una realidad económica y una construcción social distintas a las de épocas de normalidad, aunque claro, como respuesta a las necesidades económicas y sociales imperantes en ese momento, antes que, como reforma del sistema estructural, o reconocimiento del derecho de éstas al trabajo.

La guerra, no obstante, logró un cometido: Modificar los estereotipos de género que determinaban un tipo de ser hombre y un tipo de ser mujer, hasta ese entonces validados por la sociedad; desplazando a la mujer del ámbito privado al público y como consecuencia de ello, eliminando las barreras que separaban los trabajos masculinos de los femeninos. Claro está, no fue fácil reemplazar los hombres por mujeres en las fábricas y en las oficinas. “No porque ellas no lo desearan, sino por la coriácea resistencia de los empresarios y de los sindicatos al empleo de las mujeres” (Vidaurreta Carrillo, 1978, p. 156); ni fácil tampoco contentar a los que se quedaron a trabajar, que nunca vieron con simpatía que las mujeres desempeñasen la labor con igual o mejor efectividad que ellos.

No obstante las trabas, gracias a las mujeres, puede decirse con certeza que, a lo largo de la guerra, la producción militar y no militar, nunca se detuvo; como tampoco el hecho que muchas trabajadoras empezaron a desarrollar en este período, un sentido de independencia y libertad, habida cuenta que sus salarios eran más altos de lo que nunca habían recibido, de modo que esta subsecuente independencia económica las motivó a que ejerciesen diversas profesiones y actividades con una fuerza sin precedentes en la sociedad. Así pues, el trabajo como labor y actividad natural, normal y cotidiana para los hombres, e infrecuente para las mujeres –aunque si lo hacían, recibiendo salarios sustancialmente menores a la de los hombres- se modificó en este período de tiempo guerra. Se trataban, sin embargo, de trabajos sujetos a caducidad en la medida que durarían lo que debía durar la guerra, pero sirvieron de ocasión para el inicio de un proceso irreversible de salida de la mujer del hogar para trabajar fuera de su casa. Claro, el terreno de adversidad en el marco laboral de una mujer, nunca dejó de ser hostil.

La Segunda Guerra Mundial, entre setiembre de 1939 y setiembre de 1945, tendría para la mujer, casi los mismos visos de dificultad y de apertura que trajo la primera, “sufriendo en muy alto grado los efectos directos o indirectos del combate”; y supuso en palabras de Vidaurreta (1978) “La irrupción de la mujer en el aparato económico y administrativo; en ese caso, el efecto de aluvión ya producido durante la Primera Guerra Mundial volverá a jugar durante la Segunda en todos los campos”. (p. 156)

En lo que resta del Siglo XX y lo que transcurre del XXI, el rol de la mujer en el trabajo, no es que haya cambiado, pues siempre fue y va a ser el mismo a lo largo del tiempo en cuanto a su aspiración y entrega total por hacerlo, aunque como es natural con ciertas variantes según el país y continente al que pertenecen: Ha contribuido de forma sustancial en todas las actividades económicas tan igual que los hombres, pero no reconocidas tan igual como los propios hombres. Sin embargo, reseña Navarro (2006), “El tiempo no soporta que lo marquen ni que lo clasifiquen”, y “no se deja congelar en la parálisis de los conceptos” (p. 3); y, quiérase o no, ha hecho lo suyo; decantando poco a poco las culturas de cada sociedad.

En este devenir, la filosofía, la historia y el contexto histórico en los que ésta se apoyara, el pensamiento filosófico que sirviera de insumo, de conocimiento a los juristas, a los legisladores, son reflexionados, ahora, de manera distinta; permitiéndonos delinear nuestra propia conciencia, una nueva mentalidad, y con ello de manera inevitable, se arrastró a la religión; que

alguna vez fuera definida por Friedrich Schleiermacher, El genio religioso de la filosofía trascendental alemana, para quien la Hermenéutica (Técnica o método de interpretación de textos), tiene la obligación de ir más allá de la letra del texto, para resaltar el espíritu de su autor a partir de los signos en los que se objetiva- en su obra más importante, *Der Cristliche Glaude* como “un sentimiento absoluto de dependencia” (Morales, 2016, p. 61); aquel que mantenía la obediencia a través del temor que inspiraba. Así, el nexo entre ésta y la filosofía, que en los tiempos remotos “(...) fue una inexorable necesidad por la falta de madurez del pensamiento humano y por la diferencia entre la experiencia religiosa y la filosofía obtenida por el hombre” (Alshboul, 2005, párr. 6), ha ido cediendo terreno por efectos de la lógica y la razón, tan igual como el Code Civil, otrora portentoso, frente a esquemas jurídicos que responden a un mundo globalizado en lo que lo único permanente es el cambio; y cedió en la misma Francia, con la expedición de la Ordenanza N° 2016-13, que buscó modernizar el derecho privado francés, reformando el derecho de los contratos y del régimen y de la prueba de las obligaciones.

Guiado por el mismo viento, el principio de igualdad -graficado en la igualdad entre mujeres y hombres-, aquél a cuyo imperio se sucedieron tres grandes revoluciones y se cometieron correlativamente, grandes discriminaciones, ha sido superado, aunque en propiedad más bien, debidamente interpretado. En la actualidad, es un principio universal e informador del ordenamiento jurídico no sólo reconocido en diversos textos internacionales sobre Derechos Humanos, entre los que destaca la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1979 y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, sino incluso totalmente delimitado en cuanto a su dimensión.

Se han dado avances en todos los extremos, es cierto, lentamente se han ido cerrando las fronteras de la desigualdad, y hoy la mujer puede acceder a puestos de trabajo del mismo o mayor nivel competitivo que el de los hombres, e incluso a las esferas de poder, como lo demuestran los casos de Kamala Harris, actual Vicepresidenta de los Estados Unidos, Angela Merkel, en la Cancillería alemana desde 2005 al 2021; Kristalina Georgieva como Directora Gerente del Fondo Monetario Internacional desde el 2019, y Christine Lagarde, en la presidencia del Banco Central Europeo, desde el 2019, por citar algunos. En el Perú, la elección de la primera Rectora de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Dra. Jeri Ramón Ruffner, va en ese sentido. Sin embargo, los ejemplos dados, son solo una mínima excepción pues aún existen barreras, visibles o no, que limitan su trabajo a nivel global; alimentadas por la miseria y la falta de oportunidades, que la relegan casi siempre a mero mecanismo o herramienta de explotación laboral, en un marco de trato caracterizado por la carencia de dignidad. Es una verdad tan cierta como inobjetable.

Por eso, aún con las cuentas claras, Latinoamérica y otros países ubicados en áreas geográficas y políticas a los que influenciaron las ideas de los grandes pensadores y la religión en conjunto -con excepción de Norteamérica y países de Europa, que fueron delineados ideológicamente por el pensamiento liberal-, la tienen como agenda pendiente de solución. Lo mismo debe

sucedan, sin lugar a dudas, en todos los países que, no teniendo conexión con el mundo occidental, si lo tienen muy cercanamente con la miseria y la falta de oportunidades en el trabajo, que son la gran mayoría.

Se ha delineado, sí, en su dimensión el principio de igualdad; son inobjetable los avances que se han producido en el plano jurídico y han permitido desarrollar el concepto de “igualdad”, con términos de comprensión sino distintos, absolutamente claros respecto de la noción que se tenía como convicción en el pasado. Hablar en la actualidad de Igualdad, sin importar que nos refiramos o no, a la igualdad laboral de la mujer en específico, implícitamente conlleva a invocar un principio básico de los derechos humanos, que en el contexto de reconocer que no todas las personas somos iguales y reconociendo nuestras diferencias, nos iguala a todos como personas, por lo menos en “teoría”; pero si esto es así, ¿Cuál es el problema de fondo para que exista o, más precisamente, subsista la desigualdad que, en teoría, hemos superado? ¿Qué hacer entonces? ¿Acaso, dictar más leyes de las que cada país, involucrado o no en el tema, haya generado, como reacción a la crítica más que como acción de cambio voluntario, a la desigualdad laboral? ¿Qué estamos haciendo?, ¿Qué más se puede hacer?

Tal vez, una de las respuestas podría estar hurgando en el mismo umbral donde todo comenzó, donde empezó a originarse la desigualdad: La mentalidad que se creía correcta, creímos correcta, y de las que nos alimentamos a través de la educación que recibimos, que nos enseñó a aceptar al sistema patriarcal y a la invisibilidad de las mujeres, como algo natural, normal y necesario para la mejor convivencia,

Por ello, no podemos desligar la desigualdad en el trabajo de la mujer del problema propio de la mujer como tal, empero su problemática trasciende la mera esfera filosófica o jurídica, pese a que una como la otra, reflexivamente, ya han sido superados o se encuentran en ese camino. Es, por tanto, la desigualdad en el trabajo de la mujer, un problema que hay que identificar en un entorno distinto al filosófico o al jurídico, pero a la vez cercana al filosófico y al jurídico, en la medida que ambos fueron al mismo tiempo, insumo y consecuencia: La Educación, la cultura, en cómo a través de ellas, debemos destrabar a la mujer como problema, aunque ello deba producirse, por etapas, por cuanto -como afirma Marina Subirats, citada por Rodrigo (2020), señala:

El sistema educativo no puede eliminar por sí solo las diferencias insertas en el conjunto de la sociedad, el cambio ha de producirse en algún punto o momento, o en varios, y la educación es una pieza esencial para el cambio. (2020, párr. 8)

Pero, desterrar la desigualdad del derecho laboral de las mujeres, no es un acto de decisión individual, sino que debe ser abordado conjuntamente como un segmento del gran problema de la desigualdad en general, y que debe involucrar la participación de toda una sociedad. En este sentido, tenemos que cuestionar a la desigualdad como un problema de “(...) elección política. Se trata del resultado de decisiones políticas que Gobiernos y organizaciones internacionales toman deliberadamente” (Oxfam, 2019, párr. 2); por cuanto son los políticos en el poder los que, de manera consciente, generan y mantienen un determinado sistema, del cual ellos resultan

ser los más beneficiados. De hecho, el modelo de sistema educativo que tiene y ha tenido nuestro país, es reflejo de esta elección política, y el problema de la mujer en el trabajo, una de sus consecuencias. Por tanto, corresponde al Estado viabilizar su destierro, cuando los partidos políticos -como mecanismos de agrupación de intereses- y los propios ciudadanos alimentados de una nueva mentalidad, promuevan la inversión de políticas de educación sobre la base de una educación pública, universal y de calidad que, a la par de resultar liberadora para las personas, tenga también un efecto igualador dentro de la sociedad.

CONCLUSIONES

Estamos en el milenio de la tecnología y la información, hemos atacado casi todos los flancos para hacer frente a la desigualdad, empero hay uno con el que las políticas de Estado –que son las que cuentan- en países como el nuestro, han sido omisivos sino complacientes: La educación. Y en eso, los mismos ejemplos que dimos de las mujeres que han accedido a cuotas de poder, es decir, los casos de Kamala Harris, Angela Merkel, Kristalina Georgieva y Christine Lagarde, a los que hay sumar las que no hace mucho tiempo tuvieron igual acceso, como Margaret Thatcher y Theresa May, ambas en su tiempo, primera ministra del Reino Unido; Erna Solberg, que en 2013 asumió la presidencia de Noruega, Jacinda Ardern, primera ministra de Nueva Zelanda en el 2017 y de Jóhanna Sigurðardóttir que antes de asumir como primer ministro de Islandia (2009- 2013, fue militante sindical tras varios años como azafata en una aerolínea, nos dan pistas: Todas ellas provienen de países donde la educación es prioridad uno, dos y tres. En el Perú, aunque por primera vez en nuestra historia, contamos con una mujer, Dina Boluarte, como presidenta, propiamente, su ascenso al poder se debe a circunstancias coyunturales, no como consecuencia de nuestro nivel de educación. Cojeamos pues, de la educación y no con uno, sino con los dos pies, y mientras ello continúe así, no habrá derecho laboral alguno que mida a una mujer con la misma vara con que se mide a un varón.

No es la ley, sino la educación y la costumbre, lo que produce la diferencia, era el criterio de John Stuart Mill, formidable economista y mejor humanista inglés, quien consideraba a la educación como un derecho fundamental e inalienable para todos los individuos; y, 155 años después de haber sido escrito su libro *La Esclavitud Femenina* -no nos hemos dado cuenta-, cuánta plena vigencia tiene, de modo que, si intentamos equilibrar el desequilibrio que existe entre el trabajo de la mujer respecto del trabajo del hombre, lo primero que tenemos que hacer es promover una sociedad y una escuela que valore a la mujer en los mismos términos que se valora a un hombre.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguilar Gil, R. (2002). El sufragio de la mujer: debate en el Congreso Constituyente de 1931-1932. *Revista Elecciones*, 1(1), 123–164.
<https://doi.org/10.53557/Elecciones.2002.v1n1.05>
- Alshboul, A. (2005). La religión polémica entre la lógica de la filosofía y el dogma de la religión. *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, 12(2).
<https://www.theoria.eu/nomadas/12/amqlshboul.pdf>
- Aristóteles. (1988). *Política*. Gredos S.A.
- Báez-Villaseñor, M. (2010). Un largo camino: la lucha por el sufragio femenino en Estados Unidos. *Signos históricos*, 12(24), 89–119.
<https://signoshistoricos.izt.uam.mx/index.php/historicos/article/view/327>
- Ballarín, P., Birriel, M., Martínez, C., & Ortiz, T. (2000). Las Mujeres y la Historia de Europa. En *Las mujeres en Europa: convergencias y diversidades* (pp. 11–56). Universidad de Granada. <http://hdl.handle.net/10481/22237>
- Bonilla, G. (2010). Teoría feminista, ilustración y modernidad: Notas para un debate. *Revista Cuadernos de literatura del Caribe e Hispanoamérica*, (11), 191–214.
https://investigaciones.uniatlantico.edu.co/revistas/index.php/cuadernos_literatura/article/view/299
- Borisonik, H. (2011). Pensando el trabajo a través de Aristóteles. *Astrolabio. Revista internacional de filosofía*, (12), 1–8.
<https://raco.cat/index.php/Astrolabio/article/view/248529>
- Calvo, Y. (2016). *La Aritmética del Patriarcado*. Editorial Bellaterra.
- Cantera Ortiz de Urbina, J. (1994). La mujer en la Revolución francesa de 1789. *Thélème. Revista Complutense de Estudios Franceses*, (5), 221–235.
<https://revistas.ucm.es/index.php/THEL/article/view/THEL9494110221A>
- Cobo, R. (2012). Las paradojas de la igualdad en Jean-Jacques Rousseau. *Avances del Cesor*, 9(09), 109–121. <https://doi.org/10.35305/ac.v9i09.455>
- Coco, A., & Daza Pérez, L. (2018). Marx y Engels y la división sexual del trabajo en la familia. Ambigüedades, equívocos y vacíos teóricos. *Arxiu de Ciències Socials*, (38), 11–26.
<http://hdl.handle.net/10550/67304>
- Cruz, J. (2011, agosto 19). *Hegel sobre Matrimonio, Mujer y Familia*. Ley Natural.
https://www.leynatural.es/2011/08/19/Fichte-Y-Hegel-Sobre-Matrimonio-Y-Familia/#_Ftn9
- De León, L. (1980). La Perfecta casada. En *Espasa Calpe S.A.* (Undécima Edición). Espasa-Calpe S.A.

- Díaz Langou, G. (2019). *El problema de las mujeres para acceder y crecer en el mercado de trabajo es el castigo a la maternidad*. CIPPEC. <https://www.cippec.org/textual/el-problema-de-las-mujeres-para-acceder-y-crecer-en-el-mercado-de-trabajo-es-el-castigo-a-la-maternidad/>.
- Gamboa, I. (2016). El hombre a la razón y la mujer al corazón: el sexo y el género según Immanuel Kant. *Revista Aportes de la Comunicación y la Cultura*, 1(21), 75–79. <https://doi.org/https://doi.org/10.56992/a.v1i21.92>
- García Arranz, J. J. (2018). Mujeres y Emblemas: Una Visión Simbólica de la Condición Femenina en la Edad Moderna. *IMAGO Revista de Emblemática y Cultura Visual*, (10), 7–52. <https://doi.org/https://doi.org/http://dx.doi.org/10.7203/imago.10.13292>
- Gimeno de Flaquer, C. (2020). *La mujer según Augusto Comte*. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/la-mujer-segun-augusto-comte-989777/html/6857f41e-8947-4efa-8e7c-8961909375d3_2.html#I_0.
- Hartwell, R. (2019). *La Revolución Industrial en Inglaterra y sus Consecuencias para los Pobres*. ESEADE. https://www.eseade.edu.ar/files/Libertas/40_3_Hartwell.pdf.
- Hernández, E. (2012). *Teoría Feminista y Antropología: Claves Analíticas* (1ra. edición). Universitaria Ramón Areces.
- Jiménez Sureda, M. (2009). La mujer en la esfera laboral a lo largo de la historia. *Manuscripts*, (27), 21–49. <https://ddd.uab.cat/pub/manuscripts/02132397n27/02132397n27p21.pdf>
- Lerner, G. (1990). *La creación del Patriarcado* (J. Fontana, Ed.). Editorial Crítica. <https://redmovimientos.mx/wp-content/uploads/2020/07/La-creaci%C3%B3n-del-patriarcado-Lerner.pdf>
- Lizárraga, F. A. (2014). La igualdad en el contrato social rousseauiano. Una mirada desde la justicia como equidad de John Rawls. *Tópicos. Revista de Filosofía de Santa Fe*, (27), 23–45. <https://bibliotecavirtual.unl.edu.ar/publicaciones/index.php/Topicos/article/view/6821>
- Martín Sánchez, M. (2010). Implicaciones educativas de la Reforma y Contrarreforma en la Europa del Renacimiento. *CAURIENSIA. Revista anual de Ciencias Eclesiásticas*, (V), 215–236. <https://doi.org/https://doi.org/10.17398/rc.v5i0>
- Medel, J. (2009). La mujer revolucionaria, Rousseau y Robespierre; femineidad durante la revolución francesa. *Tiempo y Espacio*, 22(Historia), 129–143. <https://doi.org/https://doi.org/10.22320/rte.vi22.1750>
- Morales, J. (2016). ¿Es posible la filosofía de la religión en la época moderna a través del pensamiento de Kant y Schleiermacher? *Revista Internacional de Filosofía*, 69.

- Orellana, A. (2001). *Derechos políticos, construcción de ciudadanía y género* (pp. 263–268). Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2967/23.pdf>
- Oxfam. (2019). *El Poder de la Educación en la Lucha Contra la Desigualdad*. Oxfam Internacional. <https://oxfamilibrary.openrepository.com/bitstream/handle/10546/620863/bp-education-inequality-170919-summ-es.pdf>.
- Pérez Cantó, P., & Mó Romero, E. (2005). Las mujeres en los espacios ilustrados. *Signos Históricos*, 13(enero-junio), 43–69. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=34401303>
- Posada Kubissa, M. L. (2015). Kant y la diferencia sexual. *ENDOXA*, 35, 139–158. <https://doi.org/10.5944/endoxa.35.2015.13476>
- Prada, B. (1996). El Debate sobre los Derechos de la Mujer en la Época de la Ilustración. *Revista UIS Humanidades*, 25(1), 83–91. <https://revistas.uis.edu.co/index.php/revistahumanidades/article/view/2177/2538>
- Quero, J. M. (2016, octubre 20). *La mujer en el contexto de la Reforma Protestante*. Actualidad evangélica. https://www.actualidadevangelica.es/index.php?option=com_content&view=article&id=9412:la-mujer-en-el-contexto-de-la-reforma-protestante&catid=47:columnas.
- Quintana Sandoval, E. (2017). Breve historia intelectual de la otra historia de la filosofía: o Las mujeres, de la Grecia antigua hasta finales del siglo V, en la cultura occidental. *Sincronía*, (72), 89–119. <https://www.redalyc.org/journal/5138/513852524008/html/>
- Reyes, F. (2014, septiembre 3). *El oscuro legado de Napoleón*. Legis Ámbito Jurídico. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/educacion-y-cultura/el-oscuro-legado-de-napoleon>
- Rodrigo, R. (2020, marzo 9). *Frente a la desigualdad de género, educación*. Amnistía Internacional. <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/blog/historia/articulo/frente-a-la-desigualdad-de-genero-educacion/>
- Rubio, A. (2021, diciembre 21). *Una lectura de las Cartas Persas*. Real Instituto Elcano. <https://www.realinstitutoelcano.org/blog/una-lectura-de-las-cartas-persas/>.
- Sánchez-Gavito, M. (2021). Rompimos el silencio... La historia ininterrumpida de las mujeres por conquistar sus derechos. En *Ethel*. Ethel Editorial. <http://biblioteca.diputados.gob.mx/janium/bv/ce/lxiv/Rompimos.pdf>
- Santamaría Monjaraz, B. (2019). *Construyendo la Igualdad entre Hombres y Mujeres. Conceptos Básicos* (1ra edición). Cámara de Diputados LXIV Legislatura. http://biblioteca.diputados.gob.mx/janium/bv/uig/lxiv/const_iguak_mujhom.pdf

- Téllez, A. (2009). La mujer indeseable. El modelo de lo femenino según Hegel. *Filosofía Universal*, XLVII(120–121), 71–76.
<https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/filosofia/article/view/7367>
- Valcárcel, A. (2011, noviembre 29). *Las mujeres en los programas electorales*. Mujeres en red. El Periódico Feminista. <https://www.mujiresenred.net/spip.php?article1376>
- Várnagy, T. (2010). El pensamiento político de John Locke y el surgimiento del liberalismo. En *La filosofía política moderna*.
<https://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/moderna/cap2.pdf>
- Vicente Navarro, E. (2006). El tiempo a través del tiempo. *Athenea Digital. Revista de pensamiento e investigación social*, 1(9), 1.
<https://doi.org/10.5565/rev/athenead/v1n9.257>
- Vidaurreta Carrillo, M. (1978). Madurez Industrial-Guerra y Condición Femenina. *REIS: Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 4, 147–170.
<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/75245>
- Zapata, A., & Rojas, R. (2013). ¿Desiguales desde siempre? Miradas históricas sobre la desigualdad. En *IEP Instituto de Estudios Peruanos*. IEP Instituto de Estudios Peruanos.
<https://repositorio.iep.org.pe/handle/IEP/596>

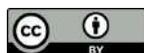
MATERNIDAD SUBROGADA: ENTRE DIGNIDAD HUMANA Y AUTONOMÍA PRIVADA

SURROGACY: BETWEEN HUMAN DIGNITY AND PRIVATE AUTONOMY

Fecha de recepción: 16/07/2023
Fecha de aprobación: 06/09/2023

Diego Enrique Mantilla Yarango

Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo
dmantilla@unprg.edu.pe



 <https://orcid.org/0000-0002-2337-6057>

e-ISSN: 2961-2934

<https://doi.org/10.61542/rjch.22>

RESUMEN

El convenio de maternidad subrogada se gesta en el ámbito jurídico civil y trasciende a las distintas disciplinas jurídicas, como consecuencia, genera un gran número de problemas. Uno de los más básicos problemas se circunscribe en el presunto dilema entre la dignidad y la autonomía. Con la presente investigación no pretendo resolver el problema, sino disolverlo. Resolver el presunto dilema, implica confrontar a la dignidad y a la autonomía para obtener un vencedor; muy por el contrario, comprender que el respeto de la dignidad garantiza el espacio de actuación autónoma de la persona, implica disolver el problema, es decir, aclarar que la dignidad y autonomía fluyen de manera armónica, pues no son antagónicas y, por tanto, no existe conflicto alguno. Una vez superada la falacia, analizo la compatibilidad de la práctica con el ordenamiento para establecer su factibilidad jurídica. Así, al no existir impedimento para concebir por encargo, se entiende permitida, pero debido a los intereses involucrados, hago patente una regulación especial sobre la subrogación del vientre como parte del ámbito privado del desarrollo de la persona humana en sociedad.

Palabras claves

Maternidad subrogada, vientre de alquiler, dignidad y autonomía.



ABSTRACT

The surrogacy agreement is developed in the civil legal sphere and transcends the different legal disciplines, as a consequence, it generates a great number of problems. One of the most basic problems is circumscribed in the alleged dilemma between dignity and autonomy. With the present research I do not intend to solve the problem, but to dissolve it. Resolving the alleged dilemma implies confronting dignity and autonomy in order to obtain a winner; on the contrary, understanding that respect for dignity guarantees the space for autonomous action of the person implies dissolving the problem, that is, clarifying that dignity and autonomy flow harmoniously, since they are not antagonistic and, therefore, there is no conflict whatsoever. Once the fallacy is overcome, I analyze the compatibility of the practice with the legal system to establish its legal feasibility. Thus, since there is no impediment to conceive on demand, it is understood to be permitted, but due to the interests involved, I make clear a special regulation on surrogacy of the womb as part of the private sphere of the development of the human person in society.

Keywords

Surrogate, surrogate motherhood, dignity and autonomy.

RÉSUMÉ

L'accord de gestation pour autrui se développe dans le domaine juridique civil et transcende les différentes disciplines juridiques, ce qui entraîne de nombreux problèmes. L'un des problèmes les plus fondamentaux réside dans le prétendu dilemme entre la dignité et l'autonomie. Avec la présente recherche, je n'ai pas l'intention de résoudre le problème, mais de le dissoudre. Résoudre le prétendu dilemme implique de confronter la dignité et l'autonomie pour obtenir un gagnant ; au contraire, comprendre que le respect de la dignité garantit l'espace pour l'action autonome de la personne implique de dissoudre le problème, c'est-à-dire de clarifier que la dignité et l'autonomie s'écoulent harmonieusement, car elles ne sont pas antagonistes et, par conséquent, il n'y a aucun conflit. Une fois la fallacieuse résolue, j'analyse la compatibilité de la pratique avec le système juridique pour établir sa faisabilité juridique. Ainsi, puisqu'il n'y a aucun obstacle à concevoir sur demande, on comprend que c'est permis, mais en raison des intérêts en jeu, je précise une réglementation spéciale sur la gestation pour autrui en tant que partie de la sphère privée du développement de la personne humaine dans la société.

Mots-clés

Sujet substitut, maternité de substitution, dignité et autonomie.

INTRODUCCIÓN

Maternidad subrogada, vientre de alquiler o gestación por sustitución, son algunos de los nombres que recibe la práctica a través de la cual se fecunda a una mujer mediante el empleo de técnicas de reproducción humana asistida (TERAS) para gestar por encargo de otros, a quienes se les denomina padres de intención o comitentes. Aunque, debo advertir que hoy en día hay voces que reservan el término “Maternidad Subrogada” exclusivamente para los casos en que la gestante aporta también el material genético. Sin embargo, considero inocuo tales disquisiciones terminológicas para los fines de este trabajo, por lo que, utilizaré indistintamente tales términos.

Respecto de los supuestos sobre los posibles comitentes, aquellos quienes portan la voluntad de ser padres, se podría afirmar que son tan variados como lo son las parejas de hoy. Así, podría tratarse de una pareja heterosexual cuya integrante femenina se encuentre impedida de gestar o hacerlo implique un alto riesgo; también, puede ser el caso de una pareja homosexual masculina o femenina si ambas adolecen de algún óbice para gestar. Pero por qué pensar en una pareja, también podría tratarse de una sola persona; es más, por qué pensar que la madre de intención tendría que sufrir alguna afección o cierto peligro para recurrir al vientre de alquiler.

La gestación por sustitución –práctica si bien no nueva, medianamente reciente y cada vez más frecuente– acarrea disímiles problemas en las diferentes disciplinas del saber humano; sin que el Derecho sea ajeno a estas problemáticas. Tal práctica resulta transversal al ámbito jurídico, atravesando desde el Derecho Civil, con lo relativo a la autonomía de la voluntad privada y los límites impuestos por el orden público y las buenas costumbres; hasta el Derecho Internacional Público, en tanto que la prohibición de los vientres de alquiler en algunos Estados ha originado migraciones hacia los países en donde se permite; pasando por el Derecho Constitucional, en lo atinente al derecho fundamental a la identidad del nacido, sin soslayar el interés superior del menor o la mismísima dignidad humana; así como, por el Derecho Penal, pues en algunos países se ha optado por criminalizar a quienes infrinjan la legislación de la materia, en esta línea encontramos a Canadá que en virtud de su Ley de reproducción humana asistida (Ley AHR), aprobada en 2004, proscribió la maternidad por sustitución cuando es onerosa.

Otro aspecto no menor, sería tener en cuenta que la mujer subrogante, es decir, aquella que soporta la gestación, renunciaría a la filiación del recién nacido para arrojárselo a los padres de intención. Esta situación quiebra el paradigma que originó el viejo principio *mater semper certa est*, por el cual, la filiación materna se determina por el hecho del parto. Cuando la mujer subrogante acepta esta situación de manera gratuita se habla de maternidad subrogada altruista; y, cuando para el sometimiento de esta práctica media onerosidad se le llama maternidad subrogada comercial.

Y dejando de mencionar muchos otros escenarios, es de verse que existen un sinnúmero de cuestiones problemáticas en torno a la maternidad subrogada. Por lo que, no es mi propósito agotar la totalidad de la discusión, sino seleccionar algunos puntos neurálgicos que enriquezcan

el debate, con la finalidad de garantizar una adecuada regulación jurídica. Así, en principio, considero fundamental el ocuparnos de algunos problemas básicos a cualquier supuesto de gestar por encargo, los que se traslucen de dos categorías; “Dignidad Humana” y “Autonomía Privada”.

Por tanto, el primer escollo es determinar si la maternidad por sustitución afecta a la dignidad de la gestante y/o la del menor nacido mediante esta práctica, que para los que propugnan por su prohibición, este (menor) es tratado como una cosa pasible de intercambio en el mercado y aquella (gestante) es tratada como un instrumento para satisfacer el deseo de otros; los comitentes. La segunda cuestión, es analizar la autonomía privada para establecer sus límites y determinar si este convenio es contrario al orden público o a las buenas costumbres; sin soslayar, el objeto del contrato, lo que nos lleva a transitar en el estudio del Acto Jurídico en lo atinente al fin lícito y al objeto jurídicamente imposible; para finalmente, arribar a la pregunta más importante: ¿La Maternidad subrogada es compatible con el ordenamiento jurídico peruano?

1. Maternidad subrogada a la luz de la dignidad humana

En los debates jurídico-morales más importantes de nuestro tiempo, la dignidad cumple un rol trascendental. El vocero del poder constituyente en la sentencia recaída en el Expediente N.º 2273-2005-PHC/TC ha precisado que; “la dignidad del ser humano no sólo representa el valor supremo que justifica la existencia del Estado y de los objetivos que este cumple, sino que se constituye como el fundamento esencial de todos los derechos que, con la calidad de fundamentales, habilita el ordenamiento” (Tribunal Constitucional, 2006). Por ello, la dignidad humana, en el moderno Estado Constitucional de Derecho, ocupa un lugar primordial en el ordenamiento jurídico. Sin embargo, pese a los denodados esfuerzos, el concepto de dignidad sigue siendo aún incierto.

Respecto del asunto en cuestión, la polémica sobre los vientres de alquiler no está exenta de su contraste a la luz de la dignidad. Uno de los argumentos, tal vez el más importante, de quienes abogan en contra de la gestación por sustitución, es que tal práctica supone afectar la dignidad del ser humano, concretamente la dignidad de la mujer subrogante (mujer que soporta el proceso de gestación), ya que, esta práctica implicaría instrumentalizarla al tratarla como un instrumento para satisfacer el deseo de un individuo o pareja que por alguna razón no pueden, o incluso no quieren, concebir naturalmente. Además, también se vería afectada la dignidad del menor nacido mediante esta práctica, pues, para algunos, el recién nacido sería tratado como un objeto o un bien pasible de intercambio en el mercado, es decir, se sometería a comercialización a una persona.

Sin embargo, antes de responder a la pregunta de si la práctica de la maternidad subrogada afecta o no a la dignidad, es necesario responder primero sobre qué entendemos por dignidad. Lo contrario, supondría obtener una respuesta poéticamente elucubrada, dada su indeterminación flagrante, pues no se puede saber si un ente es afectado si no tenemos certeza del ente mismo. En ese sentido, Manuel Atienza (2013), ha señalado que uno de los errores de

argumentación, o mentiras cuando se es consciente de ello, consiste en invocar términos prestigiosos, a propósito de la dignidad humana, sin siquiera intentar delimitarlos conceptualmente, cayendo en el abismo de la imprecisión y emotividad. Por ello, es menester intentar esbozar conceptos sobre ese tipo de términos, para no caer en argumentos romantizados.

No obstante, y pese a su vigente gran importancia, como ha quedado demostrado, no existe un concepto unívoco sobre dignidad humana, pues, pareciera ser que hasta no hace mucho se le ha prestado merecida atención. Así, el propósito de este apartado es proporcionar un concepto de dignidad humana (sin dar nada por concluso) que coadyuve en el debate en torno a la gestación por sustitución.

1.1. Hacia un concepto de dignidad

Desde tiempos pretéritos se ha usado el vocablo dignidad, sin embargo, desde siempre su concepto ha sido nebuloso. Ello, no quiere decir que no se han realizado aportes al respecto. Así, por ejemplo, los postulados católicos entienden a la dignidad del ser humano como un valor absoluto que proviene de un íntimo vínculo divino con su creador; Dios, por tanto, la dignidad se enraizaría con la vida humana, al punto de sacralizarla, de ese modo, queda totalmente proscrito matar, aun en casos como la eutanasia (Chávez-Fernández, 2020). En mi opinión –sin desconocer que lo teológico rebasa por mucho las pretensiones de este trabajo– esta postura equipara la vida humana con la dignidad, al extremo de confundirlas como las aguas de dos ríos que convergen entre sí, haciendo improbable siquiera vislumbrar ambas ideas por separado; no obstante, ello no significa negar que la dignidad no pueda ser el fundamento del derecho a la vida, tal como lo ha indicado el Tribunal Constitucional, pero, sin lugar a duda, obnubila el concepto de dignidad. Aunado a ello, siguiendo intransigentemente esa idea de dignidad, no se permitiría, hoy en día, ni la legítima defensa ni el aborto terapéutico. Finalmente, en un Estado Democrático de Derecho, o en vías de serlo, no se puede imponer la moral católica. Por estas razones, considero inadecuado tal concepto para abordar la problemática sobre la maternidad subrogada.

Santo Tomás de Aquino también aborda el asunto de la dignidad. “Como bien se sabe, en el pensamiento tomista, la dignidad del hombre radicaba en la capacidad de entendimiento y en la posibilidad de actuar desde la inteligencia y no desde el instinto” (Smith, 1995, como se citó en Soberon, 2006, p. 37). Asimismo, Jeremy Waldron, jurista y filósofo contemporáneo, ha bosquejado, en no pocos trabajos, una definición de dignidad. “A su juicio, se trataría de evidenciar que la dignidad humana se refiere a «un estatus de rango elevado, comparable al rango de la nobleza», asignado ahora igualitariamente y sin discriminación alguna a toda persona humana”. (Chávez-Fernández, 2020, p. 253)

A mi modo de ver, siendo que se halle en la capacidad de entendimiento o se trate de un estatus, pareciera que se describen aspectos externos sobre la dignidad; ésta limitada premisa no permite mayor análisis sobre las posturas citadas, pero no es mi intención abordar mayores reflexiones,

sino simplemente dejar sentado el concepto de dignidad que deberíamos seguir, sin dar nada por acabado. De ese modo, no obstante, los esfuerzos desplegados por las personalidades mencionadas, a mi juicio, quizá la obra más importante que aborda el concepto de dignidad es la “Fundamentación para una Metafísica de las Costumbres” de Immanuel Kant.

El autor del imperativo categórico entiende a la dignidad desde el punto de vista de la filosofía moral, inspirado en el estoicismo de Séneca, quien creía que solo puede poseer dignidad aquel ser racional con conciencia moral, distinguiendo entre aquellos entes que tienen un precio o valor relativo y aquellos que tienen un valor intrínseco o dignidad. Siguiendo este postulado, Kant (2012), afirma:

En el reino de los fines todo tiene o bien un precio o bien una dignidad. En el lugar de lo que tiene un precio puede ser colocado algo equivalente; en cambio, lo que se halla por encima de todo precio y no se presta a equivalencia alguna, eso posee una dignidad. [Cuando] se refiere a las universales necesidades e inclinaciones humanas tiene un precio de mercado; aquello que sin presuponer una necesidad se adecua a cierto gusto, esto es, a una complacencia en el simple juego sin objeto de nuestras fuerzas anímicas, tiene un precio afectivo; sin embargo, lo que constituye la única condición bajo la cual puede algo ser fin en sí mismo no posee simplemente un valor relativo, o sea, un precio, sino un valor intrínseco: la dignidad. Ahora bien, la moralidad es la única condición bajo la cual un ser racional puede ser un fin en sí mismo; porque sólo a través suyo es posible ser un miembro legislador en el reino de los fines. Así pues, la moralidad y la humanidad, en la medida en que ésta es susceptible de aquélla, es lo único que posee dignidad. (p. 148)

Conforme se desprende de lo anterior, Kant define a la dignidad como un valor intrínseco, por el cual, un ser con conciencia moral es un fin en sí mismo. Entendido esto en sentido negativo, tenemos que; ningún ser humano puede ser tratado simplemente como un medio. El ser humano es un ser social por naturaleza, pues para alcanzar sus objetivos, desde los más básicos hasta los más superfluos, necesita servirse de otros. Este “servirse de otros” equivale a tratar a otro ser humano como un medio para satisfacer una necesidad, sin embargo, de acuerdo con la idea kantiana, la dignidad (valor intrínseco del ser moral) se afecta no cuando se trata a una persona como un medio, sino cuando se la trata “únicamente” como un medio. Para Kant el ser humano es un fin-medio, pues qué duda cabe que la interacción humana se basa en el interés que el individuo tiene respecto de sus semejantes. Pedestre sea el ejemplo de cuando necesitamos trasladarnos de un lugar a otro y utilizamos como un medio al conductor para que nos movilice. La dignidad del conductor quedaría afectada si “solo” lo tratamos como un medio. Aquí cabe una legítima pregunta: ¿Cuándo tratamos a un ser humano “solamente” como un medio? Pregunta que abordaré más adelante.

A manera de excursio brevísimo; un medio es equiparable a un instrumento, al que también podemos referirnos como ente exclusivamente útil. Un medio tiene su valor fuera de sí, es decir,

si un instrumento ya no puede ser utilizado para la consecución de un fin, pierde su valor, no sirve, verbigracia una herramienta quebrada, en la medida que pierde su utilidad no tiene otro destino que el ser desechada.

Nadie puede negar la influencia de la filosofía kantiana en nuestros días, en ese sentido, el maestro Fernández Sessarego (2016) expone: “El humanismo o personalismo jurídico es concorde con una visión del mundo en la que el hombre es un fin en sí mismo y no un instrumento” (p. 87). Desde la óptica del maestro, esa es la razón por la cual el ser humano es la piedra angular del derecho.

El arraigo de la noción kantiana está presente también en nuestra jurisprudencia: “La dignidad de la persona humana constituye un valor y un principio constitucional portador de valores constitucionales que prohíbe, consiguientemente, que aquélla sea un mero objeto del poder del Estado o se le dé un tratamiento instrumental” (Tribunal Constitucional, STC Exp. N.º 10087-2005-PA/TC, 2007). Podría decir entonces que somos herederos de la noción kantiana de dignidad, por tanto, esta será la idea de dignidad a tener en cuenta en este trabajo a efectos de dilucidar si la práctica de la gestación por otro es contraria a ella. Haciendo patente que la determinación del concepto de dignidad humana no es una tarea acabada, muy por el contrario, aún falta mucho tramo por recorrer.

1.2. La gestación por sustitución desde la dignidad humana

El debate sobre el presunto atentado contra la dignidad humana en la práctica de la gestación por otro, involucra dos situaciones. La primera, relativa a la mujer gestante, aquella que alumbrará al nuevo ser; y, la segunda, en relación al recién nacido que es entregado a los padres de intención después del parto. De ese modo, corresponde abordar el asunto problemático de igual manera por separado.

Comenzando por la situación de la gestante, se ha dicho, por parte de algunos opositores a la maternidad subrogada, que su realización implicaría utilizar o servirse del cuerpo de una mujer, que bien podría verse orillada a someterse a esta práctica por razones de índole puramente económicas –aludiendo a la maternidad subrogada comercial– para satisfacer el anhelo, de un individuo o pareja, que por algún motivo deseen recurrir a esta práctica para procrear, por tanto, la mujer subrogante sería un instrumento empleado para la consecución de un deseo, lo que a todas luces atentaría contra su dignidad.

Este argumento, a simple vista, pareciera ser válido para desvirtuar la hipótesis de permitir la maternidad subrogada desde la idea kantiana de dignidad. Sin embargo, si esta conjetura es cierta, tendríamos que aceptar que cualquier contrato laboral o de prestación de servicios caerían en el mismo defecto. La controversia surge a partir de un mal entendido; como bien aclara Manuel Atienza (2018), Kant entendía de que el ser humano no puede ser tratado “solo” como un medio. Lo cual se hace evidente en las siguientes líneas: “(...) un fin establecido por cuenta propia (...) nunca ha de ser apreciado simplemente como medio, sino que ha de ser

estimado al mismo tiempo como fin en todo querer” (Kant, 2012, p. 152). Con una espléndida lucidez Nino (1989) parece ser partidario de esta postura al escribir:

Hay ciertos puntos de contacto claros entre el principio de dignidad de la persona y los otros principios de una concepción liberal de la sociedad. Para empezar, ya se ha dicho que el principio de inviolabilidad de la persona no se ve infringido cuando un daño o sacrificio ha sido querido o consentido por el individuo que lo padece. De este modo, cuando se toma en cuenta la voluntad del individuo perjudicado no se lo está tratando como un mero medio en beneficio de otro. (p. 291)

Así, la vida en sociedad hace manifiesta la necesidad de colaborar unos con otros para satisfacer nuestros intereses, desde los más básicos para subsistir hasta nuestras aspiraciones de realización personal, sirva de ejemplo el de un joven universitario que desea adquirir un libro de reciente publicación extranjera y, para ello, con el ánimo de cubrir el costo, busca un trabajo, aunque ello implique reducir sus horas habituales de estudio. Este sencillo ejemplo me permite afirmar que nuestros proyectos de vida se encuentran relacionados, pues nos servimos de otros para hacer verosímil su concreción –en el ejemplo, el estudiante ve como un medio a su empleador y viceversa– esto no significa ser tratados solo como medios para la obtención de un fin, debido a que en los modernos Estados Constitucionales de Derecho existen mecanismos jurídicos tendentes a tutelar el íntegro respeto por nuestra autonomía, en el marco de prohibiciones, permisiones, deberes, facultades, entre otros; garantizando el libre desarrollo de la persona humana en respeto de su dignidad. En ese sentido, el rol del Estado en lo atinente a los contratos laborales, siguiendo el ejemplo presentado, es tuitivo del trabajador (por ser la parte más débil de la relación) para garantizar que este sea tratado no solo como un medio, sino a la vez como un fin en sí mismo que es.

1.2.1. La dignidad de la mujer subrogante

Cuando se aborda el dilema de la dignidad de la gestante en la práctica de la gestación por sustitución, erróneamente suele considerarse la existencia de un conflicto entre la autonomía y la dignidad. Por ello, es preciso aclarar que, el respeto de la dignidad es lo que posibilita la autonomía, entendida como la capacidad de decidir libre y voluntariamente. En numerosas ocasiones, una persona se ve compelida, por verse beneficiada de algún modo, a ser un medio en el propósito de otra persona y asume las vicisitudes adversas. Es ahí, cuando la dignidad yergue como el guardián tuitivo de la autonomía de la persona (fin-medio) para no verse avasallada por el plan, proyecto o propósito de otra persona. Ninguna persona consentiría algún padecimiento si no ganara algo: “En realidad, ni siquiera un masoquista quiere un daño, ya que lo que es generalmente considerado tal, no lo es, en balance, para él” (Nino, 1989, p. 292).

De lo expuesto, es fácil llegar a colegir que, desde el kantismo, la dignidad de la mujer subrogante no se ve menoscabada. Sin embargo, si esta práctica se permitiese sin ninguna restricción podríamos vivenciar lo sucedido en la India:

Bindel narra cómo las clínicas tienen catálogos en los que las parejas pueden conocer a las mujeres o potenciales «gestantes», quienes no reciben el dinero en un solo momento, sino que se les va dando poco a poco, como medida de control y para asegurarse que la mujer cumpla con todo lo que se le exige. Asimismo, se tienen condiciones estrictas sobre su alimentación, salud e incluso quiénes las «cuidan». (Énfasis añadido) (Alejandra Bolívar, 2018)

Por lo dicho, podemos convenir en que, una permisión absoluta de la maternidad subrogada podría desencadenar un potencial trato meramente instrumental de las mujeres subrogantes. Al convertir en verdaderas incubadoras humanas a las gestantes se las deshumanizaría, aun con su pleno asentimiento. Como explicaré más adelante, aunque aceptar un padecimiento sea válido, no cualquier aceptación lo es. Por ello, permitir la gestación por sustitución no supone necesariamente afectar la dignidad de la gestante.

El fenómeno debe ser analizado de acuerdo a las experiencias previas. Por ejemplo, de acuerdo a lo suscitado en la India, una forma de tratar con dignidad a la gestante, sería proscribir que los comitentes no contraten directamente con la mujer subrogante, a efectos de impedir que las clínicas subcontraten con mujeres para llevar a cabo la gestación y reciban una minúscula ventaja patrimonial. Para ello, las clínicas deberían ser supervisadas con rigurosidad y la potencial mujer subrogante debería recibir un acompañamiento multidisciplinario; incluso podrían establecerse tarifas mínimas para garantizar que ninguna mujer reciba una contraprestación desproporcional.

1.2.2. La dignidad del menor

Ahora bien, ¿qué sucede con la dignidad del recién nacido? Hay quienes han dicho que tal práctica cosifica al menor, el mismo que es visto como un objeto pasible de comercio, pues lo que percibimos es a una mujer dando a luz a un bebé para, luego, entregarlo a otras personas que, tal vez, ni siquiera aportaron material genético para su concepción.

Es pertinente precisar que el ser humano, fin en sí mismo, inicia su vida en el preciso momento de la concepción, es decir, cuando queda unido el gameto femenino al masculino, independientemente si se produjo de manera natural o artificial, dando lugar al nuevo ser; y, como tal, posee entonces dignidad. Siguiendo la noción kantiana, debemos tener en cuenta de que la dignidad implica un valor intrínseco en el ser humano; un ser que vale en sí mismo, sin existir equivalente alguno.

Cuando los comitentes tuvieron la voluntad de ser padres, fueron conscientes de que el menor tendrá un proyecto de vida propio. Es el respeto del plan de vida de nuestros semejantes lo que denota reconocer el valor intrínseco de la persona llamado “dignidad”. Por esto, considero que, si bien recurrir a la maternidad subrogada implica satisfacer el deseo legítimo de los comitentes de ser padres; también se evidencia que el menor será tratado no solo como un medio del anhelo

personal de quienes deseen ser padres, sino a la vez como un ser de fines en tanto tendrá su propio proyecto vital.

En segundo lugar, debo poner de relieve de que el objeto del contrato es el servicio brindado por la gestante, no así el menor concebido mediante esta práctica, argumento que desarrollaré más adelante. Asimismo, el Estado debe de crear un marco normativo riguroso que garantice el respeto de la dignidad del menor, para evitar casos como el de Gammy, un bebé nacido en Tailandia mediante esta práctica con síndrome de Down y problemas cardiacos congénitos que, contrario a toda idea de humanidad, fue vilmente abandonado por una pareja australiana, sus padres de intención (?) (BBC Mundo, 2014).

Hechos como el mencionado no deberían repetirse y, para ello, se hace necesario una regulación jurídica al respecto. Considero que, aun si no existiesen razones para prohibir la maternidad subrogada es preferible al silencio legislativo. Ahora bien, tampoco considero adecuado una permisión absoluta, pues una práctica legítima sin límites podría volverse perversa si se abusa de los más débiles de la relación jurídica. Por esto, el Derecho debería servir para equiparar fuerzas y evitar el ejercicio abusivo de quien se encuentre en mejor posición dentro de la relación de intereses de los sujetos involucrados.

Siguiendo lo dicho, a manera de *lege ferenda*, en el entendido de permitir la gestación subrogada, el vínculo paternofilial debería estar determinado con anterioridad al nacimiento del nuevo ser; bien sea estableciendo la filiación entre nacido y los padres de intención sin más, o estableciendo un periodo breve y preclusivo contado después del alumbramiento en el cual la gestante pueda decidir preservar la filiación del menor. Esto, para garantizar los deberes parentales para con el menor, así como, mantener vigente el derecho fundamental a la identidad del mismo.

Otro aspecto a considerar, enfocado en el ámbito internacional, podría ser vedar la práctica a los extranjeros no residentes cuando en su país de origen esté prohibida; primero, porque se evitaría un presunto fraude a la ley; y, segundo, porque reduciría el riesgo de que los comitentes abandonen al recién nacido dejando a la mujer gestante a su suerte.

2. Problemática entorno al convenio de gestación por sustitución

En este apartado me ocuparé del contraste entre el convenio de maternidad subrogada y de ciertas instituciones jurídicas del derecho privado que, podrían suscitar algún pragma conflictivo a fin de aproximarnos hacia una regulación normativa coherente con nuestro ordenamiento jurídico sobre la gestación por otro. Así, debemos determinar cuál es el objeto de este contrato, pasando antes por la autonomía privada y sus límites fundados en el orden público y las buenas costumbres. Sin embargo, conviene transitar con cuidado, pues son muchos los supuestos a los que se enfrenta el legislador, sobre todo de cara al debido respeto por la dignidad humana y los derechos fundamentales de los sujetos involucrados.

2.1. Una falacia: La autonomía en conflicto con la dignidad

La autonomía de la persona humana es la piedra angular de las relaciones jurídicas privadas que el ordenamiento jurídico busca proteger, más aún en materia de contratos, ora porque es imposible legislarlo todo, ora por la conveniencia evidente del respeto de la palabra empeñada. La autonomía privada es entendida por innumerables juristas como la capacidad soberana de la persona para autoimponerse reglas, claro está, siempre dentro del marco normativo. Así, por ejemplo, Aníbal Torres Vásquez (2018) dice: “La autonomía privada conlleva la idea de independencia (...) en la cual el legislador no puede entrar en cuanto está reservada al poder soberano de los privados” (p. 189).

En la misma línea, Fernando Vidal Ramírez (2016) expresa: “La autonomía de la voluntad debe entenderse, por eso, como la libertad humana y el poder jurídico que el derecho objetivo reconoce a los sujetos para la regulación de sus propios intereses (...)” (p. 96). Es justamente la capacidad de autogobierno del ser humano lo que, en materia de contratos, permite “obligarse”. La libertad, inefable como es, constituye el presupuesto ontológico de la autonomía de la persona, pues nadie podría ser capaz de elegir imponerse obligaciones a sí mismo si no fuera libre de hacerlo.

Ahora bien, es muy común, considerar que la gestación subrogada supone confrontar a la autonomía privada con la dignidad humana. Así, de un lado estaría la decisión de la mujer subrogante quien aceptará ser instrumentalizada y, voluntaria, se someterá a un padecimiento: la gestación, primando así, el acuerdo entre las partes. Y de otro lado, estaría su dignidad que impide aceptar una situación, si tal supone ser vista solo como un medio para alcanzar un fin, lo que equivale a ser deshumanizada. El antagonismo expuesto no es tal, pues confrontar a la dignidad humana con la autonomía privada implica caer en la falacia de la falsa oposición.

La autonomía consiste en determinar y perseguir nuestro propósito de vida construyendo un plan o proyecto independiente; para ello, no basta satisfacer nuestras más básicas necesidades (alimento, abrigo, descanso, etc.), sino además buscar nuestra propia autorrealización.

Por esto, en lo atinente a los contratos laborales, el Estado crea un marco jurídico en cual la obligación a que se ha comprometido el trabajador no avasalle su propio proyecto de vida, así, por ejemplo, el artículo 25° de nuestra Ley Fundamental proclama de que la jornada ordinaria de trabajo es de máximo ocho horas diarias, con lo cual, restado el promedio de horas de sueño (ocho horas) el trabajador tendría un tercio del día para buscar su autorrealización personal.

De otro lado, en la legítima búsqueda o construcción de nuestra senda vital es natural aceptar situaciones no deseadas por un fin ulterior. Aceptar un daño, aunque no sea deseado, es acorde con la autonomía, pues siempre que forme parte del plan o proyecto de vida de la persona, se estará usando el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Sin embargo, el Estado debe establecer un orden jurídico que reduzca al mínimo el impacto del potencial daño, justamente porque se entiende como no deseado, aunque aceptado.

Un claro ejemplo de lo anterior, serían los llamados deportes de contacto. Nadie pondría en discusión que deportes como el Boxeo se ejercitan en respeto de la autonomía privada. Para estas personas, el deporte que practican es un estilo de vida. No obstante, mal podría creerse que todo asentimiento para soportar una obligación implica adoptar una elección autónoma. Es posible asentir un trato indigno, como el caso de una persona que acepta trabajar de manera informal (como lamentablemente ocurre) doce horas diarias los siete días de la semana recibiendo un sueldo muy por debajo del mínimo legal, lo que le permite nada más que subsistir.

Bajo esta premisa, y reconociendo que me encuentro en el incipiente umbral de una conclusión categórica, a manera de bosquejo considero que, el límite entre la aceptación autónomamente digna del padecimiento y la que no lo es, se halla en la afectación de la autodeterminación moral de nuestro proyecto de vida. El sentido moral del individuo determina la senda que ha de seguir en la búsqueda de su autorrealización personal, por lo que, cualquier consentimiento de la persona que atente contra su propio proyecto de vida desde el detrimento de su sentido moral no puede considerarse una decisión autónoma. Como dice Nino (1989): “(...) la maximización de la autonomía de ciertos individuos está vedada cuando ello se hace a costa del sacrificio de la autonomía de otros individuos” (p. 264). En el ejemplo del trabajador explotado, este acepta tal situación a costa de su libre autodeterminación (pierde su proyecto de vida), muy por el contrario, el boxeador, acepta un potencial daño físico, pero ha orientado su plan de vida a ese deporte, de hecho, es su estilo de vida.

Si una persona presta su consentimiento para ser tratado exclusivamente como un medio, negando su autonomía (por someter su plan de vida al de otro), atenta contra su dignidad. Así, es evidente que confrontar a la dignidad humana con autonomía privada implica caer en la falacia de la falsa oposición, pues ambos aspectos son parte de la misma esencia, son aspectos connaturales al ser humano. Como he advertido, dentro de las interacciones sociales una persona puede consentir un padecimiento, aunque no sea deseado, a cambio de una contraprestación de algún tipo, no obstante, la dignidad entra en escena para salvaguardar la autodeterminación de esta persona. La dignidad en sentido negativo significa no ser tratado únicamente como un medio (instrumento), sino a la vez como un fin en sí mismo, para ello, se requiere garantizar de que cada quien pueda desarrollar su propio proyecto de vida desde sus convicciones morales, sin estar subyugado al proyecto vital de otro. En otras palabras, la autonomía privada solo es posible en consonancia con la dignidad, pues ella viabiliza su actuación. En igual sentido, entiende Díez-Picazo (1996) la vinculación entre la autonomía y la dignidad a la hora de fundamentar la idea de contrato:

La obligatoriedad del contrato encuentra su fundamento en la idea misma de persona. Si la persona es un ser de fines cuya dignidad, derivada de su naturaleza racional, el ordenamiento jurídico no puede dejar de reconocer, no cabe duda ninguna que debe reconocerse a la persona un ámbito de auto soberanía para reglamentar sus propias situaciones jurídicas y a través de ellas dar cauce a sus fines, intereses y aspiraciones. El contrato es así un cauce de realización de la persona en la vida social. A esta idea de

poder de autogobierno de los propios fines nosotros la hemos denominado «autonomía privada». (p. 126)

Nino (1989), desde la óptica de la Filosofía del Derecho pregona idea parecida sobre el principio de autonomía:

El principio liberal que está aquí en juego es el que puede denominarse "principio de autonomía de la persona" y que prescribe que siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución. (p. 204)

2.2. La decisión digna de la mujer subrogante

Aclarado el asunto sobre la falaz oposición entre la autonomía y la dignidad, pero puesto sobre la mesa que bien se puede aceptar un trato indigno, es pertinente analizar si, en la práctica de la maternidad subrogada, una mujer podría decidir, en autonomía y respeto por su dignidad, gestar por encargo de los comitentes. Por ello, para mejor explicación, es pertinente bifurcar el análisis de la gestación subrogada de manera diferenciada entre la práctica comercial y la práctica altruista.

2.2.1. Una práctica onerosa: La maternidad subrogada comercial

Por la maternidad subrogada comercial una mujer presta su consentimiento para llevar a cabo un embarazo donde reconoce el vínculo filial entre el concebido que gesta y los comitentes (padres de intención), rompiendo el paradigma del principio latino *mater semper certa est*; asimismo, los comitentes se obligan a corresponderle con una retribución económica. En coherencia con lo mencionado, si bien muchas veces la gestación es motivo de dicha, nadie puede negar las vicisitudes adversas por las que atraviesa la mujer a lo largo del embarazo, entonces, es evidente de que existe un padecimiento. Ahora, la pregunta necesaria es ¿Ese padecimiento afecta la autodeterminación del proyecto de vida de quien lo sufre? En mi opinión, la respuesta no se circunscribe a un rotundo sí o no, aunque suene a cliché, mi respuesta es “depende”. Deben tenerse en cuenta varias situaciones para garantizar de que una mujer actúe dentro del espacio de su autonomía protegida por su dignidad.

En primer lugar, debe considerarse que quien decida gestar por sustitución, para obtener con ello un beneficio económico, no puede verse compelida por una avasallante necesidad económica a someterse a tal práctica, aún en contra de su conciencia moral. La necesidad económica no puede coaccionar moralmente a una mujer para aceptar dicha situación. Desde otro ángulo, se podría observar una desigualdad socioeconómica, porque serían las mujeres más

empobrecidas quienes en mayor medida aceptarían gestar por sustitución. Esto, podría generar suspicacia en cuanto al monto del pago, pues una persona en estado de necesidad podría aceptar una contraprestación menor frente a quien no la está. Así parece entenderse en el Estado de California, pues allí una mujer en precariedad económica no puede alquilar su vientre (Atienza, 2018).

En segundo lugar, el asentimiento de someterse a la práctica de la maternidad subrogada debe estar condicionado por el hecho de que la mujer subrogante haya experimentado por lo menos un proceso de gestación previo al alquiler de su vientre. Esto, con la finalidad de que tenga pleno conocimiento de las vivencias que eventualmente podría experimentar, en su caso particular, al someterse a esta práctica. Sin embargo, dado que el embarazo involucra, en general, un periodo de nueve meses, estado del que no se puede salir voluntariamente de forma lícita, sino hasta concluirlo, no se debe admitir que una mujer se someta a esta práctica en tantas ocasiones como le permita su fertilidad. Hacerlo podría ocasionar deshumanizar a la gestante, tratarla como nada más que un receptáculo, ya que, no solo se estaría alquilando el vientre, sino el periodo de la vida fértil de una mujer. Debido a que la gestación involucra un padecimiento lleno de cuidados y restricciones “necesarios”, prolongar ese estado por dos, tres o más periodos (peor aún si son consecutivos) podría verse como un recorte de la libertad de la mujer gestante. Recordemos que el plan de vida de la gestante no puede subyugarse al de los comitentes.

Por último, un tema muy sensible es el de la interrupción del embarazo, pues una vez iniciado el proceso de gestación, este no podría interrumpirse, con la salvedad del aborto terapéutico. Es sabido que, además del cumplimiento de la obligación contractual, existen otras formas de extinguirla, mas no es así en la práctica de la maternidad subrogada, pues la única forma de extinguir esta obligación es que la gestante cumpla con alumbrar al nuevo ser, pues la voluntad de las partes contratantes no puede motivar la extinción de esta obligación una vez la mujer subrogante quede fecundada. En el Perú no existe, a diferencia de otras legislaciones, un tiempo inicial de la gestación en el que la mujer pueda decidir interrumpir el embarazo. Por esto, en relación a la gestación por sustitución, ni siquiera en un momento inicial del embarazo o en el hipotético negado en que medie el consentimiento de los comitentes, se podría producir un aborto. Por ende, la mujer subrogante debe ser plenamente informada de todos los pormenores médicos y a la par evaluada psicológica y físicamente para garantizar el estado óptimo de su salud, ya que, si se arrepintiese después de ser fecundada, no cabe la posibilidad de extinguir la obligación de otra manera que no sea cumpliéndola.

2.2.2. Una práctica gratuita: La maternidad subrogada altruista

En relación con la maternidad subrogada altruista, la gestante acepta concebir sin perseguir un fin económico. Esto no quiere decir que no se deban pagar por los gastos médicos o el detrimento económico en razón de lo que se deja de percibir producto de la gestación. Como se vislumbra, aquí una mujer acepta un padecimiento sin, aparentemente, esperar nada a cambio, más que la sola satisfacción de haber colaborado en la formación de una familia.

Dejando de lado la discusión filosófica sobre el porqué de la benevolencia humana, el artículo 6° del Código Civil establece que, aun los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de la integridad física son válidos si están inspirados por motivos humanitarios. Esto, hace prever la factibilidad jurídica de admitir por lo menos la práctica de la maternidad subrogada altruista. Si esto es así, el mayor escollo con el que se enfrenta el legislador, si permitiese “solo” la maternidad subrogada altruista, es el de poder garantizar de que efectivamente se trate de un convenio a título gratuito y no de un acto que conlleve una contraprestación soterrada. Aunque, una posible solución sería establecer una condición objetiva de la cual se presuma el sentimiento de generosidad de la mujer subrogante, la que bien podría ser que la aspirante a gestante sea un familiar o una persona del entorno más cercano de los padres de intención.

Por otro lado, cuando la gestación por sustitución es altruista no cabe hablar de contrato, pues el artículo 1351° del Código Civil establece que: “El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”; por ello, al no existir una relación de carácter patrimonial, no podría considerarse que en este caso estamos frente a un contrato como tal, ahora, según Fernando Vidal Ramírez (2016) cualquier contrato es una convención, pero no toda convención resulta ser un contrato, pues este tiene un contenido patrimonial, en cambio aquel es un acuerdo de voluntades regulador de intereses de diversa índole. Por ende, al referirnos al acto jurídico sobre gestación por sustitución altruista, el término preciso es: “convenio”.

2.3. Orden público y maternidad subrogada

El estado natural del ser humano es la libertad, qué duda cabe, pero en un mundo de iguales la esfera de libertad de unos no puede subyugar la de otros. En atención a ello, el Estado impone límites al libre albedrío del ser humano. Con acierto opina Cancino (1979, citado en De La Puente y Lavalle, 2017) en igual sentido: “cuando afirma que no se concibe el ejercicio de la autonomía privada sino en la estructura de una libertad reconocida y amparada por el ordenamiento jurídico”. Es en virtud de lo anterior que la legislación de orden público constituye uno de los óbices al arbitrio de la libertad humana, pues todo acto contrario a las leyes que interesen al orden público deviene en nulo de pleno derecho.

Es conveniente delimitar el concepto del obstáculo de la autonomía privada impuesto por nuestro orden jurídico civil contenido en el artículo V del título preliminar del Código del 84: el orden público. El concepto de orden público es diverso, sin embargo, Vidal Ramírez (2016) parece resumir en una sola frase como entender esta categoría: “El orden público se origina en la organización social y se expresa en el ordenamiento legal, estableciéndolo el Estado” (p. 97). De esta manera, se nos permite colegir de que el orden público se manifiesta a través de una disposición normativa imperativa, de obligatorio cumplimiento, imprescindible por la voluntad de las partes. Esto no quiere decir que sean preceptos perpetuamente inexorables, pues pueden variar en sintonía con el marco coyuntural de una sociedad determinada.

Ahora corresponde analizar si en el ordenamiento jurídico peruano existe alguna norma imperativa que impida la práctica de la maternidad subrogada. En primer orden traigo a colación el artículo 1° de la Ley de leyes que literalmente dice: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, pero como he dicho, la práctica de la gestación por sustitución no tiene por qué implicar necesariamente una afectación a la dignidad. Con una debida regulación se puede garantizar el digno respeto de la autonomía de la mujer gestante y el derecho del menor a nacer en el seno de una familia que le provea y asista en todo lo que necesite.

Por su parte, el art. 6° del Código Civil prohíbe actos de disposición del propio cuerpo. Dicho precepto normativo establece la proscripción de desprenderse de partes del cuerpo que ocasionen una disminución permanente de la integridad física. Lo que no es contrario a la maternidad subrogada, después de todo tal práctica no supone el desprendimiento de ninguna parte del cuerpo, claro está si se toman las precauciones médicas necesarias para mantener el riesgo al mínimo (riesgo aceptado en el proceso de gestación). Asimismo, no debo soslayar de que el artículo en comento establece excepciones basados en el estado de necesidad, la prescripción médica y en motivos humanitarios. Es decir, aun cuando se considere que la práctica de los vientres de alquiler contraviene el mencionado dispositivo legal, esta práctica encontraría su lugar armonioso en nuestro ordenamiento si se funda en las salvedades indicadas.

Así, llegamos a la aproximación legislativa más cercana sobre la gestación por sustitución, la misma que se encuentra en la Ley General de Salud, específicamente en el artículo 7°, el mismo que reza: “Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona (...)”.

No obstante, si bien es cierto, el enunciado citado indica que es un derecho emplear los medios idóneos para procrear siempre que la condición de madre genética (quien aporta el ovocito) y la madre gestante coincida en una misma mujer, no es menos cierto que tal prescripción no constituye una prohibición normativa. Aunque se podría considerar que de este enunciado normativo se deduce la proscripción de toda práctica en la que la condición de madre genética y madre gestante recaigan sobre personas distintas, lo cierto es que los enunciados que establezcan normas prohibitivas deben estar concatenados con una sanción a manera de consecuencia jurídica, por ejemplo, en el ámbito penal si observamos el artículo 106° del Código Penal, este describe una conducta típica: “el que mata a otro”; y se le atribuye una consecuencia: “será reprimido con una pena...”, de esto se deduce la prohibición de matar, por tanto, desde esta perspectiva, no parece ser que el artículo 7° de la Ley General de Salud prevea una norma de carácter prohibitiva, sino solo el reconocimiento de un derecho.

El hecho de que el ordenamiento jurídico no reconozca como derecho a una práctica no significa prohibirla. El estado natural de la persona es la libertad, y como tal se encuentra reconocido en el artículo 2°, inc. 24 apart. a. de la Constitución Política: “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”. El hecho de que la ley no

reconozca como derecho al uso de técnicas de reproducción humana asistida para procrear cuando la condición de madre genética y gestante no reside en la misma mujer no implica deducir, desde el punto de vista jurídico, una prohibición normativa.

Existen múltiples prácticas no reconocidas como derechos y aun así nadie negaría su legítimo uso. Por ejemplo, fumar un cigarrillo, la ingesta de comida rápida o someternos a una cirugía estética; son prácticas cotidianas, pero no son prácticas elevadas a la categoría de “derechos”. Esto no implica su prohibición, a pesar que algunas podrían ser nocivas para la salud. Digamos que se encuentran embebidas dentro de la libertad natural del ser humano. Además, por el principio de taxatividad, toda norma prohibitiva debe ser explícita para reducirla a su mínimo contenido. Por todo ello, de una interpretación correcta del precepto normativo contenido en el artículo 7° de la Ley General de Salud, no se desprende la prohibición de la maternidad subrogada, sino solo el derecho de recurrir a las TERAS para procrear cuando la mujer que aporta el gameto es la misma que soportará el parto.

2.4. Práctica contraria a las buenas costumbres

El concepto de esta categoría viene determinado por su contenido moral: “Las buenas costumbres son entendidas como los cánones fundamentales de honestidad pública y privada a la luz de la conciencia social” (Bianca, 1987, citado en Espinoza, 2002, p. 311). En palabras de Aníbal Torres Vásquez (2018): “Es contrario a las buenas costumbres el acto calificado como escandaloso o inmoral en una determinada sociedad” (p. 1279). Cabe preguntarnos si, de manera alguna, la práctica de gestar por otros puede ser reputada como inmoral dentro de nuestra sociedad.

El concepto “buenas costumbres” es excesivamente impreciso, pero, aun así, si tenemos en cuenta la existencia del estado de necesidad de los comitentes o si se exalta, en algunos casos, el altruismo de la gestante, considero que la gestación por sustitución no es contraria a la moral social. Así parecen entenderlo algunos jueces de la Corte Superior de Justicia de Lima, al haber resuelto un caso de maternidad subrogada heterónoma (se produce cuando se recurre a la donación de material genético de un tercero).

El caso se tramitó en el Expediente N.º 06374-2016-0-1801-JR-CI-05 y los hechos pueden resumirse en que el matrimonio conformado por el Sr. Nieves y la Sra. Ballesteros no podía procrear. Los óvulos de la Sra. Ballesteros no llegaban a su estado de maduración para poder concebir, motivo por el que, deciden recurrir a la ovodonación y posterior reproducción *in vitro*, sin embargo, después de que el producto se implantara en el útero de la Sra. Ballesteros se produjo un aborto espontáneo. Así, se recomendó como último, y único, método para convertirse en padres, a la gestación por sustitución. El procedimiento resultó un éxito; y, como resultado nació una pareja de mellizos. No obstante, los menores fueron inscritos por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) como hijos de la mujer subrogante y el Sr. Nieves, quien sí aportó el gameto masculino. De ese modo, tanto los comitentes como la mujer gestante y su esposo interpusieron una demanda de amparo contra la RENIEC para que los

menores fueran inscritos con los apellidos de los padres de intención. La demanda se basó en la vulneración del derecho a la identidad del menor en atención del interés superior del menor. Es así que, el 21 de febrero de 2017, el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia declaró fundada la demanda y, con fecha 28 de junio de 2017, la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, confirmó la resolución de primer grado.

Como puede verse, el caso expuesto es un claro ejemplo de una situación justificada de la maternidad subrogada desde punto de vista moral. Ninguno de los jueces intervinientes vio en “las buenas costumbres” un óbice para impedir el vientre de alquiler. En todo caso, estaríamos ante un estado de necesidad, lo que justificaría jurídica y moralmente la permisión, por lo menos en algunos casos, de la gestación por sustitución.

Sin embargo, los supuestos más polémicos a este respecto, en el Perú, tendrían lugar cuando los comitentes fueran una pareja homoafectiva. Esto, resultaría así porque, en nuestro país, el artículo 378° inc. 1 del Código Civil estipula como uno de los requisitos para adoptar, a la solvencia moral. Este requisito, ha sido interpretado según sostiene Varsi Rospigliosi (2014) desde una postura conservadora:

Esta postura alega que es necesario que el adoptado ingrese a una familia que permita su desarrollo personal integral en un ambiente familiar con valores éticos y morales y que tal finalidad no se podría llevar a cabo, en el marco de la homoparentalidad que supone la familia homoafectiva. De esta manera se estaría condicionando al adoptado, a solo poder formar parte de una familia heterosexual. (p. 536)

Ahora bien, la maternidad subrogada y la adopción no comparten la misma naturaleza jurídica, pues esta precisa un estado de abandono del menor mientras que aquella no, por efecto derivado de la voluntad procreacional. Sin embargo, no puedo negar la suspicacia de la gestación por sustitución de parejas homosexuales por la forma como se ha interpretado el artículo 378° del Código Civil, dado que, en ambas figuras (maternidad subrogada y adopción) se pretende establecer un vínculo filial. No obstante, de acuerdo a la Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017, la Corte Interamericana de Derechos Humanos exhortó a los Estados miembro a garantizar los mismos derechos tanto a parejas heterosexuales, como a parejas homosexuales, por lo que, la regulación jurídica debería tender a garantizar un escenario igualitario indistinto para cualquier pareja.

2.5. El objeto del convenio

No cabe posibilidad alguna de que el objeto del convenio de la gestación subrogada sea el recién nacido. Se ha entendido que el objeto de la maternidad subrogada es la prestación de un servicio: “el alquiler de vientre”, con la finalidad de traer al mundo a un nuevo ser e integrarlo a una familia distinta a la de quien lo gestó, pero que lo deseó. Así las cosas, el propósito

perseguido no es contrario al orden jurídico, en consecuencia, el fin del acto jurídico es lícito, pero como es evidente, no se trata de cualquier prestación, sino de una que debe regularse con sumo cuidado.

De lo anterior, se sigue que el objeto del convenio solo debería ser la prestación de un servicio, pero si es así, ¿la gestante no dispondría del vínculo filial? O es que existe otro factor determinante de la relación parental además del hecho del parto. Pero, entonces, ¿cómo se determina la filiación en esta clase de convenios?

Antes de responder a las preguntas formuladas, es oportuno aclarar que, las innovaciones tecnológicas permiten identificar hasta tres tipos de mujeres vinculadas al nacimiento del concebido: a) La madre gestante, quien alumbró al nuevo ser; b) La madre genética, quien aporta el óvulo; c) La madre de intención, quien tiene la voluntad de procrear; así, la coincidencia de todas las características acarrea un estado de plenitud.

Ahora bien, cuando la madre de intención aporta el gameto femenino, a pesar de no haber gestado, existe un vínculo genético con el menor, de igual manera, el padre que aporta su espermatozoide para la fecundación *in vitro* mantiene un vínculo genético con él, pero, en cualquier caso, si no aportan material genético, la única forma de mantener el vínculo de filiación con el menor implicaría recurrir enteramente a la voluntad procreacional.

Por otra parte, hasta ahora he utilizado los términos maternidad subrogada y gestación por sustitución indistintamente, sin embargo, existe una diferencia que podría incidir en lo mencionado. En ese sentido, la diferencia entre una y otra se circunscribe a la aportación del material genético, pues mientras que en la maternidad subrogada la gestante aporta material genético (por ello se le denomina maternidad) en la gestación por sustitución la gestante no lo hace. En el Estado de Tabasco, México, el legislador se ha pronunciado en ese sentido:

Respecto de las formas de gestación por contrato, el artículo 380 Bis 2, indica que éstas pueden ser: Subrogada, que implica que la gestante sea inseminada aportando sus propios óvulos y que, después del parto, entregue el recién nacido a la madre contratante mediante adopción plena y; Sustituta, que implica que la gestante sea contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión obtenido por la fecundación de gametos de la pareja o persona contratante. (Cáceres Lara, 2018, p. 9)

En esta línea, en el supuesto de la maternidad subrogada propiamente dicha, tenemos que la mujer subrogante no solo gesta, sino también aporta material genético. Esto hace más fuerte el vínculo paternofilial desde el punto de vista biológico. Esta hipótesis, no solo implica alquilar el vientre de la gestante, también hacer que ella renuncie al vínculo genético con el menor, por ende, el objeto del convenio comprendería, además, a la filiación biológica del menor. Así, el objeto de este acto jurídico podría ser considerado jurídicamente imposible, al pretender disponer de la relación filial del menor. Sin embargo, los supuestos de impedimento fáctico de aporte de material genético, tanto masculino como femenino, serían situaciones que, por

necesidad, se recurra a la donación de gametos. En estos casos, el o la donante deben renunciar al vínculo genético también.

Prohibir estas hipótesis implicaría condenar a las personas que por sí mismas no pueden aportar material genético o necesiten el complemento del gameto que portan para hacer posible la singamia. Aunque tal situación podría ser considerada como semejante a la adopción, sería preferible que la madre de intención pudiera aportar el gameto femenino. Esto serviría como condición objetiva para establecer el vínculo filial. Por tanto, en el caso específico de la mujer, la voluntad procreacional prima si la gestante no aporta material genético, pero eso no implica descartar la hipótesis de la “ovodonación”, solo significa que, sería preferible que la donante del gameto no sea la misma mujer que soporte el proceso de gestación.

De otro lado, no puede soslayarse el interés superior del menor. Este principio debe ser entendido en cada caso en concreto de forma que se garantice el mejor escenario posible para el desarrollo del menor en el ámbitos social, económico, afectivo y de cualquier otra índole que le beneficie. La maternidad subrogada no vulnera el interés superior del menor, “[p]or el contrario, el interés superior del niño exige la regularización de la gestación por sustitución, es decir, de un marco legal que lo proteja y le brinde seguridad jurídica, permitiendo que las personas que quieren ser padres puedan serlo, y que esa filiación sea reconocida legalmente” (Valdés, 2014).

3. ¿La Maternidad subrogada es compatible con el ordenamiento jurídico peruano?

De lo expuesto, se puede colegir que la maternidad subrogada, con ciertos límites, puede encontrar un espacio viable en nuestro ordenamiento jurídico. Primero, porque, en principio, no debería suponer necesariamente la afectación de la dignidad de la gestante ni la del menor; segundo, porque el Estado debe velar por el respeto de la autonomía de la persona humana; y, tercero, porque, sencillamente, no existe disposición normativa que la prohíba.

El Derecho, a través de la historia, siempre se ha visto superado por la realidad social. Partiendo de esta premisa, la humanidad ya debería saber que, influye más la realidad en el Derecho que el Derecho en la realidad; y, la polémica práctica de la gestación por sustitución es un ejemplo saltante de este simple, pero obvio, aserto. Por tanto, el legislador no debería proscribir la práctica de gestar por encargo, sino más bien regularla. No podemos basarnos en algunas experiencias negativas para satanizar a la maternidad subrogada en sí misma, por el contrario, aprendiendo de ellas podríamos identificar su empleo legítimo en la formación de una familia.

CONCLUSIONES

Cada persona es un fin, por tanto, no puede ser un medio, pero si cada individuo necesita a otro semejante a él para satisfacer sus pretensiones en el desarrollo de su vida, se estaría sirviendo de este otro y lo estaría tratando como un medio. Sin embargo, lo que caracteriza a un medio es que su valor radica en su utilidad; al perder su utilidad, pierde su valor. Por el contrario, la

persona tiene un valor intrínseco, es decir, vale en sí misma. En consecuencia, incluso si dejamos de ser útiles en el proyecto de vida de otro, nuestro valor permanece, y cuando aún servimos al plan vital de otro, debemos ser tratados no “solo” como un medio. Lo cual se logra, siempre que, reconociéndonos iguales, se garantice la persecución de nuestro propio proyecto de vida. En suma, la persona humana es un fin en sí mismo cuando construye su sendero de vida con autonomía y un medio cuando sirve en el sendero de otros, por ende, es un fin y a la vez un medio.

La autonomía privada es el espacio individual de actuación moral de la persona humana. Es por ello, que podemos decidir autoimponernos soportar obligaciones, aun si no deseamos a travesar los padecimientos que conlleven. Sin embargo, la aceptación de un padecimiento resulta contraria a nuestra autonomía cuando actuamos por coacción moral. Si aceptamos una situación producto de un avasallante estado de necesidad, yendo en contra de nuestra conciencia moral, dicha aceptación atenta contra nuestra autonomía, pues no se puede decidir autónomamente al estar compelido por fuerzas externas contrarias al sentido moral de la persona humana.

La dignidad humana y la autonomía privada, aunque diferentes, son aspectos connaturales de la persona, por ende, no son contrarias, son parte de la esencia de un mismo ser. Por la autonomía el ser humano construye su propio sendero vital de acuerdo a sus convicciones morales, por la dignidad se garantiza que ningún proyecto de vida quede subyugado al de otro, pues todos actuamos dentro del mismo espacio de igualdad.

Aceptar gestar por encargo no supone afectar necesariamente la dignidad de la subrogante desde el punto de vista kantiano si su autonomía es respetada; y, tampoco supone cosificar al recién nacido si se tiene en cuenta que el objeto del contrato es el alquiler del vientre y que el nacido tendrá su propio proyecto de vida. Sin embargo, también es cierto que, la mujer subrogante y el recién nacido pueden sufrir tratos contrarios a toda idea de dignidad si no existen límites a la práctica de la maternidad subrogada. En ese sentido, el Derecho debe tender al máximo espacio de libertad desde la igualdad, lo que implica posibilitar el empleo de mecanismos jurídicos tendientes a garantizar el respeto de la autonomía y la dignidad de la persona humana, pues tolerar el abuso, como impedir el uso de la maternidad subrogada sería igualmente de draconiano.

La maternidad subrogada persigue un legítimo deseo de los comitentes: traer al mundo a un nuevo ser. Pero si no regulamos con el debido cuidado esta práctica, el egoísmo económico de poder, podría generar un trato indigno tanto de la mujer gestante, como la del recién nacido. No obstante, sea cual fuere la adopción legislativa (permisión o prohibición), es innegable la urgencia de su regulación, pues sin ella, la relación paternofamiliar cae en un estado de incertidumbre jurídica, lo que constituye una flagrante violación al derecho fundamental a la identidad del recién nacido. Así, pongo de realce el interés superior del menor a efectos de propender una adecuada regulación del convenio de la gestación subrogada.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Atienza, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Editorial Trotta.
- Atienza, M. (2018, 19 de enero). *Propuestas para una regulación de la Gestación Subrogada* [ponencia]. Jornadas de debate sobre maternidad subrogada. <https://bit.ly/3kNh7om>
- BBC Mundo. (2014, 2 de agosto). *Pareja australiana abandona bebé con síndrome de Down de madre subrogada*. <https://bbc.in/2YZX0Md>
- Bolívar, Alejandra. (2018, 25 de noviembre) *¿Por qué India decidió prohibir el alquiler de vientres?* La Crítica. <https://bit.ly/3lupzcp>
- Cáceres Lara, M. T. (2018). *Legislación comparada sobre gestación subrogada en el continente americano*. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile - Asesoría Técnica Parlamentaria. <https://bit.ly/3mDGg5O>
- Chávez-Fernández Postigo, J. C. (2020). Waldron y la dignidad: el problema del fundamento de los derechos humanos. *Derecho PUCP*, (85), 247 - 276. <https://bit.ly/3zcg0Cc>
- Corte Superior de Justicia de Lima. (2017, 21 de febrero). Sentencia recaída en el Expediente N.º 06374-2016-0-1801-JR-CI-05. <https://bit.ly/3DgiIMY>
- De La Puente y Lavalle, M. (2017). *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Tomo I. Palestra Editores.
- Diez-Picazo, L. (1996). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Tomo I. Editorial Civitas.
- Espinoza Espinoza, J. (2002). *El orden público y las buenas costumbres en la experiencia jurídica nacional*. *Ius Et Veritas*, 12 (24), 302-313. <https://bit.ly/3oLXlx3>
- Fernández Sessarego, C. (2016). *Derecho de las personas*. Instituto Pacífico.
- Fernández Sessarego, C. (2015). *Derecho a la Identidad Personal* (2º ed.). Instituto Pacífico.
- Kant, I. (2012). *Fundamentación para una Metafísica de las Costumbres* (R. R. Aramayo, ed. y trad.) Alianza editorial (original publicado en 1785).
- Nino, C. S. (1989). *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. Editorial Astrea.
- Ramírez, Fernando Vidal (2016). *El Acto Jurídico*. Instituto Pacífico.
- Soberón, E. R. (2006). La crisis de la iglesia en los siglos XV y XVI.: las discusiones en torno al libre albedrío y la justificación: la dignidad del hombre y la conciencia individual. In *Así en la tierra como en el cielo: manifestaciones cotidianas de la culpa y el perdón en la Nueva España de los siglos XVI y XVII* (1st ed., pp. 25–56). El Colegio de México. <https://bit.ly/3lADTjq>
- Torres Vásquez, A. (2018). *Acto Jurídico*. Volumen II. Jurista Editores.
- Tribunal Constitucional (2006, 20 de abril). Sentencia recaída en el Expediente N.º 2273-2005-PHC/TC (Karen Mañuca Quiroz Cabanillas). <https://bit.ly/3Ohh2Jx>

Tribunal Constitucional (2007, 18 de diciembre). Sentencia recaída en el Expediente N.º 10087-2005-PA/TC, 2007 <https://bit.ly/44P6oz5>

Valdés, C. (2014). La Maternidad Subrogada y los derechos de los menores nacidos mediante el uso de esas técnicas. *Anuario de la Facultad de Derecho* (vol. XXXI), 459-482. <https://bit.ly/3FCppIY>

Varsi Rospigliosi, E. (2013). *Tratado de Derecho de Familia*. Tomo IV. Gaceta Jurídica.

LA APLICACIÓN DE LA LEY N.º 31298 Y LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES ADQUIRIDOS POR LOS LOCADORES DE SERVICIOS EN LAS ENTIDADES PÚBLICAS

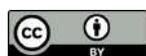
THE APPLICATION OF LAW NO. 31298 AND THE VIOLATION OF LABOR RIGHTS ACQUIRED BY SERVICE PROVIDERS IN PUBLIC ENTITIES

Fecha de recepción: 05/06/2023
Fecha de aprobación: 05/09/2023

Rusbeyra Nataly Montalvo Santisteban

Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo
natym2512@hotmail.com

 <https://orcid.org/0000-0002-6761-1602>



e-ISSN: 2961-2934

<https://doi.org/10.61542/rjch.1>

RESUMEN

El propósito de esta investigación es analizar si la aplicación de la Ley N.º 31298 resulta en la vulneración de los derechos laborales adquiridos por los trabajadores contratados bajo la modalidad de locación de servicios en el ámbito público. Desde la implementación de esta norma, se han establecido plazos para que estos trabajadores se adapten y participen en concursos públicos basados en méritos, con el objetivo de acceder a plazas bajo los diversos regímenes laborales del Estado. No obstante, debido a la naturaleza abierta y pública de estos concursos, no existe una garantía inequívoca de acceso a las plazas, lo que podría eventualmente dar lugar al término de sus contratos y, por ende, a la potencial vulneración de sus derechos laborales.

Palabras claves

Contrato de locación de servicios, desnaturalización, derechos laborales, primacía de la realidad.



ABSTRACT

The purpose of this investigation is to analyze whether the application of Law No. 31298 results in the violation of the labor rights acquired by workers hired under the modality of location of services in the public sphere. Since the implementation of this norm, deadlines have been established for these workers to adapt and participate in public competitions based on merit, with the aim of accessing positions under the various labor regimes of the State. However, due to the open and public nature of these contests, there is no unequivocal guarantee of access to the positions, which could eventually lead to the termination of their contracts and, therefore, to the potential violation of their labor rights.

Keywords

Services lease contract, denaturalization, labor rights, primacy of reality.

RÉSUMÉ

Le but de cette enquête est d'analyser si l'application de la Loi n° 31298 entraîne la violation des droits du travail acquis par les travailleurs embauchés sous la modalité de mise à disposition de services dans le domaine public. Depuis la mise en œuvre de cette norme, des délais ont été établis pour que ces travailleurs s'adaptent et participent à des concours publics basés sur le mérite, dans le but d'accéder à des postes relevant des différents régimes de travail de l'État. Cependant, en raison du caractère ouvert et public de ces concours, il n'y a aucune garantie incontestable d'accès aux postes, ce qui pourrait éventuellement entraîner la résiliation de leurs contrats et, par conséquent, la violation potentielle de leurs droits du travail.

Mots-clés

Contrat de location de services, dénaturalisation, droits du travail, primauté de la réalité.

INTRODUCCIÓN

Dentro del contexto de una administración pública de dimensiones reducidas y en respuesta a la necesidad de contar con más personal para cumplir con los requisitos legales de los ciudadanos que buscan servicios de las instituciones estatales, surgió una opción para de manera progresiva incorporar trabajadores a través de la modalidad de Locación de Servicios. Esto está regulado por el artículo 1764 del Código Civil y tiene como propósito encubrir la existencia de un contrato laboral. “Si en el vínculo de carácter civil se encuentran los atributos de un contrato de trabajo, tendríamos realmente un vínculo laboral, oculta como un contrato de naturaleza civil” (Toyama Miyagusuku & Higa García, 2011).

El uso inapropiado de este tipo de contratos por parte de los responsables de las instituciones ha resultado en la creación de una nueva medida legal, conocida como la Ley N.º 31298. “Ley que prohíbe a las entidades públicas contratar personal mediante la modalidad de locación de servicios para actividades de naturaleza subordinada” (Congreso de la República, 2020).

Esta implementación ha tenido un impacto significativo en el sistema legal de Perú y en los trabajadores que se ven afectados por esta situación. El problema principal radica en que, debido a la aplicación de la Primera disposición complementaria de la norma, estos trabajadores se encuentran en una posición de vulnerabilidad. En primer lugar, no tienen la certeza de poder acceder a la plaza que está sujeta a un concurso, ya que no se garantiza la protección de sus derechos laborales adquiridos ni su seguridad laboral. Asimismo, surge una aprehensión en relación a la eventual transgresión de lo regulado en el artículo 22º de nuestra norma suprema, el cual establece y garantiza los preceptos fundamentales en materia de derechos laborales de los trabajadores.

Además, al disponer de vacantes en procesos de concurso, se brinda la oportunidad para que cualquier persona que cumpla con los criterios establecidos para el puesto pueda involucrarse en el proceso de selección y, en última instancia, tener la posibilidad de ser seleccionada como la persona elegida. Esto está en línea con lo estipulado en el artículo 5º de la Ley N.º 28175, la Ley Marco del Empleo Público, que no concede exclusividad a los trabajadores que ya estén laborando en instituciones públicas bajo la modalidad de locación de servicios y que trabajen de manera subordinada. Esta situación plantea el riesgo de que estos trabajadores puedan perder sus empleos.

En efecto, la implementación de esta norma tendría un impacto laboral directo en los trabajadores de las instituciones públicas que están empleados bajo la modalidad de locación de servicios con una naturaleza subordinada. Estos trabajadores serían los protagonistas principales de las consecuencias derivadas de la Ley N.º 31298.

El presente artículo científico se realiza en base al trabajo de investigación “Ley N.º 31298 y los derechos laborales adquiridos de los trabajadores contratados por locación de servicios en la municipalidad distrital de Túcume”, Dada la situación evidente y concreta, es crucial reforzar el marco legal de las regulaciones laborales, alineándolas con la realidad social actual. Esto es

esencial para evitar una aparente vulneración de los derechos laborales y para prever los posibles efectos secundarios. Estos efectos podrían abarcar una serie de implicaciones adicionales que deben ser evaluadas a nivel legal. Reconocer los factores que están dando lugar a esta situación y, en base a ello, proponer una solución adecuada es fundamental.

1. Los contratos laborales en el marco del Estado constitucional

1.1. Estado social de Derecho

El concepto de Estado de Derecho Social, también conocido como Estado de Bienestar, asume la responsabilidad de no solamente velar por la libertad de los ciudadanos, sino también de asegurar la equidad en las posibilidades y el cumplimiento de las necesidades esenciales. Tanto es así que nuestra Constitución Política del Perú en el capítulo II de Título Primero señala “los derechos sociales y económicos enumerando entre estos al derecho a la salud, a la seguridad social, a la educación, al trabajo, a la remuneración equitativa y suficiente, a la jornada máxima de ocho horas, a la protección adecuada contra el despido arbitrario (...)” (Blancas Bustamante, 2019, p. 44).

En base a lo anteriormente señalado podemos indicar que nuestra Constitución busca promover mecanismos que permitan garantizar el desarrollo integral de los derechos reconocidos por la norma magna, en donde el más beneficiado sea el trabajador. Por ende, lo que debe prevalecer es el respeto a la dignidad humana, y la eficiencia de los derechos humanos.

1.2. Contrato por locación de servicios

En el artículo 1764 del Código Civil Peruano, se brinda una descripción del Contrato de Locación de Servicios de la siguiente manera: “Por la locación de servicios el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución” (Congreso de la República, 1984). Es posible deducir que el contrato de prestación de servicios se enmarca dentro del ámbito civil. En este tipo de contrato, el individuo al que nuestro código hace referencia como "locador" proporciona sus servicios sin estar sujeto a la autoridad del empleador, también conocido como "comitente". A partir de esta premisa, surge la interrogante sobre la naturaleza de los "servicios". En este contexto, se entienden como las responsabilidades que deben ser cumplidas.

La noción de "obligaciones" se refiere a las tareas desempeñadas por el locador con el propósito de satisfacer al comitente. Aunque este contrato se caracteriza por dos elementos definidos: la prestación personal y la compensación acordada, es importante señalar que no implica una relación de subordinación. Aquí es donde surgen preguntas adicionales: ¿Qué implica que el locador no esté sujeto a la subordinación del comitente? Esto denota que el locador actúa de manera independiente, gozando de la libertad de tomar decisiones y llevar a cabo acciones sin requerir dirección directa por parte del comitente.

Como lo indica una característica fundamental de este tipo de contrato, los servicios proporcionados carecen de dependencia. En este sentido, únicamente el locador se compromete a llevar a cabo el servicio por el cual ha sido contratado, a cambio de una compensación. Es precisamente esta contraprestación lo que define este contrato como oneroso.

La optimización de este tipo de contrato se logra a través del acuerdo y la voluntad compartida de las partes. De ahí que sea considerado un contrato bilateral y, por ende, consensual. En este escenario, la dependencia no tiene cabida, ya que el proveedor mantiene su autonomía y no está sujeto a instrucciones ni supervisión por parte del contratante. No obstante, se le otorga una recompensa por los servicios brindados.

1.3. El concepto de los derechos adquiridos

Rubio (2015), nos dice que “(...) lo que formalmente plantea la teoría de los derechos adquiridos es la ultraactividad de la normatividad bajo cuya aplicación inmediata se originó el derecho adquirido” (pp. 58-59). Se deduce que la teoría sostiene que el derecho originado por una norma persistirá, incluso si los legisladores la anulan posteriormente y la reemplazan. Esto se debe a la ultraactividad legal, lo que da lugar al derecho adquirido. En resumen, “las leyes posteriores no afectarán situaciones legales previas relacionadas con los derechos del trabajador” (Morales Luna, 2004).

Un estudio realizado por la Academia de la Magistratura “La Teoría de los derechos adquiridos garantiza que quienes adquieren un derecho al amparo de una determinada norma, la mantendrán aun cuando esta sea derogada. En consecuencia, aquellos trabajadores que adquirieron determinados derechos no pueden perderlos” (Morales Luna, 2004, p. 16). Así es, se reconoce que los efectos de una nueva ley no deberían perjudicar los derechos adquiridos en virtud de la norma previa. Estos derechos continuarán regidos por la normativa que estaba vigente al momento de su adquisición. A pesar de reconocer el efecto inmediato de la nueva ley, se preserva la intangibilidad de los derechos que se obtuvieron en el contexto de la legislación anterior.

De acuerdo a este estudio, “lo que pretende evitar es que una vez que se adquiere el derecho, no necesita siquiera que, al aprobarse una nueva norma el legislador prevea la ultraactividad de la normatividad anterior” (Morales Luna, 2004, p. 5). En esencia, esta teoría busca proporcionar seguridad jurídica, asegurando a los trabajadores que las condiciones bajo las cuales obtuvieron sus derechos permanecerán inalteradas. Por lo tanto, los derechos adquiridos por un proveedor de servicios, incluso en situaciones de subordinación, no pueden ser privados o afectados por las disposiciones de una nueva ley establecida por el legislador.

1.4. Ley N.º 31298 y su interpretación en base a los derechos de los trabajadores

La Ley N.º 31298, tiene como objetivo “[...] evitar la desnaturalización de la relación laboral, pues busca garantizar los derechos de los trabajadores que se encuentran bajo la modalidad de locación de servicios” (Congreso de la República, 2021).

La regla es precisa, los empleados y funcionarios gubernamentales deben asegurarse de que los contratos civiles mantengan sus elementos característicos inherentes, evitando cualquier alteración que pudiera resultar en la formación de una relación laboral con las entidades estatales. En caso contrario, estarían incumpliendo lo estipulado por la ley y cometiendo una infracción grave sujeta a sanciones administrativas. Esto se debe a que estarían transgrediendo el marco legal administrativo al llevar a cabo una acción ilícita y contraria al interés público.

Sin embargo, la Primera disposición complementaria final de la Ley N.º 31298, ha establecido que: “un plazo de adecuación de un año para que las entidades incorporen al régimen laboral que corresponda, previo concurso público de méritos, a los locadores que a la fecha de publicación de la norma están desarrollando labores de naturaleza permanente” (Congreso de la República, 2021).

En esta situación, la garantía de protección de los derechos laborales para estos trabajadores se ve comprometida. Esto es especialmente notorio debido a que nuestros legisladores han resaltado, a través de un dictamen, la relevancia del numeral IV del Título Preliminar del Decreto Ley N.º 10234 y del artículo 5º de la Ley Marco del Empleo Público “(...) el concurso público de méritos de una plaza vacante y presupuestada, implica que cualquier ciudadano que reúna el perfil del puesto y tenga hábiles sus derechos civiles, laborales, pueda participar en el respectivo proceso de selección para ser elegido ganador (...)” (Congreso de la República, 2020, p. 3).

De acuerdo a lo expuesto, se enfatiza que se establecen directrices particulares para identificar a un solicitante de manera apropiada conforme a sus méritos, sin tener en cuenta ningún tipo de discriminación o preferencia. Sin embargo, esta consideración se restringe debido a otro factor contemplado en la normativa convencional, el cual señala que: “(...) al reservarse las plazas concursables para un grupo exclusivo de beneficiarios sin que exista una razón objetiva para dicho favorecimiento, estaría vulnerando el derecho de los ciudadanos para acceder a la función pública en condiciones de igualdad” (Congreso de la República, 2020, p. 9).

Entonces, el Proyecto de ley en cuestión no garantiza la protección de las condiciones laborales de aquellos trabajadores cuyos contratos de prestación de servicios han sido alterados en su naturaleza. Esto se debe a que existen leyes que buscan impulsar políticas públicas con el objetivo de modernizar el Estado (Comisión de Trabajo y Seguridad Social, 2020). En esta línea, se propone que el personal que se integre al sector público lo haga a través de concursos públicos, con el fin de alcanzar una administración eficiente, productiva y efectiva de los recursos estatales. Sin embargo, esta medida no asegura la preservación de las condiciones laborales de quienes han tenido un cambio en la esencia de sus contratos de servicios.

En este contexto, si no se establece de manera clara el destino de los trabajadores en caso de no ser seleccionados para las plazas convocadas, podría interpretarse como una violación de lo estipulado en el artículo 23 de nuestra norma suprema “(...) ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador” (Congreso de la República, 1993).

De esta manera, la Ley 31298 no aborda de manera efectiva el problema. En consecuencia, los funcionarios y empleados aún pueden continuar utilizando este tipo de contrato sin reconocer el vínculo laboral existente entre el trabajador y la entidad. Esto se hace con el propósito de evitar otorgar los beneficios sociales correspondientes, lo que lleva a que el trabajador tenga que recurrir a instancias judiciales para buscar el debido proceso y la protección judicial de sus derechos. Esta situación pretende prevenir la vulneración de sus derechos laborales.

2. Métodos

2.1. Método exegético

Se optó por esta metodología con el fin de comprender en profundidad la aplicación de la Ley N.º 31298 en lo que respecta a la posible vulneración de los derechos laborales ya consolidados de los empleados contratados bajo la modalidad de locación de servicios en entidades gubernamentales. Mediante este enfoque, fue posible recopilar datos concretos que, al ser sometidos a un análisis detenido, permiten establecer comparaciones y contrastes que respalden o refuten la hipótesis planteada previamente.

2.2. Método descriptivo

Facilitó la elaboración de descripciones, explicaciones, definiciones y revelaciones de los rasgos y atributos de las clasificaciones legales asociadas con el asunto, al mismo tiempo que se analizó su operatividad en el contexto social actual.

3. Los enunciados normativos y su desarticulación con la realidad

3.1. ¿La Ley N.º 31298, busca garantizar los derechos de los trabajadores que se encuentran bajo la modalidad de locación de servicios?

En nuestra nación, el Estado es el principal impulsor del excesivo uso del contrato de carácter civil, y esto se debe en gran parte a que, durante muchos años, a través de sus tres niveles de gobierno, ha estado encubriendo relaciones laborales. Contrata personal para llevar a cabo tareas que son de carácter indefinido y subordinado, todo con el propósito de evitar otorgar los beneficios laborales que legítimamente les corresponden a los empleados públicos.

En este contexto, las entidades gubernamentales al utilizar esta forma de contrato han intentado enmascarar la verdadera relación laboral del empleado, resultando en la alteración fundamental del contrato de Locación de Servicios. En virtud del principio de primacía de la realidad, se ha demostrado que las entidades públicas han empleado de manera maliciosa esta modalidad contractual para ocultar contratos de trabajo. A través de simulación o fraude laboral, han contratado personal bajo esta modalidad con el propósito de disfrazar contratos laborales. Dadas las numerosas similitudes entre ambos tipos de contrato, la distinción principal radica en la permanencia y subordinación. Esto puede conducir fácilmente a una transición de una relación civil a una laboral, lo que desencadena la pérdida de su naturaleza original.

Tal es así, que El Tribunal Constitucional (TC), en su función de salvaguardia de los derechos fundamentales laborales, habiendo reconocido la naturaleza constitucional de esta cuestión, ha precisado una definición del principio de Primacía de la Realidad basada en la posible discrepancia entre los acontecimientos prácticos y la documentación formal, dándole prioridad a lo que efectivamente ocurre en la realidad. Este hecho es tan relevante que se refleja claramente en la Sentencia del Tribunal Constitucional (2003), con respecto al expediente N° 1944-2022-AA/TC, donde se menciona “es aplicable el principio de primacía de la realidad, que significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero” (FJ. 3)

La Ley N. ° 31298 tiene como finalidad prevenir la alteración de la relación laboral, con el objetivo de proteger los derechos de los locadores. Sin embargo, no constituye una solución integral para la problemática en la administración pública. Si bien aborda situaciones futuras, no aborda la problemática real de los trabajadores que ya estaban empleados bajo contratos de locación de servicios antes de que la ley fuera promulgada. En consecuencia, esta ley no garantiza la protección de los derechos laborales de estos trabajadores al no incluirlos en el régimen laboral adecuado.

Así es, la norma efectivamente compromete la estabilidad laboral de los trabajadores al dejarlos sin la debida protección especial. Al no contar con un contrato laboral que les brinde respaldo, a pesar de estar llevando a cabo labores bajo un contrato contractual, quedan expuestos a la posibilidad de ser despedidos si no alcanzan el nivel requerido en el concurso público previsto por la norma. Este proceso se basa en una secuencia establecida por la regulación, lo que puede dificultar su adaptación y seguridad laboral. De acuerdo a Carrillo, para el Tribunal Constitucional en la Sentencia del EXP. N. ° 0025-2007-PI menciona “(..) por un lado, la estabilidad laboral de entrada, referido a la preferencia por la contratación de duración indefinida sobre la temporal, y por otro la estabilidad laboral de salida, referida a la prohibición de despido arbitrario o injustificado” (Montalvo Santisteban, 2022, p. 5).

En consecuencia, la implementación de la Ley N. ° 31298 en relación a los derechos adquiridos por los empleados contratados por locación de servicios en las instituciones públicas contradice los principios fundamentales del derecho laboral. Los principios de protección, primacía de la realidad, igualdad de trato y no discriminación se ven cuestionados debido a la incertidumbre que rodea la posibilidad de que el Estado, en su rol de garante, efectivamente resguarde los intereses de la parte más vulnerable: los trabajadores. Existe la posibilidad de que, a pesar de cumplir con todos los requisitos, el empleador no les permita acceder a un puesto que brinde estabilidad laboral, lo que a su vez les daría acceso a los derechos adquiridos a lo largo del tiempo al demostrar que en la práctica mantienen una relación laboral con la entidad.

Además, la Ley no ha establecido de manera efectiva las condiciones para salvaguardar los derechos del locador que no logre acceder a la plaza convocada. En esta situación, el trabajador queda expuesto a la eventualidad de que el empleador unilateralmente dé por finalizada su relación contractual, basándose en el argumento de que, al haber trabajado bajo un contrato de

naturaleza civil, no posee un vínculo laboral con la institución. Dado que no cumple con los requisitos establecidos para el concurso de la plaza, el trabajador no tiene la posibilidad de asegurar su continuidad laboral.

En este contexto, la regulación es paradójica, ya que no brinda protección al trabajador que ha desempeñado sus funciones de manera ininterrumpida por más de un año, lo que no asegura su permanencia en el puesto de trabajo. Esta situación deja al trabajador en una posición vulnerable, especialmente considerando que la Constitución de 1993 no menciona explícitamente la estabilidad laboral, pero sí establece una salvaguardia adecuada contra el despido injustificado.

En un intento de ser más preciso, esta situación no garantiza la transición completa del arrendador a los diversos regímenes estatales. Esto se debe a que, de manera indirecta, estaría brindando al empleador la facultad de poner fin al vínculo laboral mediante despidos justificados, alegando diversos motivos como bajo rendimiento, conducta inadecuada o faltas graves. En muchas ocasiones, estos motivos podrían ser inventados por el empleador con el propósito de eludir la obligación de otorgar estabilidad laboral y los beneficios pertinentes.

3.2. ¿La Ley N.º 31298, soluciona la práctica constante de contratación laboral utilizada por muchos años por la Administración Pública en base a las limitaciones presupuestales?

Las restricciones financieras dieron origen a un aumento en la flexibilidad laboral, lo cual impactó directamente en los acuerdos de trabajo. Surgieron nuevas oportunidades que llevaron a las organizaciones a gestionar su fuerza laboral restringiendo ciertos derechos de los trabajadores. Esta situación tuvo un efecto en todos los tipos de contratación, incluyendo el ámbito de las instituciones públicas. Debido a la necesidad de mantener la austeridad fiscal en medio de limitaciones presupuestarias, estas instituciones se vieron imposibilitadas de contratar personal en cualquier modalidad convencional. En respuesta, recurrieron a la estrategia de contratar personal bajo el concepto de "locación de servicios", transformando así la naturaleza de la relación laboral, antes de carácter civil, en una relación laboral propiamente dicha. Este cambio propició una alteración significativa en la concepción original de dichos contratos.

En otras palabras, debido a restricciones presupuestarias, el Estado optó por sustituir el contrato de trabajo por otra forma de acuerdo contractual para satisfacer las vacantes que surgían por necesidad en las instituciones públicas. Esto se debe a que la cuarta disposición transitoria de la Ley General Nacional de Presupuesto establece pautas específicas con respecto a la contratación de personal.

La admisión de personal ocurre únicamente si existe una posición presupuestaria designada. Cualquier acción que vaya en contra de este principio será considerada automáticamente inválida, sin eximir de responsabilidad al funcionario de la entidad que haya autorizado dichas acciones, así como a su superior jerárquico (Congreso de la República, 2010).

De hecho, con el propósito de alcanzar sus objetivos institucionales y al no tener plazas debidamente asignadas en el presupuesto, los dirigentes comenzaron a implementar este tipo

de acuerdos contractuales como una respuesta inmediata para resolver la situación. A pesar de tener pleno conocimiento de que esta práctica está prohibida, optan por ignorar esta restricción, lo que con el tiempo genera consecuencias negativas más graves. El personal comienza a trabajar de manera continua sin recibir ningún tipo de beneficio reconocido, como vacaciones, compensación por tiempo de servicios (CTS), asignaciones adicionales o bonificaciones, lo que provoca una alteración en la naturaleza de la relación laboral establecida. Como resultado, los individuos buscan hacer valer sus derechos recurriendo a otras instancias para que se determine su situación y para lograr su reintegración adecuada.

En la actualidad, las regulaciones presupuestarias estatales imponen restricciones en la contratación de personal, siendo una de ellas la obligación de que la plaza esté contemplada en el presupuesto. Esto da lugar a limitaciones a raíz de la discrepancia entre la necesidad pública de contratación y los fondos asignados para ello. Si el problema de presupuesto no ha sido resuelto, las condiciones que motivaron la adopción de contratos por locación persisten. Esto crea un entorno propicio para seguir recurriendo a esta modalidad de contratación en función de la flexibilidad, lo que puede llevar a la continuación de efectos perjudiciales en términos de los derechos de los trabajadores.

CONCLUSIONES

La implementación de la Ley N.º 31298 no garantiza la protección de los derechos laborales de los empleados contratados bajo la modalidad de locación de servicios. Esto se debe a que la normativa no ofrece una seguridad en cuanto al acceso a las plazas sometidas a concurso público, lo que tiene un impacto negativo en la estabilidad laboral. Esta situación es evidente en las instituciones gubernamentales que han utilizado contratos de este tipo, los cuales disfrazan una relación laboral genuina.

Se ha precisado que Las instituciones gubernamentales han estado utilizando este enfoque como una manera de disfrazar la relación laboral de los empleados bajo la apariencia de una naturaleza civil, lo que ha llevado a la alteración de su auténtico carácter. Ante esta situación, se presenta el principio de primacía de la realidad como un fundamento doctrinal crucial, con el propósito de proteger los beneficios laborales que han sido acumulados a lo largo del tiempo de servicio.

Es plausible adoptar un enfoque basado en la interpretación de la estructura legal de la Ley N.º 31298, cuyo objetivo es evitar la alteración indebida de los contratos civiles y salvaguardar los derechos de los trabajadores bajo la modalidad de locación de servicios. No obstante, esta estrategia no aborda plenamente el problema real que enfrentan los trabajadores en esta situación. De hecho, esta aproximación pone en peligro la estabilidad laboral de los empleados al no conferirles la protección inherente a un contrato laboral, lo que los expone a la posibilidad de ser despedidos si no logran cumplir con los méritos necesarios en un concurso público.

En este contexto, sugiero al Estado que, al elaborar regulaciones en el ámbito laboral, debería implementar una política laboral efectiva que no comprometa los derechos esenciales del

trabajador, tal como están reconocidos por la constitución y los fundamentos del derecho laboral. Esto es fundamental, incluso en situaciones en las que sea necesario abordar problemas específicos.

Adicionalmente, se propone la enmienda de la Ley N. ° 31298 con el fin de establecer una mayor transparencia en el proceso de regularización de aquellos contratistas de servicios que han estado realizando labores de manera continua y bajo supervisión en la entidad, en circunstancias que han desvirtuado la naturaleza de su contrato. Esto permitiría, en consonancia con el principio de primacía de la realidad, el reconocimiento de la relación laboral, con el objetivo de asegurar su estabilidad en el empleo. Esto, a su vez, evitaría que tengan que recurrir a demandas judiciales para buscar el reconocimiento de sus derechos laborales y su permanencia en la institución.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Blancas Bustamante, C. (2019). *Derecho Constitucional*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/170680/04%20Derecho%20Constitucional%20con%20sello.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Comisión de Trabajo y Seguridad Social. (2020). Dictamen de insistencia recaído de observaciones de la Ley N° 31298. *El Peruano*. <https://www.gacetajuridica.com.pe/docs/00945DC22MAY20210609-LA-LEY.pdf>
- Congreso de la República. (1984). *Código Civil Peruano*. Jurista Editores EIRL.
- Congreso de la República. (1993). *Constitución Política del Perú*. Jurista Editores EIRL. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/198518/Constitucion_Politica_del_Peru_1993.pdf
- Congreso de la República. (2010). Ley N° 28411, Ley General Nacional de Presupuesto. *El Peruano*. http://transparencia.mtc.gob.pe/idm_docs/normas_legales/1_0_31.pdf
- Congreso de la República. (2020). *Dictamen sobre observaciones de la Ley que prohíbe la contratación de locación de servicios*. https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Observacion_a_la_Autografa/OBAU00945-20210513.pdf
- Congreso de la República. (2021). Ley N° 31298, Ley que prohíbe a las entidades públicas contratar personal mediante la modalidad de locación de servicios para actividades de naturaleza subordinada. *El Peruano*. <https://busquedas.elperuano.pe/download/url/ley-que-prohibe-a-las-entidades-publicas-contratar-personal-ley-n-31298-1974970-7>
- Montalvo Santisteban, R. (2022). *La Ley N° 31298 y los derechos laborales adquiridos de los trabajadores contratados por locación de servicios en la municipalidad distrital de Túcume* [Tesis de abogada, Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo]. https://repositorio.unprg.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12893/10477/Montalvo_Santisteban_Rusbeyra_Nataly.pdf?isAllowed=y&sequence=1
- Morales Luna, F. (2004). La Reforma Constitucional y los Derechos Adquiridos. *Derecho & Sociedad*, (23), 275-287. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/16899>
- Rubio Correa, M. (2015). *El título Preliminar del Código Civil* (11 edición). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. <https://www.fondoeditorial.pucp.edu.pe/derecho/301-el-titulo-preliminar-del-codigo-civil.html>

Toyama Miyagusuku, J., & Higa García, A. (2011). La Prueba en el Derecho Laboral: El Proceso Inspectivo y la Justicia Oral. *Derecho & Sociedad*, (37), 220-231. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13175>

Tribunal Constitucional. (2003). *STC. EXP. N.º 1944-2002-AA/TC*. Lima, 18 de enero de 2003. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/01944-2002-AA.html>

LAS ACTUACIONES O INDAGACIONES PREVIAS DESDE LA ÓPTICA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PROCESAL

*THE PROCEEDINGS OR PRELIMINARY INQUIRIES FROM THE
PERSPECTIVE OF THE PRINCIPLE OF PROCEDURAL LEGALITY*

Fecha de recepción: 05/06/2023
Fecha de aprobación: 05/09/2023

Arturo Alexander Roberth Zavaleta Verde

Universidad Privada Antenor Orrego

alexzavaleta1993@gmail.com

 <https://orcid.org/0009-0003-4211-396X>



e-ISSN: 2961-2934

<https://doi.org/10.61542/rjch.6>

RESUMEN

En el presente artículo se analiza si el Ministerio Público, desde la óptica del principio de legalidad procesal, está facultado para realizar actuaciones o indagaciones previas a la calificación de noticia criminal; para tal efecto, primero se teoriza respecto al rol que desempeña el titular del ejercicio de la acción penal en la etapa de investigación; luego, se presenta la posición establecida por la Corte Suprema y la opinión de los doctrinarios del derecho procesal penal; concluyendo, que las actuaciones previas si tienen regulación en nuestra legislación, por tanto no son contrarias al principio de legalidad procesal.

Palabras claves

Actuaciones o indagaciones previas, calificación, noticia criminal, sospecha inicial simple, principio de legalidad procesal.



ABSTRACT

This article analyzes whether the Public Ministry, from the perspective of the principle of procedural legality, is empowered to carry out actions or inquiries prior to the classification of criminal news; For this purpose, first the role played by the holder of the exercise of criminal action in the investigation stage is theorized; then, the position established by the Supreme Court and the opinion of the doctrinaires of criminal procedural law are presented; concluding, that the previous actions are regulated in our legislation, therefore they are not contrary to the principle of procedural legality.

Keywords

Previous actions or inquiries, qualification, crime news, simple initial suspicion, principle of procedural legality.

RÉSUMÉ

Cet article analyse si le ministère public, du point de vue du principe de légalité procédurale, est habilité à entreprendre des actions ou des enquêtes préalables à la classification de l'information pénale ; à cette fin, le rôle joué par le titulaire de l'exercice de l'action pénale à l'étape de l'enquête est théorisé ; ensuite, la position établie par la Cour suprême et l'opinion des doctrinaires du droit de la procédure pénale sont présentées ; en concluant que les actions préalables sont réglementées dans notre législation, elles ne sont donc pas contraires au principe de légalité procédurale.

Mots-clés

Actions ou enquêtes préalables, qualification, information pénale, simple soupçon initial, principe de légalité procédurale.

INTRODUCCIÓN

Conforme sostenía el profesor Ramos Núñez (2018), por lo general la metodología de la investigación jurídica busca que se traten primero los casos y que se lleguen a las generalizaciones teóricas después (p. 59). Bajo esa óptica, en el presente trabajo tendremos como base fáctica que orientará nuestro posterior análisis teórico, la problemática suscitada en el contexto de una de las investigaciones iniciadas contra el vacado expresidente José Pedro Castillo Terrones, la cual es documentada en la carpeta fiscal N.º 124-2022, que se tramita en la Fiscalía de la Nación.

En la carpeta fiscal aludida en el párrafo precedente, mediante Disposición N.º 01 de 19 de julio de 2022, el despacho de la Fiscalía de la Nación, a raíz de la difusión de una entrevista al exministro del Interior Cosme Mariano González Fernández (noticia criminal), dispuso que previamente se reciba la declaración testimonial de la citada persona, diligencia que se llevó a cabo el 20 de julio de 2022, sin la participación de la defensa técnica del exjefe de Estado. Luego, con Disposición N.º 02 de 20 de julio de 2022, se inició diligencias preliminares de investigación contra Castillo Terrones en su condición (en ese momento) de presidente de la República, por la presunta comisión del delito de encubrimiento personal, en agravio del Estado.

La defensa técnica del exmandatario, articuló una tutela de derechos ante el señor juez de garantías del Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria, reclamando que el proceder del Ministerio Público, afecta el derecho al debido proceso en sus expresiones del principio de legalidad procesal y el derecho de defensa, que le asiste a su patrocinado. Considera (entre otros aspectos) que el Ministerio Público se inventó una figura (actuaciones previas) que la ley no contempla.

Teniendo como punto de partida el caso planteado, y como ya se habrá podido advertir, la problemática que nos ocupa es intentar dilucidar si el Ministerio Público, previo a calificar la noticia criminal, está facultado desde la óptica del principio de legalidad procesal, para realizar actuaciones o indagaciones previas.

1. El rol del Ministerio Público en la etapa de investigación conforme al Código Procesal Penal de 2004

El Ministerio Público adquiere autonomía con la Constitución Política de 1979, es así como terminó una larga etapa como un ente estrechamente ligado al Poder Judicial, pues conforme lo señala Cubas Villanueva (2009), antes “estuvo ubicado institucionalmente como un organismo dependiente del Poder Judicial que representaba el interés social y actuaba como auxiliar ilustrativo del juez o tribunal” (p. 179).

La norma jurídica fundamental de 1993, lo reafirma como un organismo autónomo, lo que significa que no depende de otro poder o institución del Estado; además, lo consagra como el



organismo encargado de dirigir la averiguación del delito desde el inicio del proceso, teniendo a la Policía Nacional como ente de apoyo.

La entrada en vigencia del CPP de 2004 ha traído consigo una nueva forma de abordar la indagación del delito, donde el MP es el órgano en el cual recae la función de conducción de la investigación. Ello no siempre fue así, recordemos que bajo las reglas del Código de Procedimientos Penales de 1940, la instrucción o periodo investigador, estaba en manos del juez instructor, el cual conforme lo preveía el artículo 49 de dicho cuerpo normativo, era el director de la instrucción y le correspondía como tal, la iniciativa en la organización y desarrollo de aquella etapa.

La función de indagación o averiguación que recae en el Ministerio Público, se cristaliza en la fase de investigación, la cual, junto a la etapa intermedia y el juzgamiento, constituyen los tres estadios del proceso penal común conforme lo ha diseñado el actual código adjetivo.

La etapa de indagación donde tiene señorío el fiscal, a su vez, está compuesta por las diligencias preliminares de investigación y por la investigación preparatoria formalizada, cada una de estas sub fases tienen sus propias características y objetivos; pero comparten el común denominador de que en ambas el órgano persecutor realiza actos de averiguación para reconstruir un hecho que acaeció en el pasado, y a partir ello, tomar la decisión procesal posterior que corresponda.

La Corte Suprema de Justicia (2018), en la Casación N.º 599-2018- Lima, ha enfatizado que las diligencias preliminares, como actuaciones iniciales del fiscal orientadas a una finalidad específica, no advierten un carácter jurisdiccional sino de indagación y averiguación; conforme al rol persecutor que le corresponde, posibilitan que pase a otra fase del proceso, si así lo decide, al instaurar la formalización de la investigación preparatoria o disponer el archivo definitivo.

Para el paso de las diligencias preliminares a la investigación preparatoria formalizada, debe existir sospecha reveladora de la existencia de un ilícito penal y probabilidad de intervención del encausado en el hecho delictivo. Para tal efecto, en el marco del proceso penal común, el fiscal ejercitará la acción penal mediante la disposición de formalización y continuación de la investigación, la cual, parafraseando a Reyna Alfaro (2009), constituye el inicio de la investigación preparatoria propiamente dicha, etapa que cumple la función de acopiar la información que permita establecer si existe causa probable de responsabilidad penal que habilite emitir acusación fiscal o, en su caso, solicitar el archivamiento del proceso.

El objetivo de la etapa procesal de investigación puede generalizarse en la reunión de elementos a fin de probar la existencia de un suceso histórico que con apariencia de delito fuera denunciado o conocido para formular una acusación que permita la apertura del debate oral público y contradictorio (Jauchen, 2016).

Se establece que, “a diferencia de la investigación preliminar, la investigación preparatoria si constituye una etapa jurisdiccional, ello en la medida que la disposición fiscal que la promueve debe ser comunicada al juez de la Investigación Preparatoria y al imputado” (Del Río Labarthe, 2018).

El rol de investigación que nuestro ordenamiento jurídico le ha conferido al Ministerio Público, se expresa en la realización de diligencias o actos de investigación que practica por sí mismo el fiscal o encomienda su ejecución a la Policía Nacional; sobre ello, el profesor Cesar San Martín (2015), señala:

Corresponde al fiscal orientar la labor de investigación. En tal sentido, debe realizar aquellas diligencias de investigación pertinentes y útiles, esto es, que exista una relación lógica entre el medio de investigación elegido y el hecho por esclarecer –pertinencia–, y que el medio de investigación tenga aptitud para alcanzar el fin de esclarecimiento que con él se persigue–utilidad–. La conducencia o idoneidad significa que el medio de investigación respectivo debe estar permitido por la ley, que con él sea factible jurídicamente acreditar el hecho investigado.

2. La noticia criminal

Para la Real Academia Española (2021), noticia “es la noción o conocimiento sobre una materia o un asunto”; a su vez, la palabra criminal, lo define como “perteneciente o relativo al crimen”. Desde esa perspectiva, la noticia criminal es la noción o conocimiento que tiene el Ministerio Público, respecto a la comisión de un hecho que engloba los caracteres de criminal o delictivo.

En los delitos de persecución pública el MP es el legitimado para promover la acción penal, para ello será necesario que tome conocimiento de un hecho de cualquier forma: a través de una denuncia, de una comunicación oficial o de una comunicación transmitida por los medios de comunicación social. (Arana Morales, 2014)

El acto de conocimiento sobre un hecho delictivo, que constituye la piedra angular para que se active la función constitucional de investigación que recae en el Ministerio Público, puede surgir en mérito a las siguientes acciones:

Formas de conocimiento	CPP de 2004
Denuncia penal	Art. 326.1.- Cualquier persona tiene la facultad de denunciar los hechos delictuosos ante la autoridad respectiva, siempre y cuando el ejercicio de la acción penal para perseguirlos sea público.
Comunicación policial	Art. 331.1.- Tan pronto la Policía tenga noticia de la comisión de un delito, lo pondrá en conocimiento del Ministerio Público por la vía más rápida y también por escrito, (...).
<i>Numerus apertus</i> de formas de conocimiento	Art. 329.2.- La inicia de oficio cuando llega a su conocimiento la comisión de un delito de persecución pública.

La denuncia “es una declaración de conocimiento y, en su caso, de voluntad, por la que se transmite a un órgano jurisdiccional, Ministerio Fiscal o Autoridad con funciones de policía judicial la noticia de un hecho constitutivo de delito” (Gimeno Sendra, 2012).

Cubas Villanueva (2009), define a la denuncia como “el acto de poner en conocimiento de una autoridad la comisión de un hecho delictivo, a fin de que se practique la investigación pertinente” (p. 419). En el mismo sentido, “la denuncia es una declaración de conocimiento por la que se transmite a la Fiscalía o a la Policía Nacional la noticia de un hecho constitutivo de delito” (San Martín Castro, 2015). La forma en que se transmite el conocimiento (denuncia) puede ser de forma escrita o verbal; y debe contener la identificación del denunciante, una narración detallada y veraz¹ de los hechos, y –de ser posible– la individualización del presunto responsable. (art. 328.1 del CPP)

Como regla, cualquier persona² está facultada para denunciar un hecho delictivo cuya persecución sea de naturaleza pública. Como excepción, están obligados a denunciar los hechos delictivos que tomen conocimiento en el ejercicio del rol que desempeñan en la sociedad: los profesionales de la salud, los educadores y quienes ejercen la función pública. Los citados actores sociales, no están obligados a formular denuncia contra su cónyuge y parientes comprendidos dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, tampoco cuando el conocimiento del hecho punible esté amparado en el secreto profesional. Quien está obligado a denunciar y no lo hace, incurre en la comisión del delito de omisión de denuncia, tipificado en el art. 407 del CP.

También es posible que el conocimiento de un hecho delictivo llegue al Ministerio Público por comunicación de la Policía Nacional, la cual, tan pronto tenga noticia de la comisión de un delito, lo pondrá en conocimiento del ente persecutor por la vía más rápida y también por escrito (art. 331.1 del CPP). La prontitud a la que alude la norma hace que la comunicación no sea necesariamente por escrito, sino inclusive puede ser por vías rápidas como por ejemplo mediante comunicación telefónica o correo electrónico, lo importante es que la comunicación sea de manera célere, sin perjuicio de que luego, por escrito se dé cuenta de la documentación existente. No es obligatorio en estos casos la elevación de un informe policial.

Por otra parte, el art. 329.2 del CPP señala que la investigación se inicia de oficio cuando llega a conocimiento del Ministerio Público la comisión de un delito de persecución pública. En este supuesto se hace referencia indirectamente a una forma de *numerus apertus* de medios por las cuales se transmite el conocimiento de un hecho delictivo al Ministerio Público, dentro de los cuales podemos mencionar –por ejemplo– a las noticias propaladas en los medios de comunicación que dan cuenta de la comisión de un hecho que podría ser constitutivo de delito. Al tomar conocimiento de un delito de persecución pública, el fiscal no puede quedarse inerte,

¹ Desde nuestro punto de vista, consideramos no es apropiado la utilización del término “veraz”, pues la realidad nos demuestra que en muchas ocasiones el contenido de una denuncia no necesariamente se ajusta a la verdad, y de allí que nuestro derecho punitivo castigue como delito las denuncias calumniosas (art. 402 del CP).

² El término persona que utiliza la norma procesal, habilita que una denuncia penal pueda ser presentada por personas naturales o jurídicas. En el ámbito del proceso penal, no se exige pues la presencia de los presupuestos procesales (legitimidad e interés para obrar) como si sucede en el proceso civil.

su función constitucional de perseguir el delito, lo obliga a actuar. A esta forma de conocimiento de la *noticia criminis*, Arana Morales (2014) lo denomina denuncia pública, respecto a la cual señala lo siguiente:

Es la difusión abierta e informal dirigida a una pluralidad de personas, cuyo contenido está referido a un hecho con aparente relevancia penal. El CPP no hace alusión expresa a este tipo de denuncias y consideramos que ello es lo más conveniente, en virtud de su naturaleza informal y espontánea; sin embargo, atendiendo a la atribución del Ministerio Público para investigar de oficio el hecho con apariencia delictiva, no se puede negar la existencia fáctica de este tipo de denuncias y su posible eficacia para propiciar la investigación de los delitos e incluso el ejercicio público de la acción penal.

3. Opciones de pronunciamiento ante la noticia criminal

El actual CPP, no regula de manera sistemática las posibilidades de pronunciamiento que tiene el fiscal ante el conocimiento de una noticia criminal. Las formas de actuación, se determinan de la lectura de diversas disposiciones normativas contenidas en el código adjetivo. Así, puede rechazar liminarmente la denuncia, iniciar investigación preliminar, realizar actuaciones o indagaciones previas a la calificación, disponer la reserva provisional de la investigación, o formalizar la investigación preparatoria; cualquiera de las decisiones que adopte, estará en función con el grado de convicción que se forme a partir de los elementos de acreditación que acompañen a la *noticia criminis*.

Lo antes indicado se esquematiza en el siguiente cuadro, donde además se consigna la base normativa de cada una de aquellas posibilidades, y a pie de página se indica el estándar o grado de convicción que debe tener el fiscal para pronunciarse.

Posibilidad de actuación del fiscal	CPP de 2004
Disponer el archivo liminar de la denuncia ³	Art. 334.1.- Si el Fiscal al calificar la denuncia, (...), considera que el hecho denunciado no constituye delito, no es justiciable penalmente o se presenta causas de extinción previstas en la ley, declarará que no procede formalizar y continuar con la investigación preparatoria, así como ordenará el archivo de lo actuado.

³ Inexistencia de sospecha inicial simple y está no puede conseguirse, por ejemplo: cuando el hecho conocido no es constitutivo de delito.

<p>Iniciar investigación preliminar⁴</p>	<p>Art. 329.1.- El Fiscal inicia los actos de investigación cuando tenga conocimiento de la sospecha de la comisión de un hecho que reviste los caracteres de delito. Promueve la investigación de oficio o a petición de los denunciantes.</p> <p>Art. 330.1.- El Fiscal puede, bajo su dirección, requerir la intervención de la Policía o realizar por sí mismo diligencias preliminares de investigación para determinar si debe formalizar la investigación Preparatoria.</p>
<p>Realizar actuaciones o indagaciones previas a la calificación⁵</p>	<p>Art. 330.3.- El Fiscal al tener conocimiento de un delito de ejercicio público de la acción penal, podrá constituirse inmediatamente en el lugar de los hechos con el personal y medios especializados necesarios y efectuar un examen con la finalidad de establecer la realidad de los hechos y, en su caso, impedir que el delito produzca consecuencias ulteriores y que se altere la escena del delito.</p> <p>Art. 331.1.- Aun después de comunicada la noticia del delito, la Policía continuará las investigaciones que haya iniciado y después de la intervención del Fiscal practicará las demás investigaciones que le sean delegadas (...).</p>
<p>Disponer la reserva provisional de la investigación⁶</p>	<p>Art. 334.4.- Cuando aparezca que el denunciante ha omitido una condición de procedibilidad que de él depende, dispondrá la reserva provisional de la investigación, notificando al denunciante.</p>
<p>Formalizar directamente la investigación preparatoria⁷</p>	<p>Art. 336.1.- Si de la denuncia, (...), aparecen indicios reveladores de la existencia de un delito, que la acción penal no ha prescrito, que se ha individualizado al imputado y que, si fuere el caso, se ha satisfecho los requisitos de procedibilidad, dispondrá la formalización y la continuación de la Investigación Preparatoria.</p>

⁴ Presencia de sospecha inicial simple.

⁵ No existe sospecha inicial simple, pero está puede formarse a partir de la realización de ciertas actuaciones previas.

⁶ No existe sospecha inicial simple, pero está puede formarse a partir de ciertos datos que aporte el denunciante.

⁷ Presencia de sospecha reveladora.

Parafraseando a García Calizaya (2022), la calificación es el examen o juicio que realiza el fiscal en torno a los hechos objeto de la *noticia criminal*, que conllevará a decidir si inicia o no la investigación del delito, al margen de que en la denuncia se haya o no identificado al probable interviniente en los hechos.

Por nuestra parte, consideramos que el fiscal al calificar la noticia criminal (la cual le fue canalizada mediante la denuncia penal, la comunicación policial o cualquier otra forma), teniendo como eje de actuación el grado de sospecha que genere la *noticia criminis*, puede exteriorizar un juicio de promoción (inicia diligencias preliminares o formaliza directamente la investigación preparatoria), un juicio de abstención (archivo liminar o reserva provisional), o como tercera opción, realiza actuaciones inmediatas previas para establecer –por ejemplo– la realidad de los hechos.

4. El principio de legalidad procesal penal

Es sabido que el principio de legalidad constituye el principal escudo que tiene un individuo frente al poder punitivo que ostenta de forma monopólica el Estado. Dicho principio garantiza que, ningún ciudadano puede ser sometido a un proceso penal o condenado por un comportamiento que al momento de su comisión no esté previamente establecido como delito. Conforme lo anota Arbulú Martínez (2015), el aludido principio tiene una connotación sustantiva o material; sin embargo, estima que esa calificación previa es condición para la aplicación de una condena desde la legalidad procesal que constituye la directriz del proceso penal.

El principio de legalidad procesal tiene estrecha vinculación con las fuentes del derecho procesal. Así, para Priori Posada (2019) “la ley es una de las fuentes más importantes en la determinación de las reglas procesales” (p. 52). Por otra parte, se sostiene que “bajo la regla de la legalidad, la única fuente válida directa del Derecho Procesal Penal es la ley” (Arbulú Martínez, 2015). Este último autor, parte del paradigma del Estado legal que ya ha sido superado; en tiempos actuales, en el Estado Constitucional la ley no es la única fuente del derecho, sino que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema, constituyen auténticas fuente del derecho, que en muchas ocasiones está por encima de la ley, incluso, el supremo interprete de la Constitución está facultado para expulsar del ordenamiento jurídico a una ley que sea inconstitucional.

El principio de legalidad procesal es una de las garantías que integran el derecho al debido proceso. Implica que no hay proceso sin ley, y la ley determina la forma en que se debe desarrollar el proceso. Se afirma que el principio de legalidad garantiza, a toda persona, el estricto respeto de los procedimientos establecidos previamente por ley, al prohibir que esta sea desviada de la jurisdicción predeterminada, que sea sometida a procedimiento distinto o, que sea juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción o comisiones especiales (Oré Guardia, 2016).

Desde una perspectiva subjetiva, la legalidad procesal importa que todos los sujetos procesales han de acomodar su actuación a lo que el Código establezca. Desde el punto de vista objetivo, la legalidad procesal significa que todos los actos del proceso penal han de ser tramitados de conformidad con el procedimiento adecuado y las normas previstas en el código adjetivo vigente. (San Martín Castro, 2015)

5. Las actuaciones o indagaciones previas a la calificación de la noticia criminal

Para efectos del presente trabajo, resulta necesario abordar la temática referida a la posibilidad que tiene el fiscal de realizar actuaciones o indagaciones previas a la calificación de la noticia criminal. Debe quedar claro que, tal como ocurre con otras instituciones de nuestro derecho procesal –por ejemplo, el archivo liminar–, las actuaciones o indagaciones previas a la calificación de la noticia criminal, no se encuentran rotuladas con dicho *nomen iuris* en el CPP, lo que no significa que se encuentra fuera de la regulación de nuestro ordenamiento procesal.

Las actuaciones o indagaciones previas a la calificación de la noticia criminal, son aquellas diligencias (actos de ordenación) mínimas e inmediatas que realiza el fiscal, previo a la calificación de la noticia criminal, las cuales le permitirán formarse o descartar la sospecha inicial simple (estándar de sospecha necesario para el inicio de la investigación preliminar).

En la jurisprudencia, la doctrina y la normatividad encontramos que se desarrolla la figura de las actuaciones o indagaciones previas a la calificación de la noticia criminal, conforme se expondrá a continuación.

5.1. En la jurisprudencia

La Corte Suprema de Justicia del Perú (2022) en el marco del Recurso de Apelación N.º 58-2022/Suprema del 23 de agosto de 2022, donde la parte procesal impugnante (imputado) denunció la vulneración del principio de legalidad a consecuencia de que el Ministerio Público creó una etapa procesal previa a la calificación fiscal regulada en el art. 334 del CPP (actuaciones previas a la calificación fiscal); ha realizado las siguientes precisiones:

- La Fiscalía de la Nación debe contar con la noticia criminal –concretada a través de múltiples vías– y, a su vez, realizar los actos de ordenación –mandato destinado a una buena disposición de lo que debe hacerse, según el Diccionario de la Real Academia Española de Lengua– y/o de investigación que resultaran pertinentes y útiles al fin de esclarecimiento perseguido.
- Una de las notas características de la investigación en el CPP es la ausencia de formalismos rigurosos que encasillen la estrategia procesal del fiscal; la flexibilización de esta etapa procesal y las técnicas más dinámicas en su actuación son la piedra angular del desarrollo del procedimiento de investigación preparatoria. Ello no significa, desde luego, que se quebranten las exigencias nucleares del debido proceso y de la tutela jurisdiccional, determinando una indefensión material del imputado o investigado.

- El CPP no impone la necesidad absoluta, ante una noticia criminal, de abrir diligencias preliminares o formalizar la investigación preparatoria, pues incluso reconoce la posibilidad de realizar actos iniciales como sería el caso de las diligencias de levantamiento de cadáver y de escena del delito, así como que la Policía puede realizar antes de que la Fiscalía se avoque al conocimiento del caso y actos de prevención dicte una determinada disposición al respecto.
- Para resolver el caso en concreto, el supremo tribunal enfatizó lo siguiente: No se creó pretorianamente y *contra legem*, una etapa procesal previa a la investigación preparatoria, específicamente a las diligencias preliminares. Lo que hizo la Fiscalía de la Nación fue, primero, ordenar el procedimiento para darle un sentido unitario a partir de posibles investigaciones pendientes o que pudieran tener relación con los hechos denunciados; y, segundo, con la información obtenida, concretar el ámbito de su atribución, esto es, lo que debía decidir a partir de la realización de actos de investigación.

Entonces, para el supremo tribunal es totalmente legítimo la realización de actuaciones previas a la calificación de la noticia criminal, pues como lo ha dejado establecido, ante una *noticia criminis*, el fiscal no tiene únicamente como opciones de pronunciamiento abrir diligencias preliminares de investigación o formalizar directamente la investigación preparatoria, pues, nuestro ordenamiento procesal reconoce la posibilidad de realizar actos iniciales, que en puridad vienen a ser las actuaciones previas, a las que el citado tribunal los denomina actos de ordenación. Las actuaciones previas de ordenación, desde luego, no deben vulnerar las garantías de los demás sujetos procesales, especialmente del imputado.

Resulta de ineludible trascendencia reparar en los criterios esbozados en el Auto de Apelación N.º 186-2022 (Corte Suprema de Justicia del Perú, 2023), la cual versa sobre el pronunciamiento en segunda instancia respecto al caso problemático que orienta el análisis teórico del presente trabajo. En dicho pronunciamiento se ha establecido que:

Dada la estructura normativa del CPP, no está prevista una institución anterior a las diligencias preliminares, como sería la indagación previa u otra similar, desde que la primera precisamente existe cuando sea del caso precisar fácticamente la viabilidad de la promoción de la acción penal. Es de recordar, empero, que esta regulación presenta excepciones en los denominados actos iniciales y en las diligencias de prevención policiales (FJ. 3).

A *prima facie* se evidencia una contradicción en los precitados autos supremos; empero, en ambos el Supremo Tribunal reconoce que previo a la calificación de la noticia criminal, el ente persecutor, está habilitado para realizar actos de ordenación autorizados legalmente; los cuales a nuestro entender serían las actuaciones o indagaciones previas.



5.2. *En la doctrina*

La desformalización de las diligencias preliminares de investigación significa que esta fase es ejecutada íntegramente por órganos no jurisdiccionales (Ministerio Público y Policía), a quienes se les otorga amplias prerrogativas para organizar su estrategia de averiguación. Solo están sujetos a las reglas técnicas que cada una de sus instituciones establezca como más convenientes, según la clase de hecho delictivo que deban investigar. Es decir, proceden a recolectar información sin someterse a reglas rígidas ni a formalidades, que si son exigidas en las siguientes fases procesales (Oré Guardia, 2016).

La actividad realizada en la etapa de investigación, que es donde surge la mayor cantidad de casos, tiene como objetivo principal reunir elementos de acreditación que verifiquen la existencia o no de un caso con proyección de condena o, de lo contrario, ordenar su archivo o sobreseimiento. Pero, además, como objetivo accesorio, implica una racionalización de los recursos y de la carga de trabajo a efectos de permitir no sólo la eficacia, sino también la calidad, decidiendo con adecuada estrategia una debida selección de los casos que se orienten en la posibilidad de llegar al dictado de una sentencia condenatoria en un debate oral, y otros, a través de otras soluciones alternativas, le permitan descongestionar el sistema (Jauchen, 2016).

Se habla de la importancia de la labor realizada por el órgano persecutor (Ministerio Público) ante la denuncia o noticia criminal recibida, porque en algunas ocasiones es posible evitar la activación de la investigación penal, cuando a todas luces y por la solvencia de los elementos de acreditación acompañados, el caso no tiene contenido penal. Por ende, abrir una investigación para aquello que no tiene futuro es un gasto vano de tiempo, los fiscales deberían concentrarse en perseguir el ataque de los bienes jurídicos relevantes para el derecho punitivo (García Calizaya, 2022).

Para los profesores alemanes Roxin & Schünemann (2019):

En la práctica, en los casos de una sospecha inicial débil se ha desarrollado la forma especial de una denominada investigación previa, que se diferencia de las investigaciones normales en que no se existe ni un imputado conocido, ni uno desconocido (p. 474).

Al tomar conocimiento de hechos que podrían ser constitutivos de un hecho punible,

La fiscalía puede iniciar una investigación previa (sin judicializarla), a fin de recopilar antecedentes suficientes durante un periodo indefinido de tiempo para formular cargos, siempre y cuando sus actividades investigativas no signifiquen afectación de derechos de un imputado o terceros. (R. Blanco Suárez et al., 2006)

A partir de los postulados realizados por los citados doctrinarios, nos permitimos realizar las siguientes conclusiones: i) la actividad de recopilación de información del Ministerio Público no está sujeta a reglas rígidas ni formalidades enervantes; ii) la actividad que se despliega

durante la investigación implica la racionalización de los recursos y de la carga de trabajo a fin de permitir la eficacia y calidad, debiendo seleccionar los casos que orienten en la probabilidad de condena; iii) en algunas ocasiones es posible evitar la activación de la investigación penal, cuanto el caso no tiene contenido penal; iv) en los casos de una sospecha inicial débil se ha desarrollado la forma especial de una denominada investigación previa; y, v) existen actuaciones propias de comprobación del delito, tendientes a acreditar que el delito ocurrió y que no fue una patraña inventada por algún interesado, y así evitar el inicio de investigaciones sin futuro que generan un desgaste innecesario al sistema fiscal.

5.3. En la normatividad procesal

El fiscal al tener conocimiento de un delito de ejercicio público de la acción penal, podrá constituirse inmediatamente en el lugar de los hechos con el personal y medios especializados necesarios y efectuar un examen con la finalidad de establecer la realidad de los hechos y, en su caso, impedir que el delito produzca consecuencias ulteriores y que se altere la escena del delito (art. 330.3 del CPP). Entonces, es claro que el titular del ejercicio de la acción penal sin que necesariamente exista una Disposición Fiscal de inicio de investigación preliminar, puede realizar actuaciones (por ejemplo, constituirse en el lugar de los hechos) inmediatas a fin de establecer la realidad de los hechos.

Por otra parte, el código adjetivo vigente, establece que la Policía Nacional aun después de comunicada la noticia criminal al Ministerio Público, puede continuar las investigaciones (entiéndase actuaciones) que haya iniciado. En este supuesto, tampoco se exige la existencia de una Disposición Fiscal, para que el personal policial realice investigaciones, que se entiende son previas a la calificación de la noticia criminal.

El Ministerio Público, como órgano constitucionalmente autónomo, titular del ejercicio de la acción penal, encargado de la conducción de la investigación del delito desde su inicio, ha emitido la Instrucción General N.º 1-2018-MP-FN “Lineamientos para la Gestión de Denuncias y Casos” (19 de julio de 2018), elaborado por la Comisión a cargo de la Elaboración de Protocolos de Actuación Fiscal, donde expresamente regula la figura del previo o actuaciones previas, a las que ha definido como aquellas diligencias mínimas previas e inmediatas destinadas a la calificación de la denuncia.

Ahora cabe formular la siguiente interrogante: ¿Por qué el Ministerio Público emitió una directiva regulando expresamente las actuaciones previas a la calificación de la noticia criminal?

La respuesta lo encontramos en la justificación de la citada Instrucción (punto III), donde expresamente se enfatiza que se ha podido comprobar diversos problemas en la gestión de denuncias, tal como el trámite de denuncias sin relevancia penal y duplicidad de denuncias, lo cual origina una falsa carga procesal, que produce un desgaste de la función fiscal que impacta en recursos logísticos de la institución.

Resulta pertinente traer a colación que, en el ordenamiento jurídico español, la Ley 30/1992, que regula el Procedimiento Administrativo Común, establece en su artículo 69.2 que, con anterioridad al inicio del procedimiento, se podrá abrir un periodo de información previa a fin de conocer las circunstancias del caso y la conveniencia o no de iniciarlo. Dicho periodo, está orientado a conocer si efectivamente se ha producido o no los hechos de que se tiene noticia.

6. La sospecha inicial simple y las actuaciones previas a la calificación de la noticia criminal

En el Acuerdo Plenario N.º 01-2019/CIJ-116 del 10 de septiembre de 2019, se puntualiza que el término sospecha debe entenderse, en sentido técnico jurídico, como el estado de conocimiento intermedio, de diferente intensidad, a partir de datos inculpatorios obtenidos en el curso de la averiguación del delito, que autorizan a dictar decisiones y practicar determinadas actuaciones (FJ. 24).

Para la emisión de la disposición de inicio de investigación preliminar, el estándar de convicción exigido es: sospecha inicial simple. Al momento de calificar la noticia criminal, y proceder a iniciar diligencias preliminares de investigación, se exige un cierto grado de sospecha sobre la comisión de un hecho punible. El fiscal no tiene un amplio margen de actuación para que todos los casos que llega a su conocimiento necesariamente deben merecer una calificación positiva. Se requiere la existencia de “un indicio fundado en un hecho concreto, y basado en la experiencia criminalística de que existe un hecho punible perseguible, no obstante, para ello, simples presunciones no son suficientes” (Roxin & Schünemann, 2019, p.473). Desde luego, la sola atribución de un hecho por parte de una persona (denunciante) no es suficiente para generar el estándar exigido. Al respecto, la Corte Suprema (2017) en su Sentencia Plenaria Casatoria N.º 1-2017/CIJ-433, señala:

La sospecha inicial simple –el grado menos intensivo de la sospecha– requiere, por parte del fiscal, puntos de partida objetivos, es decir, un apoyo, justificado por hechos concretos –solo con cierto nivel de delimitación– y basado en la experiencia criminalística, de que se ha cometido un hecho punible perseguible que puede ser constitutivo de delito. Se requiere de indicios procedimentales o fácticos relativos –aunque con cierto nivel de delimitación–, sin los cuales no puede fundarse sospecha alguna –esto último, por cierto, no es lo mismo que prueba indiciaria o por indicios, objeto de la sentencia–. (FJ. 24.A)

En la realidad procesal, sucede que en muchas ocasiones se toma conocimiento de hechos que a *prima facie* no generan el grado de convicción necesario para promover el inicio de una investigación preliminar. Ante ello es que cobra notoria importancia las actuaciones previas a la calificación de la noticia criminal, pues el fiscal, antes de realizar el rechazo de plano, puede disponer se realicen actuaciones previas inmediatas para poder formar o descartar la sospecha sobre la noticia, dicho proceder evita iniciar investigaciones penales arbitrarias que no tienen sustento y se basan en hechos espurios.

CONCLUSIONES

El Tribunal Constitucional (2010), en su sentencia Expediente N.º03987-2010-PHC/TC, emitida en el caso Sánchez Miranda, ha señalado que el fiscal no debe investigar al azar, para ver qué se encuentra, sino que se debe partir de una hipótesis basada en hechos específicos para determinar su verosimilitud o no a lo largo de la investigación. En un estado constitucional no se debe tolerar pesquisas e indagaciones (fiscales o policiales) indeterminadas o sin hechos precisos. (FJ. 45-46)

Siguiendo el razonamiento de los señores magistrados que conformaron en su oportunidad el citado tribunal, el Ministerio Público ante el conocimiento de una noticia criminal, no puede de manera mecánica abrir investigación preliminar, estando facultado a que, (en aquellos casos donde exista una sospecha inicial débil) pueda realizar actuaciones o indagaciones previas a la calificación de la *noticia criminis*, para descartar o formar la sospecha inicial simple, estándar de conocimiento que se requiere para dar inicio a la persecución penal.

Las actuaciones o indagaciones previas a la calificación de la noticia criminal, al igual que otras instituciones de nuestro derecho procesal- por ejemplo, el archivo liminar-, no se encuentran rotuladas con dicho *nomen iuris* en el CPP; empero, su regulación normativa se infiere de las disposiciones recogidas en los arts. 330.3 y 331.1 del CPP. Por tanto, desde la óptica del principio de legalidad, es totalmente válida su realización.

Por todo lo expuesto, consideramos que el Ministerio Público está facultado por el ordenamiento procesal a realizar actuaciones o indagaciones previas a la calificación de la noticia criminal. El fiscal, al tomar conocimiento de un hecho aparentemente delictivo, pero en ese instante no cuenta con los elementos mínimos necesarios que releven la existencia de la sospecha inicial simple, no puede permanecer inerte, sino que debe realizar una averiguación mínima, que le permita descartar la versión inculpativa o, por el contrario, observar si se presenta la sospecha en la intensidad requerida para iniciar la investigación preliminar.

Desde luego, aquellos actos previos (de ordenación) a la calificación de la noticia criminal, en modo alguno deben conculcar las garantías procesales de las partes procesales, especialmente del imputado. Además, las actuaciones previas también constituyen una garantía para los ciudadanos: no se iniciará en su contra investigaciones preliminares basadas en el solo dicho de una persona.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arana Morales, W. (2014). *Manual de derecho procesal penal*. Gaceta Jurídica.
- Arbulú Martínez, V. (2015). *Derecho procesal penal*. Gaceta Jurídica.
- Blanco Suárez, R., Decap Fernández, M., & Moreno Holman, L. (2006). *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal*. Lexis Nexis.
- Corte Suprema de Justicia del Perú. (2022). *Recurso de Apelación N.º58-2022/Suprema*. Lima, 23 de agosto de 2022. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2022/10/Apelacion-58-2022-Suprema-LPDerecho.pdf>
- Corte Suprema de Justicia del Perú. (2018). *Casación N.º599-2018*. Lima, 11 de octubre de 2018. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/a4e29600475cec499a7f9b1612471008/CASACION+FUERZA+POPULAR.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=a4e29600475cec499a7f9b1612471008>
- Corte Suprema de Justicia del Perú. (2017). *Sentencia Plenaria Casatoria N.º1-2017/CIJ-433*. Lima, 11 de octubre de 2017. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2017/10/Legis.pe-Sentencia-Plenaria-Casatoria-1-2017-CIJ-433.pdf>
- Corte Suprema de Justicia del Perú. (2019). *Acuerdo Plenario N.º01-2019/CIJ-116*. Lima, 10 de setiembre de 2019. https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/bf08098049835a56a0caf49026c349a4/Acuerdo_Plenario_1_2019_CIJ_116_Prisi%C3%B3n_preventiva_Presupuesto_requisito.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=bf08098049835a56a0caf49026c349a4
- Corte Suprema de Justicia del Perú. (2023). *Auto de Apelación N.º186-2022/Suprema*. Lima, 21 de febrero de 2023. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2023/03/Apelacion-186-2022-Suprema-LPDerecho.pdf>
- Cubas Villanueva, V. (2009). *El nuevo proceso penal peruano*. Palestra editores.
- Del Río Labarthe, G. (2018). *La etapa intermedia en el Nuevo Procesal Penal acusatorio*. Ara Editores.
- García Calizaya, C. (2022). La calificación de la denuncia penal. *Actualidad Penal*, 129–140.
- Gimeno Sendra, V. (2012). *Derecho procesal penal* (3ra edición). Civitas y Thomson Reuters.
- Jauchen, E. (2016). *Proceso penal*. Rubinzal-Culzoni.
- Oré Guardia, A. (2016). *Derecho procesal penal peruano*. Gaceta jurídica.
- Priori Posada, G. (2019). *El proceso y la tutela de los derechos*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ramos Núñez, C. (2018). *Cómo hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento*. Lex & Iuris.

- Real Academia Española. (2021). *Diccionarios de la lengua española*. <https://dle.rae.es/noticia>
- Reyna Alfaro, L. (2009). *La Terminación anticipada en el Proceso penal*. Jurista Editores.
- Roxin, C., & Schünemann, B. (2019). *Derecho procesal penal*. Ediciones Didot.
- San Martín Castro, C. (2015). *Derecho Procesal penal lecciones* (1ra edición). INPECCP y CENALES.
- Tribunal Constitucional. (2010). *STC. Exp. N.º03987-2010/TC*. Lima, 2 de diciembre de 2010. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/03987-2010-HC.html>



EL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO COMO PRINCIPAL GARANTÍA EN EL PERÚ*

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO DUE PROCESS AS THE MAIN GUARANTEE IN PERU

Fecha de recepción: 09/07/2023
Fecha de aprobación: 10/07/2023

César Gianfranco Ruiz Álvarez

Universidad Tecnológica del Perú
U17208753@utp.edu.pe



 <https://orcid.org/0009-0003-4293-3853>

e-ISSN: 2961-2934

<https://doi.org/10.61542/rjch.16>

RESUMEN

El presente artículo tuvo por objetivo analizar desde la óptica constitucional el debido proceso como un derecho fundamental y asimismo explorar cuestiones que permiten considerarlo como una garantía principal desde el enfoque procesal, para ello estudiamos su origen, definición, alcances y presupuestos empleando entre otros el análisis documental como técnica de recolección de datos. El estudio del debido proceso resulta de mucha envergadura para la comunidad jurídica toda vez que su comprensión abarca nociones conjuntas de una serie de derechos y principios derivados, es así que desde la cátedra jurídica hasta el ejercicio de la abogacía en sede de cualquier tribunal de justicia ordinaria o incluso justicia constitucional se orienta por excelencia al estricto respeto y protección de los derechos fundamentales, especialmente el debido proceso, es por ello que se constituye como la principal garantía de los ciudadanos, este concepto se refuerza en un Estado democrático de Derecho que hace frente a actos de arbitrariedad o abuso, especialmente en escenarios de un proceso judicial donde existen posibilidades de que ciertas actuaciones resulten lesivas al debido proceso.

Palabras claves

Derecho fundamental, debido proceso, garantía, Estado democrático y proceso judicial.

*Artículo ganador del 1º puesto en el I Concurso de ponencias estudiantiles del Semillero de Investigación en Derecho Privado y Constitucional, llevado a cabo el 01 de julio del 2023.



ABSTRACT

The aim of this article was to analyze the constitutional perspective of due process as a fundamental right and explore issues that make it a primary guarantee from a procedural standpoint. To achieve this, we studied its origin, definition, scope, and prerequisites, employing techniques such as document analysis for data collection. The study of due process is of great significance for the legal community, as its comprehension encompasses collective notions of a series of derived rights and principles. From legal education to the practice of law in any ordinary court or even in constitutional justice, the focus is primarily on the strict respect and protection of fundamental rights, especially due process. Hence, it is established as the principal safeguard for citizens. This concept is reinforced in a democratic rule of law that confronts acts of arbitrariness or abuse, particularly in the context of a judicial process where there are possibilities of certain actions being detrimental to due process.

Keywords

Fundamental right, due process, democratic State and judicial process.

RÉSUMÉ

L'objectif de cet article était d'analyser la perspective constitutionnelle du droit à un procès équitable en tant que droit fondamental et d'explorer les questions qui en font une garantie primordiale d'un point de vue procédural. Pour ce faire, nous avons étudié son origine, sa définition, sa portée et ses conditions préalables, en utilisant des techniques telles que l'analyse documentaire pour la collecte de données. L'étude du droit à un procès équitable revêt une grande importance pour la communauté juridique, car sa compréhension englobe des notions collectives d'une série de droits et de principes dérivés. De l'éducation juridique à la pratique du droit dans n'importe quelle juridiction ordinaire, voire en justice constitutionnelle, l'accent est principalement mis sur le strict respect et la protection des droits fondamentaux, en particulier du droit à un procès équitable. Par conséquent, il est établi comme la principale sauvegarde des citoyens. Ce concept est renforcé dans un État de droit démocratique qui confronte les actes d'arbitraire ou d'abus, en particulier dans le contexte d'une procédure judiciaire où il existe des possibilités que certaines actions portent atteinte au droit à un procès équitable.

Mots-clés

Droit fondamental, droit à un procès équitable, État démocratique et procédure judiciaire.

INTRODUCCIÓN

El Derecho es una realidad social en la que el debido proceso genera polémica, mucho se ha discutido sobre este tema y se seguirá discutiendo, aunque se convierta en una tautología jurídica debido a su naturaleza muy amplia que ocupa lugar en muchas otras áreas además del derecho procesal, pues, no es novedad que el debido proceso se relaciona con el derecho constitucional, derecho penal, derecho civil, derecho administrativo, etc.

La presente investigación alude al tema del Debido Proceso, se define como un derecho fundamental y a su vez una garantía, esto supone que existe en el debido proceso una doble dimensión u óptica. Sin embargo, cuando señalamos que es una garantía afirmamos que no se trata de cualquier garantía dados los alcances que se conocen y que se desarrollarán, entonces se constituye como la principal garantía en el Perú. La principal característica de las garantías procesales es que, en la práctica suelen a frecuencia vulnerarse por acción u omisión de cualquier actor del proceso e incluso por el director del mismo en representación del Estado que ejerce su función jurisdiccional.

Para analizar esta problemática muy amplia es necesario precisar que dichas vulneraciones al debido proceso generalmente afectan a la relación justiciable-Estado, ello se evidencia a través de casos en dos planos: i) en el plano nacional referido a los ámbitos del procedimiento administrativo (donde se afecta el debido procedimiento administrativo) y del proceso judicial (en el que se afecta el debido proceso legal); ii) en el plano internacional de los tribunales órganos de justicia internacional de la OEA.

La investigación de esta problemática se realizó obedeciendo a un interés académico, profundizar y reflexionar sobre el debido proceso en sus dimensiones formal y material para aportar a la tesis de que el debido proceso es sin lugar a dudas la principal garantía en nuestro país, valga decir en un escenario judicial legal, constitucional o internacional.

En lo que respecta a la metodología de esta investigación, se ha empleado la Metodología Jurídica de Friedrich Karl Von Savigny en la que establece 4 criterios a seguirse para una investigación de naturaleza jurídica, valga decir, se trata de que la información y contenido obedecen al criterio sistemático, histórico, lógico y literal. Esta investigación se realizó empleando como técnicas la investigación documental y el análisis de contenido. El instrumento fue el estudio de casos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú y en la jurisprudencia constitucional del Tribunal Constitucional peruano.

Este trabajo tiene por finalidad explorar en los aspectos generales y problemáticos del debido proceso argumentos que lo presenten como principal garantía en el Perú, además de ello, ofrecer a la comunidad los mayores alcances posibles de manera sucinta sobre el tema objeto de estudio.

En el primer punto se realiza una investigación histórica y sistemática para tratar el origen y evolución del debido proceso, asimismo, una investigación lógica y literal para tratar de definir el concepto de debido proceso, así como su naturaleza jurídica y sus características a partir de la doctrina y la jurisprudencia encontrada sobre el tema.



En el segundo punto se realiza el planteamiento de la problemática, en sus apartados se hace especial énfasis a diversas situaciones a modo de casuística para evidenciar la vulnerabilidad del debido proceso en los planos o escenarios propuestos.

1. Aspectos generales

El debido proceso influye a todo el Derecho de manera notoria, por ello es por lo que necesitamos conocer la historia del debido proceso desde su aparición en el derecho comparado hasta su aparición en nuestro sistema jurídico peruano; además, ya que si bien actualmente no existe concordia en las legislaciones para definir el debido proceso, vamos conceptualizar tomando en cuenta su mención en la norma vigente y en la jurisprudencia nacional así como el tratamiento en la doctrina, ello sin aducirse de hacer referencia al valor democrático de su contenido; finalmente en este punto, hacer reflexión con apoyo de la filosofía del derecho sobre la naturaleza jurídica del debido proceso y hacer mención de las características más destacadas en su tratamiento científico jurídico.

Básicamente, este primer punto toma muy en cuenta la disertación del profesor Antonio Ruiz (Centro de Estudios Constitucionales (CEC-TC Perú), 2023) cuando señaló que “en la cultura jurídica, el alma del derecho es la filosofía y el cuerpo es la historia”, asimismo aseveró que “la historia siempre es un discurso incompleto, pero debemos procurar que sea un discurso racional. De lo contrario sería una torre de Babel la construcción del pasado”.

1.1. Origen y evolución

Como muchas de las expresiones jurídicas, el “debido proceso” ha pasado por una evolución histórica hasta consolidarse en los diversos ordenamientos jurídicos como el derecho y principio que hoy por hoy conocemos, en el Perú la vigencia de esta expresión se contiene en el apartado 139 numeral 3 del Texto Fundamental, no obstante, el registro más antiguo formalmente hablando está en el *due process of law* del derecho anglosajón.

Muchos autores tanto nacionales como extranjeros han tomado la compleja y dedicada tarea de identificar el antecedente más antiguo del debido proceso y hay juristas como los destacados Juan Monroy Gálvez de Perú, Osvaldo A. Gozaíni de Argentina y Lara Cipriano Gómez de México, que para tal fin contribuyen con plantear la evolución por etapas de esta figura jurídica según la cual la primera etapa sería el Derecho Romano, el argumento es que el debido proceso se veía reflejado en el *iuris dictio* (Gozaíni, 2004), entendiéndose al poder de jurisdicción o facultad concedida de administrar justicia a cargo solo del pretor romano quien era designado para conocer la ley y decirla mediante sus mandatos con el *imperium* respecto de la *res in iudicio deducta*, es decir, respecto de la cosa que en juicio se pide y esto no es sino la acción en sí misma la cual por cierto supone el reconocimiento de un derecho que da lugar al escenario del proceso.

Entonces, de acuerdo a Gómez Lara (2012, p. 120), implícitamente y no de manera formal, se plantean en un sector de la doctrina que el debido proceso se origina en el derecho romano en virtud de la *actio* - o derecho de acción - que según las Institutas de Justiniano significaba “el derecho de perseguir en juicio lo que a uno se le debe” (Monroy Gálvez, 2017, p. 467) y la *iuris dictio*; de ambos se crea el proceso –civil– en Roma como ámbito de aplicación del debido proceso en lo que podemos colegir y denominar una doble dimensión donde la primera supone la aceptación y reconocimiento del derecho de acción al justiciable y, la segunda, supone la determinación de un límite cual especie de garantía en la jurisdicción del magistrado romano para que sus mandatos sigan la línea de lo establecido por las leyes romanas, algo que es muy parecido a nuestro contemporáneo principio de legalidad procesal.

Otro sector de la doctrina por su parte prefiere narrar no el origen, sino los orígenes históricos consistentes en simultáneos acontecimientos que constituyen antecedentes internacionales, en este sector tenemos a Terrazos (2004, p. 160), que citando a otros autores de renombre en Derecho constitucional se remonta como primer antecedente a la Carta Magna inglesa de 1215, en el contexto del reinado del famoso monarca de Inglaterra conocido como Juan Sin Tierra, dicha cédula fue producto de una serie de acontecimientos desfavorables para la corona inglesa desde el reinado de Enrique II hasta Juan Sin tierra en razón de que el gobierno era regido por la corona y por la sociedad feudal, el *feudum* o barón del rey prestaba su lealtad y obediencia bajo juramento al Rey a cambio de que éste le cedía en usufructo tierras, esta forma de gobierno era muy común en esa época, sin embargo, con Juan en la corona el sistema se tornó arbitrario afectando a los barones nobles y tras esto los señores feudales decidieron rebelarse contra la corona, luego de tomar la ciudad capital de Londres obligaron al rey a suscribir un convenio cuya redacción pasó a conveniencia por varias manos entre los barones, el contenido de la “Concesión Real” o Carta Magna del 15 de junio de 1215 otorgaba a los nobles ingleses una serie de libertades, esto es una serie de garantías asociadas al debido proceso, entre ellas la garantía al hábeas corpus y el principio de legalidad asociado con la libertad personal¹.

Como segundo antecedente se remonta a la Constitución de los Estados Unidos de América cuyo texto originario data de 1787 en Filadelfia, este texto constitucional a inicios no ni siquiera hacía mención del debido proceso en sus primeras manifestaciones de legalidad o de la libertad personal, no fue sino hasta unos años más tarde que mediante enmiendas² del texto conocido como *The Bill of Rights* se instauró el debido proceso, puntualmente nos estamos refiriendo a las enmiendas V y XIV que expresaban literalmente el debido proceso legal y el debido procedimiento legal respectivamente ampliando en esta última los alcances de la V enmienda.

¹ Del aforismo latino “*nullum crimen nulla poena sine praevia lege*” que se toma en referencia al principio de legalidad del Derecho Penal.

² En el sistema anglosajón del *common law* “las enmiendas” se refieren a lo que en nuestro sistema continental del *civil law* llamamos “las reformas”, es decir, entendiéndose en materia legislativa a los procedimientos de mejora y de actualización del esquema normativo estatal lo cual no excluye a la Constitución porque, aunque sea una Norma Fundamental del Estado sigue siendo una Ley que como las demás de rango inferior componen un ordenamiento jurídico.

Cabe agregar que, durante los inicios del periodo de la Revolución Francesa de 1789 se creó uno de los muchos documentos fundamentales de la Revolución, nos referimos a la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano que fue aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente de Francia en agosto del 1789, en él se recogían una serie de derechos individuales y colectivos, en tanto a los derechos personales se recogía la institución del debido proceso en los artículos del sexto al noveno. Posteriormente a este acontecimiento, el debido proceso pasó a ser materia de regulación en las Convenciones, Pactos y demás Tratados internacionales, tal como es la Convención Americana sobre Derechos Humanos conocida también como “Pacto de San José” del cual es suscrito y actualmente forma parte el Perú con su ratificación de 1978, después en el año 1981 el Estado peruano aceptó la jurisdicción de la Corte Interamericana. Así, en el caso peruano, recapitulando lo señalado anteriormente, la expresión del debido proceso tiene vigencia en el artículo 139 inciso 3 del Texto Fundamental, es decir, dicha expresión figura en la actual Constitución del 93 siendo ésta, a lo largo de la historia de las doce Constituciones del Perú, la primera en haber contemplado de manera formal el debido proceso.

Desde el enfoque constitucional damos cuenta, en la misma línea de lo expuesto por Guido Águila Grados (Tribuna Constitucional, 2021), que se reconoce al debido proceso como un derecho fundamental que se origina en la Edad media - que además fue el periodo de los Glosadores y Posglosadores - y que a lo largo de los siglos se ha ido desarrollando y fortaleciendo. Sin embargo, el concepto del debido proceso como dice Marcial Rubio (1999, p. 54), se desarrolla a partir del Derecho norteamericano, pues, este es un derecho caracterizado por la preponderancia de su jurisprudencia para el desarrollo de sus instituciones y figuras legales, en ese sentido, Fernández Segado (citado en Rubio Correa, 1999, p. 54), menciona que la cláusula de la Enmienda XIV que se inserta la figura del “*due process of law*” ha sido objeto del desarrollo por la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano, este órgano jurisdiccional le ha atribuido al debido proceso una concepción formal en la que elaboró una serie de principios sustantivos que atienden a la defensa de los derechos fundamentales, en la interpretación del Tribunal Supremo el principio asociado estrechamente al *due process of law* fue el principio de igualdad.

El debido proceso en un determinado punto de su evolución ha sido tomado por la concepción procesalista y convertido en una categoría procesal, es decir, un concepto que de acuerdo con la Teoría General del Proceso nace desde el conflicto hasta la búsqueda de un mecanismo o una forma de solución eficaz como es el proceso, a fin de evitar la justicia por la propia mano que la romana Ley del Talión promovía hasta que con la prohibición de la acción directa se dio lugar a la justicia tutelada por el Estado a través de la intervención de un tercero resolutor imparcial para componer el proceso, entonces se presenta como concepto únicamente perteneciente al derecho procesal, ergo, como se puede advertir esa noción adoptó un sentido puramente positivista del debido proceso entendiéndose a tal como derecho y proceso, lo que desconoce la esencia de los derechos fundamentales. En palabras de César Landa (2002), se trata de una concepción procesalista que desnaturaliza los derechos fundamentales en la medida

que su validez y eficacia quedan a la condición de la aplicación de normas procesales “que han vaciado a los derechos fundamentales de los valores democráticos y constitucionales que le dieron origen”. (p. 446)

1.2. Concepto

Al respecto, es menester señalar que como en muchos otros ordenamientos, en el caso peruano las cláusulas constitucionales ni mucho menos la legislación procesal ofrece alguna definición del debido proceso, esto sin más se traduce al hecho de que ni el constituyente ni el legislador se han preocupado por ocuparse a dar un significado de lo que es el debido proceso pese a ser muy importante en nuestro sistema jurídico. En tanto bien, la doctrina y la jurisprudencia que parte de la experiencia jurídica han llegado a desarrollar el concepto vago e impreciso del debido proceso, esto sin llegar a un consenso unificado en razón de que dependiendo el enfoque adoptado han planteado sus alcances. En este apartado –como es objeto– se conceptualizará como un derecho-principio y también como una garantía en los siguientes términos:

El debido proceso en el Perú –como ya se señaló precedentemente– está recogido expresamente en el artículo 139 inciso 3 de nuestra Constitución Política, este apartado constitucional ha sido objeto de pronunciamiento por la Primera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, a través de la Casación N.º 05734-2013-Tacna (Corte Suprema de Justicia del Perú, 2014), que expresa lo siguiente:

Que, en relación al debido proceso, (...) se debe señalar que éste constituye un principio y un derecho de la función jurisdiccional por el cual todo proceso debe iniciarse y concluirse con la necesaria observancia y respeto de todos los derechos que de él emanen. Precisamente el Tribunal Constitucional en la Sentencia del Tribunal Constitucional N.º 08865-2006-PA/TC, ha señalado que este derecho involucra dos dimensiones, una formal y otra de carácter sustantivo, considerando que: “El debido proceso está concebido como aquel en el que se respetan sus dos expresiones, tanto formal como sustantiva; en la de carácter formal, los principios y reglas que los integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, tales como las que establecen el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa y la motivación; y en su expresión sustantiva, están relacionados los estándares de razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer” (FJ. 2).

Entonces, en el concepto jurisdiccional al debido proceso “se le considera como un derecho-principio, es decir, un derecho que, a pesar de tener autonomía, en sí mismo supone la presencia de otro tipo de derechos” (Landa Arroyo, 2017, p. 173), derechos como los formales y sustanciales que se han reconocido en la referida jurisprudencia.

Nuestro ordenamiento presenta por debido proceso a que un proceso o es debido o sino no es un proceso que sea válido, si nosotros entendemos por proceso a aquel escenario en el que las partes de un conflicto judicializan su controversia ante un tercero imparcial con poder estatal



para resolver, entonces ¿qué debemos entender por debido? A la cuestión, resulta que es debido cuando quien va a resolver el fondo lo haga cuidando de la forma en los procedimientos, aplicando los principios y las normas de orden sustantivo y adjetivo. Entonces, un proceso como escenario es una lucha entre partes, dos partes contrapuestas y no entra ningún tercero salvo legítimo interés, mientras que como medio, Couture (citado en Terrazos Poves, 2004), señala que es “un instrumento idóneo para darle [a una parte] la razón cuando la tiene y darle justicia cuando le falta” (p. 162), este concepto instrumental del proceso sigue la idea romana sobre la justicia³, sin embargo, un debido proceso no implica necesariamente que una parte gane y otra pierda, sino que exige que haya quien controle las reglas de escenario procesal para todas las actuaciones procesales, en otras palabras, el debido proceso requiere de un juez que asuma el rol director del proceso en sí.

1.2.1. Óptica como derecho.

Los derechos se clasifican en derechos constitucionales o derechos legales según su contenido y naturaleza, para Tello (2018), “El debido proceso es un derecho fundamental complejo de carácter instrumental, continente de numerosas garantías de las personas, y constituido en la mayor expresión del derecho procesal” (p. 39). En ese sentido, se trata de un derecho de contenido fundamental por contener garantías individuales a ser de consideración para el derecho adjetivo.

El derecho al debido proceso opera de manera complementaria con el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. “El debido proceso en su faz procesal [es], al igual que la tutela jurisdiccional efectiva, uno de los derechos fundamentales de las personas que se encuentra íntimamente vinculado con su posibilidad de acceder a la justicia y preservar su libertad” (Donaires Sánchez, 2003, p. 100). En ese contexto debe entenderse a la libertad en un sentido amplio, es decir, no necesariamente referido a la libertad personal como en sus orígenes se concebía el debido proceso; además, los derechos de debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva se ajustan al principio de juridicidad por el que se rige nuestro Estado de Derecho, es decir, en virtud del debido proceso y de la tutela jurisdiccional efectiva es que todos los ciudadanos tienen el derecho a la correcta administración de justicia excluyendo cualquier acción contra *legem o praeter legem*.

1.2.2. Óptica como garantía

Es sabido que el debido proceso es una garantía, no obstante, para que éste se convierta en la principal garantía conforme lo expresamos en el título de este artículo, es preciso resolver la siguiente cuestión: ¿Qué es lo que garantiza el debido proceso? En general, ya hemos

³ Uno de los más grandes jurisconsultos del Derecho Romano, sin duda fue Domicio Ulpiano, este jurista de nuestra era d.C. definió a la justicia como “la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su propio derecho”. La célebre frase también se le atribuye al filósofo griego Aristóteles de la era a.C. que definió a la justicia como el “dar a cada uno lo suyo”.

mencionado a la vigencia y el respeto de los derechos fundamentales, pero específicamente cabe mencionar que directamente garantiza el valor supremo del Estado, esto es, la dignidad de la persona conforme se consagra en el artículo 1 de la Constitución vigente, pues este es el primer derecho de todos los ordenamientos en un Estado fundado en la democracia.

En esa línea, cabe señalar que el debido proceso es la principal garantía de la dignidad humana en el aspecto jurídico, sin embargo, ello supone la existencia de otros aspectos no jurídicos de este valor supremo, pues bien, ante ello, Gonzáles (citado en Aguilar Bazán, 2020), señala que:

El Estado no puede ser sólo un orden jurídico, tiene que ser también un orden social y económico, una institución que garantice (...) el respeto de los Derechos Fundamentales, puesto que su desarrollo supone, principalmente, un adecuado nivel moral y material de sus ciudadanos, correspondiente a la dignidad humana (p. 13).

Entonces, la dignidad comprende aspectos jurídicos y no jurídicos, en esta segunda clasificación- solo como referencia- están el aspecto social y el económico que no son menos relevantes toda vez que “la dignidad humana, que se materializa en supuestos económicos, es una condición para el ejercicio de la libertad” (Gonzáles Ojeda, 2004, p. 149). Reiteramos que por “libertad” no necesariamente debemos ligarnos al concepto de derecho a la libertad personal que dio origen al debido proceso, sino más bien en lato sensu podemos abarcar a los derechos al libre desarrollo de la personalidad, al trabajo, etc.

El debido proceso como garantía debe entenderse como precisa Lazo (citado en Meza Córdova & Vilcahuaman Lazo, 2021, p. 59), “un canon de control de constitucionalidad de cualquier proceso judicial, procedimiento administrativo o procedimiento entre privados, lo que incluye a los mecanismos alternativos al proceso judicial como el arbitraje”. Dicha constitucionalidad es respecto de la actuación tanto de las autoridades jurisdiccionales y de los demás funcionarios públicos como de las partes del proceso o administrados partes del procedimiento. Esta es una interpretación literal de la cláusula constitucional que consagra el debido proceso.

1.3. Naturaleza jurídica

En este apartado debemos partir por reflexionar desde la filosofía del derecho si el debido proceso como derecho es un derecho natural, positivo, canónico, estatal, etc. Al respecto, Javier Hervada (2012), nos señala que:

Nada más lejos, del concepto de derecho [al debido proceso] que ser una idea o ideal, de la cual participarán de modo más o menos pleno los derechos reales existentes. El concepto de derecho [al debido proceso] procede de la experiencia - de los derechos existentes- por abstracción y por ello se encuentra igualmente realizado en todo derecho. (p. 68)

En otras palabras, la “experiencia” a la que se refiere el precitado autor es el término que para nuestro propósito de definir la naturaleza jurídica del debido proceso adaptamos bajo la expresión de “experiencia negativa”, esta denominación alude a que conceptualizar este derecho es posible si se deja de concebirse como una idea o un valor de ideal, logrando ello podemos conceptualizar desde la doctrina y la jurisprudencia - en especial esta última mediante el razonamiento lógico - que nos han llevado a conocer y entender el concepto y la naturaleza jurídica del debido proceso por la negativa en la experiencia del ejercicio y la práctica del derecho, en esa línea, el profesor Osvaldo A. Gozáni (Derecho Abierto UBATIC, 2014) explica ejemplificando que “no es debido proceso el que no cumple con tal requisito, no es debido proceso el que no escucha a ambas partes, no es debido proceso el que omite la consideración de una prueba relevante para el proceso”, es decir, las definiciones con las que contamos para explicar una naturaleza jurídica han sido dadas por lo negativo, de modo que se sabe ¿qué no es? mas no el ¿cómo es? y a eso apunta definir la naturaleza jurídica del debido proceso.

Si bien el debido proceso ha sido acogido firmemente por los códigos procesales, ello no implica que su naturaleza sea meramente procesal, al menos no del todo, podríamos afirmar que su naturaleza es mixta dada cuenta que por su contenido y alcances adjetivos y sustantivos es permisible afirmar que la institución del debido proceso tiene naturaleza jurídica constitucional procesal. Por ello es por lo que su vulneración del debido proceso sea en acción u omisión, faculta a la parte procesal agraviada a que interponga uno de los recursos extraordinarios de agravio constitucional que apertura un proceso constitucional sobre el que debe pronunciarse el órgano supremo de interpretación y de control de la constitucionalidad.

1.4. Características

De acuerdo a Valdivia (2022), las características del debido proceso, son los siguientes:

1. Es un derecho de efectividad inmediata, nadie puede alegar la falta de una regulación para poder impugnar una decisión.
2. Es un derecho que requiere una configuración legal, es decir, que la norma procesal debe regular las características que van a conformar la complejidad de este debido proceso. (p. 186)

Por su parte, entre las características más resaltantes del debido proceso, Guido Águila Grados (Tribuna Constitucional, 2017), señala lo siguiente:

3. Es un derecho de impugnación cuyo desarrollo legal debe estar sujeto a plazos preclusivos respecto a los recursos en el proceso judicial (apelación y casación) o procedimiento administrativo (reconsideración, apelación y revisión).
4. Es un derecho continente, es decir, que está preñado de otros derechos fundamentales como son cuanto menos estos 8 siguientes: el derecho al juez natural, el derecho de defensa, el derecho probatorio, el derecho al plazo razonable, el derecho a la motivación

de las resoluciones, el derecho a la impugnación, el derecho a la cosa juzgada y el derecho a la cautela procesal.

5. Es un principio y a su vez una garantía en la administración de justicia, si bien es una garantía expresada en el artículo 139 de la Constitución damos cuenta que no es cualquier garantía constitucional, es la principal porque esta garantía a su vez contiene otras señaladas en la misma cláusula constitucional.

6. Es un sistema procesal, per se, ya que no es una norma procesal simple, el debido proceso abarca derechos y principios procesales tal cual un sistema.

Respecto a la última característica, es preciso hacer reflexión, el debido proceso como derecho o como principio por su naturaleza o ámbito de aplicación, es una norma procesal, diferente a las demás en el entendido que es un derecho o un principio continente porque abarca a otra gama de derechos y de principios, entonces ¿por qué no llamar al debido proceso como un sistema procesal? De hacerlo podríamos entender mejor que las deficiencias en el sistema de justicia no son por la mala regulación o la falta de regulación para los procesos que deben ser efectivos y cuya efectividad las debe garantizar el Estado mismo, pues, “los sistemas procesales en general no son solamente el reflejo de su normativa, sino que son el reflejo de un sistema político que rige en el Estado que lo implementa” (LP - Pasión por el Derecho, 2021)

2. Aspectos Problemáticos

¿De qué sirven los derechos si no los podemos reclamar cuando incumplen con el deber de respetarlos, especialmente si quien incumple es el mismo Estado que reconoce los derechos? Así por ejemplo planteamos que existen dos situaciones a valorar que influyen en la toma de decisiones del Estado representado por los jueces.

La primera es que una persona se encuentra detenida por la presunta comisión de un ilícito pero no puede permanecer en la misma situación una vez agotado el plazo de su detención en mérito a su derecho al debido proceso y fundado éste sobre la base de la presunción de inocencia, más si se mantiene detenida esta persona, su defensa puede plantear un hábeas corpus que hará al juez actuar como el juez garantista que debe ser toda vez que pertenece a un sistema garantista y lo que garantiza es la vigencia y el respeto de los derechos fundamentales, la consecuencia más esperada es que el juez vaya a disponer la libertad del detenido.

La segunda situación es que todas las personas integrantes de la sociedad ostentan la titularidad de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, algunos de esos derechos como son el de la vida, de la propiedad y de la seguridad pública entre otros, también requieren de garantías por parte de la autoridad jurisdiccional del Estado, quien debería asumir que no puede dejar en libertad a quien frente a la percepción social representa un peligro de vulnerar o violar los derechos fundamentales mencionados, mismos que el Estado en teoría busca garantizar, entonces en esta situación el juez puede actuar como un juez realista consciente de la realidad, aunque ello podría suponer que de cierta manera deje de ser garantista.



Sin duda se trata de situaciones que desde los puntos de vista expuestos dejan entre la espada y la pared a los jueces quienes más allá de simplemente subsumir los hechos en la norma o la norma a los hechos, ellos deben conocer y entender el espíritu de la ley para poderla aplicar a cada caso concreto asumiendo también que ya no son la boca muda de las leyes sino que han trascendido a ser cada uno sin excepción “el defensor y garante de la vigencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos” (Morales Godo, 2010, p. 3).

2.1. *En el plano internacional*

La Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) son los órganos de la Organización de los Estados Americanos (OEA) competentes que se encargan de la promoción, observancia, protección y defensa de los derechos humanos, esto conforme al artículo 33 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En este ámbito también ha existido pronunciamiento sobre algunos aspectos problemáticos del debido proceso legal en cuanto a su vulneración por parte de los Estados en la administración de justicia, esta problemática se circunscribe y se desarrolla en la relación ciudadano-Estado afectando la normal convivencia social donde uno se siente pequeño en relación al otro que parece ser un poder ilimitado especialmente en recursos que le permitan tener mayores posibilidades de lograr una defensa efectiva de sus pretensiones ante la CIDH, la que se ha señalado:

El derecho reconocido en el artículo 25 de la Convención se ve afectado asimismo cuando en el marco de los procesos judiciales previstos para la tutela de derechos fundamentales no se respetan las garantías del debido proceso. Para la Corte, la relación entre los artículos 8 (debido proceso) y 25 (protección judicial) de la Convención Americana, implican la consagración del derecho de las víctimas a obtener protección judicial de conformidad con el debido proceso legal (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2001: párrafo 103). En este sentido, en los procesos establecidos para la protección judicial de los derechos fundamentales también se deben respetar las garantías del debido proceso. (citado en Huerta Guerrero, 2011, p. 221)

De este modo, Huerta Guerrero (2011), indica:

A modo de ejemplo se puede citar la sentencia sobre el fondo de la Corte Interamericana en el caso Tribunal Constitucional, del 31 de enero de 2001. En este caso la Corte constató la falta de imparcialidad de los magistrados que resolvieron un proceso de amparo iniciado por personas afectadas en sus derechos, así como la demora en su resolución, lo que a su criterio implicó que dicho recurso estuviera destinado al fracaso, ya que a través del mismo no se podía remediar la situación lesiva de los derechos invocados, lo cual significaba una violación del artículo 25 de la Convención (...). En consecuencia, corresponde a las autoridades judiciales responsables de conocer las

demandas de amparo y hábeas corpus, respetar durante el desarrollo de tales procesos las garantías del debido proceso (p. 221).

Cabe indicar que, en el plano internacional la denominación más idónea de lo que estamos tratando como debido proceso es de derecho al “debido proceso convencional” puesto que la normativa aplicable y el escenario procesal es internacional rigiéndose los tratados o convenios, en el caso presentado es la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

2.2. En el plano nacional

En principio, el sistema de justicia peruano cuenta con un órgano estatal encargado de administrar justicia ordinaria y un órgano autónomo encargado de la justicia constitucional, es decir, el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional respectivamente. A propósito del derecho-principio al debido proceso, la terminología propuesta por doctrinarios varía en función a la naturaleza de las pretensiones de los procesos y según el órgano que lleve a cabo tales procesos, así se tiene a las expresiones de “debido proceso legal” y “debido proceso constitucional”. La variación en los términos no afecta el contenido formal y sustancial de esta garantía jurisdiccional.

2.2.1. En el ámbito legal

En ámbito de la administración de justicia como órgano estatal y en escenario del proceso en juicio, se presentan diversas situaciones complejas que son fenómenos negativos propios de una coyuntura en la correcta gestión de los recursos, muy característico de países latinoamericanos como el nuestro. Así, según Daniel Hidalgo (2017):

En algunas situaciones, los jueces se ven influenciados por la promoción, publicidad y consecuencias que pudieran tener sus actos. Además, no siempre las partes están en equivalencia de condiciones, debido a que el litigante con mayores recursos tendrá la oportunidad de contratar mejores abogados, mientras que los litigantes de menores recursos dependen muchas veces de defensores de oficio ofrecidos por el Estado, que se encargan de una gran cantidad de casos y cuentan con reducidos recursos. (p.103)

Estas situaciones fácilmente se pueden traducir a potenciales amenazas a los elementos componentes del debido proceso, tales por ejemplo son: la imparcialidad, la igualdad, la defensa y la pluralidad de instancia solo por mencionar algunos.

La Unidad de Jurisprudencia del Centro de Investigaciones Judiciales, en su Boletín N.º26-2016/El Derecho Fundamental al Debido Proceso (Poder Judicial del Perú, 2016), cita la Casación N.º5734-2017 - Tacna, señalando algunos parámetros de actuación para la autoridad jurisdiccional que atienden al debido proceso legal:

El juez no sólo debe atender las demandas con celeridad, sino, que sobre todo debe suplir las deficiencias formales en las que incurran las partes, sin perjuicio de disponer la subsanación de las mismas en un plazo razonable en los casos en que no sea posible la suplencia de oficio, conforme lo prevé el numeral 4) del artículo 2° del Texto Único Ordenado de la Ley N°27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, además de brindar a las partes una respuesta razonada, motivada, y coherente con la materia de litis, en aras de garantizar la observancia irrestricta del debido proceso. (p. 1)

Ya que se menciona a la respuesta razonada, motivada y coherente que hace alusión al derecho a la debida motivación de las resoluciones y que, a su vez, constituye uno de los elementos formales que componen al debido proceso, existe una novedosa problemática que amenaza ese derecho derivado del debido proceso y es que la causa de ello es el desarrollo vertiginoso de la tecnología y su implementación en el derecho, especialmente en los procesos. La problemática actual del debido proceso al que hicimos referencia puede girar en torno al uso no controlado de la Inteligencia Artificial por parte de los jueces para motivar sus resoluciones, de modo que, fácilmente el exceso de uso y confianza en el razonamiento robótico, tecnológico o artificial puede cruzar la delgada línea de la debida motivación de las resoluciones judiciales, ya sea al no referirse a un alegato de las partes o al no valorar algunas de las pruebas admitidas, en lo procesal civil sería no referirse a un punto controvertido determinado, estos supuestos exhiben a gran escala una vulneración del debido proceso.

3. En el ámbito administrativo

La jurisdicción administrativa es especial, a diferencia de la jurisdicción ordinaria aquí no existen los jueces sino más bien los funcionarios públicos quienes se encargan de interpretar y aplicar las reglas (normas y principios) que rigen el derecho administrativo en lo referido al procedimiento. En el ámbito de la justicia administrativa no podemos hablar de debido proceso propiamente, pues como ya advertimos, la nomenclatura como tal del debido proceso consiste en un conjunto de reglas formales y sustanciales que operan en un proceso el cual puede ser legal o constitucional, sin embargo, en el contexto de este derecho hablamos de “debido procedimiento administrativo” o simplemente “debido procedimiento”, conforme se observa de lo regulado en el artículo IV del TP de la Ley N°27444 cualquiera de las dos expresiones es válida a efectos de referirnos a las reglas aplicables solamente al procedimiento que rige en “las controversias que surjan entre [la Administración pública] y los administrados, entre dos entes públicos, o entre el Estado y un ente público menor” (Rojas Franco, 2011, pp. 177-178).

Al respecto de lo mencionado en el párrafo anterior, vamos a presentar la problemática de un caso real de justicia constitucional respecto de la justicia administrativa, esto es, un caso en lo concerniente al debido proceso manifestado en el procedimiento administrativo. El caso es de la persona jurídica MEGGA E.I.R.L., quien mediante su representada interpuso un recurso de agravio constitucional contra la sentencia de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Lima

de fecha mayo de 2006 que declara improcedente su demanda de amparo. Dicha demanda de amparo fue interpuesta por la recurrente en contra del Servicio de Administración Tributaria de la Municipalidad Metropolitana de Lima con el objeto de dejar sin efecto el embargo de su cuenta de ahorro. El recurso constitucional se interpone por considerar la recurrente que se afectaron su derecho a la defensa y al debido proceso tras que la demandada habría retenido como medida cautelar unos fondos de su cuenta bancaria sin haberle notificado de la medida en su oportunidad y afectando con dicha retención su derecho al desarrollo de la personalidad y al trabajo. La demandada argumentó que dicha medida es el resultado de un procedimiento coactivo respecto del cobro de los montos de las sanciones impuestas a la recurrente en calidad de administrada por haber efectuado modificaciones en bien inmueble sin la autorización correspondiente y que sí le notificaron sobre el procedimiento coactivo y sobre la medida de embargo, ergo, no alcanzó a probar dicha alegación, además, por la carga de la prueba no resulta viable exigirle a la demandante que pruebe haber sido notificada cuanto más aún si la demandada afirma haber notificado debidamente. En esa línea, el Tribunal Constitucional (2007), resuelve a favor de la demandada tras haberse considerado que sí se vulneraron los derechos constitucionales a la defensa y al debido proceso, además ordena a la entidad de la Administración Pública que oficie a la entidad bancaria disponiendo el levantamiento de la medida, dicho pronunciamiento ha recaído en el Exp. N°8865-2006-PA/TC, donde el fundamento principal señala que:

La Constitución garantiza el derecho al debido proceso (artículo 139, inciso 3) y, por consiguiente, la observancia de principios y derechos que lo conforman. Ahora bien, estos principios y derechos vinculan no sólo el ámbito de los procesos judiciales, sino también en el ámbito de los procedimientos administrativos e, incluso, en los procedimientos que tienen lugar en el ámbito de las personas jurídicas de derecho privado. Desde tal perspectiva, el derecho al debido proceso también vincula las actuaciones de la autoridad en el procedimiento de ejecución coactiva. Este Tribunal ha sostenido al respecto que "las garantías del debido proceso son plenamente aplicables a los procedimientos administrativos, entre los cuales se encuentra el procedimiento de ejecución coactiva" (STC N.º 417-2005- AA, fundamento 3, in fine). Entre los elementos que componen el debido proceso es de particular relevancia el derecho a la defensa, debido a la característica sumarial y meramente ejecutiva del procedimiento de ejecución coactiva. (F. 5)

CONCLUSIONES

Los derechos fundamentales como señalan los estudiosos constitucionalistas, entre ellos el destacado jurista Cesar Landa, pueden plantearse como garantías procesales formales y/o sustantivas lo que conlleva a actualizar el catálogo del ordenamiento procesal respecto a garantías procesales a fin de proteger los mismos derechos fundamentales. Es así que, en nuestro ordenamiento procesal peruano vamos a encontrar dos grandes garantías, tales son la "tutela jurisdiccional efectiva" y el "debido proceso", sin embargo, como lo indica el título del



presente trabajo, nos hemos enfocado en el transversal debido proceso para presentarlo como la garantía principal en el país dada cuenta que, si bien la tutela jurisdiccional efectiva implica el acceso a la justicia ordinaria y constitucional, no serviría tal facultad si el resultado corre el riesgo de ser producto de una serie de arbitrariedades y de abusos de derechos la cual se reduce con la garantía del debido proceso asegurando un resultado fundado en justicia y en derecho.

Como se aprecia del desarrollo de este trabajo, se ha seguido los lineamientos de Guido Águila Grados, arribando a que el debido proceso como derecho fundamental es uno de los más importantes después del derecho a la vida y a la libertad, estos dos derechos que por supuesto son objeto de protección del debido proceso especialmente en el escenario judicial-penal donde se discute la determinación de la responsabilidad penal de un individuo a fin de desvirtuar la presunción de su inocencia respecto a la comisión de una o varias de las conductas antijurídicas tipificadas y reprochables que implican la más draconiana de las sanciones, la restricción de la libertad personal y libertad de tránsito mediante sentencia y posterior internamiento a un centro penitenciario. Sin embargo, en el ámbito del proceso civil la vulneración de este proceso no afecta a la libertad sino más bien a garantías como la señalada en el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución, respecto a la motivación de las resoluciones judiciales.

En síntesis, si bien todos vivimos bajo la Constitución, en el contexto de un Estado social y democrático de Derecho, implica que nuestra Constitución está fundada en el respeto de los derechos fundamentales, la dignidad humana del hombre y de las garantías fundamentales, estos son sus pilares. El debido proceso es una expresión muy compleja del orden jurídico que atiende a mantener dichos pilares, aunque, su tratamiento abarca el estudio de muchas áreas en las que se aprecia la transversalidad de los derechos y de los principios derivados. Al plantear que el debido proceso es la principal garantía en el Perú nos hemos enfocado en la dimensión del debido proceso como limitante a la actuación del Estado para garantizar la vigencia y el respeto de los derechos fundamentales de las personas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguilar Bazán, M. (2020). *La persona con discapacidad y el derecho al trabajo en la Constitución Política del Perú de 1993* [Tesis para optar el grado de maestría, Universidad San Martín de Porres]. <https://repositorio.usmp.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12727/7364/aguilarmy.pdf?isAllowed=n&sequence=1>
- Centro de Estudios Constitucionales (CEC-TC Perú). (2023). *Conferencia: «La Relación entre la Historia del Derecho y la Filosofía del Derecho»*. [Archivo de video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=BXRv0v89TaI>
- Corte Suprema de Justicia del Perú. (2014). *Casación N.º05734-2013-Tacna*. Lima, 27 de mayo. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/41be18804c3f654c80dac73e5970d15d/5734-2013.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=41be18804c3f654c80dac73e5970d15d>
- Derecho Abierto UBATIC. (2014). *Debido Proceso Legal - Parte I – Concepto e historia del Debido Proceso*. [Archivo de video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=phW1K2y3DWg>
- Donaires Sánchez, P. (2003). *Teoría General del Proceso. Derecho Procesal Civil I* (1ra edición). Universidad Nacional de Cajamarca. https://www.derechoycambiosocial.com/anexos/MISCELANEA/2021/Teoria_general_del_proceso.pdf
- Gómez Lara, C. (2012). *Teoría General del Proceso* (10ma edición). Oxford University Press México. <https://clea.edu.mx/biblioteca/files/original/19cc2590aa50daf98e720c52b0b6a456.pdf>
- González Ojeda, M. (2004). El Estado Social y Democrático de Derecho y el Estado peruano. *Derecho y Sociedad*, 23, 144-159. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/16863>
- Gozaíni, O. (2004). *El debido proceso. Estándares de la corte interamericana de derechos humanos*. Rubinzal. <https://gozaini.com/wp-content/uploads/2018/07/Debido-proceso.pdf>
- Hervada, J. (2012). *Temas de Filosofía del Derecho* (1ra edición). Ediciones Universidad de Navarra. <https://dokumen.pub/temas-de-filosofia-del-derecho-9788431328740.html>
- Hidalgo Hurtado, D. (2017). El Debido Proceso. *Biolex Revista Jurídica del Departamento De Derecho*, 9(17), 101-110. <https://doi.org/10.36796/biolex.v17i0.33>
- Huerta Guerrero, L. (2011). El derecho a la protección judicial de los derechos fundamentales. *Pensamiento Constitucional*, 15(15), 211-241. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3065>
-

- Landa Arroyo, C. (2002). El derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional. *Pensamiento Constitucional*, 8(8), 447-461. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3287>
- Landa Arroyo, C. (2017). *Los derechos fundamentales*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/170363>
- LP - Pasión por el Derecho. (2021). «Abogado Nivel Dios» Francisco Oneto y Benji Espinoza hablan del debido proceso penal. [Archivo de video]. YouTube. https://www.youtube.com/watch?v=d_dcrUzbzfo
- Meza Córdova, N., & Vilcahuaman Lazo, J. (2021). *La vulneración al debido procedimiento por la discrecionalidad de las peticiones de gracia en el ordenamiento jurídico peruano* [Tesis para optar el título de Abogado, Universidad Peruana Los Andes]. <https://repositorio.upla.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12848/4686/TESIS.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Monroy Gálvez, J. (2017). *Teoría General del Proceso* (4ta edición). Communitas Editorial.
- Morales Godo, J. (2010). La función del juez en una sociedad democrática. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, 4(1), 1-34. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprosesal/article/view/2397>
- Poder Judicial del Perú. (2016). *Boletín N.º26-2016/El Derecho Fundamental al Debido Proceso* (pp. 1-2). Centro de Investigaciones Judiciales. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/b6b795804cb7278591c597ebc7e04471/Bolet%C3%ADn+N%C2%B0+26-2016.pdf?MOD=AJPERES>
- Rojas Franco, E. (2011). El debido procedimiento administrativo. *Derecho PUCP*, 67, 177-188. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201102.008>
- Rubio Correa, M. (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993: Vol. V* (1ra edición). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. <https://doi.org/https://doi.org/10.18800/9789972421204>
- Tello Mendoza, M. (2018). *Caracterización del proceso sobre otorgamiento de escritura pública; Expediente N.º00665-2014-0-0801-JR-CI-01; Primer Juzgado Civil de Cañete, Cañete, distrito judicial de Cañete, Lima. 2018* [Tesis para optar el título de Abogado, Universidad Católica Los Ángeles Chimbote]. http://repositorio.uladech.edu.pe/bitstream/handle/20.500.13032/27851/CARACTERIZACION_OTORGAMIENTO_TELLO_MENDOZA_MERIBEL_YESSICA.pdf?sequence=3
- Terrazos Poves, J. (2004). El Debido Proceso y sus Alcances en el Perú. *Derecho & Sociedad*, 23, 160-168. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/16865>

Tribuna Constitucional. (2017). *El debido proceso*. [Archivo de video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=HSs7zc3wYSU>

Tribuna Constitucional. (2021). *¿Cuál es la definición del DEBIDO PROCESO?* [Archivo de video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=vXJOW-q1YRs>

Tribunal Constitucional. (2007). *STC Exp. N°8865-2006-PA/TC*. Lima, 8 de enero.

Valdivia Acuña, M. (2022). El debido proceso en sede administrativa: garantía al ciudadano de una administración eficiente e imparcial. *Derecho Público Económico*, 02(02). <https://doi.org/10.18259/dpe.2022012>



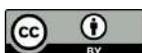
ASILO POLÍTICO, INSTRUMENTO RECONOCIDO CONSTITUCIONALMENTE Y CAUSA DE CONFLICTO DE RELACIONES INTERNACIONALES*

*POLITICAL ASYLUM, CONSTITUTIONALLY RECOGNIZED
INSTRUMENT AND CAUSE OF INTERNATIONAL RELATIONS CONFLICT*

Fecha de recepción: 13/07/2023
Fecha de aprobación: 14/07/2023

Carmen Rosa Zuta Mendoza

Universidad Nacional del Santa
r.czume@gmail.com



 <https://orcid.org/0009-0005-7321-0177>

e-ISSN: 2961-2934

<https://doi.org/10.61542/rjch.18>

RESUMEN

Este trabajo, a través del método deductivo, explora la relevancia de la aprehensión constitucional del asilo político como mecanismo de protección de los derechos humanos, examinando la interacción jurisprudencial y casuística internacional en conflictos entre estados relacionados con el asilo político, como los casos de Haya de la Torre, Alan García, la embajada de Colombia y el incidente de Evo Morales. Además, se busca aclarar los criterios para la utilización de mecanismos internacionales según la doctrina constitucional, la regulación del asilo político y los factores internos que influyen en esta cuestión, generando un replanteamiento de las ideas predominantes en la doctrina contemporánea debido a las opiniones divergentes en la academia y la persistente subjetividad en la definición de persecución política.

Palabras claves

Asilo político, doctrina constitucional, persecución política.

*Artículo ganador del 2º puesto en el I Concurso de ponencias estudiantiles del Semillero de Investigación en Derecho Privado y Constitucional, llevado a cabo el 01 de julio del 2023.



ABSTRACT

This work, through deductive reasoning, explores the relevance of the constitutional apprehension of political asylum as a mechanism for protecting human rights, examining international jurisprudential and casuistic interactions in conflicts between states related to political asylum, such as the cases of Haya de la Torre, Alan García, the Colombian embassy, and the incident involving Evo Morales. Furthermore, it seeks to clarify the criteria for the use of international mechanisms according to constitutional doctrine, the regulation of political asylum, and the internal factors that influence this issue, generating a reconsideration of prevailing ideas in contemporary doctrine due to divergent opinions in academia and the persistent subjectivity in the definition of political persecution.

Keywords

Political asylum, constitutional doctrine, political persecution.

RÉSUMÉ

Ce travail, par le raisonnement déductif, explore la pertinence de la saisie constitutionnelle de l'asile politique en tant que mécanisme de protection des droits de l'homme, examinant les interactions jurisprudentielles internationales et les cas dans les conflits entre les États liés à l'asile politique, tels que les affaires Haya de la Torre, Alan García, l'ambassade colombienne et l'incident impliquant Evo Morales. De plus, il cherche à clarifier les critères d'utilisation des mécanismes internationaux selon la doctrine constitutionnelle, la réglementation de l'asile politique et les facteurs internes qui influent sur cette question, générant une remise en question des idées prédominantes dans la doctrine contemporaine en raison d'opinions divergentes au sein de la communauté académique et de la subjectivité persistante dans la définition de la persécution politique.

Mots-clés

Asile politique, doctrine constitutionnelle, persécution politique.

INTRODUCCIÓN

Las pugnas internas de una nación, una constante en el tiempo, han ocasionado para sus residentes diferentes reacciones; ya sean opositoras o evasivas, han generado una alta demanda de ayuda humanitaria. Por ello, instrumentos como el de asilo político en relaciones internacionales deberían ser regulados en su admisión al detalle, evaluando cada caso de manera precisa y no sistemática, como se ha podido ver en distintos casos donde la admisión de dicho recurso era inmediata y carente de una causa fundada, ocasionando para los Estados intervinientes disidencias a razón de la intervención del Estado asilante en las políticas ajenas a sí, generando para las relaciones internacionales de ambos países motivos suficientes para verse debilitadas.

Dichos conflictos en materia de relaciones internacionales ya han sido de larga data desde su reconocimiento internacional en la Convención de Ginebra. En el caso del Perú, esta figura se utilizó por altos mandos políticos que viéndose envueltos investigaciones de carácter legal a causa de cuestionables hechos en los que habrían participado evadían las investigaciones asilándose en calidad de supuestos perseguidos políticos en otros estados o en oficinas consulares de otros países con sede en nuestro país.

Por tales motivos, la regulación e implementación de estrategias que otorguen una vía de prevención a contribuir con la aplicación desmesurada de este recurso, a fin de lograr constituir nuestras políticas de relaciones internacionales sobre la base de la razonabilidad, idoneidad y diplomacia, a fin de preservar jurisprudencialmente precedentes que sirvan para la futura aplicación del recurso humanitario.

1. El asilo político como mecanismo de protección de los derechos humanos reconocido jurisprudencialmente

Con la sucesión de eventos bélicos y crisis sociales a lo largo del mundo, la idea de protección o refugio ante posibles ataques se volvió una necesidad para todo aquel que sintiese en riesgo su integridad física, o incluso, su vida. Por ello, la comisión de distintos grupos defensores de los derechos humanos ha sido una constante en el tiempo y ha dado pie a la creación de distintos organismos internacionalmente reconocidos, que a su vez pudieron establecer tratados y convenios con el fin primordial de garantizar la defensa y protección a quienes lo requieran en cualquier circunstancia; algo con lo que, en el pasado, miles de vidas anhelaron contar.

En consecuencia, dichos convenios crearon distintas instituciones de carácter humanitario a fin de accionar de manera directa la ayuda a quien lo requiera, producto de ello nace también el asilo político. Inicia como una forma de protección que se otorga a personas que han salido de sus respectivos países debido a cuestiones de persecución o debido a las investigaciones que se les sigue contra estas por casos de corrupción o actos donde hayan tenido algún nivel de participación, asimismo, es una institución reconocida por la legislación nacional y se encuentra regulada constitucionalmente. De ello, explica Caicedo (citado en Narváez Mercado, 2022):

El asilo en América latina ha tenido dos objetivos: a) proteger la vida, la libertad o la seguridad de personas perseguidas por delitos políticos, y b) se relaciona con la aspiración que siempre ha existido de asegurar el respeto de los derechos fundamentales del hombre. El asilo no viola el principio americano de la no intervención. (p. 244)

El Instituto de Derecho Internacional, en la reunión de Bath (citado en Narváez Mercado, 2022), definió el término asilo como “la protección otorgada por un Estado en su territorio o en otro lugar bajo el control de alguno de sus órganos a una persona que ha venido a solicitarla” (p.236), es un concepto arraigado en la historia de las relaciones internacionales que bien puede llegar a confundirse con el refugio, una institución distinta al asilo que Narváez (2022), citando a Arlettaz esclarece:

Se ha indicado que la diferencia entre uno y otro es que el asilo se otorga para proteger a una persona que es perseguida por delitos políticos, mientras que el refugio tiene una finalidad protectora más amplia que comprende a cualquier persona perseguida. (p. 240)

Desde tiempos antiguos, los individuos han buscado refugio en otros países para escapar de la persecución política. El origen del asilo político puede rastrearse hasta la antigua Grecia y Roma, donde las ciudades-estado ofrecían refugio a aquellos que huían de la tiranía. Sin embargo, fue durante el siglo XX cuando el asilo político internacional se convirtió en un derecho internacionalmente reconocido y se establecieron normas y procedimientos claros para su concesión. distinto a lo conocido como el refugio humanitario que se le otorga a una persona que requiere urgentemente por el contexto y los derechos en continua vulneración; pese a ello, comparten el carácter humanitario en la razón de ser “medidas unilaterales que no demandan reciprocidad, y el mismo objetivo, de permitir que un extranjero fije su domicilio en un país” (Cardoso, 2010, p. 2). El asilo político se diferencia en su carácter humanitario, en base al principio de protección de los derechos humanos fundamentales. En esa línea, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (citado por Narváez Mercado, 2022), constató ambos términos en la génesis de estas figuras, diferenciando:

El vocablo asilo se reserva para designar al sistema latinoamericano de asilo diplomático y territorial, reconocido a través de las convenciones latinoamericanas, y es menos utilizado en el contexto del Derecho Internacional de los Refugiados. En cambio, se utiliza el vocablo refugio para designar, por una parte, al sistema universal de protección de los refugiados basado en la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y a su Protocolo de 1967. (p. 239)

El asilo político internacional se rige por una serie de normas y tratados internacionales. La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, la Convención sobre Asilo Político y la Convención sobre Asilo Diplomático de 1954, establecen las bases legales para la concesión del asilo político y definen el estatus de refugiado. Según estos instrumentos, los refugiados son

personas que tienen un temor fundado de persecución debido a su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social particular u opinión política, y que están fuera de su país de origen. Se considera que aquellos que buscan asilo están siendo perseguidos en su país de origen debido a su filiación política, religión, raza u otra característica protegida. Por ende, se concede para garantizar que estas personas no sean devueltas y sufran persecución o incluso violencia en su lugar de origen.

Respecto a su aplicación, jurisprudencialmente podemos identificar que es comprensible la gran demanda de ayuda humanitaria ante los altos índices de crisis que pueda atravesar una nación; sin embargo, mecanismos de protección de los derechos humanos como el asilo político buscan detener posibilidades de peligro ante el freno de peligro inminente de persecución. Si bien se concede tanto de forma individual como colectiva, en el caso de solicitudes individuales, la persona que busca asilo debe presentar pruebas de la persecución que ha enfrentado o teme enfrentar en su país de origen. Esto puede incluir informes de violaciones de derechos humanos, amenazas de muerte u otros documentos que respalden su caso. Por otro lado, el asilo político también se concede en situaciones de crisis humanitarias o conflictos armados, cuando un grupo completo de personas se ve obligado a huir de su país debido a la violencia generalizada o la persecución (Gámez Gutiérrez, 2013, p. 114).

Dicha persecución o temor razonable de persecución puede surgir en base a la raza, la religión, la nacionalidad, la pertenencia a un determinado grupo social u opinión política. Dicha situación ha sido considerada en los albores del derecho internacional como el refugio brindado por los pueblos a los perseguidos en lugares sagrados. Esta referida figura se vincula rápidamente con la importancia de garantizar la vida de quien corre peligro (Moscoso Díaz, 2015, p. 14). Y sobre ello, hay que destacar aquella loable acción de servicio, pero también considerar los efectos que podría desencadenar la intervención de un estado en las relaciones internas de otro.

Este recurso humanitario también está sujeto a ciertas limitaciones y desafíos. Algunos países pueden ser reacios a conceder asilo político debido a preocupaciones de seguridad nacional o a la carga económica que esto pueda representar. Además, la interpretación de las leyes y normas de asilo puede variar entre países, lo que lleva a la posibilidad de resultados inconsistentes para solicitantes de asilo en diferentes partes del mundo.

En el panorama nacional tenemos al primer precedente nacional, e internacionalmente reconocido como el caso emblemático sobre asilo político en Latinoamérica, donde tras cinco años su ejecución logró consumarse. De la situación que envuelve dicho pedido, Novak & Namihas (2011), nos relatan:

Una reacción aún más enérgica se produjo cuando durante el gobierno dictatorial del general Manuel A. Odría, el líder aprista se ve obligado a solicitar asilo a la Embajada de Colombia en Lima (3 de enero de 1949), como consecuencia de la orden de arresto decretada contra todos los dirigentes apristas (25 de octubre de 1948) impidiendo el gobierno peruano su salida y negándole a Colombia la capacidad para calificarlo

unilateralmente como asilado. La pugna entre Bogotá –que quería darle el asilo– y Lima –que se lo negaba– finalmente se sometería a la Corte Internacional de Justicia de La Haya (intercambio de notas de 29 de abril y 7 de mayo de 1949), aunque el acuerdo para poner fin a la cuestión se daría con posterioridad al fallo (22 de marzo de 1954), conviniéndose en que Haya de la Torre abandonara la Embajada de Colombia en Lima, previa entrega simbólica del asilado a la jurisdicción peruana, antes de abordar el avión que lo conduciría a México (6 de abril de 1954). (p. 22-23)

2. Requisitos de procedibilidad del asilo político

Constitucionalmente el asilo político ha sido aprehendido a fin de hallar en nuestra legislación, reconocimiento para su regulación y futura aplicación; por ende, es necesario entender que dicha aprehensión genere efectos legislativos, así como sociales, puesto que al ser una figura con un carácter eminentemente humanitaria con intención de defensa al derecho de libertad de expresión y asociación política, sus efectos inciden principalmente a proteger figuras políticas o personas en un estado de afectación inminente o presente, de padecer de una persecución política.

Entendiendo entonces que este mecanismo ejerce una fuerte influencia en las políticas internas de un país, como en la situación de sus residentes, resulta necesario precisar aquello que se considera como requisitos de procedibilidad globales para obtener el asilo político. Entre estos incluye que la persona sea un refugiado, es decir, que haya huido de su país de origen debido a persecución o temor razonable de persecución; que la persecución o el temor de persecución sea en base a uno de los motivos mencionados anteriormente, y que no sea responsable de actos graves contrarios a los derechos humanos. Sin embargo; constitucionalmente se han establecido parámetros para su aplicación.

Es reconocida por nuestra legislación los tratados que versan sobre los derechos humanos en igual jerarquía que la Constitución, siendo uno de estos la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, enmendada en 1967 por el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, que deja sin efecto las limitaciones temporal y geográfica de la Convención.

Para definir la condición de refugiado, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951), determina que puede ser considerada toda persona que:

Debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él. (Artículo 1.A.2)

Respecto a ello, habría que evaluar aquellos casos en los cuales aquel refugiado acude a una embajada y no solo a aquellos que migran a otro país; sobre esto abundan antecedentes en los cuales bastó para aquel que requería adoptar asilo, acudir a una embajada y esperar a la habilitación del salvoconducto que permita su traslado al país receptor, pero sobre esto hay que incidir un poco más, evaluar el criterio que consideró el estado asilante para otorgar esta institución a quien la solicita y bajo qué contexto acude este.

Empero, todo se vería justificado bajo una urgencia razonable, donde los factores externos ejerzan la suficiente presión sobre el solicitante, siendo este un caso prioritario sobre el cual resolver y aplicar el recurso humanitario, de ello nos habla Sosnowski (1985), al señalar que:

Esta situación específica definida como “caso de urgencia” provoca que el jefe de la misión diplomática permita a la persona amenazada asilarse en los recintos de la misión, protegiendo de esta forma su vida, salud o libertad. Por lo tanto, es esta una circunstancia común para el asilo diplomático como para el así llamado refugio temporal. Recién el reconocimiento que la persona que busca asilo en la misión lo hace por temor a las acciones de los organismos del Estado territorial, puede constituir la base para tomar la decisión de otorgar a esa persona asilo diplomático. (p. 153)

Sin embargo, frente a ejemplos como el caso de Alan García con la embajada de Colombia, podemos analizar si realmente se cumplía la urgencia y probidad suficiente para encontrar que el ex presidente Alan García cumplía con lo requerido para hacer un pedido de asilo político. Rememorando aquellos hechos que involucraron a este caso tenemos a la investigación por delitos de corrupción presuntamente ejecutados por el exmandatario y al fujishock, por cual alegó sufrir persecución. Por ello, evaluando un panorama adverso para sí, decidió requerir asilo político en la mencionada embajada, lo que ocasionó para el Perú un obstáculo para la aplicación de la justicia sobre el expresidente investigado; aquello que se buscaba no era más que ponerle fin a un proceso legal que ya se había extendido por mucho tiempo y que contaba con los fundamentos necesarios para apresar preventivamente al exmandatario. Este tipo de intervención tuvo una negativa repercusión para la política interna de nuestro país, puesto que la intervención que tuvo el Estado colombiano generó inconformidad para la población peruana, sin duda una posible causal de conflicto de carácter internacional, que ante el intervencionismo de un Estado sobre las decisiones de otro en su jurisdicción no tendría lugar dentro de la soberanía que ostenta un país.

Ahora bien siguiendo con el otro requisito de probabilidad del asilo político, que es el no ser responsable de actos graves contrarios a los derechos humanos, siguiendo con el mismo ejemplo de Alan García podemos afirmar que éste se encontraba dentro de una investigación por delitos de corrupción que como bien sabemos atenta contra la fe pública y que, ante la malversación de fondos públicos generaría también efectos negativos sobre la administración pública, esto si bien no es un derecho fundamental, hoy, repercuten a la vida política y económica de una nación, y la calidad de vida de los ciudadanos.

En esa línea Dessiree Toro (2018), cita lo expresado en el artículo 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos:

En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país. 2. Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas. (numeral 1)

Por ello, tener en cuenta la no transgresión de derechos fundamentales como único requisito de admisión de asilo político no bastaría como límite, pues permite a exmandatarios investigados por delitos como el de corrupción o delitos contra la administración pública, acceder a este tipo de instituciones que buscan otorgar una genuina ayuda humanitaria a quien realmente lo necesite. Muy por el contrario, ocurre contemporáneamente que basta con alegar una persecución o temor de persecución frente a este tipo de casos con información tangible y actos fundados en una investigación previa, para considerársele a estos sujetos como agentes vulnerables ante un peligro de persecución por causas ideológicas. Por lo tal, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), en cuyo artículo 22.7 establece que el derecho a requerir el otorgamiento de asilo y a recibirlo, alcanzará a aquellas personas que sean perseguidas por delitos políticos o conexos con ellos.

Por último, es menester mencionar el requisito de no procedibilidad del asilo político como aquel que menciona no factible la solicitud de asilo para personas que hayan cometido delitos de guerra contra la paz o contra la humanidad, frente a situaciones como el caso de Evo Morales donde el delito a investigar involucraba una manipulación a su favor del resultado de las elecciones presidenciales. Este expresidente fue uno de los tantos privilegiados en acceder a un asilo político en medio de una controversia causada por una investigación penal.

Y así, podría seguirse hablando sobre la carente previsión constitucional del asilo político, alguna medida de restricción que reforme la admisibilidad del mecanismo en tiempos modernos, entendiendo que nuestra Constitución lo reconoce en su artículo 36; sin embargo, su regulación se encuentra en el Decreto Legislativo N° 1350, que establece en su artículo 39 y 40:

39.1. El asilo y el refugio son estatutos jurídicos otorgados por el Estado peruano para la protección de sus titulares. Los solicitantes de estos estatutos jurídicos no requieren Visa ni Calidad Migratoria para su admisión y permanencia en el territorio nacional.

39.2. Al asilado y al refugiado le son aplicables, en materia migratoria, las disposiciones contenidas en las normas o los instrumentos internacionales de los que el Perú es parte, y la normativa especial vigente

40. El Ministerio de Relaciones Exteriores, previa calificación y de conformidad con la Constitución Política del Perú, las leyes y los Tratados y Convenios Internacionales de

los cuales el Perú es parte podrá otorgar el estatuto de asilado y refugiado a los extranjeros que lo soliciten y determinará la pérdida de la misma. (Poder Ejecutivo, 2017)

Se esquematiza el procedimiento a seguir mas no incide en parametrar limitaciones o restricciones a fin de evitar y sancionar su indebida aplicación, aquellas limitaciones de las que adolece podrían ser el filtro necesario que evite la imprudente admisión indiscriminada. Sin embargo, en casos donde el asilo político se halla en un contexto de imputación de delitos políticos como causa para requerirlo "En el estado actual de las relaciones internacionales, difícilmente podría pensarse en un eventual acuerdo general sobre lo que deba considerarse como delito de contenido político" (Gómez-Robledo, 2003, p. 626), ello debido a la situación presunta de comisión de delito en la que aún se puede encontrar un investigado, mas no lo exenta de un deber de prestar facilidades a la ley con su presencia.

Por ende, cabe analizar en qué situaciones resulta pertinente admitir este recurso, y rememorar situaciones donde las causas de solicitud han quedado inmotivadas o cuestionadas, a fin de ejemplificar los efectos que puede generar el empleo abusivo de esta ayuda humanitaria que bien podría ser tergiversada en su uso frente a una carente evaluación de los elementos periféricos que involucran a este pedido de asilo con la política interna del país de origen, pudiendo ser esta admisión la causa de inconformidades en cuanto a la intervención del país asilante.

3. El uso y abuso del asilo político como cuestión humanitaria

Para establecer criterios de lo mencionado, habría que rememorar el caso del expresidente Alan García, quien, saliendo del país a puertas de abrirse investigaciones en su contra por delitos de corrupción en el caso tren eléctrico, decide solicitar asilo en la embajada de Colombia.

Para entender mejor el contexto de dicho pedido, ensombrecido por una contundente investigación penal, conviene revisar el expediente N°001-95, Caso Tren eléctrico, Canal 13 y dólares MUC, citado por José Cedeño (2008), indicando:

En diciembre de 1995 la Fiscal Supremo Nelly Calderón en su dictamen 1750-95 concluye que “ ... se encuentran debidamente acreditadas la comisión de los delitos de Cohecho Pasivo y Enriquecimiento Ilícitos previsto y sancionado por los Arts. 349° y 361-A del Código Penal de 1924 en calidad de autor y como instigador en la comisión de los delitos de Colusión Ilegal y Negociación Incompatible, previsto y sancionado en los Arts. 344° y 345° del Código Penal de 1924, respectivamente, así como la responsabilidad penal del procesado Alan Gabriel Ludwig García Pérez”. (p. 1593)

Definitivamente, a causa del contexto que envolvió dicha solicitud, la admisión del recurso fue duramente criticada por la sociedad peruana y cuestionada ante los ojos del mundo. A este caso

se le podría señalar como un claro ejemplo del uso tergiversado que se hace de esta figura, ya sea por causa de carencia de preceptos limitantes de la solicitud, o a causa de una inmotivada aplicación del recurso.

La improcedencia de este recurso debería ser fundamentada sobre la base de un análisis medido de las circunstancias que rodean el pedido, reconociendo la investigación por la presunta comisión de delitos comunes por parte del solicitante, así como la democracia imperante en su país. En consecuencia, emitir decisiones objetivas basadas en evidencias que permitan determinar prudencialmente la necesidad y conveniencia del otorgamiento del asilo político; mientras que, en su defecto, puede ser otorgado por la falta de contemplación de escenarios como estos, donde de manera egoísta se emplean figuras de ayuda humanitaria para generar un escape bajo un argumento insuficientemente motivado como la persecución política.

Pese a todo lo establecido, en la historia del país y el mundo ha quedado perennizado el otorgamiento de asilo político por parte de la embajada de Colombia a Alan García, pese a que el pedido fue presentado inmediatamente después de que se dictara una orden de detención preliminar en su contra en el marco de una investigación por presuntos delitos de corrupción relacionados con el caso Odebrecht. García argumentó que dicha orden era una forma de persecución política en su contra y que su vida estaba en peligro si permanecía en Perú.

Sin embargo, la concesión del asilo político a García fue duramente cuestionada por diversas razones. En primer lugar, existen dudas sobre si realmente se cumplen los requisitos para obtener el asilo político. Para que se conceda el asilo, es necesario demostrar que la persona está siendo perseguida por razones políticas. En este caso, algunos consideraron que la situación de García estaba más relacionada con una investigación penal por acusaciones de corrupción y que no existían pruebas sólidas de que hubiera una persecución política en su contra. Algunas de las opiniones iban dirigidas en pocas palabras, a denotar el crecimiento de la corrupción en la época utilizando el presente caso para ejemplificarlo, por ello Kristal (2006) alega que ‘‘La corrupción también se multiplicó exponencialmente. García había tenido que huir del país para escapar a la investigación por cargos de corrupción, posteriormente bloqueada por los congresistas del APRA; pero las cantidades palidecen en comparación’’. (p. 105)

Además, hubo críticas en relación a la decisión de la embajada de Colombia de conceder el asilo a García. Existieron opiniones respecto a que la decisión fue más política que basada en los principios y criterios establecidos en el derecho internacional. Cuestionaron si la embajada de Colombia llevó a cabo una evaluación exhaustiva de la solicitud, considerando todos los aspectos y pruebas relevantes antes de emitir su decisión.

Además de estos cuestionamientos, la concesión del asilo político generó tensiones diplomáticas entre Perú y Colombia. El gobierno peruano expresó su descontento con la decisión y consideró que no se habían cumplido los procedimientos establecidos en el derecho internacional. Las reacciones en aquel entonces iban dirigidas argumentar que la concesión del asilo no era válida ya que el expresidente García era objeto de una orden de detención, lo que

le impedía buscar asilo en otro país. Además, dicha persecución política no pudo ser demostrada objetivamente por el solicitante, exigido como requisito primordial de procedibilidad para acceder al asilo político.

Y resulta interesante que frente a situaciones donde dicha figura ha sido inclusive demostrada bajo distintos ángulos, y teniendo a diversos medios que acreditaron dicha persecución, no sirvieron de ejemplo para este pedido. Prueba de ello es lo expresado por Kahan (2011), cuando nos dice:

La proximidad de la experiencia latinoamericana y el hallazgo reciente de archivos de inteligencia producidos por instituciones de los estados nacionales centraron el debate público en las posibilidades de describir la magnitud de la persecución política en las dictaduras militares del Cono Sur. (p. 84)

Cabe recordar que nuestro país ha adolecido durante diversos periodos de la historia por la existencia de grupos que, a través del miedo y el poder político, han ejercido sobre distintos representantes de partidos políticos, el miedo y amenaza de encarcelamiento o muerte por persecución política.

La persecución política en la historia del Perú ha sido una triste realidad que ha dejado profundas cicatrices en la sociedad y la política del país. A lo largo de los años, el Perú ha experimentado periodos de violencia política y represión, donde las ideas y opiniones disidentes han sido duramente reprimidas. Estos episodios de persecución han tenido efectos significativos en el tejido social, cultural y político de la nación.

Una de las primeras etapas de persecución política en el Perú se dio durante el periodo colonial, donde las autoridades españolas ejercieron un férreo control sobre la población indígena. Se impusieron restricciones a las tradiciones y costumbres indígenas, y aquellos que se resistían a la colonización eran perseguidos y reprimidos. Esta persecución generó un sistema jerárquico donde la población indígena tenía pocas oportunidades de avanzar socialmente.

Durante el siglo XX, el Perú experimentó un ciclo continuo de gobiernos autoritarios y dictaduras militares. Uno de los periodos más notables fue durante la década de 1980 y 1990, cuando el país enfrentó la violencia generada por el grupo armado Sendero Luminoso y la respuesta militar adoptada por el gobierno. En esta época, se llevaron a cabo graves violaciones a los derechos humanos, con miles de desaparecidos, ejecuciones extrajudiciales y torturas. Aquellos que eran considerados sospechosos de simpatizar con el Sendero Luminoso eran perseguidos y detenidos sin pruebas suficientes.

Los efectos sociales de la persecución política en el Perú han sido devastadores. La violencia y represión han generado un clima de miedo y desconfianza entre la población. Las heridas psicológicas causadas por el trauma han persistido durante décadas, generando un gran impacto en la salud mental y emocional de las víctimas. Además, la persecución política ha llevado a la

fragmentación y división de la sociedad peruana, creando un profundo sentido de desconfianza y resentimiento, dado que para muchos pueblos “Las memorias del lugar, en este caso, quedan sedimentadas con las memorias del horror de las matanzas; se monumentaliza el mismo paisaje geográfico como lugar de la memoria y testigo de la violencia.” (Ponciano Del Pino, 2003, p. 12)

La persecución política también ha tenido importantes consecuencias políticas. Durante los gobiernos dictatoriales, se silenciaron las voces de oposición y se suprimió cualquier forma de disidencia. Esto ha generado un daño duradero en la democracia del país, ya que las instituciones y mecanismos necesarios para una sociedad pluralista y participativa se vieron debilitados. Los gobiernos autoritarios fomentaron el culto a la personalidad, lo que llevó a una concentración excesiva de poder y a la falta de rendición de cuentas.

Ahora, remontándonos a un periodo más reciente en el plano latinoamericano, tenemos a casos como el de Evo Morales, quien también solicitó asilo político luego de haber renunciado a su cargo en medio de un contexto de protestas violentas y crisis política y social. En este ejemplo se tiene por causa a un periodo de gobierno democrático con un cuestionado proceso electoral; sin embargo, la materia a analizar aquí es la intervención internacional que realiza el Estado Mexicano con el fin de generar un salvoconducto que libre de cualquier medida coercitiva aplicable a un exmandatario sindicado e investigado por fraude electoral ante la justicia de su país, algo que sin duda debería ser resuelto en instancias judiciales propias del país donde se cometió el delito, resolviendo el peligro de fuga que podría haber de determinarse como responsable de la comisión de tal delito.

El uso del asilo político para mandatarios sindicados en comisión de delitos puede generar considerables efectos negativos para las relaciones internacionales y sociales de los Estados, entre los más resaltantes está el socavar la lucha contra la corrupción y la impunidad en el país de origen, ya que a causa del asilo el solicitante que puede estar en medio de investigaciones penales o administrativas en su contra será alejado de estas y el proceso se verá completamente interrumpido por la ausencia del imputado, generando evite enfrentar los cargos que se puedan presentar en su contra, y por ende, seguir una investigación legal bajo el debido proceso.

En la misma línea, ante el intervencionismo de un país con un recurso de carácter invasivo en medio de una tensa situación legal y política, sería inminente el deterioro de las relaciones internacionales, ello en razón que el país de origen puede interpretar dicho accionar como un acto inoportuno, empleando mecanismos de ayuda humanitaria que terminan beneficiando a un usuario en un contexto malversado. Por último, es necesario tener en cuenta el factor social, donde el impacto negativo va dirigido hacia la confianza de la ciudadanía en sus líderes y en el sistema de justicia, así como a un descontento hacia el accionar del país asilante.

Definitivamente existirá ante el otorgamiento del asilo cierta tensión entre el país de origen y el país de asilo debido a la acogida del o de los exiliados políticos. El país de origen puede ver esto como un acto de deslealtad y puede tomar medidas para aislar al país de asilo en términos

de relaciones diplomáticas y comerciales, que pudo ser la consecuencia en todos los ejemplos ya mencionados. Así como la polarización política y la inestabilidad en el país de origen.

Quienes gocen del asilo pueden ser líderes políticos o activistas importantes que han sido desplazados del poder y pueden continuar trabajando para provocar cambios en su país de origen desde el exilio (Boaventura de Sousa, 2013). Esto puede causar conflictos y disturbios en el país de origen, lo que a su vez puede afectar negativamente a las relaciones internacionales.

Y uno de los factores a analizar debería ser el económico, puesto que la manutención de una persona cuya situación en su país de origen no le permita trabajar y requiera mantenerse en un país o embajada asilante representará una carga económica para el país de asilo debido a la necesidad de brindar apoyo y asistencia. El país de asilo puede tener que asumir los costos de la acogida de los asilados y esto puede afectar negativamente su economía, algo de lo cual podría salir perjudicado si este refugio se extiende demasiado en el tiempo.

Por ende, el asilo también puede tener un impacto en el desarrollo humano en el país de origen debido a la pérdida de talentos y recursos humanos importantes (Loterio-Echeverri & Pérez-Rodríguez, 2019, p. 149). Los asilados pueden ser profesionales, académicos, artistas y otros individuos con habilidades valiosas que son necesarias para el desarrollo del país y estos pueden perder oportunidades de ayuda ante la aplicación de este mecanismo para quienes lo soliciten bajo trato preferencial por su calidad de funcionario públicos o exfuncionario público.

4. Una propuesta en atención al tratamiento de esta problemática

Si hablamos de hallar una solución a esta problemática, deberíamos pensar en reformular el reglamento para el uso del asilo político vigorizando la restricción de acceso al recurso especialmente para aquellos que estén investigados por delitos especiales, como en el caso de exmandatarios sindicados de cometer delitos contra la administración pública; por ende, esto nos lleva a sugerir la creación de un mecanismo para investigar y evaluar las solicitudes de asilo político presentadas por aquellos cuya situación de culpabilidad por contravenir las normas legales se encuentre en sospecha.

Este mecanismo debería estar compuesto por miembros del Tribunal Constitucional que evalúe la veracidad de las afirmaciones de persecución política presentadas en las solicitudes de asilo entrantes utilizando principios de evaluación cimentados en la objetividad y razonabilidad. Aquello serviría definitivamente para establecer acuerdos bilaterales o multilaterales entre países para la cooperación en casos de corrupción de altos funcionarios, dichos acuerdos podrían incluir la creación de una red de investigación y la entrega de los sujetos declarados culpables a sus países de origen, ello con la finalidad de asegurar una visión objetiva del contexto que envuelve al pedido de asilo.

Por ende, se debe promover la ratificación y aplicación de tratados internacionales contra la corrupción que puedan establecer un marco legal para la persecución y el castigo de la corrupción a nivel internacional. Todo ello fortalecería la capacidad de las instituciones encargadas de la lucha contra la corrupción en los países, lo cual incluye mejorar la capacitación y equipación de investigadores, fiscales y jueces, y proporcionarles recursos adicionales para llevar a cabo sus tareas. Es importante considerar que la implementación de cualquier medida debe ser minuciosamente analizada para ser adaptada a las necesidades y circunstancias específicas de cada país.

Ahora bien, respecto a la coyuntura política por la cual está atravesada el Perú, comprenderemos que lo antes mencionado no es ajeno a nuestra experiencia, si bien existen innumerables casos a nivel internacional, en estos últimos meses hemos podido presenciar las diferentes reacciones que generó la intervención internacional de Estados como México que a través del asilo político asumió un rol de defensa ante las acusaciones que se dirigían contra el ex mandatario Pedro Castillo Terrones, pero resulta impresionante la posición que adoptó el actual presidente de México Manuel López Obrador ante la justicia peruana, puesto que la calificó ante medios internacionales como una herramienta de persecución política, una afirmación que terminó por generar reacciones disconformes. Ello definitivamente refleja que este tipo de intervenciones no ha beneficiado en ninguno de los extremos la situación que puede enfrentar los estados intervinientes, ya que no permite el esclarecimiento de los hechos, y menos, favorece al desarrollo de las relaciones bilaterales.

CONCLUSIONES

El asilo político ha sido creado como un mecanismo de protección humanitaria para brindar refugio a quienes se encuentren en situación de vulnerabilidad por una evidente persecución política, actualmente se estila recurrir a esta institución para evadir la justicia del país del que se huye.

La ausencia de preceptos que limiten la procedibilidad de acceso al asilo en el reglamento que lo regula han permitido que se haga un uso abusivo de este derecho, por ello, la consideración de una comisión de fiscalización gubernamental que otorgue de manera imparcial dicho mecanismo permitiría un mayor control sobre la accesibilidad del medio a emplear, impidiendo que sea otorgado a altos funcionarios que buscan evadir cualquier responsabilidad legal en su país de origen.

Los conflictos en materia de relaciones internacionales que ha generado la aplicación del asilo político han permanecido a lo largo de la historia latinoamericana, dado que los países refugio son duramente cuestionados por la intención de ayudar a expresidentes, quienes alegan una persecución política a puertas de iniciarse investigaciones judiciales por actos de corrupción.

La creación de nuevos parámetros que regulen el proceso admisorio del recurso humanitario en cuestión debería priorizarse a razón de la evolución social y política que viene experimentando

el mundo, dado que adaptarse a nuevos contextos y aprehender novedosos criterios de calificación para los pedidos de asilo diplomático entrantes prevendría conflictos en relaciones internacionales para el Estado peruano.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Boaventura de Sousa, S. (2013). *Si Dios fuese un activista de los derechos humanos*. Trotta Editorial.
- Cardoso, O. V. (2010). Extradicação x refúgio: o caso Cesare Battisti. *Revista Jus Navigandi*, 15(2445). <https://jus.com.br/artigos/14487/extradicao-x-refugio-o-caso-cesare-battisti>
- Cedeño León, J. D. (2008). García Pérez y el permanente sufrimiento de un pueblo. *Diálogos Revista Electrónica*, 9(Especial), 1575. <https://doi.org/10.15517/dre.v9i0.31253>
- Organización de los Estados Americanos (OEA). *Convención Americana sobre Derechos Humanos. "Pacto de San José de Costa Rica"*, 22 de noviembre de 1969.
- ONU: Asamblea General. *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados*, 28 de julio de 1951.
- Gámez Gutiérrez, J. (2013). Aproximación al desplazamiento forzado por la violencia. *Revista Latinoamericana de Bioética*, 13(2), 104–125. <https://doi.org/10.18359/rlbi.598>
- Gómez-Robledo, A. (2003). *Temas selectos de derecho internacional* (4ta Edición). Universidad Nacional Autónoma de México. <https://ebin.pub/temas-selectos-de-derecho-internacional.html>
- Kahan, E. N. (2011). ¿Qué represión, qué memoria? El “archivo de la represión” de la DIPBA: problemas y perspectivas. En C. Giordano, M. Silvina Souza, & V. Vidarte Asorey (Eds.), *Cuestiones sobre identidad y memoria* (1ra edición, pp. 80–102). Ediciones de Periodismo y Comunicación. http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/70082/Documento_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Kristal, E. (2006). Proyectar Perú. Las películas de Francisco Lombardi. *New Left Review*, 42, 95–108. <https://newleftreview.es/issues/42/articles/efrain-kristal-proyectar-peru.pdf>
- Lotero-Echeverri, G., & Pérez-Rodríguez, M. A. (2019). Migraciones en la sociedad contemporánea: Correlación entre migración y desarrollo. *Retos*, 9(17), 145–159. <https://doi.org/10.17163/ret.n17.2019.09>
- Moscoso Díaz, M. (2015). El asilo político: claves narrativas. *Revista de Derecho Público*, 34, 1–26. <https://doi.org/10.15425/redepub.34.2015.32>
- Narváez Mercado, B. (2022). *Rol del Consultorio Jurídico y Centro de Conciliación de CECAR en la Construcción de Paz, años 2017- 2019* (B. Narváez Mercado, Ed.). Editorial CECAR. <https://doi.org/https://orcid.org/0000-0002-2956-6070>
- Novak, F., & Namihas, S. (2011). *Perú - Colombia: la construcción de una asociación estratégica y un desarrollo fronterizo* (1ra Edición). Fundación Konrad Adenauer . https://www.researchgate.net/publication/343361238_Peru_-_

[COLOMBIA La construcción de una asociación estratégica y un desarrollo fronterizo](#)

- Poder Ejecutivo. (2017). *Decreto Legislativo N° 1350, Ley de Migraciones*. Diario Oficial El Peruano. Lima: 07 de enero de 2017.
- Ponciano Del Pino, H. (2003). Uchuraccay: memoria y representación de la violencia política en los Andes. En *Luchas locales, comunidades e identidades* (pp. 11–62). Siglo XXI de España.
- Sosnowski, L. (1985). Hacia la codificación del asilo diplomático en el derecho internacional. *Estudios Latinoamericanos*, 10, 147–166.
<https://doi.org/10.36447/Estudios1985.v10.art6>
- Toro Rivadeneira, D. (2018). *El asilo diplomático de Julian Assange en la embajada ecuatoriana ante el Reino Unido y las afectaciones diplomáticas entre Ecuador e Inglaterra* [Tesis para optar el título de Licenciatura en Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales, Universidad de las Américas].
<https://dspace.udla.edu.ec/bitstream/33000/9036/1/UDLA-EC-TLCP-2018-13.pdf>

EL DERECHO A LA SALUD Y GRUPOS DE VULNERABILIDAD: UNA REVISIÓN A LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL*

THE RIGHT TO HEALTH AND VULNERABLE GROUPS: A REVIEW OF RECENT JURISPRUDENCE FROM THE CONSTITUTIONAL COURT

Fecha de recepción: 15/07/2023
Fecha de aprobación: 16/07/2023

Marco Antonio Hidalgo Talledo

Universidad Tecnológica del Perú
marcoantoniohidalgot@gmail.com

 <https://orcid.org/0009-0007-3582-7664>



e-ISSN: 2961-2934

<https://doi.org/10.61542/rjch.20>

RESUMEN

La salud es un derecho que cuenta con un alcance constitucional y su configuración como un derecho social implica que el Estado tiene la responsabilidad de preservar y restablecer la salud de las personas, con pleno apoyo de la sociedad para promover y garantizar cada vez una sólida calidad de vida. En esta perspectiva, el derecho a la salud guarda una estrecha relación con la responsabilidad del Estado de llevar a cabo medidas preventivas para evitar perjuicios en la salud de las personas que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad. El objetivo de esta investigación es analizar y comprender el estado de salud de grupos vulnerables que requieren una atención especial, como personas con VIH-SIDA, niños, adolescentes, personas en situación de pobreza, personas con discapacidad y adultos mayores. Asimismo, se pretende hacer una revisión a la reciente jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, a fin de describir los alcances de este órgano para proponer soluciones efectivas que generen impacto positivo a mediano y largo plazo.

Palabras claves

Derecho a la salud, derechos sociales, tribunal constitucional, grupos vulnerables.

*Artículo ganador del 3º puesto en el I Concurso de ponencias estudiantiles del Semillero de Investigación en Derecho Privado y Constitucional, llevado a cabo el 01 de julio del 2023.



ABSTRACT

Health is a right that has a constitutional scope and its configuration as a social right implies that the State has the responsibility to preserve and restore people's health, with the full support of society to promote and guarantee an increasingly solid quality of life. In this perspective, the right to health is closely related to the State's responsibility to carry out preventive measures to avoid harm to the health of people in vulnerable situations. The objective of this research is to analyze and understand the health status of vulnerable groups that require special attention, such as people with HIV-AIDS, children, adolescents, people living in poverty, people with disabilities and the elderly. It also aims to review the recent jurisprudence of our Constitutional Court, in order to describe the scope of this body to propose effective solutions that generate positive impact in the medium and long term. It is important to highlight that the right to health continues to evolve and progress, which implies that with the passing of time it is becoming increasingly linked to other fundamental rights.

Keywords

Right to health, social rights, constitutional court, vulnerable groups.

RÉSUMÉ

La santé est un droit ayant une portée constitutionnelle, et sa configuration en tant que droit social implique que l'État a la responsabilité de préserver et de restaurer la santé des individus, avec le plein soutien de la société pour promouvoir et garantir une qualité de vie de plus en plus solide. Dans cette perspective, le droit à la santé est étroitement lié à la responsabilité de l'État de prendre des mesures préventives pour éviter les atteintes à la santé des personnes en situation de vulnérabilité. L'objectif de cette recherche est d'analyser et de comprendre l'état de santé des groupes vulnérables nécessitant une attention particulière, tels que les personnes atteintes du VIH-SIDA, les enfants, les adolescents, les personnes vivant dans la pauvreté, les personnes handicapées et les personnes âgées. Elle vise également à examiner la jurisprudence récente de notre Cour constitutionnelle afin de décrire la portée de cet organe pour proposer des solutions efficaces ayant un impact positif à moyen et long terme. Il est important de souligner que le droit à la santé continue d'évoluer et de progresser, ce qui signifie qu'avec le temps, il est de plus en plus lié à d'autres droits fondamentaux.

Mots-clés

Droit à la santé, droits sociaux, Cour constitutionnelle, groupes vulnérables.

INTRODUCCIÓN

En Latinoamérica, la escasez de recursos sociales en algunos grupos vulnerables compromete daños a su salud. El reconocimiento al ejercicio de los derechos sociales, incluido el derecho a la salud, ha sido objeto de debate en los tribunales dando lugar a diversos litigios. De acuerdo a Robles Magda (2016), en relación al ejercicio del derecho a la salud, se manifiesta en la búsqueda de acceso a medicamentos, disponibilidad de tratamientos médicos especializados y su conexión con otros derechos fundamentales como el derecho a la vida, la integridad física, el medio ambiente, entre otros aspectos.

Un enfoque de la salud fundamentado en los derechos humanos es primordial para abordar las crecientes desigualdades en salud a nivel nacional. En el Perú, esta realidad no es ajena, donde día a día se evidencia situaciones de indiferencias para acceder a un sistema de salud en mínimas condiciones. El derecho a la salud compromete al Estado y la sociedad a trabajar en conjunto para garantizar este derecho. La salud es un derecho humano básico, tiene relación con otros derechos fundamentales y su naturaleza radica en ser inherente a la persona humana. En relación a ello, he creído conveniente puntualizar en el derecho a la salud y su repercusión en grupos vulnerables, esto no sería posible sin la línea hermenéutica que nuestro Tribunal Constitucional ha ido construyendo. Pues, resulta imprescindible mencionar que la precariedad en salud debe ser entendida como la desventajas o dificultades que tienen estos grupos de la población para acceder a un servicio de salud y, por ende, ejercer su derecho a la salud.

1. La salud como un derecho social

Quijano & Munares-García (2016), indican que:

El derecho a la salud se encuentra clasificado dentro de los derechos de segunda generación, los cuales pertenecen al ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales. Estos derechos se caracterizan por la responsabilidad que recae en el Estado para satisfacer necesidades y proporcionar servicios públicos. (p. 350)

En palabras del Tribunal Constitucional (TC), la exigibilidad de los derechos sociales como lo es el derecho a la salud tiene relación como auténticos derechos fundamentales que caracterizan al Estado social y democrático de derecho.

En la actualidad todavía se discute la naturaleza jurídica del derecho a la salud, a pesar de que ha sido reconocido en diferente jurisprudencia como un derecho fundamental. No fue hasta el año 2021 que el TC reitera esta postura argumentando que la Constitución del Perú establece en el capítulo III del Título I la regulación concerniente a los derechos sociales y económicos. Siendo así, que el TC (2021b) afirma que en varias ocasiones ha reconocido y garantizado el carácter fundamental que tienen estos derechos.

Del mismo modo, este tribunal hace hincapié que cualquier acción gubernamental se origina a partir de responsabilidades concretas y objetivas que tienen como finalidad principal la



protección de los derechos de las personas. En el contexto de la implementación de presupuestos destinados a fines sociales, debe dejar de entenderse como un gasto para el Estado y tiene que ser considerada como una inversión social para seguir un fin comunitario que conlleva a buscar el bienestar de los ciudadanos.

En relación con lo anterior, podemos decir que la implementación de políticas públicas en el ámbito de la salud adquiere importancia debido a la naturaleza progresiva del derecho a la salud, ya que con el paso del tiempo se evidencia una interrelación directa o indirecta con otros derechos fundamentales. Esto se aprecia en la interconexión del derecho a la salud con el derecho a la vida y la integridad física o mental, los cuales son inseparables y se complementan mutuamente. En antaño nuestro Tribunal sostuvo que las prestaciones de salud brindadas a los afiliados de EsSalud eran insuficientes. En concordancia con lo dispuesto en el artículo 7 de nuestra carta magna, el cual reconoce que todos tenemos el derecho a la protección de la salud, este Tribunal instó de manera exhaustiva a EsSalud y al Poder Ejecutivo a tomar medidas progresivas y lo más pronto posible, considerando la capacidad económica del país para aumentar la cobertura integral en salud. Sin embargo, en el 2021, nuevamente el TC (2021b) enfatizó, que el deber de progresividad en el ejercicio de los derechos sociales requiere que el Estado desarrolle políticas públicas adecuadas. Asimismo, enfatizó que es deber del Estado establecer un sistema de salud de acuerdo a los parámetros que establece la Constitución, es decir, en condiciones de accesibilidad y calidad para todos los peruanos.

La responsabilidad primordial de garantizar la efectividad y eficacia del derecho a la salud recae en el Estado. El reconocimiento y promoción de este derecho desempeñan un papel fundamental, ya que forma parte de un conjunto de derechos sociales que imponen obligaciones al Estado para fomentar su acceso material y recursos necesarios. En relación a este tema, el Tribunal Constitucional ha determinado que es responsabilidad del Estado la función de proteger, respetar y cumplir con el derecho a la salud. La protección implica la adopción de medidas preventivas y promocionales para mejorar la salud de la población, sin hacer distinciones. El respeto implica evitar interferencias en el disfrute de este derecho, y el cumplimiento implica tomar medidas legislativas y presupuestarias adecuadas para lograr la efectividad plena de este derecho.

A pesar de que el derecho a la salud se encuentra dentro del grupo de derechos prestacionales, al igual que otros derechos sociales, no debe dejar de considerarse como parte del conglomerado de derechos fundamentales, en relación a esta concepción, el Anuario Interamericano de Derechos Humanos (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1991), menciona que el Estado tiene el deber de implementar y tomar medidas viables que, basadas en los principios de continuidad en la prestación de servicios, eficiencia, solidaridad y progresividad, que aseguren la efectividad del derecho a la salud en la práctica, de esta forma, se busca garantizar que los servicios de atención médica sean brindados de manera eficiente y efectiva a aquellos que padecen de alguna enfermedad.

En consecuencia, la determinación de la exigibilidad judicial de un derecho social se basará en la evaluación de la gravedad y razonabilidad del caso, así como en su conexión o impacto con

otros derechos fundamentales, esto sin dejar de lado la capacidad presupuestal con la que cuenta el Estado. León Florián (2014), menciona los casos de José Correa Condori en la STC Exp. N.º2016-2004-AA/TC; y, Azanca Meza García de la STC Exp. N.º2945-2003-AA/TC, en los que nuestro Tribunal afirmó que los derechos sociales comprenden derechos que pueden ser reclamados judicialmente y que no son normas programáticas sin eficacia práctica (p. 407), si esto fuere así, se correría el riesgo de quebrantar el Estado Constitucional de Derecho

Empero, el pronunciamiento del TC en relación a estos casos que abarcan derechos sociales, en muchas ocasiones favorable, presentan cierta confusión en cuanto a la manera en que los derechos sociales pueden ser exigidos a través del sistema judicial. Según León Florián (2014), estos derechos no pueden ser supeditados únicamente a políticas públicas para su realización. Esta noción se puede evidenciar en el Caso Anicama Hernández (Tribunal Constitucional, 2005), donde los derechos prestacionales- sociales- son por lo general definidos en base a una configuración legal, en otras palabras, derechos cuyo contenido se complementa con la legislación y en base a la determinación establecida por el legislador es como se puede reclamar o exigir ante un órgano jurisdiccional. En consecuencia, podemos decir que entre los principales desafíos que afrontan los derechos sociales está la manera de cómo hacerlos efectivos cuando el Estado es negligente u omite sus responsabilidades al hacer cumplir estos derechos.

2. El derecho a la salud

Resulta necesario destacar que el derecho a la salud es un derecho humano básico, intrínseco a la dignidad de cada individuo. Además, este derecho es una condición para el pleno disfrute de otros derechos fundamentales.

La Organización Mundial de la Salud (1946) define a la salud como “un estado de bienestar integral en términos físicos, mentales y sociales, más allá de la mera ausencia de enfermedades o afecciones”. (p. 1)

Desde una perspectiva internacional, diversos instrumentos han reconocido a la salud como un derecho fundamental y social, en esa línea El Poder Judicial de la Federación (2018), cita el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que establece que toda persona y su familia tienen derecho a disfrutar de un nivel de vida adecuado que garantice la salud, el bienestar y, en particular, la atención médica (p.1392). Asimismo, esta noción fue ratificada por el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del cual se infiere en su primer inciso que los Estados que firman este pacto se comprometen a garantizar que toda persona disfrute de un alto nivel de salud física y mental. Y en el segundo inciso establece que los Estados Parte ayudarán a la total efectividad del derecho a la salud, promoviendo la asistencia y garantizando el acceso a los servicios médicos en caso de una eventual necesidad”

Por otro lado, el Tribunal Constitucional (2008a) menciona que el derecho a la salud cuenta con una esencial importancia a la que el ordenamiento jurídico debe prestar atención. El derecho fundamental a la salud se refiere a la capacidad intrínseca que tiene toda persona para preservar



un estado de bienestar físico y mental en condiciones normales, así como de restituirse o recuperarse en situaciones de alteración o enfermedad (STC Exp. N.º2480-2008-PA/TC, FJ. 6).

Desde esa perspectiva, la concepción de la salud como un derecho de abstención claramente definido, implica la importancia de no interferir en el derecho a la salud de los individuos, es decir, evitar obstáculos o acciones que limiten la accesibilidad a una atención médica integral y además a condiciones necesarias para mantener un estado de salud. Pero también, el derecho a la salud presenta una dimensión positiva la cual le da carácter “prestacional”, o sea este derecho dependerá de las acciones prestacionales, lo implica que sobre el Estado recae la obligación de tomar medidas eficientes que proporcionen recursos necesarios para garantizar servicios de salud en óptimas condiciones. (STC Exp. N.º1429-2002-PHC/TC, FJ. 13)

Nuestro Tribunal ha adoptado la postura predominante en el ámbito internacional, la cual sostiene que el Estado no se debe limitar a proporcionar un nivel mínimo para evitar situaciones inhumanas, sino que debe brindar las condiciones óptimas que permitan a los individuos disfrutar plenamente su autonomía.

Además, el Tribunal ha resaltado la importancia de considerar la salud como un bien público, cuya protección es responsabilidad tanto del Estado como de la sociedad en su conjunto. Dado que la salud está influenciada por diversos factores sociales, la sociedad tiene la responsabilidad de superar las barreras que impidan a las personas disfrutar de buena salud debido a limitaciones económicas. El TC (2004) enfatiza que el compromiso con los derechos sociales, en este contexto, es compartido por la sociedad en general y los individuos, como una manifestación del principio de solidaridad.

Afirma León Florián (2014), respecto al contenido de esta garantía fundamental, la sentencia dada en el caso del Aseguramiento Universal en Salud por el Tribunal nos habla claramente de lo que la legislación de esta área exige. El tribunal interpreta el principio de equidad en la salud, en donde expresa la idea principal y fundamental de la distribución equitativa del derecho al goce de este servicio en situaciones ecuanímes (Frenz & Titelman, 2014, p. 668).

En este contexto, el TC (2011) considera que el artículo 2 inciso 2 de nuestra carta magna funda la regla máxima de igualdad ante la ley, en el ámbito de la salud, esto implica que el Estado debe tener especial preferencia y trato por quienes se encuentran en situaciones susceptibles y que especialmente se encuentran en situación de precariedad. (Res. Exp. N.º3525-2011-PA/TC-Ayacucho, FJ.4)

Por consiguiente, es importante entender que el derecho a la salud no permanece como un derecho fundamental entre los enumerados por el artículo 2 de la Constitución, pero sigue siendo un derecho de suma importancia en nuestra sociedad. En el artículo 55 de nuestra Constitución Política, se ha establecido el reconocimiento de los tratados internacionales ratificados por el Estado peruano como parte integrante de nuestro derecho nacional. En el ámbito del derecho internacional, la salud es considerada como un verdadero derecho fundamental, tal como se encuentra consagrado en el Pacto Internacional de Derechos

Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño (Díaz Colchado & Castro Arequipense, 2021, p. 22). De esto, se desprende que nuestro Estado implícitamente está reconociendo el carácter fundamental de este derecho, asimismo, el Tribunal en su labor de guardián del orden constitucional reconoció la importancia del derecho a salud, pues es un elemento esencial en el goce de otros derechos fundamentales.

3. El derecho a la salud y grupos vulnerables

En esta línea, resulta de suma importancia delimitar los principales grupos de vulnerabilidad que merecen protección especial del derecho a la salud. En una sociedad como la nuestra donde las desigualdades son latentes y, además, existen desde hace años grupos marginados que no son visibilizados por el Estado. Con el paso del Tribunal Constitucional es su labor de guardián de la Constitucionalidad, ha ido resolviendo casos de exigencias judiciales para el cumplimiento del derecho a la salud. Es por ello la urgencia de delimitar estos grupos vulnerables.

3.1. Personas con VIH/ SIDA

En el contexto peruano, las políticas públicas relacionadas con el VIH/SIDA comenzaron a evolucionar durante el período 1983-1988. En este período, se establecieron comisiones y se creó un programa descentralizado con el propósito de detectar y controlar los casos de personas infectadas con el VIH. Sin embargo, fue en 1990 que se aprobó la primera ley que regula esta materia, la Ley N.º 25275, que posteriormente fue reemplazada por la Ley N.º 26626. A pesar de estos avances normativos, la legislación continuó clasificando a las personas afectadas como parte de los denominados "grupos vulnerables" esto por falta de políticas eficientes visionarias a largo plazo.

Además, es preciso hacer hincapié que con el tiempo se han promulgado diversas resoluciones, reglamentos y normas técnicas que buscan dar uniformidad a las prestaciones de servicios para asistencia y tratamiento del VIH/Sida en los centros de salud. Estas normativas establecen una serie de procedimientos cuyo incumplimiento o reducción de presupuesto podría dar lugar a la transgresión de los derechos de las personas contagiadas con esta enfermedad.

Esta situación detonó durante la coyuntura del COVID-19, donde se observó que el Ministerio de Salud (MINSA) disminuyó el presupuesto asignado en un 45% al programa TBC-VIH/SIDA (Oficina General de Planeamiento, 2022), sin que existiera una razón aparente para esta medida, en esa línea, el Tribunal Constitucional (2021a) en su Sentencia 694/2021 Exp. N.º 298-2020-PA/TC, resolvió un caso en el que la recurrente con iniciales J.E.P.V. presentó un recurso de amparo en contra de EsSalud y el Hospital Nacional Edgardo Rebagliati M.

En el caso en concreto, la demandante solicitó ser trasladada a un establecimiento de salud especializado para recibir una supervisión integral, así como el suministro adecuado del tratamiento necesario para sus múltiples enfermedades, incluyendo el VIH-SIDA. Como

resultado de su resolución, el Supremo constitucional ordenó que se proporcionen oportunamente las medicinas del TARGA al recurrente. (Tribunal Constitucional, 2021a)

3.2. Niños y Adolescentes

Los menores de edad son otro grupo vulnerable que la Constitución ha delimitado en el artículo 4 la función de la sociedad y del Estado de brindar protección especial al niño y al adolescente. De esto se desprende, que los menores de edad tienen una tutela constitucional, cuya protección también está vinculada con garantizar una vida saludable. No obstante, el Tribunal Constitucional (2020), ha podido identificar dos situaciones en las que los menores de edad merecen especial protección: menores gestantes y menores privados de su libertad. En el caso de menores de edad privados de libertad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha enfatizado la necesidad de asegurar condiciones que respeten la dignidad humana durante su período de detención en centros de reclusión. “La Corte IDH enfatizó que estas medidas deben ser congruentes con los parámetros establecidos en los artículos 6 y 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2002).

Asimismo, nuestro máximo tribunal se refiere que las decisiones de los *ad quem* deben ser conforme a los parámetros respetuosos del interés superior del niño. (STC Exp. N.º 3247-2008-PHC/TC, FJ.10)

Es de suma importancia considerar al niño y al adolescente como titulares de derechos, en lugar de verlos únicamente como receptores de protección. Estos derechos abarcan todas las disposiciones establecidas en la Constitución y en los instrumentos internacionales ratificados por el Estado peruano.

La comunidad y el Estado están comprometidos en la tarea de establecer y ejecutar políticas públicas de alta prioridad en áreas sociales como son la educación, la salud, el deporte, la cultura, el entretenimiento, la seguridad pública, la justicia, el trabajo, la producción y el consumo, con enfoque específico en los niños y los adolescentes (Jiménez-Ornelas, 2005).

Se requiere la creación de un sistema de responsabilidad penal adaptado específicamente para menores de edad, para aquellos que se encuentren en conflicto con la ley siendo congruentes con lo que establece la Convención sobre los Derechos del Niño.

3.3. Personas con discapacidad

De acuerdo con el contenido constitucional, se reconoce que la protección del derecho a la salud no se limita únicamente a la salud física, sino que también abarca la salud mental.

A nivel internacional, existen diversos tratados e instrumentos de protección que reconocen el derecho a la salud de las personas con discapacidad. Uno de ellos es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), que en su artículo 12, establece que los Estados que han ratificado este pacto tienen la obligación de tomar acciones específicas para asegurar el derecho a la salud de las personas con discapacidad. Estas medidas deben promover

la igualdad de oportunidades, la inclusión social y el pleno ejercicio de sus derechos humanos en todas las áreas de sus vidas.

Es responsabilidad de todos acabar con los impedimentos que se presenten al momento en que los individuos que experimentan alguna discapacidad ejerzan o traten de ejercer sus derechos y libertades correctamente. Además, es función del Estado instituir o fundar las bases necesarias para el pleno goce de las facultades que estos poseen. No obstante, en el Pleno Sentencia 738/2021, Exp. N. °1146-2021-AA/TC, se afirma que estas barreras están muy presentes en el entorno referido, pues, puede que las limitaciones físicas que presentan les impidan encontrarse en un ambiente de imparcialidad con quienes están sanos o son completamente capaces. Por ejemplo, cuando no tienen acceso a dispositivos o materiales biomédicos que corrijan deficiencias sensoriales como la falta de audición, para la cual se hace necesario el uso de audífonos o tratamientos médicos que puedan revertir su condición. (Tribunal Constitucional, 2021c)

En la misma sentencia, se afirma que: “La Ley General de la Persona con Discapacidad ha establecido disposiciones coherentes con los principios consagrados en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En el ámbito del derecho a la salud, la ley reconoce en su artículo 26 el derecho de las personas con discapacidad a disfrutar del más alto nivel posible de salud, sin discriminación” (FJ. 24).

De acuerdo a la Política Nacional Multisectorial en Discapacidad para el Desarrollo al 2030 (Consejo Nacional para la integración de la Persona con Discapacidad (CONADIS), 2021, p. 137), esta disposición legal establece la responsabilidad del Estado de garantizar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud integrales y de calidad.

Por otro lado, de la sentencia antes referida, se afirma que proporcionar los recursos necesarios, implica facilitar las instalaciones adecuadas, equipamiento médico especializado y personal de salud capacitado. Además, de incluirse servicios de rehabilitación y abordaje de la salud sexual y reproductiva de las personas con discapacidad. (Tribunal Constitucional, 2021c, FJ. 24)

Siguiendo esta misma línea, se advierte que, la responsabilidad de garantizar el derecho a la salud no se limita únicamente a asegurar su efectividad en personas con discapacidad, sino que también tiene como objetivo permitirles alcanzar el pleno disfrute de su derecho al libre desarrollo y bienestar, tal como se establece en el artículo 2.1 de la Constitución.

En tal sentido, en casos donde se pueda mejorar la calidad de vida, la salud y eliminar los obstáculos que limiten el ejercicio de los derechos de las personas, sin comprometer su autonomía, libertad e independencia, el Estado está obligado a tomar medidas que promuevan el desarrollo autónomo de las personas con discapacidad.

3.4. *Personas en situación de pobreza y pobreza extrema*

El Estado tiene la obligación legal de brindar un acceso equitativo a los servicios de salud para todas las personas. Sin embargo, es importante prestar una atención especial a las poblaciones más vulnerables, como aquellas personas situadas en condiciones extremas de pobreza.



En este contexto, nuestro TC (2012) ha respaldado el derecho a la salud, argumentando tanto la importancia de proporcionar atención médica de la población que cuenta con escasos recursos para que puedan afrontar sus enfermedades en condiciones dignas, como la existencia de una responsabilidad adicional por parte del Estado para priorizar la atención sanitaria de aquel sector de la población que cuenta con alto índices de pobreza. Pues, se reconoce que estas personas enfrentan dificultades tanto para mantener su salud por sí mismas como para lograr una verdadera autonomía debido a los elevados costos asociados a la atención médica en caso padezcan de alguna enfermedad. (STC Exp. N.º0033-2010-PI/TC, FJ.15)

Continúa, e indica que no se está cumpliendo con la Ley 29344, la cual busca asegurar la cobertura de salud para los que se encuentran en condiciones extremas de pobreza. El TC ha legitimado esta medida al afirmar que "la implementación de acciones destinadas a garantizar el acceso equitativo a los servicios de salud no se superpone ni es incompatible con la obligación" (STC Exp. N.º00033-2010-PI/TC, FJ.14). Esto se debe a las dificultades que este grupo de individuos enfrenta al intentar acceder a los servicios de salud, a esto se le suma la mayor vulnerabilidad para contraer enfermedades debido a la situación que se encuentran sometidos como contaminación, falta servicios básicos, etc.

3.5. *Personas adultas mayores*

El Tribunal ha establecido de manera específica que las personas de la tercera edad tienen derecho a recibir asistencia especial debido a su condición de vulnerabilidad, y es responsabilidad del Estado proteger y garantizar de forma integral su derecho a la salud.

Por lo general, en la mayoría de los casos la etapa de la vejez genera un declive en la salud de las personas, lo cual a menudo lleva a que tanto sus familias como la sociedad los consideren una carga. Estos estereotipos han sido arraigados en una sociedad donde las oportunidades para las personas mayores eran limitadas. No obstante, la situación ha experimentado cambios sustanciales en el presente. Así en la sentencia Exp. N.º5157-2014-PA/TC- PUNO, en su fundamento 10, ha destacado la idea de que las personas mayores pueden lograr una autorrealización progresiva, lo cual implica no solo la capacidad de diseñar su propio proyecto de vida, sino también la posibilidad real de influir otros. (Tribunal Constitucional, 2017)

En consecuencia, en la Observación General N.º14 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU (2000), ha expresado, que uno de los papeles importantes que desempeña el estado y el gobierno de turno es el otorgamiento a los grupos vulnerables de un seguro y una asistencia médica.

No obstante, es necesario resaltar la labor del Estado peruano en este sector, donde se han podido evidenciar cambios radicales en la accesibilidad a personas de la tercera edad. De acuerdo con las estadísticas del el Instituto Nacional de Estadística e Informática (2022), aproximadamente el 89,3% de la población adulta mayor posee algún tipo de cobertura de seguro médico. Del total de individuos mayores de 60 años, el 89,7% posee un seguro de salud, ya sea del ámbito público o privado. En términos de ubicación geográfica, la cobertura de

afiliación a servicios de salud es notablemente alta en áreas rurales, con un 90,9%, seguido por el resto de las zonas urbanas y Lima Metropolitana con un 89,5% y 89,1%, respectivamente. En cuanto al tipo de seguro de salud, el 34,5% de la población adulta mayor se beneficia exclusivamente de EsSalud, mientras que el 50,5% tiene acceso exclusivamente al Seguro Integral de Salud (SIS).

CONCLUSIONES

En síntesis, el derecho a la salud al ser parte de los derechos sociales implica una responsabilidad que se ejerce de manera conjunta por el Estado y la sociedad. Entre las responsabilidades que tiene el Estado se encuentra la obligación de constituir acciones concretas en materia de políticas públicas relacionadas con la salud, así como destinar recursos económicos del presupuesto público para asegurar la vigencia y eficacia de este derecho. De esta manera se estaría cumpliendo como lo dispuesto en los artículos 7 y 9 de nuestra Constitución política. No solo se debe considerar a la salud como un derecho fundamental, sino también como un servicio público de carácter esencial. Por último, es menester mencionar que el derecho a la salud ha sido reconocido tradicionalmente por nuestro Tribunal Constitucional como un derecho fundamental a la salud comprende mantener un estado de bienestar general físico y mental o de normalidad orgánica funcional. En relación al análisis jurisprudencial hemos podido evidenciar la necesidad y el largo camino que tenemos por recorrer como país en la medida de un servicio a la salud prioritariamente a los grupos vulnerables.

Es de suma importancia reflexionar que la desigualdad en salud es un problema perenne hasta la actualidad en los grupos con mayores índices de vulnerabilidad. Por lo tanto, es esencial implementar modificaciones en las políticas nacionales en materia de salud con la finalidad de mejorar la atención sanitaria, especialmente para estos grupos. A continuación, se sugieren algunos cambios recomendados en este sentido.

Si buscamos mejorar la accesibilidad a los servicios de salud, el Estado tiene que desarrollar mecanismos que permitan descentralizar la prestación de este servicio, con el fin de reducir las barreras que dificultan la accesibilidad a las personas en condiciones de desigualdad. Por otro lado, el Estado debe invertir en mejorar la infraestructura de las instalaciones médicas y contar con personal capacitado en competencias éticas (empatía). En esta última, se debe formar profesionales con vocación y con pasión de servicio. Uno de los primordiales retos en la implementación de políticas de equidad es de carácter cultural, derivado del prejuicio histórico de la sociedad hacia las poblaciones vulnerables. Es indubitable negar que la educación juega un importante papel en el cambio de valores y comportamientos por parte de la población. Si bien esta tarea trasciende el papel del Ministerio de Salud, pues también es tarea de las instituciones que forman profesionales en la salud, quienes deben tomar acciones destinadas a sensibilizar y capacitar profesionales para trabajar con políticas de equidad.

Además, es fundamental involucrar a la sociedad en este proceso de garantizar el derecho a la salud en poblaciones vulnerables. Establecer vínculos sólidos entre la sociedad, incluyendo el sector privado, y el Estado mediante alianzas estratégicas que fomenten redes de apoyo social



desde la perspectiva de la sociedad, constituye un punto de partida fundamental en este contexto, y el punto de llegada desde las metas o planes que establezca el Estado. En esta línea, es preciso fomentar la participación activa de los ciudadanos por medio organizaciones no gubernamentales y voluntariados, en aras construir un sentido común de solidaridad en la población hacia los grupos más vulnerables y sobre todo crear conciencia que nuestra calidad de contribuyentes sociales es necesario cumplir los impuestos.

No podemos dejar de lado que en esta investigación se ha evidenciado que en reiteradas ocasiones nuestro Tribunal Constitucional considera que es necesario incorporar las recomendaciones de organismos internacionales. Pues, nuestra Constitución establece una cláusula de *numerus apertus*, de esta forma la expresión “de cualquier otra índole” es una fórmula incorporada por el constituyente que da paso a hacer modificaciones o actualizar la normatividad de la Constitución a efectos del surgimiento de nuevos grupos vulnerables que, por lo general, son visibilizados desde el ámbito internacional.

Por último, es necesario mencionar que, aunque se produzcan o elaboren políticas públicas, estas tienen aún dificultades para aplicarse correctamente, pues no existe armonización entre las instituciones del Estado y la estructuración del contenido de las normas emitidas. Es por ello que la Defensoría del Pueblo en el Informe N° 143 (2009), ya veía que la masiva promulgación de leyes o normas se vuelve ineficiente ante la falta de una buena técnica para crearlas, esta ineficiencia lo que provoca es que se necesite aún más de un conjunto de normas que sea se ajusten y congruentes con la legislación internacional que busca ampliar la protección de los derechos humanos haciendo énfasis en los grupos más vulnerables. Es crucial reforzar la atención primaria con el objetivo de priorizar a los grupos de la población más desfavorecidos. Esto nos permitirá reestructurar las políticas públicas de manera inclusiva. Dichas políticas deben estar enfocadas en prevenir y detener la trayectoria hacia situaciones de vulnerabilidad mediante intervenciones oportunas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (1991). *Anuario Interamericano de Derechos Humanos: Vol. 4 (1988)*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. <https://brill.com/edcollbook/title/9188>
- Consejo Nacional para la integración de la Persona con Discapacidad. (2021). *Política Nacional Multisectorial en Discapacidad para el Desarrollo al 2030*. Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1932186/POL%C3%8DTICA%20NACIONAL%20MULTISECTORIAL%20EN%20DISCAPACIDAD%20PARA%20EL%20DESARROLLO%20AL%202030..pdf?v=1622920983>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2002). *Opinión Consultiva OC-17/2002: sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. San Jose, 28 de agosto.
- Díaz Colchado, J. C., & Castro Arequipeno, A. (2021). Los Derechos Fundamentales y las nuevas tecnologías de la Información y Comunicación: una aproximación. *THEMIS Revista de Derecho*, 79, 15-35. <https://doi.org/10.18800/themis.202101.001>
- Frenz, P., & Titelman, D. (2014). Equidad en salud en la región más desigual del mundo: un reto de políticas públicas en América Latina. *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública*, 30(4), 665-670. <https://doi.org/10.17843/rpmesp.2013.304.249>
- Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2022). *El 89,3% de la población adulta mayor tiene algún seguro de salud*. Nota de Prensa N.º162. <https://m.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/noticias/nota-de-prensa-no-162-2022-inei.pdf>
- Jiménez-Ornelas, R. (2005). La delincuencia juvenil: fenómeno de la sociedad actual. *Papeles de Población*, 11(43), 215-261. <https://rppoblacion.uaemex.mx/article/view/8730>
- León Florián, F. (2014). El derecho a la salud en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. *Pensamiento Constitucional*, 19(19), 389-420. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/12534>
- Oficina General de Planeamiento, P. y M. (2022). *Programa Presupuestal 0016: TB-VIH/SIDA. Reporte de seguimiento al I Semestre del 2022*. Ministerio de Salud. https://www.minsa.gob.pe/presupuestales/doc2022/reporte-seguimiento/Reporte%20al%20I%20Semestre%202022_PP_0016.pdf
- ONU: Comité de Derechos Económicos, S. y C. (CESCR). (2000). *Observación general N° 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. <https://www.refworld.org/es/publisher,CESCR,GENERAL,,47ebcc492,0.html>
- Organización Mundial de la Salud. (1946). *Constitución*. Conferencia Sanitaria Internacional.



- Poder Judicial de la Federación Suprema Corte de la Justicia de la Nación. (2018). *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación: Vol. Tomo II. Décima Época.* <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/gaceta/documentos/tomos/2018-05/Libro53t2.pdf>
- Quijano-Caballero, O., & Munares-García, O. (2016). Protección de derechos en salud en el Perú: experiencias desde el rol fiscalizador de la Superintendencia Nacional de Salud. *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública*, 33(3), 529. <https://doi.org/10.17843/rpmesp.2016.333.2303>
- Robles, M. Y. (2016). El derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004-2014). *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 1(35). <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2016.35.10496>
- Tribunal Constitucional. (2002). *STC Exp. N.º1429-2002-PHC/TC*. Lima, 19 de noviembre. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/01429-2002-HC.html>
- Tribunal Constitucional. (2004). *STC Exp. N.º2016-2004-AA/TC*. Lima, 05 de octubre. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02016-2004-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional. (2005). *STC Exp. N.º1417-2005-AA/TC*. Lima, 8 de julio. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/01417-2005-AA.html>
- Tribunal Constitucional. (2008a). *STC Exp. N.º2480-2008-PA/TC*. Lima, 11 de julio. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02480-2008-AA.html>
- Tribunal Constitucional. (2008b). *STC Exp. N.º3247-2008-PHC/TC - CUZCO*. Arequipa, 14 de agosto. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03247-2008-HC%20Resolucion.pdf>
- Tribunal Constitucional. (2011). *Res. Exp. N.º3525-2011-PA/TC- Ayacucho*. Lima, 30 de setiembre. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/03525-2011-AA%20Resolucion.html>
- Tribunal Constitucional. (2012). *STC Exp. N.º0033-2010-PI/TC- LIMA*. Lima, 10 de abril. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00033-2010-AI.html>
- Tribunal Constitucional. (2017). *STC Exp. N.º5157-2014-PA/TC- PUNO*. Lima, 4 de abril. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2017/05157-2014-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional. (2020). *Pleno. Sentencia 232/2020 Exp. N.º5436-2014-PHC/TC-TACNA*. Lima, 26 de mayo. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/05436-2014-HC%201.pdf>
- Tribunal Constitucional. (2021a). *Pleno. Sentencia 694/2021 Exp. N.º0298-2020-PA/TC*. Lima, 27 de mayo. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/00298-2020-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional. (2021b). *Pleno. Sentencia 694/2021. EXP. N.º0298-2020-PA/TC*. Lima, 27 de mayo. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/00298-2020-AA.pdf>



Tribunal Constitucional. (2021c). *Pleno. Sentencia 738/2021 Exp. N.º1146-2021-AA/TC - Lima*. Lima, 01 de julio. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/01146-2021-AA.pdf>



EL HACINAMIENTO CARCELARIO Y SU INCIDENCIA EN LA VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS INTERNOS EN EL PERÚ*

PRISON OVERCROWDING AND ITS INCIDENCE ON THE VIOLATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF INMATES IN PERU

Fecha de recepción: 24/07/2023
Fecha de aprobación: 25/07/2023

Oscar Yamir Pulache Estrada

Universidad Cesar Vallejo

oscaryamirpulacheestrada@gmail.com

 <https://orcid.org/0000-0002-8723-172X>



e-ISSN: 2961-2934

<https://doi.org/10.61542/rjch.38>

RESUMEN

En el presente trabajo se realiza un análisis sistemático respecto a cuáles son los efectos producidos a causa de la sobrepoblación penitenciaria en nuestro país, y cuáles son los principales derechos fundamentales transgredidos de los internos, todo ello desde un enfoque de los estándares internacionales con relación a la protección de los derechos fundamentales de los reclusos, asimismo brinda una propuesta de solución para combatir dicha problemática.

Palabras claves

Hacinamiento carcelario, derechos fundamentales, internos, estándares internacionales.

*Artículo ganador del concurso de artículos jurídicos realizado por el Semillero de investigación jurídica “Kallpa Yachay”, el día 22 de julio de 2023.



ABSTRACT

In this current work, a systematic analysis is conducted regarding the effects caused by prison overcrowding in our country, and which fundamental rights of inmates are primarily violated, all within the framework of international standards concerning the protection of the fundamental rights of prisoners. Furthermore, it offers a proposed solution to address this issue.

Keywords

Prison overcrowding, fundamental rights, inmates, international standards.

RÉSUMÉ

Dans ce travail actuel, une analyse systématique est menée concernant les effets de la surpopulation carcérale dans notre pays, ainsi que les droits fondamentaux des détenus qui sont principalement violés, le tout dans le cadre des normes internationales relatives à la protection des droits fondamentaux des prisonniers. De plus, il propose une solution proposée pour remédier à ce problème.

Mots-clés

Surpopulation carcérale, droits fondamentaux, détenus, normes internationales

INTRODUCCIÓN

El hacinamiento penitenciario es una problemática común en todo Latinoamérica, y ello evidentemente constituye una grave vulneración a los derechos fundamentales de los reclusos. Por lo tanto, aterrizando en el Perú, los establecimientos penitenciarios se encuentran hacinados, sobrepoblados, puesto que nuestra realidad carcelaria *per se* no se brindan las condiciones adecuadas para que los internos condenados se resocialicen y se incorporen posteriormente a la sociedad, por otro lado, tampoco se permite que los presos preventivos sean tratados como procesados, separados de los reclusos condenados, por el contrario, como consecuencia de la sobrepoblación penitenciaria, trae consigo una afectación directa de los derechos fundamentales de dichas personas privadas de libertad.

En la presente investigación, se pretende darle una respuesta a la siguiente interrogante: ¿Qué derechos fundamentales de los internos se ven afectados producto de la sobrepoblación penitenciaria en el Perú?, es por ello, que se ha planteado la siguiente hipótesis: en el Perú existe una sobrepoblación penitenciaria, puesto que, los penales lamentablemente no cuentan con una infraestructura necesaria para poder alojar o albergar a todos los internos, por lo tanto, esta crisis penitenciaria afecta directamente el derecho a la dignidad humana, derecho a la salud, derecho a la integridad física, psíquica y moral de los internos.

Por otro lado, es menester precisar que esta investigación presenta una metodología cualitativa, siguiendo al jurista Ramos Flores (2022), menciona que “La investigación jurídica cualitativa está direccionada primordialmente a la interpretación, explicación y justificación de una situación jurídica” (párr. 7). Por esta razón, nuestro objetivo es poder delimitar cuales son los derechos subjetivos de los internos que se ven transgredidos a raíz de la sobrepoblación penitenciaria en nuestro país.

Finalmente, el marco teórico conceptual de análisis está conformado por 5 partes: la primera abarca el análisis referente al hacinamiento carcelario en el Perú, la segunda consiste en poder determinar cuáles son los derechos subjetivos que tienen los internos, la tercera se enfoca en delimitar los derechos de los reclusos que se ven afectados producto del hacinamiento carcelario, la cuarta parte se enfoca en analizar la incidencia de los estándares internacionales con relación a la protección de los derechos fundamentales de los reclusos, y la última parte se centra en poder proponer soluciones para poder combatir y reducir la sobrepoblación penitenciaria, ello con estricto apego a los derechos fundamentales de los internos.

1. Hacinamiento carcelario en el Perú

De acuerdo a Castillo Ocupa (2021), señala que:

La sobrepoblación penitenciaria, es una crisis trágica en el Perú, puesto que pone en un estado de indefección y en una situación de crueldad y vulnerabilidad a los reclusos, y que esto conlleva a las agresiones y maltratos dentro de los establecimientos

penitenciarios, causando asesinatos o suicidios, transgrediendo a diario el derecho a la vida y la dignidad humana de las personas privadas en libertad.

Por lo tanto, debo precisar que la sobrepoblación penitenciaria no solamente es un problema únicamente dentro de las cárceles, ello también involucra al estado y a la sociedad, dado que sus consecuencias repercuten en el aumento potencial de la delincuencia en nuestro país, en la inseguridad ciudadana.

Por otro lado, Paz Panduro (2021), señala que, existen sectores en los establecimientos penitenciarios que, debido a la sobrepoblación carcelaria, no existe ningún tipo de control disciplinarios por parte de la autoridad penitenciaria, por lo tanto no se logra cumplir con el propósito de la rehabilitación del interno, de la misma forma, existen otras problemáticas que se generan a raíz de la sobrepoblación penitenciaria como la deficiente atención médica de los presos, falta de alimentación, aumentan los problemas emocionales y psicológicos de los reclusos, asimismo se encuentran expuestos al contagio y propagación de enfermedades, por lo que es imposible que cada interno mantenga un espacio privado dentro de la celda.

Asimismo, actualmente la deficiencia estructural y la precariedad de los establecimientos penitenciarios en el Perú se han puesto en evidencia progresivamente a través del Oficio N.º208-2020-INPE/01, puesto que a raíz de la pandemia COVID 19, el rector del sistema penitenciario nacional reconoció esta precariedad, y ello se corrobora con el Decreto Legislativo N° 1459, en donde se vuelve a reconocer la crisis precaria de los establecimientos penitenciarios (Instituto Nacional Penitenciario, 2020), posteriormente la Defensoría del Pueblo a través del Informe Especial N.º03-2020-DP y el Decreto Supremo 004-2020-JUS, sostuvo que:

Las condiciones de hacinamiento y salud durante la grave crisis que vienen afrontando los establecimientos penitenciarios a nivel nacional, convierten a los internos(as), así como al personal penitenciario (agentes de seguridad, administrativos y personal de salud), en focos de contagio masivo de enfermedades altamente infecciosas como el COVID-19. (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2020, párr. 8)

Por lo tanto, con dichos informes y el decreto supremo emitido a nivel nacional se comprueba que existe una crisis y deficiencia estructural de los establecimientos penitenciarios en nuestro país.

En esa misma línea argumentativa, siguiendo a Ríos Patio (2017), indica que:

Esta crisis estructural existente en las cárceles de nuestro país es una evidente vulneración a los derechos humanos de los internos, puesto que la cárcel como efecto punitivo tiene por propósito solo limitar el ejercicio del derecho a la libertad personal, no obstante, en la realidad es la afectación de derechos sociales, civiles, económicos, políticos y culturales.

Por lo tanto, entre las causas de la sobrepoblación penitenciaria se encuentra evidentemente el excesivo uso de la prisión preventiva, el incremento de penas y la limitación o reducción de poder acceder o solicitar beneficios penitenciarios y la falta de infraestructura de los centros penitenciarios para albergar a una excesiva cantidad de internos.

Según el Informe de Estadísticas del INPE-2023, emitido en enero de dicho año, se informa que la población encarcelada en todo el país en enero de 2023 es de 159,579 personas en Perú. De estas, 89,701 reclusos se encuentran en prisión debido a medidas de detención preventiva o condenas. Esto muestra un aumento del 14.9% en la población carcelaria, pasando de 138,874 a 159,579 en un lapso de un año. Además, existe una discrepancia entre la capacidad de alojamiento en los 68 centros penitenciarios y el número de reclusos, siendo 48,683 internos más que la capacidad máxima de alojamiento, lo que equivale al 119% de dicha capacidad. Esto refleja un problema de sobrepoblación carcelaria en el país. Igualmente, se puede constatar que las acciones tomadas por el gobierno peruano para abordar esta crisis penitenciaria son inadecuadas, ya que no han logrado alcanzar los resultados esperados (Instituto Nacional Penitenciario, 2023). Esto, por supuesto, tiene implicaciones directas en el artículo 1 de la Constitución de 1993, que establece que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

2. Principales derechos fundamentales de los internos

Los principales derechos subjetivos reconocidos por nuestra carta magna que tienen los internos en nuestro país, son los siguientes:

a) Derecho a la Dignidad Humana: La Constitución Política del Perú reconoce en su artículo 1 a la dignidad humana como un derecho inherente de toda persona, ello conforme al artículo III del título preliminar del Código de Ejecución Penal, mediante el cual bajo el principio de humanidad, se señala que “la ejecución penal y las medidas privativas de libertad de los procesados están exentas de tortura o trato inhumano o humillante y de cualquier otro acto o procedimiento que atente contra la dignidad del interno”.

b) Derecho a la Salud: La Constitución Política del Perú a través del artículo 7 reconoce que toda persona tiene derecho a la protección de la salud, de la misma forma, el artículo 9 señala expresamente que “El Estado determina la política nacional de salud. El Poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación. Es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos los accesos equitativos a los servicios de salud”. Asimismo, el artículo 85.1 del TUO del Código de Ejecución Penal establece que

El interno tiene derecho a alcanzar, mantener o recuperar el bienestar físico y mental. La Administración Penitenciaria proveerá lo necesario para el desarrollo de las acciones de prevención, promoción y recuperación de la salud, teniendo en cuenta las políticas nacionales de salud y especialmente los lineamientos y medidas establecidas por el Ministerio de Salud.

c) **Derecho a la Integridad Personal:** nuestra norma suprema en su artículo 2 inciso 1 reconoce a la integridad personal como aquel derecho que engloba tanto la integridad física, psíquica y moral, de la misma forma en su inciso 24 prohíbe todo tipo de sometimientos a tratos y penas crueles, inhumanos y degradantes. En esa misma línea argumentativa, siguiendo al constitucionalista Omar Sar (2008), señala que:

El derecho a la integridad física (...) si bien se traza sobre la realidad somática del sujeto de derecho, también debe enmarcarse a aquella de sus facultades anímicas que, biológicamente enraizadas en su mismo ser, son parte inherente de la persona, corporeidad y espiritualidad, y es por ello, que deben estar salvaguardados de cualquier intromisión o afectación de dicho derecho fundamental de la persona.

3. Derechos vulnerados de los internos

En un principio, es necesario resaltar que el derecho a la dignidad humana ocupa la posición más importante entre los derechos subjetivos del individuo afectado por la problemática o situación estructural dentro del sistema penitenciario. A pesar de que el primer artículo de nuestra ley fundamental consagra el respeto a la dignidad humana como el propósito supremo de la sociedad y el Estado, con el objetivo de asegurar la validez y el total acatamiento de los derechos humanos, en la realidad peruana, especialmente acentuada por la crisis mundial de salud derivada de la pandemia "Covid 19" que hemos enfrentado, se ha evidenciado de manera aún más destacada que en nuestro país existe un sistema penitenciario que ha sido descuidado y es precario. Bajo ninguna circunstancia garantiza la salvaguardia de la dignidad humana, lo cual resulta en una contradicción flagrante con lo establecido en nuestra constitución política y los acuerdos internacionales de derechos humanos a los cuales nuestro Estado está comprometido.

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en su reiterada jurisprudencia, como es en el Caso Neira Alegría y otros vs. Perú (1995), ha precisado conforme al artículo 5.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que “toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal”¹.

Asimismo, otro derecho fundamental del interno que se ve vulnerado directamente a causa de la sobrepoblación penitenciaria es el derecho a la salud, puesto que, conforme a nuestro máximo intérprete de la constitución, esto es el Tribunal Constitucional (2018) en la Sentencia 00921-2015-HC/TC, ha precisado en el fundamento destacado 4. “En cuanto derecho constitucional, la salud de las personas privadas de libertad en un establecimiento penitenciario es también una facultad vinculante al Estado”, por lo tanto, es responsabilidad del gobierno implementar todas las medidas adecuadas e indispensables para atender y supervisar el tratamiento y manejo de

¹ Casos parecidos e igualmente resueltos puede verse en Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1992, párr. 195; Caso Cantoral Benavides Vs. Perú.

las enfermedades que afectan a los prisioneros. Sin embargo, es evidente que en nuestro país estas medidas no están siendo aplicadas de manera adecuada.

Finalmente, otro derecho fundamental de los internos que se ve afectado a causa del hacinamiento penitenciario es la integridad física, ello conforme lo ha señalado el TC en el EXP. N. ° 2333-2004-HC/TC, que “la integridad física presupone el derecho a preservar la estructura orgánica del ser humano; y, por ende, a cuidar la forma, disposición y funcionamiento de los órganos del cuerpo humano y, en general, la salud del cuerpo”. En ese sentido, siguiendo a Cabanillas Farro (2020), precisa que “la transgresión de la integridad física se ocasiona cuando se producen incapacidades, deformaciones, mutilaciones, perturbaciones o alteraciones funcionales, enfermedades corpóreas de los internos”, no obstante, nuestro país es uno de los principales países que ha incurrido en responsabilidad internacional en distintos casos que han llegado ante la CIDH por vulnerar precisamente derechos subjetivos de los internos.

4. Pronunciamientos internacionales

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), el 31 de marzo de 2020, comunicó y exhortó a los estados a que puedan adoptar las medidas correspondientes para asegurar las condiciones humanas, dignas y adecuadas de los establecimientos penitenciarios y contribuir a reducir la sobrepoblación penitenciaria como medida de contingencia para hacer frente a la pandemia COVID-19.

De la misma forma, el mencionado Organismo Internacional, con su manual “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas” aprobado por Resolución N° 1-2020 (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2020), brindó las siguientes recomendaciones a los estados partes a fin de proteger los derechos de dignidad humana, vida, integridad física de los internos:

- Implementar medidas para afrontar la sobrepoblación carcelaria y revisar los casos de prisión preventiva, priorizando a los reos que se encuentren vulnerables al contagio de la COVID – 19.
- Es importante considerar la viabilidad de ofrecer opciones alternativas como la liberación condicional, la libertad provisional o el arresto domiciliario para individuos de la tercera edad, prisioneros en situación de vulnerabilidad debido a enfermedades crónicas, mujeres embarazadas o aquellas con responsabilidades maternas, así como para aquellos que estén cerca de cumplir sus condenas impuestas.
- Es necesario llevar a cabo mejoras en la calidad de la comida y en las condiciones de higiene, así como implementar medidas de cuarentena de manera adecuada para prevenir la propagación del COVID-19 dentro de las instalaciones penitenciarias. Además, se debe proveer a los centros de salud los recursos necesarios para brindar atención médica eficiente.

- Es fundamental establecer protocolos de seguridad destinados a prevenir acciones que puedan amenazar la vida de los reclusos durante la pandemia. Estos protocolos deben ser diseñados conforme a las directrices y normas interamericanas que han sido ratificadas.

5. Propuestas de solución

5.1. Internos presos preventivos

Siguiendo a Rubio Azabache (2020), señala que:

En el Nuevo Código Procesal Penal no existen mecanismos normativos que le permitan al órgano jurisdiccional realizar “de oficio” una revisión de las prisiones preventivas impuestas. No obstante, la única forma que se encuentra tipificada en el estatuto procesal penal es la cesación de la prisión preventiva (art. 283 del CPP).

Por lo tanto, se necesita una modificatoria normativa del artículo 283 del CPP que pueda permitir “de manera excepcional” exceptuar del primer presupuesto por motivos de daños a la salud ocasionados por la pandemia, en el caso de internos sin condena (preventivos) con enfermedades graves, mayores de 60 años, con discapacidades, mujeres embarazadas, madres de hijos menores de edad, independientemente de la punibilidad del ilícito penal. El órgano jurisdiccional tendrá la dura responsabilidad de asegurar de imponer las restricciones que sean aplicables en cada caso en concreto.

5.2. Presos sentenciados

Se requiere modificar el Decreto Legislativo N.º1459, esto es, extender la conversión de las penas a los reclusos a quienes se les haya dictado condena superando los 4 años de pena efectiva, teniendo como condicionante el cumplimiento de la reparación civil impuesta.

En relación a los reclusos que han sido condenados (incluyendo aquellos con enfermedades graves, personas de la tercera edad, individuos con discapacidad, mujeres embarazadas y madres de niños menores de edad) y que se encuentran cumpliendo sentencias por delitos graves, se sugiere considerar una modificación en el Código de Ejecución Penal. El propósito sería brindar beneficios penitenciarios de manera "excepcional" a aquellos reclusos que estén cerca de cumplir su condena efectiva. Para esto, la normativa debería establecer un límite temporal específico como criterio y, a la vez, se requeriría como condición fundamental que estos internos no tengan procesos judiciales pendientes ni sanciones administrativas.

Cabe precisar, que los internos que se encuentren sentenciados por delitos de homicidio doloso, delitos de lesa humanidad, violación, sicariato y genocidio no podrán acceder.

5.3. Mayor inversión en el sector educación

Se propone que el estado pueda realizar una mayor inversión en el sector educación, ello contribuiría directamente a que más personas puedan tener acceso a la educación, con el propósito de poder evitar que dichos sujetos que no tienen estudio, que viven en la extrema pobreza, y que producto de esa “necesidad” se dediquen a cometer actos delictivos (robos, hurtos, etc.), que posteriormente los conllevaría a un penal, y ello evidentemente genera como consecuencia una sobrepoblación penitenciaria, en síntesis, se propone atacar la causa del dicha problemática, mas no la consecuencia, como erróneamente se viene aplicando a través del populismo punitivo (incremento de penas), olvidando evaluar cuál es la causa que genera ello.

CONCLUSIONES

En el Perú existe una sobrepoblación penitenciaria, puesto que, los penales lamentablemente no cuentan con una infraestructura necesaria para poder alojar o albergar a todos los internos, por lo tanto, esta crisis penitenciaria afecta directamente el derecho a la dignidad humana, derecho a la salud, derecho a la integridad física y moral de los internos.

Las medidas adoptadas por el Estado Peruano para poder contrarrestar la sobrepoblación penitenciaria en los centros penitenciarios de nuestro país lamentablemente son insuficientes, debido a que el hacinamiento sigue en aumento cada año, y ello evidentemente vulnera, transgrede directamente un Pol de derechos inherentes a los internos (presos preventivos y sentenciados).

La deficiencia estructural y la precariedad de los penales en el Perú se han puesto en evidencia progresivamente a través de los distintos informes y el andamiaje normativas que han emitido las autoridades competentes como lo son: Oficio N.º08-2020-INPE/01,2020, Decreto Legislativo N.º1459, Informe Especial N.º03-2020-DP, 2020 y el Decreto Supremo 004-2020-JUS.

El Informe Estadístico del INPE-2023, publicado en enero de 2023, reafirma nuestra hipótesis que en un primer momento se planteó y corrobora la problemática que la propia Comisión IDH ha identificado y se ha pronunciado, señalando que la superpoblación penitenciaria provoca un incremento en los índices de violencia intra reclusa, obstaculiza la preservación de la privacidad mínima, dificulta el acceso a servicios esenciales, incluyendo suministros básicos como el agua, favorece la propagación de enfermedades, genera un entorno caracterizado por condiciones de salubridad e higiene precarias, y en sí mismo, constituye un factor de riesgo en situaciones de emergencia.

Las propuestas planteadas en la presente investigación coadyuvan a lo ya señalado por el Tribunal Constitucional (2020) en la STC Exp. N.º05436-2014-PHC/TC, mediante la cual se declara un estado de cosas inconstitucional y, se exhorta a los tres poderes del Estado y la sociedad en general a la elaboración de un nuevo Plan Nacional de la Política Penitenciaria 2021-2025.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Cabanillas Farro, G. (2020). *El Hacinamiento Penitenciario y su impacto en los derechos fundamentales de los internos en el Perú* [Trabajo de investigación para optar al grado de Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Privada del Norte]. <https://hdl.handle.net/11537/25880>
- Castillo Ocupa, A. (2021). *Hacinamiento y su influencia en la vulneración de la dignidad humana en el Centro Penitenciario de Mujeres* [Tesis para optar el título de Abogado, Universidad Señor de Sipán]. <https://hdl.handle.net/20.500.12802/10113>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2020). *Pandemia y Derechos Humanos en las Américas*. <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1995). *Caso Neira Alegria y otros vs. Perú*. San José, 15 de enero de 1995.
- Instituto Nacional Penitenciario. (2020). OFICIO N.º208-2020-INPE/01. En *El Peruano*.
- Instituto Nacional Penitenciario. (2023). Informe de Estadísticas del INPE-2023. En *Oficina de Planeamiento y Presupuesto*.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2020). Decreto Supremo 004-2020-JUS. En *El Peruano*.
- Paz Panduro, M. N. (2021). Hacinamiento en las cárceles del Perú afecta la Dignidad Humana. A propósito del D.L. 1513 y la Covid-19. *Sapientia & Iustitia*, 3, 91–114. <https://doi.org/10.35626/sapientia.3.2.19>
- Ramos Flores, J. (2022, agosto 1). ¿Puedo realizar una investigación cualitativa en derecho? *Lp - Pasión por el Derecho*, 6. <https://lpderecho.pe/puedo-realizar-una-investigacion-cualitativa-en-derecho/#:~:text=5.-,Conclusiones,tiene%20una%20naturaleza%20eminente%20argumentativa>
- Ríos Patio, G. (2017). La violación de los Derechos Humanos en la cárcel. *Vox Juris*, 33(1), 167–179. <https://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/VJ/article/view/974>
- Rubio Azabache, C. (2020, abril 18). *Problemas y desafíos de las cárceles frente al COVID-19 en el Perú*. La Ley. <https://laley.pe/art/9579/problemas-y-desafios-de-las-carceles-frente-al-covid-19-en-el-peru#:~:text=Las%20c%C3%A1rceles%20en%20el%20Per%C3%BA,en%20d%C3%ADa%20especialmente%20el%20COVID>
- Sar Suárez, O. (2008). Derecho a la integridad personal en el Perú. Aspectos constitutivos y limitaciones. El caso de las personas privadas de libertad. *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 1(19). <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2008.19.5850>

Tribunal Constitucional. (2018). *STC Exp. N.º00921-2015-HC/TC - Huánuco*. Lima, 23 de mayo de 2018. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/00921-2015-HC.pdf>

Tribunal Constitucional. (2020). *STC Exp. N.º05436-2014-PHC/TC - Tacna*. Lima, 19 de junio de 2020.

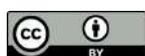
MERITOCRACIA EN EL ÁMBITO ACADÉMICO PROFESIONAL JURÍDICO: REFORMA DEL SISTEMA DE ACREDITACIÓN, REGISTRO Y EVALUACIÓN

*MERITOCRACY IN THE LEGAL PROFESSIONAL ACADEMIC FIELD:
REFORM OF THE ACCREDITATION, REGISTRATION AND EVALUATION
SYSTEM*

Fecha de recepción: 12/06/2023
Fecha de aprobación: 30/08/2023

Manuel Bermúdez-Tapia

Universidad Privada San Juan Bautista
manuel.bermudez@upsjb.edu.pe



 <https://orcid.org/0000-0003-1576-9464>

e-ISSN: 2961-2934

<https://doi.org/10.61542/rjch.5>

RESUMEN

En el Perú no se reporta un sistema único de evaluación del perfil, de la acreditación, registro y evaluación de la carrera profesional en el ámbito de la abogacía. Es posible reportar sub niveles y procedimientos totalmente autónomos y excluyentes en el ámbito del registro de información académica, profesional y de especialización tanto en la Sunedu, en el Renacyt como a nivel de las entidades que forman parte del Ministerio de Trabajo, Servir y otras dependencias. Ante este panorama, se presenta una evaluación basada en las evidencias empíricas que se reportan a nivel de medios de comunicación que son habituales en el ámbito académico y profesional del abogado, proyectando una perspectiva negativa sobre el proceso de validación de la meritocracia que al parecer está condicionada a procedimientos complejos que finalmente desnaturalizan dicho objetivo perjudicando sobre manera el desarrollo laboral, económico y humano del abogado.

Palabras claves

Abogado, perfil profesional, Sunedu, Renacyt, Magistratura, meritocracia.



ABSTRACT

In Peru, there isn't a single system for evaluating a professional profile, accreditation, registration, and career assessment in the field of law. It's possible to find sub-levels and entirely separate and exclusive procedures in the academic, professional, and specialization information recording. This applies to entities like SUNEDU, Renacyt, and even within the institutions under the Ministry of Labor, Servir, and other related departments. Given this landscape, an evaluation based on empirical evidence is presented, as reported in common media within the academic and professional sphere of lawyers. This paints a negative perspective on the meritocracy validation process, which seems to be bound by intricate procedures that ultimately distort this objective, significantly harming the lawyer's work, economic, and personal development.

Keywords

Lawyer, Professional profile, Sunedu, Renacyt, Judiciary, Meritocracy.

RÉSUMÉ

Au Pérou, il n'existe pas de système unique d'évaluation de profil, d'accréditation, d'enregistrement et d'évaluation de la carrière professionnelle dans le domaine de la profession d'avocat. Il est possible de signaler des sous-niveaux et des procédures totalement autonomes et exclusives dans le domaine de l'enregistrement des informations académiques, professionnelles et de spécialisation, tant auprès de la Sunedu, du Renacyt qu'au sein des entités faisant partie du Ministère du Travail, de Servir et d'autres dépendances. Face à ce panorama, une évaluation basée sur les preuves empiriques rapportées dans les médias, habituelle dans le milieu académique et professionnel des avocats, est présentée, projetant une perspective négative sur le processus de validation de la méritocratie qui semble être conditionné par des procédures complexes qui finissent par dénaturer cet objectif, nuisant considérablement au développement professionnel, économique et humain de l'avocat.

Mots-clés

Avocat, Profil professionnel, Sunedu, Renacyt, Justice, Méritocratie.

INTRODUCCIÓN

La profesión del abogado permite el desarrollo de una serie de actividades en el ámbito público como también en el privado y puede generar una serie de condiciones que le permiten acceder a cargos de alta responsabilidad y de especial connotación social como política (Botelho Junqueira, 2002)

Ante esta perspectiva, la profesión registra una de las mayores tasas de profesionales que siguen estudios de pregrado, especializaciones y estudios a nivel de posgrado en el país como en el extranjero. Sin embargo, el elevado volumen de profesionales que se registran o afilian en los Colegios Abogados de las diferentes regiones del país no es necesariamente un indicativo que la profesión es grata.

En este punto, una serie de situaciones negativas, limitativas y condicionales se han visibilizado generando una exposición a una realidad que no es asumida por las universidades, gremios profesionales e instituciones vinculadas al ámbito del sistema de impartición de justicia (Santana Ramos, 2018) , que son los principales entes que contratan y se relacionan con los abogados.

Problemas de plagio en las investigaciones de tesis (Timal López & Sánchez Espinoza, 2017) , situaciones que rozan con el delito con el registro de datos falsos en las hojas de vida, la exposición de grados sin el respectivo registro académico universitario, situaciones impropias al ejercicio de la profesión y otras referencias han provocado la necesidad de evaluar los objetivos que persigue la profesión especialmente porque en los últimos años se ha procurado generar una condición de búsqueda de meritocracia (Vera, 2016)

Referencia que a nuestro criterio representa un objetivo importante y necesario, sobre la cual se han generado condiciones tan complejas y limitativas que ha provocado la perversión del sistema, tal como se puede apreciar en el ámbito de los accesos a la carrera judicial y fiscal porque la Junta Nacional de Justicia ha amplificado el pésimo sistema de evaluación que tenía el Consejo Nacional de la Magistratura (Bermúdez Tapia, 2004)

Paralelamente, el alto requerimiento de la profesión está provocando un acceso a la docencia con algunas condiciones negativas que a la larga provocará que el sistema resulte ser contradictorio porque no es sostenible una industria que crece sin un control de calidad previo (Auris Villegas et al., 2022)

De este modo se observa un panorama gris que limita la proyección social de la profesión en la sociedad y ha permitido que personas sin mucho perfil profesional puedan acceder a puestos de importancia o de alta jerarquía en el ámbito de la gestión pública en detrimento de profesionales con un buen perfil profesional y académico (Valdivia-Reynoso & Tejada-Pacheco, 2020), pero sin el acceso a los “contactos”, con lo cual la búsqueda de una meritocracia ha generado un “segundo piso” que resultó ser un problema superior al contexto que se pretendía remediar.

Se presenta un documento siguiendo una metodología cualitativa de tipo observacional, analítico y descriptivo de la realidad peruana limitada al contexto y desarrollo del perfil del abogado en sus diferentes ámbitos, sobre la cual se evaluará tres elementos referenciales: el acceso a la carrera judicial y fiscal, el desarrollo del abogado académico y la labor que han desarrollado instituciones como SERVIR y SUNEDU en el mejoramiento del *perfil del profesional*, para así sustentar como hipótesis de trabajo que el sistema de acreditación, registro y evaluación de la hoja de vida de los abogados requiere de urgentes cambios.

Como resultado de esta propuesta, se plantearán algunas pautas de reforma en la política pública de acreditación y registro de profesionales de alto perfil en el ámbito de la carrera del abogado para así generar una mejor evaluación y validación de las actividades que ejecutan los abogados en el país (Neves Mujica et al., 2006)

1. La exigencia de un alto perfil profesional académico y personal en cantidades

Desde la reforma universitaria del gobierno de Alberto Fujimori (Cuenca & Reátegui, 2016), se registran tres tipos de universidades en el país: las públicas, las privadas regidas por patronatos y las constituidas como empresas.

El impacto social y económico fue significativo, las universidades privadas se multiplicaron en forma sostenida en los últimos treinta años provocando la necesidad de sustituir la Asamblea Nacional de Rectores por otra entidad (Sevillano, 2017). Un hecho inédito en el país porque se creaba de forma indirecta una entidad estatal (SUNEDU), por lo dispuesto en la *sentencia* del Tribunal Constitucional, Expediente N° 0017-2008-AI/TC (STC. EXP. No 0017-2008-AI/TC. Caso “filiales de las universidades”, 2010)

Esta referencia es importante porque en el ámbito jurídico, el *principio de legalidad* fue severamente condicionado por la actividad normativa del órgano que interpreta la Constitución y que estableció una necesaria fiscalización y control de las actividades que ejecutaban las universidades (Ruíz-González & Briceño-Cotrino, 2020), tomando en cuenta que se registraban severos cuestionamientos sociales, especialmente por el carácter informal que registraban.

Con el proceso de institucionalización, el “licenciamiento” se volvió una condición establecida que generaba un primer filtro de calidad generándose la disolución de universidades como la Inca Garcilaso de la Vega y la Universidad Alas Peruanas que en términos cuantitativos registraban una población estudiantil muy importantes (Julio Gómez, 2020)

Las Universidades licenciadas, en el ámbito de la formación de futuros abogados, permiten apreciar este panorama:

- a) Registran una población estudiantil muy amplia, siendo una de las carreras de mayor demanda en el mercado académico peruano (Coila Torres, 2017)
- b) Una mayor población de estudiantes implica una mayor población de *profesores*, quienes para acceder a esta condición deberán cumplir con el requisito del grado

académico de “maestro”, como condición mínima. Un requisito simbólico porque a junio del 2023 no es determinante.

- c) Una mayor población de profesores implica que estos tengan formación, especialización y capacitación en el ámbito pedagógico (Pásara, 2019)

Condición que no necesariamente es exigida en las universidades pero que ha permitido observar situaciones en las cuales muchos “profesores” ejecutan actos de discriminación, abuso de poder y excesos en función al ejercicio de su posición de dominio sobre los estudiantes (Perú 21, 2022)

- d) Una mayor población de profesores sin un perfil académico, porque la gran mayoría de los nuevos profesores no forma parte del registro del Renacyt del Concytec que es adscrita a la Presidencia del Consejo de Ministros.
- e) La mayoría de los profesores registrados con grados por lo usual registra estudios de posgrados en la misma universidad de origen, con lo cual se observa una condición endogámica que no permite un nivel de competitividad porque se debe tener en cuenta el factor de la ubicación de la universidad y el ámbito de desarrollo del profesional, con lo cual las movilizaciones académicas sociales son muy limitadas por el costo económico que implica y las condiciones personales-familiares que pudieran resultar de esta opción.

Consecuentemente, el incremento del número de abogados no permite detallar una condición cualitativa que implique una mejora en la calidad de los servicios que prestan estos profesionales y en términos formales (González Mantilla, 2015) la propia reducción de cursos en las mallas curriculares está obligando a generar estas condiciones:

- a) Los nuevos abogados requieren de una especialización y mayor preparación en ámbitos específicos para el desarrollo de opciones laborales (Alcázar et al., 2001) En términos objetivos, se estudia menos porque se ha generado un mercado académico de posgrados.
- b) Los nuevos abogados no logran tener conocimiento de cursos “generales” que les permitan una mejora significativa de su perfil profesional (Guerra-García, 2003) La escasa visibilidad de cursos vinculados al ámbito de la filosofía, de la economía, de las ciencias sociales y de las matemáticas ha provocado que los nuevos abogados no cuenten con herramientas académicas pedagógicas previas que esencialmente limitan su capacidad profesional.
- c) Los nuevos abogados se están acostumbrado a llevar cursos cuya accesibilidad a notas aprobatorias es muy baja debido a que los estudiantes son percibidos como “consumidores” por sus universidades, provocando una condición reducida del profesional egresado.

- d) El nivel de exigencia a los nuevos abogados en el proceso de titulación se ha reducido tanto que el nivel de graduación con tesis se ha suspendido por ley. En el caso de las universidades que permiten la graduación con tesis, estos procedimientos permiten generar la equivalencia de “informes académicos” y “tesinas” a las tesis.
- e) Los estudios de especialización y de actualización se ejecutan sobre todo a nivel de *diplomados* y programas académicos que no son dirigidos por las universidades o gremios profesionales porque el mercado académico se ha extendido en forma masiva.
- f) Los abogados más jóvenes son más próximos a la educación a través de herramientas que limitan la importancia de la investigación, el manejo de fuentes bibliográficas importantes como libros y revistas especializadas, centrándose en forma exagerada en el uso de una *pedagogía de diapositivas y memes*.

En este ámbito, el progresivo ingreso de muchos profesores a estos ámbitos permite detallar que se trata de un *proceso* en el cual la imagen no está vinculada a la calidad profesional o al desarrollo de objetivos vinculados al ámbito de las entidades de Servir o de acceso al Renacyt, con lo cual ya se observa un primer factor negativo de la formación en masa.

2. La ejecución de tesis en las universidades “industriales”

La evaluación de los procesos de investigación que generen productos calificados como “tesis”, “tesinas” e “informes académicos” en las universidades es una lógica consecuencia de la masificación de la carrera que forma abogados.

Resulta un poco extraño que la línea de desarrollo de los abogados que suele vincularse con el contexto social no incida en el proceso de selección y nombramiento de profesores que enseñen los cursos de “metodología de la investigación científica” y “tesis” (y cursos vinculados), porque en esencia se le está condicionando a los *estudiantes* a elegir áreas vinculadas a la especialidad del docente, limitándose la opción de identificar nuevos espacios académicos, donde el volumen de la investigación puede proyectar mejores resultados.

En este ámbito, es cuestionable que universidades que tienen un volumen de alumnado tan elevado registren profesores de metodología y tesis que *sepan* sobre la mayoría de las áreas de desarrollo y especialización jurídicas y que además los procesos de “egreso” y “titulación” sean además muy próximas entre sí.

No se cuestiona el objetivo final que es el de generar un nuevo profesional en la sociedad (Cristóbal Tembladera & García, 2013) Se cuestiona el proceso de masificación y trivialización de la investigación que permite apreciar por la lectura de los repositorios de “tesis” que no registran “hipótesis”, “problemas significativos” o “manejos de variables” en un contexto de calidad o al menos de admisibilidad de una propuesta de investigación.

La Universidad César Vallejo y la Universidad Católica Los Ángeles de Chimbote registran la mayor cantidad de tesis registradas en los catálogos digitales de la Sunedu (La República, 2023a)

Los *formatos* de ejecución de tesis prácticamente están vinculados a la búsqueda de “apoyos académicos” que validen la información con lo cual se asume que una entrevista tendrá una mejor condición positiva que la sistematización de la información bibliográfica que además es muy débil en cada una de las tesis registradas en las universidades donde se egresa en “masa”.

Un detalle que no sólo se registra en las universidades privadas porque es un defecto registrado en otras universidades, inclusive en las privadas de alto prestigio donde se pueden registrar tesis que no superan las 40 hojas y con solo información bibliográfica del asesor de tesis. En este punto resulta útil una lectura de los documentos que se registran en los portales (“Alicia”, 2023) y (Renati, 2023), donde las tesis son accesibles al público. Factor que además se extiende cuando se hace la búsqueda en portales como “Google Scholar” y otros.

Los procesos de fichaje, de contraste de información, de acreditación de hipótesis y aporte de nuevos elementos teóricos son muy escasos a nivel general, tanto a nivel de pregrado como de posgrado y esta referencia incide directamente en el escaso número de documentos publicados en los registros de indización de Elsevier Scopus, donde sólo se registran dos revistas científicas peruanas en un total de 62 revistas científicas (SJR, 2023).

Inclusive las publicaciones que se suelen registrar en publicaciones jurídicas como “Gaceta Civil”, “Gaceta Constitucional”, “Actualidad Civil” y otras registran artículos con un volumen de citas mínimo e inclusive sin citas. Un detalle que limita el proceso de incremento de indizaciones a dichas publicaciones.

Factor que parece ser limitado al ámbito jurídico porque a nivel de publicaciones en otras disciplinas se observa un panorama totalmente diferente, donde se puede registrar inclusive “cartas al Editor” por parte de especialistas que *leen* un artículo publicado y se oponen al contenido, registrando un *mapeo bibliográfico* como se demuestra en el texto publicado por (Alhuay-Quispe & Bautista-Ynofuente, 2018)

3. La magistratura: acceso limitado sin mejorar el servicio público

La magistratura es un área de desarrollo laboral y profesional para los abogados con un elevado rango de referencias positivas, que permite detallar el acceso a una remuneración relativamente elevada y a condiciones de estabilidad.

Sin embargo, desde los antecedentes registrados en el Consejo Nacional de la Magistratura y en la actualidad con la Junta Nacional de Justicia, las *postulaciones* de los abogados a plazas de jueces y fiscales “titulares” no registra un elevado margen de admisibilidad.

No se trata de descartar a “malos” abogados, por cuanto se registran profesionales que actualmente desempeñan la función judicial o fiscal con un correcto y elevado perfil o abogados que registran grados académicos obtenidos en universidades de alto perfil en el ámbito

internacional y nacional no logran “superar” las evaluaciones impuestas (Bermúdez Tapia, 2012)

El bajo porcentaje de abogados aprobados (Pezo Jiménez et al., 2022) no implica una condición referencial para el nombramiento y se han registrado casos en los cuales el último pleno del Consejo Nacional de la Magistratura optaba por consultar sobre cómo se cocinaba determinado plato típico (arroz con pato), que evaluar el perfil académico y profesional del postulante (Útero, 2018)

Todo este conjunto de situaciones finalmente acreditó una situación delictiva a nivel de organización criminal que finalmente provocó la disolución del Consejo Nacional de la Magistratura (Sierra Zamora & Bermúdez-Tapia, 2021) y la destitución de todo el pleno de consejeros, cuyo perfil profesional permitía deducir las razones de porque consultaban sobre cómo se debía cocinar antes que fundamentar una sentencia (Bermúdez Tapia, 2014)

La falta de un procedimiento que registre “rúbricas” es un factor que resta legitimidad a la Junta Nacional de Justicia en el ámbito de los concursos de nombramiento de magistrados, especialmente cuando su propio órgano de dirección no está conformado por profesionales de la más alta referencia (Bermúdez Tapia, 2018) En este punto, María Zavala Valladares por ejemplo registra postulaciones fallidas para ascender como jueza en el Poder Judicial ante el Consejo Nacional de la Magistratura.

Eventualmente, y con el ánimo de evaluar un objetivo que plantea la Junta Nacional de Justicia respecto de la mejora de las actividades de los magistrados, la legitimidad de la función judicial y fiscal es baja y no representa una mejora en el servicio público de impartición de justicia, porque la falta de idoneidad de los magistrados es sólo uno de los factores que limitan al Poder Judicial y Ministerio Público (Castillo Córdova, 2007)

El análisis de la limitada disposición de presupuesto público, la sobre carga procesal en los despachos de jueces y fiscales, la escasa evaluación de la gestión jurisdiccional por parte de las autoridades del Poder Judicial y Ministerio Público son factores que no suelen ser analizados en el ámbito y por ello el “perfil” de los magistrados suele ser el factor más próximo a ser cuestionado por parte de los ciudadanos.

4. El docente y el docente investigador

En complemento a lo registrado por la presentación de Tesis en forma masiva en la mayoría de las universidades del país, los *profesores* que evalúan estas tesis no son cuestionados cuando se registran los reportes de similitud que reportan índices superiores a la media que detalla la diferencia entre un *trabajo original* y un *resumen académico*.

La razón de esta situación permite evaluar un ámbito que es poco usual en el contexto local, sobre todo porque implica la evaluación objetiva de una universidad y de sus “números” como reporte representativo. En este sentido, sobre la base de que al año 2022 ya finalizado, la

Universidad César Vallejo es la que reporta el mayor número de tesis registradas en Sunedu, con un total de 84,276 en treinta años de funcionamiento.

Una evaluación detallada sobre este proceso permitiría detallar:

Cuadro 1. Participación de profesores y evaluadores en procesos de graduación.

Profesores	Asesor de Tesis	Evaluador o evaluadores del Proyecto de tesis	Miembros del Jurado
Número	1	2 (como formato mínimo)	3 (como formato mínimo)

Fuente: Evaluación propia.

Como se puede observar, cada “proyecto de tesis” y “tesis”, que puede ser presentado en formato de un solo investigador (a), como en forma colectiva (b), detalla que en forma mínima se registra al menos tres profesores que participan en el procedimiento administrativo del registro, evaluación, calificación y examen de grado.

Tres profesores que deberán evaluar no sólo el contenido de los documentos evaluados sino también deberían evaluar los aspectos administrativos mínimos en dicho proceso de evaluación, como es el registro de los “niveles de similitud” y los procedimientos de evaluación en función al perfil y especialización que ostentan.

El resultado de este proceso de verificación del número de profesores que participan en estos procesos de evaluación puede ser amplificado por un elevado número de “tesistas” que implicaría un resultado numérico inadmisibles en un ámbito académico de calidad.

Obsérvese esta evaluación:

- a) Total de tesis registrados hasta el 2022 desde el año de inicio de actividades que reporta 30 años: 84,276 tesis en pregrado y posgrado.
- b) Total de tesis divididas entre 30 años: 2809 tesis
- c) Total de tesis por año entre los doce meses académicos: 234
- d) Total de tesis por mes entre veinticuatro días útiles por mes, excluyendo días feriados y vacaciones: 9.

La evaluación cuantitativa de estas cifras reportadas en SUNEDU nos permite detallar que cada día hay nueve exámenes de grado, lo cual resulta un dato que puede ser explicado si se toma en cuenta procesos masificados de evaluación y de graduación con niveles de evaluación de calidad reducidos.

Referencia que también se reportan en las demás universidades a excepción de las universidades nacionales donde el nivel de registro y sustentación de tesis se debe evaluar en otro nivel porque

las principales condiciones negativas que se reportan en este ámbito es por la elevada exigencia que imponen los profesores-asesores.

Consecuentemente, esta evaluación permite apreciar un panorama que diferencia al “profesor” que cumple con los requisitos de contratación para el desempeño y dictado de cursos en la malla curricular. En forma paralela está la identificación del “profesor investigador” que registra otro perfil y sobre la cual no todas las universidades reportan índices significativos de calidad.

En el ámbito académico jurídico, esta referencia reporta:

- a) No todas las facultades de derecho, en todo el país, se registran profesores investigadores porque el reporte de profesores acreditados en el DINA de Renacyt no supera un total de sesentaisiete investigadores, según reglamento del 2021.

Imagen 1. Reporte de investigadores calificados como “abogados” (Renacyt, 2023)

Cód Renacyt	Tipo Documento	N° Documento	Investigador	Institución Laboral Principal - Fuente:CTIVITAE	Condición de Actividad a fecha 11/06/2023	Reglamento	Nivel	Emisión de Constancia	Vigencia	Ver calificaciones previas RENACYT 2018 (RP 215-2021-CONCYTEC-P)
-------------	----------------	--------------	--------------	---	---	------------	-------	-----------------------	----------	---

- b) El total de sesentaisiete abogados registrados en Renacyt como “profesores investigadores” permite formular estas cuestiones: ¿Cómo se registran las evaluaciones de proyectos de tesis y tesis?, ¿Qué méritos académicos reportan los profesores que evalúan y participan de los procesos de graduación de los tesisistas?, ¿Qué condiciones de evaluación o de registro de asesorías de tesis se reportan?, ¿Qué acciones ejecutan las universidades cuando se reporta una tesis con signos visibles de “plagio”?

Como se puede observar, el panorama resulta ser paradigmático y sobre estas referencias el formato de “meritocracia” en el ámbito académico es el que ha provocado que la misma SUNEDU solicite a las universidades que desarrollen mejores sistemas de evaluación de la producción de sus estudiantes que optan por ejecutar tesis y que se ha extendido al “plagio” o

“mala praxis académica” de libros para poder reportar su producción en el proceso de ingreso a los registros del Renacyt (SUNEDU, 2023)

Pese a las evidencias negativas, la Sunedu optó por trasladar la responsabilidad a las universidades generándose una auto limitación de competencias en una referencia de vital importancia para el establecimiento de un sistema de calidad académica que debería “dirigir”.

5. Propuestas para mejorar la carrera del abogado

Como se trata de evaluar el perfil del abogado en un sistema y mercado laboral competitivo, mucho más exigente que el ingreso a la carrera judicial o fiscal (Bermúdez-Tapia, 2009), es el que se determina en el ámbito del registro del Renacyt para cualquier profesor y que para abogados sólo reporta un total inferior a los setenta integrantes.

Setenta abogados de un total superior a los cien mil que en formato general reporta un ingreso promedio de 2,213 soles (La República, 2023) todo lo cual permite apreciar un panorama que no resulta admisible por el volumen de profesionales y con un reporte económico a primera vista, muy reducido.

Sin embargo, esta referencia tampoco es excluyente y permite apreciar el nulo trabajo que han ejecutado los Colegios de Abogados sobre esta disciplina en lo laboral, en lo económico y en lo social, con lo cual llegamos a una oportunidad de plantear algunas propuestas, desde nuestra perspectiva.

- a) En el ámbito del desarrollo de la actividad laboral como asesor, consultor, especialista en trámites judiciales y abogado de despachos de abogados.

La especialización puede ser un elemento representativo, pero en este contexto sólo el registro de estudios de posgrado en universidades de alto perfil, preferiblemente en el extranjero permitirán al abogado el acceso a mejores referencias laborales, sobre todo porque las relaciones sociales permitirán apreciar el nivel de inteligencia emocional que desarrollará en su red de contactos profesionales.

- b) En el ámbito de la docencia universitaria. (Cea Egaña, 1985), los abogados que opten por esta opción deberán acceder a plazas de *tiempo completo* y sobre esta base ejecutarán un proceso de especialización que les permita acceder a la categoría de profesor investigador para su registro en el Renacyt.

Sin embargo, esta opción es un proceso complejo porque implica el acceso a universidades que optan por contratar docentes que no tengan definidas sus líneas de desarrollo personal provocando que profesores ejecuten la docencia en áreas en las cuales no tienen un nivel de especialización o se desarrolle el dictado de “todo curso”, con el objetivo de cumplir las horas de docencia.

La opción de ser profesor a tiempo completo limita la opción de una especialización en una universidad de gran perfil porque en términos objetivos, la elevada exigencia

administrativa que imponen las universidades limita el desarrollo del profesor como “profesional en capacitación” de alto perfil.

- c) En el ámbito de la magistratura, se debe tener en cuenta que los estudios de alta especialización son referenciales pero también lo son el estudio de áreas que son exigibles en las evaluaciones de la Junta Nacional de Justicia, con lo cual esta opción debería ejecutarse sólo cuando el postulante ya registra elementos positivos en la hoja de vida que le permitan una postulación que se centre en la aprobación del examen que permita participar en las entrevistas, que son la última etapa del procedimiento de la Junta Nacional de Justicia.

Sin embargo, existen muchos más elementos que pueden ser representativos pero todos ellos se focalizan en la evaluación de un *perfil* que no ha sido delimitado por la Sunedu, Servir o la Junta Nacional de Justicia y los Colegios de Abogados del país tampoco han hecho una acción que revierta esta referencia.

CONCLUSIONES

En base a lo expuesto, como referencia preliminar y sujeta a un criterio temporal aplicable al primer semestre del año 2023, es posible detallar que la carrera del abogado representa un reto que económicamente y socialmente no genera un factor de referencialidad automático y pese a ello se le impone una serie de condiciones que procuran establecer como paradigma excluyente, el proceso meritocrático de validación de información personal, académico y profesional.

Sin embargo, este objetivo que debería ser mucho más objetivo ha permitido la masificación de la profesión, ha limitado el desarrollo personal, económico y laboral de muchos abogados y reporta un panorama donde surgen muchos cuestionamientos por las condiciones en las cuales se ejecutan los procesos de registro y evaluación del perfil profesional, permitiendo que muchos abogados *cambien* de puestos laborales sin generar una proyección de vida en una única institución o un único objetivo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alcázar, L., Balcázar, R. A., Puga, J., Paulini, J., Sime, L., & Murrugarra, E. (2001). *Oferta y demanda de formación docente en el Perú*. MECEP. Programa Especial Mejoramiento de la Calidad de la Educación Peruana.
- Alhuay-Quispe, J. & Bautista-Ynofuente, L. (2018). Cartas al editor de procedencia peruana en revistas médicas indexadas en la base de datos Scopus. *Educación Médica*, (19), 127-128. <https://doi.org/10.1016/j.edumed.2017.03.033>
- Alicia (2023) *Registro de búsquedas*. <https://alicia.concytec.gob.pe/vufind/>
- Auris Villegas, D., Saavedra Villar, P., Quispe Espinoza, E. V., & Paucar Yarihuaman, J. P. (2022). Una mirada a la educación Universitaria en el Perú: política, calidad y docencia. *Revista Latinoamericana Ogmios*, 2(5), 489–505. <https://doi.org/10.53595/rlo.v2.i5.049>
- Bermúdez-Tapia, M. (2004) Meritocracia judicial. *Derecho y Cambio Social*. 1(2),
- Bermúdez-Tapia, M. (2009 febrero) Los requisitos objetivos en el perfil del Magistrado (Carrera Judicial) *RAE, Revista de Análisis Especializado en Jurisprudencia*, (8), 93-103
- Bermúdez-Tapia, M. (2012 octubre) La línea de carrera profesional en el magistrado”. *Gestión Pública y Desarrollo*, (63), A6-A8.
- Bermúdez-Tapia, M. (2014 septiembre) Pautas referenciales para la mejora de la redacción de resoluciones en los procesos judiciales en la especialidad de Derecho de Familia. *Actualidad Civil*, (3), 328-334.
- Bermúdez-Tapia, M. (2018 julio) Predicando con el ejemplo: el perfil del Consejero del CNM. *Administración Pública y Control*, (55), 76-80.
- Botelho Junqueira, E. (2002). Los abogados populares: en busca de una identidad. *El otro derecho*, 26, 193-227.
- Castillo Córdova, L. (2007). El proceso de selección de magistrados en el Perú. Cuando el Tribunal constitucional pretende legislar. *Diálogo con la jurisprudencia*, 12(100), 27-38.
- Cea Egaña, J. L. (1985). El abogado y la actividad académica. *Revista Chilena de Derecho*, 537-541.
- Coila Torres, A. C. (2017). Demanda laboral de abogados por la administración pública peruana. *Revista Científica Investigación Andina*, 16(2), 178-190.
- Cristóbal Tembladera, C. M. & García, H. (2013). La indagación científica para la enseñanza de las ciencias. *Horizonte de la Ciencia*, 3(5), 99-104.
- Cuenca, R., & Reátegui, L. (2016). La (incumplida) promesa universitaria en el Perú. IEP

- Gómez Méndez, J. (2020). Denegatoria de licencia institucional por SUNEDU y cierre de universidades peruanas. *Revista la Junta*, 3(1), 56-63.
- González Mantilla, G. (2015). Abogados y globalización en el Perú (1990-2014). *Parlamento y Constitución. Anuario*, (17), 67-119.
- Guerra-García, R. (2003). La formación profesional, estudios de posgrado e investigación, en García Zarate, O. (Comp.) *Hacia una nueva universidad en el Perú*. UNMSM. Fondo Editorial,
- La República (2023 a, 29 de marzo) *Sunedu: ¿Qué universidades tienen más tesis publicadas y qué institución de provincia está en el top 3?* <https://larepublica.pe/datos-lr/respuestas/2023/03/23/que-universidades-tienen-mas-tesis-publicadas-en-el-peru-segun-sunedu-renati-trabajos-de-investigacion-pucp-san-marcos-ucv-atmp-1686590>
- La República (2023 b, 11 de junio) *¿Quieres estudiar derecho? Este es el sueldo promedio de un abogado en el Perú*. <https://larepublica.pe/datos-lr/respuestas/2022/08/11/cuanto-gana-un-abogado-en-el-peru-en-promedio-derecho-salario-estado-peruano-atmp>
- Neves Mujica, J., Sotelo Castañeda, E., Priori Posada, G., Rivera Silva, M., & Gamboa Lozada, L. (2006). ¿Qué significa ser abogado en el Perú?: diferentes percepciones sobre una misma profesión. *IUS ET VERITAS*, 16(32), 303-313. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12396>
- Pásara, L. (2019). *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*. Fondo Editorial de la PUCP.
- Perú 21 (2022, 29 de octubre) *Docente de la UTP es retirada por denigrar a sus estudiantes: "Tengo más apellido que todos"*. <https://peru21.pe/peru/docente-de-la-utp-es-despedida-por-denigrar-a-sus-estudiantes-tengo-mas-apellido-que-todos-utp-demy-thais-diez-canseco-perez-estudiantes-docente-campus-chiclayo-noticia/>
- Pezo Jiménez, O., Alca Gómez, A., & Mamani Huamán, M. S. (2022). La formación académica de los jueces supremos del Perú en 2022. *Revista Pedagogía Universitaria Y Didáctica Del Derecho*, 9(2), 223–238. <https://doi.org/10.5354/0719-5885.2022.67769>
- Renacyt (2023) *Búsqueda de investigadores Renacyt*. <https://servicio-renacyt.concytec.gob.pe/busqueda-de-investigadores/>
- Renati (2023) *Repositorio digital*. <http://renati.sunedu.gob.pe>
- Ruíz-González, C., & Briceño-Cotrino, O. (2020). Realidad y perspectiva de la Educación Superior en el Perú. *Revista ciencia y tecnología*, 16(4), 97-108.
- Santana Ramos, E. M. (2018). El rol del abogado ante la ética y el ejercicio profesional. *Revista de la Facultad de Derecho*, (44), 143-176.
-

- Scimago Journal & Country Rank (2023) *Journals in 2022*.
https://www.scimagojr.com/journalrank.php?category=3308&country=Latin%20America&type=j&page=2&total_size=62
- Sevillano, S. (2017). El sistema de acreditación universitaria en el Perú: marco legal y experiencias recientes. *Revista De Educación Y Derecho*, (15).
<https://doi.org/10.1344/re&d.v0i15.18400>
- Sierra-Zamora, P. A., & Bermúdez Tapia, M. (2021). La Incidencia Del Narcotráfico En Las Altas Esferas Del Gobierno Peruano. *Novum Jus*, 15(2), 259-293.
<https://doi.org/10.14718/10.14718/NovumJus.2021.15.2.10>
- Sunedu (2023) *Comunicado de prensa: sobre autenticidad de tesis elaboradas para optar agradados académicos y títulos profesionales*.
- Timal López, S., & Sánchez Espinoza, F. (2017). El plagio en el contexto del derecho de autor. *Tla-melaua*, 11(42), 48-66.
- Tribunal Constitucional (2010, 15 de junio) *Sentencia N.º 0017-2008-AI/TC. Caso “filiales de las universidades”*. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00017-2008-AI.html>
- Útero (2018, 10 de julio) *Memorex: para ser fiscal, el CNM te pregunta cómo se hace un ceviche de pato*. <http://utero.pe/2018/07/10/memorex-para-ser-fiscal-el-cnm-te-pregunta-como-se-hace-un-ceviche-de-pato-video/>
- Valdivia-Reynoso, J. P., & Tejada-Pacheco, N. (2020). Del modelo de educación jurídica del siglo XIX en el Perú a un nuevo paradigma de innovación jurídica pedagógica y didáctica para el siglo XXI. *Veritas*, 21(1), 45-51.
- Vera, H. (2016). Introducción. El plagio nuestro de todos los días. *Perfiles educativos*, 38(154), 2-5.



ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LAMBAYEQUE

Consejo Directivo 2023-2024



CHORNANCAP
REVISTA JURÍDICA
ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LAMBAYEQUE

Auspiciado por:



UNIVERSIDAD NACIONAL
PEDRO RUIZ GALLO

