

REVISTA
QUAESTIO IURIS
N° 4

UNIVERSIDAD

NACIONAL

DE

CAJAMARCA



Universidad Nacional
de Cajamarca



Facultad de Derecho
y Ciencias Políticas

REVISTA
**QUAESTIO
IURIS**

AÑO IV - Nº 4 - 2017

Director:

Jorge Luis Salazar Soplapuco

Comité Editorial:

Cyntia Rudas Murga

Julio Villanueva Pastor

Luis Ángel Rojas Torres

GRIJLEY

© 2017, **Revista QUAESTIO IURIS • N° 4**
© 2017, **Universidad Nacional de Cajamarca**
© 2017, **Facultad de Derecho y Ciencias Políticas**
Av. Atahualpa N° 1050 - Ciudad Universitaria - Cajamarca
Edificio 4f-102
Telefax: 076 -369293
Correo electrónico: jorgeluisalazar@hotmail.com
© 2017, **Editora Grijley EIRL**

Diseño y diagramación e impresión:

Editora Grijley EIRL

Dirección: Jr. Azángaro 1075 - Of. 207 -
Lima **T:** (51-1) 337-5252 www.grijley.com

**Hecho el Depósito Legal en la
Biblioteca Nacional del Perú
Registro N° 2016-12693**

Tiraje 1,000 ejemplares

Cajamarca - Perú



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

Dr. Angelmiro Montoya Mestanza

Rector

Dr. Ángel Dávila Rojas

Vicerrector Académico

Dr. Juan Chávez Rabanal

Vicerrector de Investigación y Responsabilidad Social

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

Dr. Jorge Luis Salazar Soplapuco

Decano

Mg. Julio Alejandro Villanueva Pastor

Director de la Escuela Académico Profesional de Derecho

Mg. José Pedro Cerdán Urbina

Director del Departamento Académico

Mg. Sandra Verónica Manrique Urteaga

Directora de Unidad de Posgrado Derecho

Mg. Cyntia Raquel Rudas Murga

Directora del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Políticas

Abg. Juan Carlos Miranda Rodríguez

Secretario Académico

DOCENTES PRINCIPALES

Castillo Román, José	Salazar Soplapuco, Jorge Luis
Cerdán Urbina, Pedro	Villanueva Pastor, Julio
Nacarino Carrión, Julio	Alejandro

DOCENTES ASOCIADOS

Castillo Montoya, Nixon	Nue Sessarego, Ivy
Grández Odiaga, José	Tantaleán Odar, Reynaldo
Manrique Urteaga, Sandra	Vásquez Chuquilín,
Miranda Rodríguez, Juan Carlos	Mirtha

DOCENTES AUXILIARES

Araujo Vera, José Álvarez Alvarado, Segundo Absalón

DOCENTES CONTRATADOS

Bravo Chavarry, Erick	Rojas Montoya, Nakin
Bardales Briones, Babani	Rudas Murga, Cinthya
Castañeda Sánchez, Magaly	Rubio Barboza, Eduar
Chávez Rosero, Fernando	Ruiz Bazán, Edgar
Díaz Sánchez, Juan Carlos	Tello Villanueva, Juan Carlos
Dávila Elguera, Dael	Terán Bazán, Teresa
Gutiérrez Roque, Walter	Torres Rojas, Luis Ángel
Gallardo Bardales, David	Sarmiento Chávez, Wilhelm
Lobatón Carbajal, André	Salazar Chávez, Homero
Medina, María Anita	Valdivia Díaz, Franklin
Mejia Saucedo, Crhistian	Ventura Chilón, Víctor
Pimentel Tello, María	Vélez Aliaga, Andy
Quispe Sánchez, Neptali	

PERSONAL ADMINISTRATIVO

Melgar Alva, Maruja	Isabel Arias Silva
Secretaria de Facultad	Secretaria de Notas y Registros

Carmela Ramírez Herrera
Secretaria de Escuela Académica Profesional

SERVICIOS DE BIBLIOTECA

Lic. Kathya Mantilla Moreno

PERSONAL DE MANTENIMIENTO

Moya Linares, Julio

Índice

Presentación	13
Editorial	15

Derecho Constitucional y Derechos Humanos

La Universidad en Cajamarca y su involucramiento con la Justicia Intercultural “Una forma de garantizar el derecho a la identidad étnica y cultural” The university in Cajamarca and its involvement with intercultural justice “A way to guarantee the right to ethnic and cultural identity” HENRY ALCÁNTARA SALAZAR	19
Derechos Humanos y el impacto de las actividades extractivas sobre los derechos a partir de los marcos normativos	

Human rights and removed the impact of removed activities against human rights considering the legal framework
MIRTHA VÁSQUEZ CHUQUILÍN 31

La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano
Independence in the exercise of the jurisdictional function since the jurisprudence of the peruvian constitutional court
TERESA YSABEL TERÁN RAMÍREZ 45

Revista Quaestio Iuris

La promoción de derechos humanos y sociales en el marco del régimen constitucional económico
The promotion of human and social rights in the framework of the economic constitutional regime
DÁEL CARLOS DÁVILA ELGUERA 57

Modelo constitucional tributario y derechos sociales
Tax constitutional model and social rights
JORGE LUIS SALAZAR SOPLAPUCO 69

Estrategias económico-legales para promover el uso sostenible del servicio público de bibliotecas en la Municipalidad Provincial de Cajamarca
Economic-legal strategies to promote the sustainable use of the library public service in the Cajamarca Provincial Municipality
LUIS ÁNGEL ROJAS TORRES 91

Derecho Civil y Laboral

Responsabilidad civil a causa del despido arbitrario en la relación laboral
Civil liability as a result of arbitrary disposal in the labor relationship
EDGAR RUIZ BAZÁN 105

El reexamen previo del recurso de apelación por el órgano

colegiado superior.

Previous review of appeal by the higher school body

NIXON JAVIER CASTILLO MONTOYA	119
-------------------------------------	-----

Derecho Procesal

Fundamentos jurídicos que dotan de eficacia a la rebeldía automática
sobrevvenida de la comparecencia del representante del demandado
sin poderes para conciliar

Legal bases that give efficiency to the automatic rebeldy overcoming the
comparison of the representative of the demanded without powers to conciliat

ANDY JONATHAN VÉLEZ ALIAGA	129
----------------------------------	-----

Índice

Derecho Penal

La eficacia del ne bis in ídem ante la concurrencia de un proceso penal
y un procedimiento administrativo sancionador

*Reglas Procesales que permitan su eficaz aplicación en nuestro
sistema procesal sancionatorio*

The effectiveness of the ne bis indeme to the concurrence of a criminal
process and an administrative punishment procedure

Procedural Rules that allow its effective application in our system of penalties

NAKIN CRISTIAN ROJAS MONTOYA	147
------------------------------------	-----

Reseña Jurídica

Unión civil vs. matrimonio civil

Civil unión vs. civil marriage

JULIO ALEJANDRO VILLANUEVA PASTOR	171
---	-----

Guía de autores por orden alfabético	175
---	------------



Presentación

Gestión rectoral, cumple su promesa

En abril 2016 asumimos el Rectorado de la Universidad Nacional de Cajamarca, Perú, con un equipo de académicos en el Vicerrectorado Académico y en el de Investigación y Responsabilidad Social. Y lo hicimos como resultado de las elecciones universales, trazando un camino en la gestión universitaria: trabajar incansablemente por el licenciamiento y acreditación de la Universidad Nacional de Cajamarca.

Esta estrategia supone unir esfuerzos de los estamentos universitarios: docentes, estudiantes y trabajadores administrativos para mejorar permanentemente la calidad en la formación académica y profesional de las carreras profesionales, organizar y promover la investigación formativa, tecnológica y científica en todas las Facultades y promover la responsabilidad social universitaria.

Pues bien, nuestra gestión está trabajando para lograr sentar las bases para este licenciamiento y acreditación. Justamente el apoyar a las investigaciones y la publicación de sus resultados, es una decisión prioritaria nuestra.

En esta oportunidad, el Rectorado nuevamente apoya decididamente la publicación de la Revista Quaestio Iuris N°4, esfuerzo editorial de las autoridades, docentes y estudiantes de nuestra prestigiosa Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

En ese sentido, el Rectorado de la UNC expresa la felicitación y reconocimiento por la edición, publicación y difusión de la presente Revista órgano oficial de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, convirtiéndose en un baluarte de la investigación y opinión académica de nuestra Universidad.

Cajamarca, Perú, enero de 2017

Dr. ANGELMIRO MONTOYA MESTANZA

RECTOR

Universidad Nacional Cajamarca



Editorial

La Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, presenta a la comunidad universitaria de Cajamarca y el país, su Revista Oficial *Quaestio Iuris* N° 04. Revista publicada, esta vez, íntegramente con los aportes de sus profesores.

Este nuevo número de *Quaestio Iuris* supone un esfuerzo de investigación y editorial enmarcado dentro del proceso institucional de licenciamiento y acreditación en que está inmersa la UNC.

La presente publicación contiene importantísimos ensayos sobre temas constitucionales, tales como la formación pluricultural, Constitución y derechos sociales, temas sobre los derechos al medio ambiente. Así mismo tenemos artículos sobre cuestiones civiles y laborales, temas sobre el derecho tributario y los derechos sociales, sobre cuestiones procesales, penales y reseñas jurídicas.

Queremos agradecer el esfuerzo investigativo del equipo docente que hoy publica en nuestra Revista, esfuerzo que reafirma su compromiso con la institución y sus propósitos de mejoramiento de la calidad en la formación profesional. Mi especial reconocimiento y agradecimiento a la Abg. Mg. Cyntia Murga Rudas, Directora del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Políticas de nuestra Facultad, por su esfuerzo de revisión, corrección y selección del material que se publica.

También quiero expresar nuestro agradecimiento al Dr. Angelmiro

Editorial

Montoya Mestanza, Rector de nuestra casa de estudios, por haber apoyado decididamente la publicación y difusión de la esta nueva revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

Cajamarca, Perú, enero de 2017

Dr. Jorge Luis Salazar Soplapuco

Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.



Derecho Constitucional y Derechos Humanos





La Universidad en Cajamarca y su involucramiento con la Justicia Intercultural

“Una forma de garantizar el derecho a la identidad étnica y cultural”

The university in cajamarca and its involvement with intercultural justice

“A way to guarantee the right to ethnic and cultural identity”

HENRY ALCÁNTARA SALAZAR ()

Henry Alcántara Salazar (*)

SUMARIO: I. Introducción, II. El pluralismo jurídico presente en Cajamarca, III. Puntos a tomar en cuenta, IV. ¿Porque la universidad en Cajamarca debe involucrarse con los temas sobre justicia intercultural? V. Conclusiones.

Resumen: El presente ensayo muestra la importancia de la formación académica de los abogados e incorporación en sus currículos cursos relacionados a la justicia intercultural, promoviéndose el estudio y re-

(*) Abogado por la Universidad Nacional de Cajamarca. Maestro en Ciencias en la mención de Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad Nacional de Cajamarca. Comisionado de la Defensoría del Pueblo de Cajamarca. Dirección: Oficina Defensorial de Cajamarca, Perú. E-mail: hesalsa@hotmail.com.



flexión de la diversidad cultural del Perú con el fin de impulsar la comprensión intercultural en nuestra sociedad.

Se trasciende la importancia de la universidad como comunidad académica orientada a la investigación y a la docencia, que brinda una formación humanista, científica y tecnológica con una clara conciencia de nuestro país como realidad multicultural, tal como lo estipula el Artículo 3° de la ley N° 30220, Ley Universitaria, pues al estar al margen se estaría desconociendo lo que estipula el artículo 2° inc. 19 de nuestra Constitución Política del Perú.

Palabras clave: Universidad, Cajamarca, Justicia Intercultural.

Abstract: *The present essay shows the importance of the academic training of lawyers and the incorporation in their curricula courses related to intercultural justice, promoting the study and reflection of the cultural diversity of Peru in order to promote intercultural understanding in our society.*

It transcends the importance of the university as an academic community oriented to research and teaching, which provides a humanistic, scientific and technological training with a clear awareness of our country as a multicultural reality, as stipulated in Article 3 of Law No. 30220 - University Law, because being at the margin would be ignoring what stipulated in article 2 ° inc. 19 of our Political Constitution of Peru.

Keywords: *University, Cajamarca, Intercultural Justice.*

I. Introducción

Para un estudiante de Derecho que está iniciando su carrera, quizás los términos: conflicto, leyes, juicio, audiencia, notificación, detención, acta de conciliación etc., lo relaciona e identifica con Poder Judicial, Ministerio Público, Policía Nacional. Códigos, etc.; a pesar incluso de saber que habitamos en un territorio con diversidad cultural y organizacional; y quizás a muchos de nosotros que hemos tenido la suerte de estudiar la carrea de Derecho nos ha pasado, pues pensamos que al Derecho hay que verlo desde un punto de vista cerrado, positivista, que no puedo ir más allá de lo que está plasmado o escrito; y si ello fuera así,

estaríamos desconociendo a las autoridades locales o comunales como son Rondas Campesinas, Comunidades Campesinas y Nativas e incluso a los jueces de paz, que también resuelven conflictos, realizan actas, desarrollan asambleas y sancionan, esto último definitivamente dentro del respecto de los derechos humanos.

Si realizaríamos ello, también podríamos ir tal como lo dice Redfield (1967) citado por Patricia Urteaga (2009, p. 25-26) en el artículo sobre el Derecho Primitivo: que “el camino de la derecha reconoce que el derecho existe solo donde hay cortes y códigos apoyados por un estado completamente organizado políticamente (...) y el camino de la izquierda no identifica el derecho con las cortes y los códigos”. Los estudiantes de Derecho e incluso los mismos abogados y operadores jurídicos ordinarios, debemos seguir el ejemplo de Oliver Wendel Holmes citado por José Mejía Valera (2009, p. 62) juez en los Estados Unidos de Norte América, que manifiesta que la explicación del Derecho debe encontrarse fuera de él, en su entorno social, concepción que lo llevó a dedicarse a la Sociología. Frente a ello, quizás nos preguntemos, ¿qué hacer al respecto? ¿Qué se lograría con ello?

Lo que se podría hacer es abordar en la etapa de formación académica de los futuros jueces, fiscales, abogados litigantes, y es allí donde deberían entrar a tallar las Facultades de Derecho y Ciencias Políticas de las universidades públicas y privadas, implementado en sus currículos académicos cursos relacionados a la justicia intercultural. Este punto puede tomar fuerza con lo establecido en la quinta recomendación de la Declaración de Cajamarca, documento al que se arribó en el Segundo Congreso Internacional sobre Justicia Intercultural en Comunidades Andinas y Rondas Campesinas, desarrollado en diciembre del 2010, en el que recomienda a las autoridades educativas de todos los niveles de educación la creación de cursos que promuevan el estudio y la reflexión de la diversidad cultural del Perú con el fin de impulsar la comprensión intercultural en nuestra sociedad.

Así mismo, en la declaración de Lima del V Congreso Internacional sobre Justicia Intercultural, desarrollado en diciembre del 2012, se invoca

a las Facultades de Derecho de las universidades públicas y privadas y a los colegios de abogados a fomentar el estudio, la reflexión y la investigación sobre justicia intercultural.

Y lo que se lograría con todo ello, es que no se presente lo que nos dice Armando Guevara Gil citado por Derecho & Sociedad Año II No. VXI (2001, p. 325) en que unas de las consecuencias por lo que pluralidad legal en nuestro país sea un tema muy mal tratado, es debido al marcado positivismo jurídico imperante en las Facultades de Derecho y en los operadores legales.

Definitivamente la universidad, como comunidad académica orientada a la investigación y a la docencia, que brinda una formación humanista, científica y tecnológica con una clara conciencia de nuestro país como realidad multicultural, tal como lo estipula el Artículo 3° de la ley N° 30220 - Ley Universitaria, y siendo uno de sus fines, el de afirmar y transmitir las diversas identidades culturales del país, tal como lo regula el en Artículo 6° , no debería estar al margen de las distintas manifestaciones culturales que se presenta producto de nuestra diversidad cultural, pues al estar al margen se estaría desconociendo lo que estipula el artículo 2° inc. 19 de nuestra Constitución Política del Perú.

II. El pluralismo jurídico presente en Cajamarca

Para un abogado, así como para un operador de justicia ordinario formado durante varios años en el mundo del derecho positivo y con cursos como el derecho romano o el derecho anglosajón, quizás en la actualidad escuchar los términos derecho consuetudinario o derecho *folk*, pluralismo jurídico, interculturalidad, sistema de justicia local entre otros términos, suelen ser extraños o desconocido, y ello por lo que siempre se nos ha hecho entender que al derecho como grupo de normas escritas en códigos y que se aplican en determinadas jurisdicciones donde existen cortes ante un conflicto que se ha suscitado, y ello se puede notar aun cuando hasta la fecha operadores jurídicos ordinarios o formales como lo denominan algunos, a los miembros de las rondas campesinas son

llevados ante la policía, ante un fiscal o ante un juez, y son denunciados por usurpación de funciones, o por secuestro o por lesiones.

Estos procesos que se les siguen aún a veces pasa por encerrarlos en la prisión, coronando de esa forma, una suerte de justicia oscurantista ultra-positivista, que persigue a las autoridades ronderas convirtiéndolos en los herejes y rebeldes de hoy, por que insisten en no sujetarse a los cánones del positivismo jurídico, profanando y blasfemando de esa forma, lo establecido en códigos y leyes.

Pero este tema cuestionado y no aceptado por gran parte de los operadores de justicia ordinaria, aún sigue presente, el cual en muchas ocasiones conlleva incluso a conflictos, y para que ello pueda ser superado, ya sea a corto mediano o largo plazo, quizás uno de los pasos a seguir, es plantear o proponer algunas acciones, las misma que podrían abarcar desde una mirada institucional, pasando por la parte legal y llegando a la parte organizacional.

III. Puntos a tomar en cuenta

1.1. Reconocimiento constitucional y legal de la Justicia Comunal

a) A nivel Nacional

Definitivamente la Constitución Política de 1993 fue la que marcó un hito importante en el proceso de reconocimiento de la Justicia Comunal, pues será el artículo 149° el que clarifica la constitucionalidad de la Justicia Comunal el cual establece que las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas con el apoyo de las Rondas Campesinas pueden ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales dela persona.

El Código Procesal Penal, en su artículo 18° inciso 3, establece que la justicia penal ordinaria no es competente para conocer de los hechos punibles conforme a la justicia comunal.

El Decreto Supremo N° 017-2005- JUS, referente al Plan Nacional de Derechos Humanos, estipula en uno de sus objetivos, garantizar el reconocimiento de las jurisdicciones especiales indígenas, desarrollando una norma que establezca la coordinación de la jurisdicción especial con el Poder Judicial.

b) A nivel Internacional.

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. En sus artículos artículo 8° y 9°, reconoce las costumbres, el derecho consuetudinario y los métodos utilizados por cada pueblo para la sanción de los delitos cometidos por sus miembros.

La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en el artículo 11°, establece que los pueblos indígenas tienen derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales, y artículo 12°. Los pueblos indígenas tienen derecho a manifestar, practicar, desarrollar y enseñar sus tradiciones, costumbres y ceremonias espirituales y religiosas; a mantener y proteger sus lugares religiosos y culturales y a acceder a ellos privadamente; a utilizar y controlar sus objetos de culto, y a obtener la repatriación de sus restos humanos.

1.2. Reconocimiento legal de las Rondas Campesinas

La Ley N° 27908, Ley de Rondas Campesinas, reconoce personalidad jurídica a las Rondas Campesinas, como forma autónoma y democrática de organización comunal, de apoyo a las funciones jurisdiccionales de las comunidades Campesinas y Nativas.

Establece que las Rondas Campesinas colaboran en la solución de conflictos, y realizan funciones de conciliadores extrajudiciales, así como funciones relativas a la seguridad y a la paz comunal dentro de su ámbito territorial.

1.3. El Tribunal Constitucional y la Justicia Comunal

Nuestro Tribunal Constitucional también se ha pronunciado respecto a la justicia comunal, con el cual se puede confirmar su reconocimiento, y ello lo podemos identificar en las siguientes sentencias:

Sentencia N° 6167-2005-PHC/TC, en la cual en su fundamento siete establece:

Sin embargo, el artículo 139°, inciso 1 de nuestro ordenamiento constitucional consagra la naturaleza excepcional de la jurisdicción arbitral, lo que determina que, en el actual contexto, el justiciable tenga la facultad de recurrir ante el órgano jurisdiccional del Estado para demandar justicia, pero también ante una jurisdicción privada. Al respecto, el reconocimiento constitucional de fueros especiales, a saber, militar y arbitral (inciso 1 del artículo 139°); constitucional (artículo 202°) y de Comunidades Campesinas y Nativas (artículo 149°), no vulnera el principio de igualdad ante la ley, previsto en el inciso 2 del artículo 2° de la Constitución; siempre que dichas jurisdicciones aseguren al justiciable todas las garantías vinculadas al debido proceso y a la tutela judicial efectiva.

Sentencia N.º 0042-2004-AI/TC, en la misma que en el punto A) que involucra los fundamentos 1 al 5, desarrolla lo referente al Estado social y democrático de Derecho, la Constitución cultural y los derechos culturales, el mismo que reafirma que el hecho que la Constitución de 1993 reconozca el derecho fundamental de las personas a su identidad étnica y cultural, así como la pluralidad de las mismas, supone que el Estado social y democrático de Derecho está en la obligación de respetar, reafirmar y promover aquellas costumbres y manifestaciones culturales que forman parte de esa diversidad y pluralismo cultural, pero siempre que ellas se realicen dentro del marco de respeto a los derechos fundamentales, los principios constitucionales y los valores superiores que la Constitución incorpora, tales como la dignidad de la persona humana (artículo 1 de la Constitución), la forma democrática de Gobierno (artículo 43) y la economía social de mercado (artículo 58).

Sentencia N° 03343-2007-PA/TC, que en su fundamento 29 expresa que sobre:

el derecho a la identidad étnica, es pertinente precisar que de acuerdo a lo expresado por este Tribunal Constitucional, el derecho a la identidad étnica es una especie del derecho a la identidad cultural (sentencia del Expediente 0006-2008-PI/TC, fundamento 21). Aquel consiste en la facultad que tiene la persona que pertenece a un grupo étnico determinado de ser respetada en las costumbres y tradiciones propias de la etnia a la cual pertenece, evitándose con ello que desaparezca la singularidad de tal grupo. Esto es, el derecho de la etnia a existir, de conformidad con la herencia de los valores de sus ancestros y bajo símbolos e instituciones que diferencian a tal comunidad de las demás. Asimismo, el reconocimiento de tal derecho “supone que el Estado social y democrático de Derecho está en la obligación de respetar, reafirmar y promover aquellas costumbres y manifestaciones culturales que forman parte de esa diversidad y pluralismo cultural [...]” (Häberle, 2000, p. 34).

3. El Poder Judicial y la Justicia Comunal

Si bien es cierto el Poder Judicial en los últimos años se ha involucrado en los temas de justicia intercultural de una manera amplia el mismo que lo llevaron a la implementación de espacios de justicia intercultural en cada Corte Superior de Justicia del País, la promulgación de la hoja de ruta sobre justicia intercultural, el desarrollo congresos internacionales y la implementación de protocolos de actuación y coordinación, también se ha pronunciado a nivel jurisprudencial respecto al reconocimiento de la justicia comunal, teniendo entre ellos:

- Expediente N° 975-04, Recurso de Nulidad, respecto a las Rondas Campesinas de Pueblo Libre
- Acuerdo Plenario N° 01-2009/CJ-116, del Poder Judicial, denominada Derecho Penal y Rondas Campesinas, en el cual

reconoce la función jurisdiccional de las rondas campesinas como operador de justicia comunal.

- Acuerdo Plenario N° 1-2015/CIJ-116 respecto a la aplicación judicial del artículo 15° del Código Penal y los procesos interculturales por delitos de violación de niñas y adolescentes.

4. El Acuerdo Nacional y la Justicia Comunal

La 28° Política de Estado estipulada en el Acuerdo Nacional (Políticas de Estado del Acuerdo Nacional, 2014) garantiza el acceso universal a la justicia, la promoción de la justicia de paz y la autonomía, independencia y el presupuesto del Poder Judicial *así como regular la complementariedad entre éste y la justicia comunal* (lo resaltado es nuestro).

Asimismo, adopta políticas que garanticen el goce y la vigencia de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales sobre la materia.

5. La Comisión Especial de Reforma Integral de la Administración de Justicia (CERIAJUS) y la Justicia Comunal

La Sub-Área 6: sobre Justicia de Paz y Justicia Comunal, estipulada en el Plan Nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia Lima, 23 de Abril del 2004, en la que reconoce la presencia e importancia de las rondas campesinas y de la Justicia Comunal.

IV. ¿Por qué la universidad en Cajamarca debe involucrarse con los temas sobre justicia intercultural?

Con todo lo descrito en los puntos anteriores podemos ver que la universidad en Cajamarca así como en nuestro país ya sea pública y privada no debe estar aparte ni alejada de los temas que involucra la justicia intercultural y por los siguientes motivos:

- a) Cajamarca es una jurisdicción donde se vislumbra la diversidad cultural y dentro de ella sus manifestaciones que se desprenden de sus costumbre, las mismas que van desde cómo vestirse, organizarse, curarse, cocinar e incluso hasta de resolver conflictos, con el cual podemos presenciar claramente una diversidad cultural.
- b) En Cajamarca encontramos la presencia de operadores comunales tales como comunidades campesinas, comunidades nativas, rondas campesinas, tenientes gobernadores, jueces de paz y defensorías comunitarias, los mismo que través de sus normas comunales que son aceptadas, reconocidas y practicadas administran justicia para así puedan estar en un orden social y paz social.
- c) En Cajamarca, se da la articulación entre los operadores de la justicia ordinaria, de la justicia de paz, de la jurisdicción comunal respecto del acceso a la justicia en un entorno básico o local, con el único propósito de resolver conflictos y conseguir una sana y armoniosa convivencia, los cuales no siempre se desarrollan en forma armoniosa o pacífica.
- d) En Cajamarca se dio el surgimiento de las Rondas Campesinas, la misma que fue a finales de los años 70 y que ahora se ha extendido en otros departamentos de nuestro país como San Martín, Piura y La Libertad.
- e) La implementación de acciones y políticas por parte del Poder Judicial y el Ministerio Público en temas sobre Interculturalidad.

V. Conclusiones

Las manifestaciones culturales muchas veces cuando no se las conoce y por ello no son aceptadas, conlleva a surgimiento de conflictos ya sean personales o muchas veces estructurales. Por ello que la universidad está en la obligación de impartir estos temas en la etapa de formación.

El reconocer a la justicia comunal es garantizar el derecho a la identidad étnica y cultural.

La mención y aceptación a una organización propia o costumbres de la zona va a generar convencimiento a los futuros operadores ordinarios fiscales y jueces para que decidan de una forma adecuada.

En la etapa de formación de los futuros abogados se deben tocar los temas que engloban la interculturalidad, ello significa que en las universidades sobre todo en las Facultades de Derecho y Ciencias Políticas, se debe incluir dentro de sus planes curriculares.

El modelo pluralista presente en Cajamarca y nuestro país no pueden darse solamente a nivel del ordenamiento legal sino también reconociendo las dinámicas de cada localidad, así como sus realidades diversas.

Referencias

- gueVArA gil, A. (2001) .“Las causas estructurales de la pluralidad legal en el Perú”. En: Derecho & Sociedad Año II No. VXi Revista editada por estudiantes de la Pontificia Universidad Católica del Perú. http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ_art6.PDF (Consultada el 01 De Julio De 2016)
- MeJÍA VAlerA, J. (2009). Sociología del Derecho: Teoría Social del Derecho. Lima, Perú
- Políticas de Estado del Acuerdo Nacional. (2014). Recuperada de <http://acuerdonacional.pe/políticas-de-estado-del-acuerdo-nacional/>
- urteAgA CroVetto, P. (2009). Re-imaginando el derecho: visiones desde la antropología y otras ciencias sociales (1950-2000). Lima, Perú: Projur.
- Häberle, Peter, (2000) Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura: Tecnos, Madrid.

Derechos Humanos y el impacto de las actividades extractivas sobre los derechos a partir de los marcos normativos

Human rights and the impact of removed activities against human rights considering the legal framework

MIRTHA VÁSQUEZ CHUQUILÍN ()

MirthA Vásquez CHUquilín (*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Análisis de marcos legales. III. Discusión. IV. Conclusiones.

Resumen: Este trabajo propone el debate sobre el impacto de las actividades extractivas sobre los derechos humanos, a partir del marco normativo que las promueve, regular y garantiza, y que en contrasentido desprotege derechos fundamentales de las poblaciones de los territorios donde se desarrollan las mismas. En este artículo no solo nos aproximamos a la problemática concreta que se produce producto de las promoción y desarrollo del modelo extractivo desde los Estados,



(*) Abogada, Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca. Master en Derecho Ambiental por la UNIA- España. Magister en Gerencia Social por la PUCP; Diplomada en Gobernabilidad y Gerencia Política de la Universidad George Washington; Diplomada en Derechos Humanos por la PUCP.

sino a analizar la tendencia del tratamiento y regulación de dichos impactos a través de normas y estándares internacionales que están en el marco de la autoregulación.

Palabras clave: Actividades extractivas; derechos humanos; marcos normativos; impactos; tendencias

Summary: This academic work proposes a debate about the impact of the removed activities about human rights, since that the legal framework which fosters, regulates and guarantees and on the other hand it does not protect basic human rights of the communities where these activities are developed. In this article not only the problem of about removed activities as a final product of the promoted activities and development of the removed model from the communities will be debated. There will be an analysis of the tendency about the treatment and adjustments of the impacts through the regulations and international standards in the framework of the self-regulation.

Keywords: removed activities; human rights; legal framework; Impacts; tendencies.

I. Introducción

Perú es uno de los países de América Latina en donde más se ha afianzado el modelo económico liberal, basado en el extractivismo. Minería, petróleo, gas, producción de energía, han sido las actividades fundamentales sobre las cuales ha girado el crecimiento de nuestra economía. Ello ha profundizado el patrón primario- exportador con venta de materia prima sin ningún valor agregado.

Para promover mayor inversión privada, desde los años 90, se han ido generando progresivamente una serie de marcos normativos que benefician a los grandes grupos empresariales, la mayoría transnacionales, a quienes se ofrece vía leyes como el D. Leg 757 o la Ley 302030 un régimen de incentivos tributarios, deducciones fiscales, exoneraciones administrativas, garantizando una elevada rentabilidad con un exiguo retorno para el Estado.

Pero además, los Tratados de libre comercio suponen mayores beneficios y un régimen privilegiado para este sector.



Pero este modelo ha sido motivo de permanente conflictividad en las áreas rurales donde se asientan los mega proyectos debido a los impactos que van generando tanto a nivel ambiental, social, cultural y también económico, los cuales colocan en tensión los derechos fundamentales.

La ausencia de una política efectiva para conciliar los intereses económicos y el respeto a los derechos y a los territorios de las poblaciones más vulnerables, genera situaciones de discriminación por parte del Estado peruano hacia la población sobre todo rural, campesina o indígena, que son las directamente afectadas con estos mega emprendimientos y paradójicamente las que menos perciben beneficios tangibles de los mismos. Se ha vuelto una constante que las poblaciones donde se desarrollan los grandes proyectos de inversión, sean las más pobres del país y las que carezcan más de servicios básicos⁽¹⁾; sin embargo son las que soportan los costes sociales y ambientales de las inversiones.

Por ello este artículo pretende exponer el contraste que existe entre el desarrollo de la legislación en materia de inversiones con el débil marco de protección de derechos, y desde allí plantear los riesgos reales y tangibles que esto supone para los derechos humanos de las poblaciones.

II. Análisis del marco legal de las industrias extractivas en el Perú- discusión

2.1. La ruta de la priorización de la inversión frente a los derechos

La década de los 80 en el Perú estuvo marcada por un contexto sumamente difícil, no solo la guerra interna provocada por los grupos terroristas (Sendero y el MRTA), sino la grave situación económica que atravesaba el país generaba una crisis interna que hacía casi imposible encontrar condiciones de desarrollo para el estado. En 1990 asume la presidencia de la república Alberto Fujimori, y carente de plan de go-

(1) Cajamarca ha sido la primera productora de oro en el país y en América Latina en los años 90, ahora es la región más pobre del Perú (Informe Técnico sobre la evolución de la pobreza monetaria

entre los años 2009 al 2015, publicado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática- INEI)

bierno, asume el programa y el modelo que los grupos de derecha venían planteando, liberalización de la economía, promoción de inversión privada, mano dura y lucha antisubversiva a cualquier costo. Sobre la brutal estrategia antisubversiva que impactó también en los Derechos Humanos, aunque muy importante, no nos toca ocuparnos en este artículo; para el propósito de este trabajo es de interés mirar más bien el otro aspecto, cómo se diseñaron los marcos político- normativos para la inversión privada, las varias reformas que generó el gobierno de Fujimori para viabilizar la imposición del modelo neoliberal, con el consecuente resultado de la afectación y desprotección a los derechos fundamentales.

En 1991, el gobierno de Fujimori promulga el Decreto Legislativo 757, Ley marco de crecimiento de la inversión privada, el mismo que tiene como objetivo específico liberar el mercado al sector privado en especial externo, generando importantes incentivos tributarios, administrativos, legales, del que se beneficiarían las grandes empresas para el desarrollo de sus actividades económicas; los convenios de estabilidad jurídica es una de las fórmulas que esta ley contempla para hacer posible los citados beneficios, los cuales consisten en compromisos legales que el Estado le firma a las grandes empresas al momento de entrar a invertir para no variar exigencias en estos aspectos, particularmente respecto a la invariabilidad de pago de tributos.

Paralelamente esta ley comienza a abandonar los enfoques pro derechos de las personas y varios de sus artículos terminan derogando o modificando mecanismos de protección ambiental o exigencias ambientales que se habían estipulado en el Código de Medio Ambiente de entonces (D. Leg. 613) Con las Disposiciones Finales (la primera específicamente) del D. Leg 757, se deroga partes medulares del Código de Medio Ambiente, sumamente importantes en términos de fiscalización y control ambiental⁽²⁾, referidos a las exigencias en la elaboración de EIAs, medidas aplicables en caso de riesgo ambiental, creación de áreas



- (2) Decreto Legislativo 757. Primera Disposición Final. - Deróguese las siguientes disposiciones legales:
- a) El artículo V del título preliminar, los artículos 8, 17, 18, 56, 57, 58, 89, 107, y 115 y los capítulos XXI y XXII del Decreto Legislativo No 613 (Código de Medio Ambiente)

naturales protegidas, inalienabilidad de espacios públicos, intervención de la autoridad de salud para vigilar calidad de aguas, aplicación de sanciones en caso de daños ambientales. Igualmente deroga todo el capítulo de delitos y penas, y además modifica el Sistema Nacional del Ambiente, establecimiento en adelante el cambio de modelo que proponía este Código respecto a la autoridad ambiental única, y en cambio genera la sectorialización de la misma, lo cual implica que en adelante en el país quien fiscaliza y controla las actividades económicas en materia ambiental es el propio sector que promueve dicha actividad, con los parámetros que el mismo determine.

Esto sin duda genera una seria desprotección de la población frente a previsibles impactos ambientales que generarían las actividades económicas privadas, compone una serie de condiciones para la impunidad de las empresas en estas situaciones y, desarticula así todo el sistema estatal para una efectiva protección de derechos fundamentales. Llama particularmente la atención la Décimo Primera disposición complementaria de esta norma, que establece que si una persona inicia alguna acción legal por daños ambientales y no prospera, será responsable por daños y perjuicios a favor de la empresa (3). Es decir una clara advertencia o un disuasivo para evitar que se hagan acciones de defensa ambiental.

Inmediatamente en 1992 se dicta el Decreto Legislativo 708, Ley de Promoción de Inversiones en el Sector minero, norma específica que promueve la inversión privada en minería, declarándola no solo como actividad prioritaria sino de “interés nacional”.

Todas las ventajas estipuladas en el D. Leg. 757 son incorporadas en esta norma de manera específica para el sector minero, sin embargo se estipula y especifica un plus de beneficios ofrecidos particularmente para inversores en esta actividad, dígase por ejemplo tributación solo de un impuesto, impuesto a la renta; deducción de tributos por construcción de infraestructura que se considere pública, o por gastos que

- (3) D. Leg. 757. DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS. DECIMA PRIMERA. - Quien inicie una acción ante el Poder Judicial al amparo de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 3 del título preliminar del Decreto Legislativo No 613 que sea desestimada, será responsable por los daños y perjuicios que hubiera causado.

sean atribuibles a su inversión; libre comercialización de su producción en el exterior, entre otras. Este decreto Legislativo también modifica otro conjunto de artículos del ya cercenado Código del Medio Ambiente, sobre todo los referidos a áreas naturales protegidas, EIAs, medidas de control para exploración y explotación, entre otras, flexibilizando todas estas normas a favor del inversor y en consecuencia desprotegiendo a las personas.

En junio de 1992, se aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, D.S. 014-92-EM, norma que viene a complementar las leyes de promoción minera y que regula en específico la actividad, procedimientos y mecanismos para su viabilización. Un tema relevante de esta norma es la aparición de figuras como las servidumbres mineras (4), que técnicamente son equivalentes a las expropiaciones y que impactan sobre el derecho de propiedad de muchas poblaciones.

Esta figura a su vez fue generando otras leyes, necesarias para viabilizarla en cualquier escenario, así en 1995 se dicta la Ley No 26505, Ley de inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas. Esta norma y su posterior modificatoria (Ley 26570) terminan trastocando el derecho de propiedad comunal y relativizando sus condiciones de inalienable, imprescriptible e inembargable, condiciones que le reconocía la Constitución de 1979, incluso se genera el Reglamento del Artículo 7 de esta ley para regular la aplicación de las servidumbres mineras (5) en territorios de comunidades indígenas y campesinas. Posteriormente la figura de Servidumbre se fue perfeccionando e incluso mediante Decreto Supremo N° 014-2003-AG, se establece un procedimiento más expeditivo para lograr transferir la propiedad comunal a favor de las inversiones.



- (4) La Servidumbre Minera está regulada en el capítulo IV del Título Décimo Segundo del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería (TUO).
- (5) La Servidumbre Minera está regulada en el capítulo IV del Título Décimo Segundo del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería (TUO). Es un procedimiento administrativo para afectación de la propiedad.

La promulgación de la nueva Constitución en 1993, terminó convalidando estas reformas y las colocó dentro del marco Constitucional que esta vez definió al Estado peruano, como un Estado de libre mercado (liberal) donde los derechos y las garantías ciudadanas, en la práctica, quedan relativizados a la lógica del mercado.

Estas son las normas marco que regulan la inversión extranjera desde los años 90', las mismas que a pesar de la variación de los contextos tanto en el campo económico como político-social, siguen vigentes, no se han modificado, y lo que es más preocupante, se han profundizado en el sentido de brindar mayor beneficio a la inversión, en claro desmedro de los derechos de las poblaciones.

En los últimos años nuevas y variadas normas se han ido promulgando para facilitar aún más el acceso a tierras comunales. el Decreto Supremo No. 054-2013-PCM, la Ley 30230 del 2014 y el Decreto Supremo No. 001-2015 son algunas de ellas; con estas normas se promueve la aplicación de la Servidumbre en “terrenos eriazos” muchos de los cuales le pertenecen a las comunidades que no han tenido posibilidad de titularse; se regula los procedimientos especiales de entrega de tierras a proyectos de inversión, ignorando los derechos de propiedad de comunidades; y lo que es más grave, se contempla la posibilidad de que sean solo las Juntas Directivas de Comunidades campesina, las que otorguen la autorización para el uso de terrenos superficiales de las comunidades, contraviniéndose incluso la propia Ley 24646 de Comunidades Campesinas.

Ello es consecuente con el nulo desarrollo legislativo respecto a protección de poblaciones indígenas. Pese a que en 1993, el Congreso Constituyente aprobó el Convenio 169, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, que reconocía derechos y mecanismos de

protección para estas poblaciones, no se desarrolló ninguna normatividad interna que hiciera posible la ejecución de este compromiso de carácter internacional. La Ley de Consulta Previa solo se promulgó dieciocho años después, en el 2011 y su implementación aún no se ha concretizado por la serie de deficiencias y vacíos que presenta su reglamento.

2.2. Las últimas normas sobre reactivación económica y su impacto sobre derechos fundamentales

En los últimos años las leyes que promueven la fiscalización y control ambiental se han ido flexibilizando cada vez más en la lógica de atraer mayores inversiones al país, desprotegiendo con ello a las poblaciones que se confrontan de manera cada vez más frecuente, con los impactos y daños ambientales.

Ejemplo de lo mencionado son el Decreto Supremo 054-2013-PCM mediante la cual se aplica el silencio administrativo positivo para asuntos ambientales y de patrimonio cultural para procedimientos de aprobación de estudios de impacto ambiental (EIA) del sector energía y minas; el Decreto Supremo 060-2013-PCM, con el cual se reduce el procedimiento de aprobación de EIA de 120 a 83 días⁽⁶⁾; la Ley 30230 que reduce la capacidad sancionadora del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), evitando que sanciones como las multas por daños ambientales se apliquen de manera inmediata, y en el extremo de su imposición se disminuye al 50% las mismas⁽⁷⁾. Lo mismo esta ley limita al Ministerio del Ambiente en varias de sus facultades, por ejemplo la de crear directamente zonas reservadas para protección⁽⁸⁾.

Estas solo son algunas de las normas que se aprobaron y que finalmente no representan solo leyes que actúan a favor de la inversión, representan de manera concreta un riesgo sobre la vida, la salud, la seguridad de las personas que están expuestas a riesgos y daños con la presencia de las extractivas. Cómo sentirse protegidos y seguros en zonas donde operan estas grandes actividades, si tenemos un Estado que no solo es ineficiente, sino que ex profeso se va autodebilitando para



- (6) Se reduce a 45 días hábiles el plazo para que las entidades (ANA, SERNANP, MICU) opinen sobre cualquier tipo de EIA, los funcionarios que no cumplan con los plazos serán sancionados como falta grave.
- (7) Por tres años la OEFA debe privilegiar la prevención y corrección de conductas infractoras en materia ambiental” y utilizar el proceso sancionador como excepcional. Art. 19. Ley 30230 PROINVERSION.
- (8) Ya no serán creadas por el MINAM sino por Decreto Supremo, con voto aprobatorio del Consejo de Ministros.

ser incapaz de actuar frente a estas grandes corporaciones y proteger los derechos de sus ciudadanos.

Todo ello representa un claro retroceso legal en el marco de protección de derechos básicos, contraviniendo además la cláusula de progresividad del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), ratificado por Perú desde 1978.

2.3. Políticas de garantías para las actividades extractivas que colocan en tensión los derechos civiles y políticos

Cada vez se hace más evidentes los impactos a diversos niveles con el desarrollo del extractivismo y uno de estos está en el ámbito de los derechos civiles y políticos fundamentales.

Ante la progresiva desprotección percibida por el ciudadano por parte del Estado, se vienen desarrollando un movimiento social importante de protesta en el país. La estrategia de respuesta de los gobiernos ha sido puramente punitiva y se ha expresado en normas represivas que intentan disuadir al movimiento mediante la política de criminalización que permite que la protesta sea mirada como un delito. El objetivo no es otro que brindar garantía de ejecución de las inversiones en el país, sin embargo esto es un claro atentado contra derechos civiles y políticos que incluyen la libertad de pensamiento, expresión, reunión, participación, movilización, etc.

El gobierno de Alberto Fujimori, fue uno de los que empezó con el afianzamiento de esta política, pero lejos de corregirla el régimen de Alejandro Toledo continuó aplicándola, sobre penalizando en este período delitos que estaban relacionados a las protestas sociales, tales como los

bloqueos de carreteras. Pero sin duda ha sido el gobierno de Alan García (2006-2011) el que más abierta cercanía ha tenido con los grupos económicos y consecuentemente ha sido uno de los más confrontacionales y agresivos con los movimientos sociales, especialmente con los de defensa del medio ambiente y los grupos sindicales, desarrollando contra los mismos un vasto conjunto de normas jurídicas para criminalizarlos y neutralizarlos; no escatimó para ello en la utilización de la fuerza pública, la regulación de la intervención militar en zonas de conflicto social, la generación de leyes contra autoridades locales comprometidas en estas causas para limitar sus derechos de participación en estos movimientos, la declaración de inimputabilidad de policías y militares que matan o hieren personas en conflictos; la calificación de la protesta pública como delito de extorsión, entre otras medidas contenidas en Ley 29166; Decretos Legislativos 982, 983, 988 , 989; Decretos legislativos 1095, 1097, etc.

2.4. Los concretos impactos de la normatividad proinversión

En este intento de priorizar la gran inversión en nuestro país, de darle un sistema de beneficios, garantías y seguridades, se han ido concretando una serie de hechos abiertamente violatorios de derechos básicos de comunidades. Los diversos sucesos de contaminación y afectación de fuentes hídricas en zonas de actividades mineras; los derrames de petróleo que no solo afecta el ambiente de las poblaciones indígenas de la selva sino que daña gravemente la salud y la vida; los ciudadanos perseguidos y criminalizados por oponerse bajo temores fundados a la imposición de los mega proyectos; los muertos y heridos producto del uso indiscriminado de la fuerza y la intervención de los militares, los conflictos entre las empresas y ciudadanos por territorios donde se hace evidente el uso del poder y las asimetrías en detrimento de los derechos de los actores más débiles, todo ello son expresiones del impacto de las leyes sobre la vida y la dignidad de las personas. Las normas finalmente terminan generando situaciones concretas de violación de derechos de las poblaciones que cada vez más reclaman un sistema de protección pero a la vez de sanción y reparación de los daños que van sufriendo.



2.5. Marco de protección de los derechos fundamentales frente a las extractivas. El marco internacional

El desarrollo de las industrias extractivas plantea factores de riesgo evidentes, que en el curso de los años se ha ido verificando en afectaciones concretas a derechos territoriales, derechos ambientales, civiles, políticos, en estricto, Derechos Humanos. Los impactos a estos se han vuelto innegable incluso para las propias corporaciones y que exige cada vez más, asumir acciones concretas por parte de los Estados, las empresas y la comunidad internacional.

En diversos foros ya se ha definido que las afectaciones a derechos humanos en contextos de desarrollo de actividades extractivas es una realidad objetiva sobre las que hay que definir políticas y normas de regulación.

Lamentablemente en estados como el Perú no existe ningún avance sobre la regulación de estos aspectos y por el contrario, como hemos relatado, las tendencias son cada vez más desprotectoras de derechos.

A nivel global sí se ha generado una reflexión sobre el tema y ya desde los años 90 se ha promovido desde las Naciones Unidas un debate para elaborar códigos de conducta o directrices para regular a las empresas en materia de Derechos Humanos. En el 2003 se promovió el documento de Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y Otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos, sin embargo el mismo no fue aprobado por discrepancias de algunos estados y de los propios grupos empresariales. En el 2005 la Comisión de los Derechos Humanos aprobó una Resolución que instituía la figura de un Relator especial en el ámbito de la Empresa y los Derechos humanos. John Ruggie fue el titular y en el marco de sus funciones elaboró en el año 2008 un documento denominado “Proteger, Respetar y Remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos”, que posteriormente devendrían en los “Principios rectores” o “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para proteger, respetar y remediar”, estos fueron aprobados por el Consejo de Derechos Humanos en junio

2011⁽¹⁾. Los principios son un marco integral de protección de los derechos humanos que deban ser cumplidos por las empresas incorporando los criterios de proteger, respetar y remediar. Estos principios contemplan:

(1) Véase Resolución 17/4 del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas

- a) La obligación del Estado de ofrecer protección frente a los abusos de los derechos humanos cometidos por terceros, incluidas las empresas.
- b) La obligación de las empresas de respetar los derechos humanos, lo que significa actuar con la debida diligencia para no vulnerar los derechos de terceros, y reparar las consecuencias negativas de sus actividades.
- c) La necesidad de mejorar el acceso de las víctimas a vías de reparación efectivas, tanto judiciales como extrajudiciales” Las empresas están obligadas, por tanto, a ejercer la debida diligencia para conocer y prevenir los efectos negativos en los derechos humanos y responder a ellos, lo que implica también poner en marcha las políticas y mecanismos necesarios para identificar el daño efectivo y potencial a los derechos humanos así como los mecanismos de denuncia.

No obstante, es importante indicar que estos Principios Rectores son de adhesión voluntaria y por tanto no son vinculantes, lo que explica la ausencia de mecanismos para hacerlos efectivos y exigibles. Por ello, se sigue constatando incremento de las vulneraciones por parte de las empresas con escandalosa impunidad.

Desde la sociedad civil más que la propuesta de autoregulación dentro de las cuales caerían iniciativas como los Principios Voluntarios, se propone incidir sobre la responsabilidad de los Estados de proteger los derechos humanos, lo cual incluiría obligaciones vinculantes y mecanismos jurídicos para exigir a las corporaciones responsabilidades por sus acciones.



Al momento existe una serie de deficiencias del marco internacional respecto a cómo responsabilizar a las corporaciones por violaciones de derechos humanos, no existen mecanismos de reparación y acceso a la justicia eficiente para sancionar y reparar a las víctimas de estas vulneraciones; y se constata que los Estados están cooptados por el poder económico de estas empresas, lo cual impide una labor real de control, fiscalización y sanción.

A nivel de la ONU se sigue haciendo esfuerzos por proponer instrumentos de protección de derechos humanos que tengan componentes vinculantes, que resuelvan además problemas de responsabilidad extraterritorial de las empresas transnacionales, entre otros asuntos medulares. En el 2015 se promovió en Ginebra una primera sesión de este grupo de trabajo intergubernamental sobre empresas transnacionales y derechos humanos, sin embargo en concreto no existe mayores avances sobre este asunto, mientras, las vulneraciones a los derechos humanos se replican sistemáticamente, quedando cubiertas en un manto de impunidad.

IV. Conclusiones

Hoy ya no es una discusión si la presencia de extractivas puede ser un desencadenante de violación derechos humanos, hoy más bien hay un consenso de los diferentes actores al respecto, y la discusión se ha trasladado más bien a los mecanismos de regulación y/o reparación de dichos impactos.

Como lo han planteado varios investigadores, esta vulneración de derechos humanos se inserta y obedece, por cierto, a dinámicas históricas de dominación, despojo y racismo hacia los pueblos indígenas, campesinos y rurales, así como de poblaciones pobres a quienes en la práctica no se les reconoce como sujetos de derechos.

Los proyectos extractivos, tal como se desarrollan en el Perú, con las políticas y marcos legales que rigen, generan condiciones para la vulneración de derechos humanos, con fuerte incidencia en Derechos

Civiles y Políticos, como la libertad de expresión, pero también en otros Derechos como los Económicos, Sociales y Culturales como el Derecho al Territorio y el Derecho al Agua.

El garante formal de los derechos humanos en el país, el Estado, no solo ha generado escenarios para las violaciones de derechos cometidos por las empresas, sino que ha desarrollado condiciones de impunidad para los mismos. En nuestro trabajo evidenciamos no solo la importante actividad que ha tenido para promover la inversión y paradójicamente desproteger los derechos de las poblaciones, concretándose un incumplimiento de sus obligaciones básicas de respetar, proteger y hacer cumplir los derechos humanos.

Los esfuerzos por regular la intervención de las empresas y obligarlas al respeto escrupuloso de los Derechos Humanos, vienen sobre todo de los fueros internacionales y no de los domésticos. En el Perú no existe ningún esfuerzo concreto en este sentido, y a nivel internacional las tendencias apuntan a afianzar los mecanismos voluntarios y de responsabilidad ética de las empresas, no así los instrumentos vinculantes y de sanción frente a la violación de los derechos humanos.

Por su parte las empresas extractivas, pese a declarar en el marco de sus políticas de Responsabilidad Social empresarial, que son subscriptores de mecanismos de respeto a derechos como los Principios Rectores de Derechos Humanos, ignoran en la práctica de manera deliberada los mismos, tal como lo vemos en diversos casos que se concretan día a día en el país.

Referencias

- AliAgA, C. (2000) La justicia campesina y el derecho, el 1 de octubre de 2008, http://www.derechocambiosocial.com/RJC/REVISTA1/justicia%20campesina.htm#_ftnref5
- Del cAStillo, L. (1997) Propiedad Rural, titulación de tierras, y propiedad comunal. Lima, Vox Juris, revista de Derecho editada por la Facultad

de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad San Martín de Porres.

Red Muqui. (2016) Paquetes normativos 2013-2015 y su impacto en los derechos fundamentales en el Perú. Lima.

ViegAS, Fabián. (2016) La protesta criminalizada. 12 de noviembre, <http://es.scribd.com/doc/La-Protesta-Criminalizada-Viegas>.

La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano

Independence in the exercise of the jurisdictional function since the jurisprudence of the peruvian constitutional court

TERESA YSABEL TERÁN RAMÍREZ (*)

tereSA ySAbel terán rAMÍrez (*)

SUMARIO: I. Introducción. II. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. III. Conclusiones.

Resumen: El presente artículo tiene como objetivo exponer el Principio-Derecho de la independencia en la función jurisdiccional, a partir de lo establecido por el Tribunal Constitucional peruano en su jurisprudencia. De manera que, mediante el estudio de las resoluciones correspondientes a los expedientes: *EXP. N° 8123-2005-PHC/TC*, *EXP. N° 4227-2005-PA/TC*, *EXP. N° 0004-2006-PI/TC*, *EXP. N° 7289-2005-PA/TC*, *EXP. N° 05942-2006-PA/TC*, *EXP. N° 02851-2010-PA/TC* y *EXP.*

(*) Abogada, Magíster en Derecho Constitucional y Derechos Humanos y, Doctorando en Derecho por la Universidad Nacional de Cajamarca, Perú. Docente en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca-Perú. Correo electrónico: tyteranr@unc.edu.pe

N° 00156-2012-PHC/TC, se ha logrado establecer los principales aspectos de la referida institución, así como su objetivo e importancia. Puntualizando, en todo tiempo, que los jueces peruanos en su exclusiva

labor de Administrar justicia, únicamente se hallan sometidos a la Constitución y a la Ley.

Palabras clave: Función jurisdiccional, Independencia jurisdiccional, Tribunal Constitucional.

Abstract: *This article aims to expose the Principle-Right of independence in the jurisdictional function, based on the established by the Peruvian Constitutional Court in its jurisprudence. Thus, through the study of the resolutions corresponding to the files: EXP. N° 8123-2005-PHC / TC, EXP. No. 4227-2005-PA / TC, EXP. N° 0004-2006-PI/TC, EXP. N° 7289-2005-PA / TC, EXP. N° 05942-2006-PA / TC, EXP. N° 02851-2010-PA / TC and EXP. N° 00156-2012-PHC / TC, it has been possible to establish the main aspects of this institution, as well as its objective and importance. Stating at all times that Peruvian judges in their exclusive work of administering justice are subject only to the Constitution and Law.*

Key words: *Jurisdictional function, Jurisdictional independence, Constitutional Court.*

I. Introducción

En el Perú, tanto la Constitución Política (Art. 139 Inc. 1 y 2) como la Ley Orgánica del Poder Judicial (Arts. 1 y 2) acogen los Principios de Exclusividad e Independencia de la Función Jurisdiccional. Así, con sujeción únicamente a la Constitución y a las Leyes, es el Poder Judicial quien, de modo autónomo, ejerce la potestad de administrar justicia; la cual, por un lado, como capacidad autodeterminativa, permite “[...] proceder a la declaración del derecho, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado” (STC, recaída en el EXP. N° 02851-2010-PA/TC, de fecha 1503-2011. F.J. 12); y, por otro lado, constituye no sólo un derecho fundamental procesal del justiciable sino, también, una garantía para el logro de los fines del proceso.

En tal sentido, mediante el presente artículo otorgaremos anotaciones acerca del Principio de Independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional, a partir de lo establecido por el TC peruano en su

jurisprudencia. Ello permitirá abundar en el conocimiento jurídico en torno a garantías jurisdiccionales.

II. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional

II.1. *Regulación en la Normativa Peruana y en la Legislación Constitucional de*

Chile, Colombia y Ecuador

Tomando en cuenta el contenido de la Constitución Política peruana de 1993 y de la Ley Orgánica del Poder Judicial anotamos que, el Art. 139 Inc. 2 de tal texto constitucional ha regulado a la independencia judicial como un principio y derecho de la función jurisdiccional, señalando que, “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: - 2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna persona puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones [...]”; asimismo, la normativa legal antedicha, en su Art. 2 ha regulado a la independencia como carácter del órgano que administra justicia pues ha indicado que, “El Poder Judicial [...] es independiente en lo jurisdiccional, con sujeción a la Constitución y a la presente ley”.

Siendo ello así, colegimos que, la Independencia judicial no únicamente informa la labor de quienes administran justicia (jueces); sino que, además, supone un derecho fundamental procesal de quien se encuentra como parte o como tercero con interés en un proceso judicial; lo cual nos permite concebir que, su observancia coadyuva al debido proceso como “[...] instrumento de tutela de derechos subjetivos” (RTC, de fecha 14-11-2005, correspondiente al EXP. N° 8123-2005-PHC/TC. F.J. 6). A su vez, consideramos que la regulación de la figura *in comento*, en nuestro sistema jurídico, significa *per se*, muestra de acatamiento al Estado Constitucional de Derecho⁽¹⁾.

(1) Sobre el particular, anótese que, la sola regulación de las instituciones jurídicas en los ordenamientos normativos no constituye única garantía de respeto al Estado Constitucional de Derecho; sino que, a su vez, es menester el cumplimiento de lo que es materia de regulación

Por otro lado, la regulación de la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional no se agota en sede nacional; por cuanto, dada su singular importancia, también ha sido considerada en algunas Constituciones Latinoamericanas, como es el caso, por citar algunas, de Chile, Colombia y Ecuador, tal como se muestra en el siguiente cuadro:

Cuadro N° 01:
Regulación Constitucional de la Independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional en Chile, Colombia y Ecuador.

REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA INDEPENDENCIA EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL EN CHILE, COLOMBIA Y ECUADOR		
CONSTITUCIÓN DE CHILE DE 1980	CONSTITUCIÓN DE COLOMBIA DE 1991	CONSTITUCIÓN DE ECUADOR DE 2008
<p>Art. 73: “La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos [...]”</p>	<p>Art. 228 puntualiza que, “La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo”</p>	<p>Art. 199: “Los órganos de la Función Judicial serán independientes en el ejercicio de sus deberes y atribuciones. Ninguna función del Estado podrá interferir en los asuntos propios de aquellos. Los magistrados y jueces serán independientes en el ejercicio de su potestad jurisdiccional aun frente a los demás órganos de la Función Judicial; solo estarán sometidos a la Constitución y a la ley”</p>

Resumiendo lo mostrado, precisamos que, la Constitución chilena señala que el ejercicio de la función judicial es exclusiva de los tribunales establecidos por ley; empero, es notorio que, en el Art. 73 no se men-

por parte de los dadores de las normas como de sus destinatarios en particular; para, de este modo, la seguridad jurídica que es un principio consustancial del Estado Constitucional de Derecho se vea garantizada. Véase STC recaída en el EXP. N° 05942-2006-PA/TC, de fecha 25-08-2009.

ciona explícitamente a la independencia como directriz que informa la labor de los tribunales. Por su parte, la Constitución colombiana menciona que las decisiones de la Administración de justicia tienen el carácter de independientes. Finalmente, la Constitución ecuatoriana otorga independencia a los órganos que ejercen función judicial con exclusivo sometimiento a la Constitución y a la ley; añadiendo, además, el alcance de tal independencia y puntualizando quiénes son los órganos y sujetos que deben orientar su acción a garantizarla.

II.2. Concepto

En términos del TC:

“La independencia judicial debe ser entendida como aquella capacidad autodeterminativa para proceder a la declaración del derecho, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, dentro de los marcos que fijan la Constitución y la Ley. En puridad, se trata de una condición de albedrío funcional. - [...] La independencia judicial debe, pues, percibirse como la ausencia de vínculos de sujeción política (imposición de directivas por parte de los órganos políticos) o de procedencia jerárquica al interior de la organización judicial, en lo concerniente a la actuación judicial per se, salvo el caso de los recursos impugnativos, aunque sujetos a las reglas de competencia. El principio de independencia judicial debe entenderse desde tres perspectivas; a saber:

- a) Como garantía del órgano que administra justicia (independencia orgánica), por sujeción al respeto al principio de separación de poderes.
- b) Como garantía operativa para la actuación del juez (independencia funcional), por conexión con los principios de reserva y exclusividad de la jurisdicción.



- c) Como capacidad subjetiva, con sujeción a la propia voluntad de ejercer y defender dicha independencia. Cabe precisar que en este ámbito radica uno de los mayores males de la justicia ordinaria nacional, en gran medida por la falta de convicción y energía para hacer cumplir la garantía de independencia que desde la primera Constitución republicana se consagra y reconoce.”

(STC recaída en el EXP. N° 0023-2003-AI/TC, de fecha 09-062004. F.J. 28, 31)

En torno a ello, puntualizamos que el TC conceptúa a la independencia judicial a partir del pensamiento implícito del principio de exclusividad de la función jurisdiccional; pues, si bien no menciona que la labor de administrar justicia es exclusiva del órgano jurisdiccional, sí atribuye a éste, un modo de proceder determinado (independiente, en el presente caso) que debe tener en cuenta durante el ejercicio de la función; de allí que, sintetice a la independencia como *condición de albedrío funcional*. Al mismo tiempo, consideramos acertada la opinión del Alto Tribunal, al precisar el supuesto en el que se presenta la independencia judicial; cual fuera, la no injerencia, ni del Estado (a través de sus poderes) ni de los particulares (incluidos algunos miembros de la judicatura) en la labor de administración de justicia. Empero, anotamos que, las perspectivas señaladas por el TC, para entender la institución que nos ocupa, debieran contener, también, la prohibición de interferencia en la labor jurisdiccional, para de este modo, tener una significación con mayor precisión y coherencia.

II.3. Características

La independencia judicial tiene las siguientes características:

- a) Es un Principio de la Función Jurisdiccional: Por cuanto constituye un lineamiento orientador de la labor jurisdiccional, exclusiva esta última, de los jueces predeterminados por ley y competentes para resolver ante casos puestos a conocimiento mediante el ejercicio del

- derecho de acción desplegado por el justiciable en el marco de la solicitud de tutela efectiva ante conculcación de derechos o de interés.
- b) Es una Garantía de la Función Jurisdiccional: Debido a que, otorga a su titular, el justiciable, certeza jurídica respecto a que la decisión expedida en un proceso judicial, se vea libre de injerencias tanto por parte del Estado como de los particulares.
 - c) Es un Derecho integrante del Debido Proceso: Por cuanto constituye una garantía de orden procesal que coadyuva al cauce regular y a los fines del proceso. Asimismo, el TC también lo ha considerado de esta manera en su Sentencia recaída en el EXP. N° 00156-2012PHC/TC, de fecha 08-08-2012.
 - d) Es un Derecho que pertenece a la Tutela Jurisdiccional Efectiva: Así lo ha entendido el TC al considerar que la independencia del juzgador garantiza, al justiciable, el logro de una efectiva tutela jurisdiccional, la cual “[...] implica que cuando una persona pretenda la defensa de sus derechos o intereses legítimos, ella deba ser atendida por un órgano jurisdiccional mediante un proceso dotado de un conjunto de garantías mínimas. - [...] Entre estos derechos cabe destacar, entre otros, el derecho a un juez independiente e imparcial” (STC recaída en el EXP. N° 0004-2006-PI/TC, de fecha 29-03-2006. F.J. 22)

II.4. Dimensiones

El TC considera que la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional presenta dos dimensiones.

“[...] a) Independencia externa. Según esta dimensión, la autoridad judicial, en el desarrollo de la función jurisdiccional, no puede sujetarse a ningún interés que provenga de fuera de la organización judicial en conjunto, ni admitir presiones para resolver un caso en un determinado sentido. Las decisiones de la autoridad judicial, ya sea que ésta se desempeñe en la especialidad constitucional, civil, penal, penal militar, laboral, entre otras, no pueden depender de la voluntad de otros poderes públicos (Poder Ejecutivo o Poder



Legislativo, por ejemplo), partidos políticos, medios de comunicación o particulares en general, sino tan solo de la Constitución y de la ley que sea acorde con ésta.

Ahora bien, la exigencia de que el juzgador, en el ejercicio de la función jurisdiccional, no admite la influencia de otros poderes o personas, sean públicos o privados, no implica que el juez goce de una discreción absoluta en cuanto a las decisiones que debe asumir, pues precisamente el principio de independencia judicial tiene como correlato que el juzgador solo se encuentre sometido a la Constitución y a la ley expedida conforme a ésta, tal como se desprende de los artículos 45 y 146 inciso 1), de la Constitución, que establecen lo siguiente: “El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen (...)”; y “El Estado garantiza a los magistrados judiciales: 1. Su independencia. Sólo están sometidos a la Constitución y la ley”, respectivamente.

[...] b) Independencia interna. De acuerdo con esta dimensión, la independencia judicial implica, entre otros aspectos, que, dentro de la organización judicial: 1) la autoridad judicial, en el ejercicio de la función jurisdiccional, no puede sujetarse a la voluntad de otros órganos judiciales, salvo que medie un medio impugnatorio; y, 2) que la autoridad judicial, en el desempeño de la función jurisdiccional, no pueda sujetarse a los intereses de órganos administrativos de gobierno que existan dentro de la organización judicial.

En cuanto al primero de los puntos mencionados, cabe mencionar que el principio de independencia judicial prohíbe que los órganos jurisdiccionales superiores obliguen a los órganos de instancias inferiores a decidir de una determinada manera, si es que no existe un medio impugnatorio que de mérito a tal pronunciamiento. De este modo, siempre que medie un medio impugnatorio las instancias superiores podrán corregir a las inferiores respecto de cuestiones de hecho o de derecho sometidas a su conocimiento, según sea el caso.

En cuanto al segundo punto, el principio de independencia judicial implica, en primer término, la separación de las funciones jurisdiccionales de las funciones administrativas que eventualmente pudieran desempeñar los jueces dentro de la organización judicial, de manera que las funciones propias de esta administración no puedan influir en la decisión judicial que se adoptará en un determinado proceso. En efecto, si un magistrado ha sido elegido por sus iguales como su representante para desempeñar funciones de naturaleza administrativa,

entonces resulta evidente que, para desempeñar el encargo administrativo, mientras este dure, debe suspender sus actividades de naturaleza jurisdiccional, de modo tal que no pueda influir en la resolución de un determinado caso. Así sucede por ejemplo, en el ejercicio de la labor de los presidentes de la Corte Suprema, de las Cortes Superiores de Justicia, de la Oficina de Control de la Magistratura, entre otros” (SPJTC recaída en el EXP. N° 0004-2006-PI/TC, de fecha 29-03-2006. F.J. 18)

Discurrimos que, las dimensiones expuestas se clasifican en externa e interna, atendiendo, concretamente, a los sujetos que pudieran realizar tarea de injerencia en la labor jurisdiccional. De este modo, la dimensión externa se resume, sencillamente, en que los jueces no deben encontrarse sometidos a influencia alguna (opinión, juicio, acción, etc.) de terceros ajenos al Poder Judicial (otros poderes públicos y demás sujetos); en cambio, por su parte, la dimensión interna se sintetiza en que, los jueces no deben hallarse bajo la dependencia, al interior del Poder Judicial, de autoridades y órganos administrativos. En consecuencia, las referidas dimensiones convergen en el absoluto sometimiento, a la Constitución y a la ley, por parte de los jueces en su exclusiva labor jurisdiccional; y, persiguen, asimismo, garantizar el debido proceso; toda vez que, las decisiones judiciales expedidas serán “puras” y “no contaminadas” por aspectos de cualquier índole (políticos, corporativos, burocráticos, etc.).

II.5. *Modo de vulneración a la Independencia en el ejercicio de la Función Jurisdiccional*

Considerando que la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional se quebranta cuando se afecta o desvirtúa su contenido esencial, anotaremos un ejemplo genérico de vulneración a la misma. De la revisión de la jurisprudencia del TC hemos determinado que, con fecha 02-02-2006, dicho órgano emitió la Sentencia recaída en el EXP. N° 4227-2005-PA/TC, caso ROYAL GAMING S.A.C. Se trata del Recurso de Agravio Constitucional interpuesto por Royal Gaming S.A.C contra la sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, su fecha 17-01-2005, que declaró infundada la demanda de amparo interpuesta contra la Superintendencia Nacional de Administración



Tributaria (SUNAT), el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (MINCETUR), el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) y el Tribunal Fiscal.

En la referida Sentencia, fundamento jurídico 44, el Alto Tribunal indicó: “Ordena a todos los poderes públicos y, en particular, a las Cortes Judiciales del país, bajo responsabilidad, cumplir en sus propios términos lo resuelto por este Tribunal en materia del impuesto a la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas”.

Ahora bien, lejos de analizar el contenido integral de tal resolución, únicamente emitiremos comentario respecto a si la “orden”, señalada por el TC en el caso *in comento*, constituye o no, afectación al Principio Derecho de Independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Para ello consideramos adecuado acudir a lo que el propio TC ha dejado sentado en relación a las dimensiones, tanto externa como interna de la Independencia judicial. Así, en resumen, está proscrita toda clase de injerencia de terceros (Estado, órganos jurisdiccionales y particulares), en el ejercicio de la función de administración de justicia que corresponde a los jueces. Por tanto, concebimos que tal “orden”, que establece “un determinado modo de resolver en casos específicos”, supone una afectación a la Independencia Judicial, por cuanto los órganos jurisdiccionales (Cortes peruanas), bajo responsabilidad, se encuentran obligados a resolver según la discrecionalidad del TC y no la suya propia, máxime si se tiene en cuenta que el sometimiento de éstos (órganos jurisdiccionales) es únicamente a la Constitución y a la ley, en el marco de la impartición de justicia al justiciable que espera obtener una decisión que represente una efectiva tutela jurisdiccional.

II.6. Objetivo e importancia

El objetivo de la independencia en ejercicio de la función jurisdiccional ha sido determinado por el TC, básicamente, atendiendo a lo definido por la Corte Interamericana en su jurisprudencia derivada del conocimiento del Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela, sentencia del 05-08-2008. En este lineamiento, el objetivo de la independencia “[...]”

radica en evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación” (STC recaída en el EXP. N° 00156-2012-PHC/TC, de fecha 08-08-2012. F.J. 49)

Por otro lado, conforme señalara Álvarez Conde (citado por el TC en la STC recaída en el EXP. N° 0023-2003-AI/TC, de fecha 09-06-2004. F.J. 27), “La consagración de la independencia del Poder Judicial se entronca históricamente con la propia doctrina de la separación de poderes. Y que, “[...] debe ser considerada como un requisito indispensable para poder hablar de un auténtico Poder Judicial y de un verdadero Estado de Derecho”. En consecuencia, por su singular importancia, la independencia se encarna como *valor capital de la justicia*; cuyo respeto, a todas luces, es necesario e indispensable.

III. Conclusiones

La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional encuentra regulación, constitucional y legal, tanto en el Derecho nacional como en el comparado. Se constituye en un Principio-Derecho propio de la función jurisdiccional cuya fundamentación radica en el sometimiento del juez, únicamente, a la Constitución y a la ley; proscribiendo toda clase de injerencia, por parte del Estado y de los particulares, en la exclusiva labor de administración de justicia de los jueces.

En términos del Tribunal Constitucional, “[...] el principio de independencia judicial exige que el legislador adopte las medidas necesarias y oportunas a fin de que el órgano y sus miembros administren justicia con estricta sujeción al Derecho y a la Constitución, sin que sea posible la injerencia de extraños [otros poderes públicos o sociales, e incluso órganos del mismo ente judicial] a la hora de delimitar e interpretar el sector del ordenamiento jurídico que ha de aplicarse en cada caso” (STC recaída en el EXP. N° 0023-2003-AI/TC, de fecha 09-06-



2004. F.J. 29). Al mismo tiempo, la observancia de la independencia en la función jurisdiccional, permite garantizar los derechos fundamentales procesales de los justiciables, como el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectivos, exigencias esenciales en todo Estado Constitucional de Derecho, como precia ser el nuestro.

Referencias

Resoluciones del Tribunal Constitucional peruano:

Sentencia expedida en el EXP. N° 8123-2005-PHC/TC. 14-11-2005

Sentencia expedida en el EXP. N° 4227-2005-PA/TC. 02-02-2006

Sentencia expedida en el EXP. N° 0004-2006-PI/TC. 29-03-2006

Sentencia expedida en el EXP. N° 7289-2005-PA/TC. 03-05-2006

Sentencia expedida en el EXP. N° 05942-2006-PA/TC. 25-08-2009

Sentencia expedida en el EXP. N° 02851-2010-PA/TC. 15-03-2011

Sentencia expedida en el EXP. N° 00156-2012-PHC/TC. 08-08-2012

Sentencia expedida en el EXP. N° 00156-2012-PHC/TC. 08-08-2012

La promoción de derechos humanos y sociales en el marco del régimen constitucional económico

The promotion of human and social rights in the framework of the economic constitutional regime

DÁEL CARRASCO DAVILA GUERA (*)

SUMARIO: I. Régimen constitucional económico peruano. II. Régimen económico y crecimiento heterogéneo. III. Derechos fundamentales. IV. recomendaciones.

Resumen: Tras veinte años del régimen constitucional económico de corte liberal promovido por la Constitución de 1993, los resultados son heterogéneos. En términos macroeconómicos los indicadores son positivos, pero la pobreza sigue latente en zonas rurales. El objetivo de ensayo es hacer un análisis sobre el actual régimen constitucional económico, saber si éste de por sí contribuye con un crecimiento he-

(*) Sociólogo por la Universidad Nacional de Cajamarca, Abogado por la Universidad Privada del Norte. Estudios en Gerencia de Proyectos por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Magister en Políticas Públicas en análisis económico por Loyola University Chicago, EE.UU. Docente en Derecho Público en la Universidad Nacional de Cajamarca. Email: ddavilaelguera@unc.edu.pe.

terogéneo y saber qué derechos humanos y sociales permitirían un mejor aprovechamiento del mismo. La metodología es argumentativa propositiva, dando a pie a que nuevas investigaciones contribuyan con este aporte.

Palabras claves: Constitución, economía y derechos fundamentales.

Abstract: *Twenty three years ago Peru adopted a liberal constitutional framework. The results over this time are varied. In macroeconomic indicators the balance is blue. However, poverty is still a problem especially in rural areas. The goal of this article is analyze how is structured the economic constitutional framework. Also know if this promote inequality and finally argue that promotion of human and social rights enhance the possibility of success in the current constitutional framework. Finally some recommendation is stated. The methodology is arguing and prepositive giving the chance to keep researching on this topic.*

Keywords: Economy, constitution and human rights.

Han pasado veintitrés años desde que la Constitución Política del Perú inició el camino de una economía abierta. Si bien es cierto la idea de “economía social de mercado” estaba presente en la Constitución de 1979, en la práctica la actual Constitución limita la intervención del Estado a los sectores de salud, educación defensa y construcción. Este marco constitucional deja el rol promotor de la riqueza a los privados, dándoles la titularidad de derechos reales sobre recursos no renovables, otorgando igualdad de condiciones para extranjeros y nacionales y configurando al Estado en un regulador de la economía.

El **C**onsenso de Washington, promovido por el Banco Mundial en la década de los noventa, condicionó la re inserción de Perú al sistema financiero internacional a cambio de la adopción de ciertas políticas económicas. Las más importantes han sido la venta de empresas públicas, flexibilización de derechos laborales, creación de la SUNAT, contratos con rango legal y contratos ley.

Al cabo de veinte años los indicadores de desarrollo son heterogéneos. En términos macroeconómicos existe un crecimiento constante y una tasa de inflación controlada en parte debido a las inversiones recibidas. En términos sociales, la reducción de la pobreza sigue estancada en áreas rurales y en constantes conflictos con actividades extractivas.

Frente a esta dicotomía es que surgen las siguientes interrogantes ¿Cómo está estructurado el actual régimen económico? ¿Influye el régimen constitucional económico en un crecimiento económico heterogéneo? ¿Tienen algo que ver la efectivización de derechos fundamentales y sociales con un mejor aprovechamiento del modelo constitucional económico?

La respuesta a estas preguntas guiará el presente ensayo, que estará dividido en cuatro partes. En la primera, se hará una breve reseña del régimen constitucional económico peruano. En la segunda parte, se analizará si el régimen constitucional actual promueve un crecimiento heterogéneo. En la tercera parte, se analizarán si la materialización de derechos fundamentales y sociales permite un mejor aprovechamiento del modelo constitucional económico. Finalmente se mencionarán posibles acciones a ser tomadas por parte del Estado para un mejor aprovechamiento del actual régimen constitucional económico.

I. Régimen constitucional económico peruano

En el análisis constitucional económico comparado existen dos tipos de situaciones sobre el régimen económico. En un sector se encuentran las constituciones que no hacen referencia en nada al régimen a la economía, ejemplo la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787. En otro sector, se encuentran aquellas que si hacen mención al régimen económico como la Constitución de Weimar de 1919.

En este escenario surge la pregunta si es necesario normar constitucionalmente el régimen económico. Para un sector de la doctrina la actividad económica no debe normarse en base a los antecedentes históricos sociales que guían a una nación y a la practicidad de la misma. Ejemplo de ello, son los Estados Unidos que en base a su ética protestante y espíritu capitalista, no tiene mayor necesidad de normar su sistema económico. Para otro sector, por el contrario, normar un régimen económico significa una garantía del individuo para con el Estado en las actividades económicas que realice. Carl Schmit en su obra *La defensa de*

la *Constitución* de 1931, sostenía que el objetivo de un capítulo económico no es normar la obtención de recursos para el mantenimiento del Estado, sino la protección de los derechos económicos del individuo. Al mismo tiempo, normar un régimen económico codifica estructuralmente un modelo económico.

En el caso peruano, la opción de normar el régimen económico ha ido evolucionando a lo largo de nuestras constituciones. Durante el siglo estos marcos normativos fueron el resultado del vaivén del péndulo político peruano. Las constantes luchas de caudillos por el poder y el reto de formar una nación recayeron sobre las diferentes constituciones. La disyuntiva entre constituciones liberales y conservadoras se debatía entre mayores libertades y separación de poderes. Sumado a ello la ausencia de una burguesía nacional y la presencia de un militarismo, limitaron que grupos civiles influyan en la construcción de un constitucionalismo económico. Por el contrario, las relaciones de producción marcadas en haciendas, latifundios, gamonales y encajes, promovía el mantenimiento del status quo a nivel económico. La preocupación central entonces estaba en garantizar la renta de la hacienda pública por medio de la participación económica del Estado y accesoriamente asegurar algunos derechos para el incipiente desarrollo burgués.

En el siglo XX la intervención del partido civilista como parte de la republica aristocrática en la Constitución de 1920 definió a la propiedad privada como inviolable salvo por utilidad pública y la indemnización en caso de nacionalización de la propiedad. Remarcaba que la minería le pertenecía al Estado, prohibía los monopolios y reconocía la libertad de comercio y trabajo. Por su parte la Constitución de 1933, además de lo ya normado por su predecesora establecida el uso de la propiedad con el interés social y ampliaba a todas las fuentes de riqueza como propiedad del Estado. En material procesal permitía el habeas corpus para defensa de derechos económicos y sociales.

La Constitución de 1979 de corte social demócrata divide la constitución en la protección de los derechos del ciudadano frente al Estado (parte dogmática) y la estructura del mismo (parte orgánica). En la

primera parte reconoce como derechos fundamentales el acceso e inviolabilidad de la propiedad privada y su uso armónico con los intereses sociales. En la segunda parte, por primera vez incorpora el régimen económico añadiendo el concepto de economía social de mercado en la que el estado es un promotor del desarrollo y por lo tanto interviene en la economía. Las ideas políticas del Estado de Bienestar Europeo posterior al Plan Marshall y las ideas Keynesianas de la economía, sirvieron como impulso para estructurar el régimen constitucional económico.

Finalmente la Constitución de 1993 producto de un golpe de estado, consolida el pensamiento hegemónico liberal y lo codifica constitucionalmente. Analizando la actual Constitución, el Título I de Derechos Fundamentales de la Persona, en el artículo 2º inciso 16º y 17º reconoce los derechos de libertad y herencia, así como el derecho los ciudadanos de participar de manera individual o asociada en la vida económica del país. Conexamente el artículo 62º de la Constitución Garantiza la libertad de Contratar de los privados, otorgándole un rango legal a los contratos. Este tridente de derechos garantiza una protección de las acciones económicas de los ciudadanos en el marco de generación de propiedad de riqueza de forma privada. Como contraparte de la libertad de empresa, se encuentran los derechos sociales laborales contemplados en los artículos 22º a 29º de la Constitución. El reconocimiento de remuneraciones básicas, irrenunciabilidad de derechos, protección frente al despido arbitrario y otros, tratan de armonizar la relación entre producción de la riqueza y respeto a quienes contribuyen en su fomento.

El Título III, como parte de los principios generales que configuran el régimen económico inicia por marcar la relación armónica que debe existir entre la garantía de iniciativa privada, estimulación de la riqueza con los derechos laborales y su uso en armonía con el interés social. Por otro lado configura el rol del Estado como un promotor de la riqueza, vigilando la libre competencia y combatiendo toda la práctica de posiciones dominantes o monopólicas. La Libertad de contratación es libre y tiene rango constitucional teniendo las mismas condiciones de contratar extranjeros y nacionales. Establece que el Estado al momento de contratar no tiene una posición de dominio y se comporta como otro sujeto

privado permitiendo que los mismos se puedan someter a jurisdicción estatal en el Poder Judicial o arbitraje. Por último el Estado defiende el interés de los consumidores a la libre información seguridad y salud de la población.

Analizando la teoría económica liberal, es claro que la configuración de este título de la Constitución está en base a las fallas de mercado como externalidades, monopolio, asimetría de la información y bienes públicos. El rol del estado de recaudar ingresos es por medio de los tributos que son generados por las inversiones en el mercado y luego son distribuidos en políticas sociales. De allí que las políticas económicas estén orientadas a fomentar el ingreso de inversiones, mientras que la falla de mercado como la pobreza, es parte de la política social peruana.

II. Régimen económico y crecimiento heterogéneo

Una vez que se ha analizado las características del régimen constitucional inicia la tarea de saber si éste promueve un crecimiento heterogéneo. Para ello, hemos de volver sobre la dicotomía planteada por Loewenstein sobre las Constituciones Nominales en las que la realidad social es distante a la establecida en el marco constitucional.

El sentido hermenéutico de las normas en materia económica es de tipo enunciativo pero configuran un único modelo económico a desarrollarse. Es decir, el respeto por la participación en la vida económica del país, promoción de la generación privada de la riqueza, respeto la propiedad, herencia y contratos son las bases sobre las cuales el Estado promueve desarrollo capitalista⁽¹⁾.

En el lado de la realidad, la economía peruana no siempre ha estado enfocada al desarrollo económico capitalista de acumulación de riqueza. A diferencia de las sociedades inglesas marcadas por revoluciones industriales que dieron origen a una clase burguesa que a su vez forzó la estructura de un Estado que respete las libertades de comercio,

(1) Si bien es cierto existe un respeto por la diversidad y pluralidad económica, como señala García Belaunde (2004), el objetivo es el respeto por diversos tipos de organización económica.

promueva la igualdad y brinde seguridad jurídica para los negocios; la economía incaica predominantemente agraria sufrió un cambio abrupto a un sistema feudal en la colonia.

Por más de dos siglos, el sistema legal peruano se enfocó a una estructura económica de explotación de recursos naturales para manutención de la Corona Española. Las reformas Borbónicas, del siglo XVII fomentaron cambios en la apertura del comercio intercontinental, que fueron bien aprovechadas por ciudades portuarias en las que grupos burgueses empezaron a buscar su independencia. Como afirmaba Cotler (2001), el Perú como parte del centro hegemónico español careció de una clase burguesa dominante que tome el control del estado.

Tras la independencia, la economía peruana fue centralizada y se expresó a través de tres grupos dominantes que Jorge Basadre definió como miembros de la república aristocrática. Terratenientes de la sierra, banqueros de Lima y latifundistas costeros, hicieron que tras la guerra con Chile, la economía nacional se enfocó a la explotación de recursos naturales. Esta alianza persistió hasta la reforma agraria que eliminó la acumulación de la tierra y dio paso a un imparable proceso de minifundización de la propiedad rural.

En las ciudades, por otro lado existía una alianza entre el capital nacional y capital extranjero, pero con amplias desventajas para la producción nacional. Esta dinámica económica fue definida por el ex presidente brasileño Enrique Cardoso como la teoría de la dependencia y señalaba que la expansión del capitalismo no podría darse sin un apoyo Estatal, a razón de ello se adoptó una política económica definida como sustitución de importaciones.

En ella, el estado otorgaba créditos a pequeños agricultores (ejemplo el Banco Agrario), tenía una fuerte política de aranceles y participaba de la economía en sectores claves. La Constitución de 1979, en su capítulo de régimen económico promovía claramente recetas económicas. Pese a los intentos estatales, la economía peruana a finales de los noventa se



caracterizaba por ser exportadora de recursos naturales, empresas estatales mal administradas, acumulación del capital en ámbitos urbanos y de baja producción capitalista en zonas rurales.

Con la llegada del nuevo régimen constitucional económico, se permitió el ingreso de capitales extranjeros en igualdad de condiciones a los nacionales y con facilidades de contratos ley, se redujo el volumen del Estado y su participación en la economía. De este modo el escenario estaba listo para que los privados pudiesen generar la riqueza. Quienes aprovecharon este escenario fueron quienes tenían el control de medios de producción y los que se aliaron con la inversión extranjera. Poco a poco, la concentración en ciudades y rápido dinamismo económico permitió un crecimiento de servicios, que no fue seguido al mismo en las zonas rurales donde la pobreza aún se mantiene.

El precio más alto de esta política liberal se vivió en zonas rurales, donde la promoción de derechos fundamentales y sociales como salud, educación fueron dejados de lado. Puede afirmarse entonces que la implementación del sistema económico constitucional de liberalización de la economía no generó desigualdades en sí mismo, pero bajo la estructura de su diseño se benefician aquellos que tenían mejor posición de dominio en el mercado.

III. Derechos fundamentales y sociales que promovidos permitirían aprovechar mejor el marco constitucional económico

Los derechos fundamentales se consolidaron hacia el siglo XX como una seguridad del ciudadano frente al Estado pero también una exigibilidad para que éste pueda brindar derechos de previsión como trabajo, vivienda y educación. A contracara de la idea liberal que el estado no debe entrometerse en la vida de los ciudadanos, los derechos fundamentales y sociales deben ser protegidos, promovidos y respetados por el Estado. Al considerarlos, necesarios para el desarrollo de las personas, su cumplimiento está por encima de voluntad del Estado.

En ese sentido, la relación de los derechos fundamentales, con el sistema económico implicará siempre el cumplimiento y respeto de los primeros sobre el segundo y no en una relación antagónica, sino en una relación de ganancia mutua. Es decir, que a mayor materialización de derechos fundamentales y sociales, las personas pueden aprovechar mejor el marco normativo constitucional.

Como se ha descrito, la dinámica económica peruana se centra en ciudades de servicios, conectadas con capitales nacionales o extranjeros con una amplia movilidad social. En zonas rurales, mientras tanto, no sucede lo mismo por baja concentración de capitales ligada a una economía de autoconsumo.

En esta parte es argumentar que a una mayor promoción de derechos fundamentales y sociales se puede aprovechar mejor el marco constitucional económico. Se hará un análisis comparativo sobre la aplicación cómo derechos fundamentales y sociales en áreas urbanas y rurales para saber las diferencias entre ambas.

Derecho a la identidad: En áreas urbanas, la obtención de un Documento Nacional de identidad, es parte de un derecho fundamental. En áreas rurales, sin embargo, los errores desde la dación de partidas de nacimiento acarrear gastos y limitan derechos hereditarios para las personas. Para Cajamarca según reportes de INEI en 2014, seis de cada diez personas en zonas rurales tienen problemas con sus partidas de nacimiento.

Derecho a la herencia: En áreas urbanas los trámites hereditarios que permiten una acumulación de la propiedad son de fácil acceso por la cercanía con notarias. En áreas rurales, los acuerdos hereditarios se hacen con jueces de paz que lastimosamente carecen de eficacia normativa para su posterior inscripción en registros públicos.

Derecho a la propiedad. En áreas urbanas, las políticas de registros públicos de certificar la propiedad, garantiza que un acceso al crédito y con ello una capitalización más rápida para la producción. En zonas rurales, por el contrario, la minifundización y a la poca seguridad jurídica



generan que los créditos solicitados sean mayores por no tener garantías hipotecarias que respalden dichos préstamos. Según la encuesta Nacional de Hogares en 2015, el 98% de la propiedad menor a dos hectáreas en zonas rurales carece de algún título de propiedad.

Derecho a la educación. La oferta educativa en zonas urbanas garantiza el derecho de acceso a la educación. Por otro lado en zonas rurales la oferta educativa en algunos colegios es unidocente y con poco control sobre la calidad de la misma. Según datos del Ministerio de Educación en Cajamarca en zonas urbanas un 60% comprende satisfactoriamente lo que lee mientras que en áreas rurales es de un 30%. La educación no sólo expande los conocimientos de los que la reciben, sino que garantiza una seguridad para los negocios.

Derecho de acceso a la salud. En áreas urbanas del mismo modo la oferta de salud es variada. Las tasas de muertes maternas, enfermedades respiratorias e infecciosas es 30% menor al de áreas urbanas e implica un 70% menos costo. En zonas rurales, por el contrario el acceso a los servicios y costos de salud, reducen el capital que podría ser invertido en negocios.

Derecho a la consulta previa. Este derecho permite la facultad de decidir de las poblaciones sobre proyectos que puedan tener impacto sobre ellos. Es mucho más rentable para los negocios que la población acepte y haga suyo los proyectos atener opositores que luego deviene en conflictos sociales.

A fin de comprobar esta idea teórica⁽²⁾ el siguiente paso es hacer una investigación que pueda corroborar lo argumentado que a mayor promoción de derechos fundamentales y sociales, se puede aprovechar mejor el marco normativo que ofrece la actual constitución. Con esto, no se quiere argumentar que el cumplimiento inmediato de estos invita a salir de la pobreza, ya que el análisis es multivariable, pero si podría darnos indicadores a nivel de políticas públicas de dónde invertir mejor los recursos del Estado.

IV. Recomendaciones

El fin del Estado peruano es la persona humana y la sociedad, la expansión y materialización de los derechos fundamentales y sociales

(2) A modo de comprobar lo planteado aquí se plantea la siguiente ecuación regresional:

$$\text{LogY(Ing)} = \beta_0 + \beta_1(\text{EdadY}) + \beta_2(\text{EduY}) + \beta_3(\text{DNI}) + \beta_4(\text{CostEnf}) + \beta_5(\text{PovInd}) + \epsilon_1$$

Donde la variable de ingreso será explicada por edad, años de educación, acceso al DNI, costo promedio por enfermedad y variable indexada de pobreza.

enmarcados bajo el actual régimen constitucional económico pueden contribuir con el crecimiento económico, el cual es un medio y no un fin del desarrollo humano. Lo discutido hasta aquí podría quedarse en el modelo teórico si no se comprueba con la realidad, por ello el siguiente paso es ir hacia el campo y probar con modelos econométricos la ganancia que tendría el Estado de promover estos derechos fundamentales y sociales.

Referencias

- Ágreda Aliaga, Jorge Orlando. (2004). A propósito de la flexibilización en el Derecho del Trabajo: El Régimen Laboral de las Microempresas. Lima. Foro Jurídico, N° 3.
- Albuquerque, Rafael (2001). Derechos Fundamentales y Comercio Internacional: Armonización de la Eficacia Económica con la Protección Social. Lima: En V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- BASADre, Jorge (2002). Historia del Perú. Tomo IV. Lima. Editorial Tiempo
- Bullard González, Alfredo. (2002). Los monopolios en la reforma de la Constitución. Lima. Actualidad Jurídica, T. 100, 2002.
- Canessa Montejo, Miguel F. (2004). Un “Núcleo Duro” de Derechos Humanos Laborales para el Comercio Internacional” Lima: SPDTSS.



- CArpio MArcoS, Edgar (2004). La interpretación de los derechos fundamentales. Lima: Palestra editores.
- CAStells, Manuel (2001). Globalización, Tecnología, Trabajo, Empleo y Empresa. En V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- Cotler, Julio (2001). Clases Estado y Nación. Lima, Fondo editorial PUCP.
- FerrAJoli, Luigi s.a. (2001). Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta.
- HernAnDo nieto, Eduardo (1997). ¿Por qué la economía de mercado es anticonstitucional? En Pensamiento Constitucional. Lima. Cronista.
- LAgo, Ricardo V. (2011). Plan y equipo tumba-economías. Diario Correo, Lima, 29 de mayo.
- rebAZA torreS, Alberto. (1995). El régimen económico en una Constitución: ¿Solución o fuente de conflicto? en Ius et Veritas, N° 7, revista editada por los estudiantes de la facultad de Derecho de la PUCP 40.
- torreS y torreS lArA, Carlos (1994).La Constitución económica en el Perú. Lima. Desarrollo y Paz

Modelo constitucional tributario y derechos sociales

Tax constitutional model and social rights

JORGE LUIS SALAZAR SOBLABUO (*)

SUMARIO: Introducción. I. Sistema tributario justo, redistributivo y promocional, criterio legitimador de la potestad tributaria. II. Deber constitucional de tributar. III. Tributo como presupuesto funcional del estado. IV. Garantismo tributario y política fiscal. V. Reformas para asegurar los derechos sociales. VI. Conclusiones.

Resumen: En el presente trabajo argumentamos sobre la existencia del tributo como elemento esencial en el sistema constitucional peruano. Propone razones para justificar la existencia del tributo en relación al ejercicio de los derechos sociales, que es la justificación, a su vez, material y moderna de la existencia del Estado Constitucional de Derecho. Así, plantea tres propuestas principales: el carácter del sistema tributario peruano, como sistema justo por ser redistributivo; el deber de tributar como esencial para que el sistema alcance sus objetivos; y el presupuesto como mecanismo fundamental para mate-

Doctor en Derecho por la Universidad Antenor Orrego, Doctorando de la Universidad Carlos III, Madrid, España. Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca y de la Escuela de Posgrado de la UNC.

rializar la naturaleza del sistema tributario en relación al ejercicio de los derechos sociales.

Palabras claves: Tributo, sistema tributario, deber de tributar, derechos sociales y presupuesto.

Abstract: This paper argues for the existence of the tribute as an essential element in the Peruvian constitutional system. Proposes reasons to justify the existence of the tribute in relation to the exercise of the rights social, that in last instance is it justification material and modern of the existence of the State constitutional of right. Thus, raises three proposed essential: the character of the system tax Peruvian, as system just by be redistributive, the duty of pay as essential to the system reach their objectives and budget as mechanisms essential to materialize it natural of the system tax in relation to the exercise of them rights social. **Words key:** Tribute, taxation, duty to pay tax, budget and social rights.

Introducción

El presente trabajo se centra en responder la interrogante de ¿cómo garantizar el ejercicio de los derechos sociales en un Estado Constitucional de Derecho, como es el Perú? Pretendemos resolver una antinomia entre una norma válida que establece derechos sociales, tales como a la salud, educación de calidad, al seguro social, al agua potable, de acceso a la justicia, entre otros, y una práctica gubernativa alejada de estos derechos por ausencia de políticas públicas de inversión social o de ausencia del Estado en los sectores más necesitados del país.

Este aporte aspira a ser la justificación externa a un modelo normativo expansivo, en mi opinión, en el ejercicio de su potestad tributaria. Es la justificación externa, (FERRAJOLI, 2006) requiere para otorgarle legitimidad a un ordenamiento jurídico, en ese caso al derecho tributario.

1. Sistema tributario justo, redistributivo y promocional, criterio legitimador de la potestad tributaria

Concebir al Derecho Tributario como sistema normativo justo, es una garantía no sólo como instrumento hermenéutico de la norma constitucional, sino como instrumento en el ámbito operacional del Derecho Tributario, es decir en la gestión, administración y recaudación de los tributos. Esta visión garantista de un moderno Derecho Tributario, se configura con determinadas características centrales y que dialécticamente se conjugan con el objeto final de todo el orden jurídico y de la propia existencia del Estado Constitucional de Derecho.

1.1 Delimitado ámbito de poder y competencia tributaria y presupuestaria

La regulación constitucional de la materia presupuestaria y tributaria, se nos plantea en dos sentidos:

En sentido estricto como Derecho Constitucional y por razón de la materia. En el primer aspecto, por cuanto la regulación del poder tributario y del presupuesto afecta a la organización de los poderes del Estado. La distribución de las facultades en materia presupuestaria (elaboración, aprobación, ejecución y control del presupuesto) entre distintos poderes del Estado y la definición del contenido constitucionalmente posible de la Ley del Presupuesto de una parte, así como la delimitación del poder tributario, de otra, son cuestiones fundamentales en la organización y reparto del poder en un Estado de Derecho.

Por ello, el reparto del poder tributario y presupuestal (el poder de gravar con tributos y el poder de gastarlos) constituye uno de los instrumentos de equilibrio político, cuya correcta definición constitucional asegura la conservación del sistema democrático. Este sistema de distribución de competencias puede, asegurando el ejercicio de los derechos sociales, estimarse suficiente para garantizar la legalidad de la imposición de los tributos y de la realización del gasto público siempre que exista una efectiva separación e independencia entre los distintos poderes. De ahí que, uno de los temas pendientes en el proceso de descentralización del Estado sea la descentralización fiscal, en donde la imaginación y el poder tributario enfrentan un nuevo reto.



En cuanto a la materia ésta es de Derecho constitucional por el rango

de las normas y la validez suprema que ellas contienen. La Constitución incorpora instituciones o conceptos elaborados por el Derecho Tributario y Financiero, elevándolos a la categoría de principios o normas constitucionales como máxima garantía jurídica de los derechos de los ciudadanos frente al poder fiscal del Estado.

1.2 Los tributos se originan por la voluntad de los ciudadanos, son en esencia formas de auto imposición

El moderno constitucionalismo se cimienta en el derecho del pueblo a consentir los tributos a través de sus representantes (no taxation without representation) y el correlativo derecho de aprobar el destino que se da a los mismos mediante el presupuesto. Esto es, el poder sobre la cartera (the power of the purse), como refieren los anglosajones, ha constituido el núcleo en torno al cual han girado las pugnas políticas sobre la organización y el reparto del poder político característico de las constituciones democráticas.

1.3 Establecimiento de límites al poder tributario, en donde la previsibilidad o certeza del tributo es la base esencial

La positivización constitucional de los principios tributarios y presupuestarios, como el de legalidad, no confiscatoriedad, justicia, entre otros, es decir su elevación a la categoría de normas supremas constitucionales y la asignación por el texto constitucional de potestades y competencias en materia financiera a los diferentes poderes del Estado, constituyen la más alta expresión del sometimiento del poder tributario al imperio de la ley constitucional, característico del Estado de Derecho y, por tanto, instrumento de garantía y de control, tanto jurídico como político, por parte de los ciudadanos del manejo de la Hacienda Pública.

Muchos se resisten a entender que la misión fundamental del Derecho Constitucional, es decir la de regular el ejercicio del poder y asegurar los derechos fundamentales de los ciudadanos frente al ejercicio incontrolado del poder, encuentra en la Hacienda Pública un ámbito decisivo de actuación, pues la incorporación al texto de la Constitución de los principios fundamentales de los tributos y la constitucionalidad del

procedimiento de aprobación del gasto público, responde precisamente a este propósito garantista característico del Estado de Derecho.

1.4 El modelo de la Constitución fiscal peruana se basa en un modelo tributario justo por ser redistributivo y promocional

El mandato constitucional de una política tributaria redistributiva tiene como finalidad garantizar la legitimidad del Estado no sólo respetando los derechos individuales, sino estableciendo los medios reales para satisfacer las necesidades básicas de las personas y de los pueblos locales o regionales, a través del proceso de elaboración, aprobación y ejecución y control del presupuesto. Es decir, el Estado para cumplir sus fines se sustenta en dos pilares: los ingresos (tributos) y el presupuesto (ingresos-gastos).

Dentro del modelo de sistema económico que la Constitución establece, el de economía social de mercado en el que coexisten empresa privada y sector público, el Estado además de ejercitar la función de regulador del sistema económico, toma a su cargo importantes sectores de la producción social en orden de alcanzar ciertas metas y objetivos como el de mejorar de la calidad de vida, generación de empleo, entre otros.

Lo que es resaltante, es que el Estado asume también una función social de redistribución de la renta y de la riqueza, aspectos que están en la esencia misma de la cláusula constitucional que configuran la naturaleza política de Estado como república social y democrática de Derecho, tal como está definido en los artículos 38° y 43°. Principios que no pueden entenderse como simples calificativos retóricos sin consecuencias jurídico-constitucionales, sino, por el contrario, han de considerarse como auténticos principios estructurales del orden jurídico y criterios hermenéuticos fundamentales del orden político y social establecido en la Constitución.

La relación entre la concepción de república social de Derecho (Estado asistencial, centrado en la prestación de bienes y servicios públicos) con la democracia y la economía social de mercado, pone de manifiesto el carácter de compromiso de la fórmula constitucional, pero al mismo tiempo reafirman la existencia de un mínimo de valores básicos admisibles por todos, fruto de la decidida voluntad de que la Constitución configure un marco social y económico en el que sea posible no sólo la



convivencia ciudadana libre y plural, sino también la realización, al menos mínima, de los proyectos de vida de las distintas fuerzas económicas y de las personas de distinto origen social. (Ver Sentencia del TC, en el Exp. N° 008-2003-AI/TC, fj 12)

Este contenido mínimo del principio del Estado social y democrático de Derecho queda determinado fundamentalmente por la comprensión de los valores superiores de la libertad, la igualdad y la justicia, de participación democrática en la formación del orden social y económico, entendidos no en su sentido meramente formal, sino en sus expresiones y contenidos materiales.

Pues la libertad política es irreal si no va acompañada de la libertad frente a las necesidades económicas. Que el derecho a la propiedad ha de tener como límite la funcionalidad para el orden social y económico y los derechos de los que participan en hacerla productiva no son absolutos. Que la seguridad no se entiende sólo como dimensión jurídica, sino también en la dimensión social en general; que la igualdad no lo es sólo frente a la ley, sino que se debe extender, en la medida de lo posible, a las cargas y beneficios, y que la participación se amplía a los bienes y servicios y a las formas de democracia social.

Solamente mediante la satisfacción de los contenidos mínimos que se expresan en el concepto de República social y democrática de Derecho podrá encontrar la Constitución el consenso democrático que legitime la organización política que da forma al nuevo orden social. El cumplimiento de esos contenidos mínimos pasa necesariamente (aunque no suficientemente) por una función redistributiva de bienes y rentas que la Hacienda Pública lleva a cabo por medio de un programa justo de ingresos (tributos) y gastos públicos.

Entonces, desde un enfoque garantista el contenido mínimo de la concepción de una república social y democrática tiene que ver con la satisfacción de los derechos económicos y sociales que constituyen los principios rectores de la política económica y social consagrados en el Capítulo II de la Constitución. Al respecto no comparto la idea de que si bien no todos estos derechos económicos y sociales son derechos subjetivos directamente ejercitados por los ciudadanos y exigibles por vía jurisdiccional, ante un juez o tribunal por ejemplo, sólo podrían ser

alegados como justificantes de una pretensión ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que disponga las leyes que los desarrollen, es el caso típico, por ejemplo, del derecho a la educación o el derecho a la salud.

Pues si bien estos derechos no son de eficacia inmediata, ello no significa que carezcan de valor jurídico, puesto que han de considerarse como normas jurídicas que obligan a los poderes públicos y en tanto que principios del orden social y económico, informarán a la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos pues contienen normas principios, esto es, determinados fines del Estado, lo que le otorga una eficacia legitimadora y deben fundamentar, por tanto, todo el funcionamiento del Estado y específicamente su Hacienda Pública.

Estos derechos económicos sociales pueden resumirse en: en el derecho al trabajo, el derecho al descanso laboral, el derecho a la seguridad social, el derecho a la salud, el acceso a la cultura, a la educación de calidad, la mejora de la calidad de vida, la conservación del patrimonio artístico, el derecho a una vivienda digna, el derecho a una pensión digna, el derecho al agua potable, entre otros.

Y aunque, carecen de eficacia positiva directa, pues requieren la mediación del legislador para ser exigibles mediante el presupuesto, tienen una enorme fuerza o eficacia negativa como límites a la disponibilidad del poder legislativo en su necesaria mediación para el desarrollo de estos derechos sociales en cuanto prohíben o inhiben los actos de los poderes públicos que manifiestamente los desconozcan o persigan objetivos contrarios o incompatibles con los valores que aquellos significan, pudiendo sustentar por ello, y de darse el caso, una demanda de inconstitucionalidad. Sin olvidar su indiscutible valor como criterio interpretativo, vinculante para los jueces y tribunales.

La “Constitución financiera o Constitución fiscal”, se nos presentan así como una pieza de fundamental relevancia dentro del orden constitucional para garantizar los derechos de las personas. La Constitución peruana de 1993 define un marco político e institucional muy preciso respecto de cual debe ejercitarse la función de nuestra Hacienda Pública. De dicho marco institucional se deducen una serie de principios jurídicos ordenadores de toda la actividad financiera del Estado



y demás entes públicos, los mismos que imponen deberes y límites jurídicos claros a los órganos a quien está encomendada la función de obtener ingresos a través del sistema tributario y de realizar gastos públicos. Este marco institucional aparece diseñado en una serie de preceptos de nuestra Constitución, que más luego vamos a precisar.

Entre todos estos aspectos existe una perfecta relación funcional de lo que se desprende una configuración del Derecho Tributario y Financiero (Hacienda Pública) como instrumentos de transformación y emancipación económica y social, en la medida en que los poderes públicos, a través de los programas de ingresos o de gastos públicos, aparecen comprometidos por virtud de los principios jurídicos y de los criterios rectores sancionados por la Constitución, en la consecución de un orden social más igualitario y más justo.

1.5 Sistema tributario justo por ser redistributivo

La justicia social, es decir la formación de la igualdad, de acceso a las oportunidades, satisfacción de las necesidades básicas (salud, educación, vivienda) de la población, no puede lograrse dentro del sistema de economía social de mercado que nuestra Constitución impone, sin la intervención decisiva de Hacienda Pública, porque hoy la igualdad y la justicia reales y efectivas suponen no sólo tomar en consideración el modo que se reparte la carga tributaria, es decir, si el sistema fiscal es justo o no en consideración a la cantidad de contribuyentes y el monto que aportan, sino que implica tomar en consideración también el destino de los ingresos obtenidos a través del sistema fiscal. Porque en el Estado social y democrático de Derecho resulta cada vez más claro que la función de los tributos no es únicamente la de financiar el aparato estatal, sino también distribuir la riqueza en el ámbito de la comunidad, ello implica que entre los tributos y los gastos públicos ha de existir una íntima conexión.

Es precisamente esta interdependencia, desde el enfoque garantista del derecho, lo que confiere al Derecho Tributario su carácter de Derecho redistributivo, es decir, un Derecho en el cual la rama de los Tributos debe de concebirse como un derecho que grava más a los que tienen más y la rama del Derecho del gasto público, debe ser una rama del Derecho a favor de los que menos tienen. Sólo de esta manera, a través de una función redistributiva del derecho tributario que funcione de manera desigual en

sus dos brazos, en el brazo del tributo y en el brazo del gasto público, puede garantizarse la exigencia constitucional de un orden más igualitario y más justo (República democrática y social), proporcionando a los ciudadanos un marco social y económico en el que se puedan realizar como personas libres mediante el disfrute de unos bienes que por naturaleza de su función social y económica, el Estado debe garantizar.

Una similar concepción promocional del Derecho, de finalidad tuitiva o compensadora que impone la superación de una igualdad y libertad meramente formales en garantía de la promoción de la igualdad real, ha sido aplicada por el Tribunal Constitucional al Derecho laboral, configurado como un ordenamiento compensador e igualador que corrige al menos, parcialmente las desigualdades realmente existentes entre el empleador y el trabajador.

Esta concepción del Derecho Tributario entra de lleno en lo que el profesor Bobbio ha denominado función distributiva y función promocional del derecho (BOBBIO, 1995). La función del derecho para este italiano, en forma general, no es tanto (aunque también contenga normas de este tipo) prevenir y reprimir los comportamientos desviantes o la de impedir el nacimiento de conflictos y facilitar su arreglo después de surgidos, sino más bien como repartidor de los recursos disponibles para influir en las condiciones de vida de las personas, estimular, incentivar y promover el comportamiento de individuos y grupos sociales considerados económicamente ventajosos teniendo en cuenta el bien común, el bienestar general. (Exenciones y bonificaciones tributarias subvenciones y transferencias presupuestarias, etc.).

La concepción limitativa y reduccionista del Derecho ha determinado que la definición de lo que es derecho se haya realizado tradicionalmente por los juristas por su referencia a su función protectora-represora, esto es, al Derecho privado y al Derecho penal (subyaciendo en ello su relación con la moral, no con la economía), que son aquellas partes del Derecho que no tienen una función directamente redistributiva o una función promocional. (GRANDEZ CASTRO, 2011)

Al considerar el papel del Derecho Tributario como el de un Derecho garantista, desigual o redistributivo no estamos haciendo otra cosa que comprometer el funcionamiento de la Hacienda Pública en el sentido

proclamado por la Constitución de 1993. Primeramente con su artículo 44°, cuando establece que es deber del Estado promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación, y en el artículo 59°, cuando obliga a los poderes públicos a estimular la creación de riqueza, garantizar la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria, asimismo a brindar oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad y, por tanto, manda remover los obstáculos que impiden el ejercicio pleno de la libertad y la igualdad entre todos los ciudadanos y grupos sociales, y el artículo 78° de la norma constitucional, que regula los criterios para la programación y ejecución presupuestaria.

Pues bien, los obstáculos de orden económico y social que pueden limitar de hecho la igualdad de los ciudadanos, se centran sustancialmente en la divergencia de las rentas y patrimonios que se profundizará si no se consigue un límite mínimo común para todos. Esta función de redistribución se cumple de una manera mucho más eficaz por la vía de los gastos públicos, mediante las transferencias o subvenciones que solo a través del sistema fiscal, por muy justo y muy progresivo que aparezca configurado en las leyes.

En el mejor de los casos, puede conseguir una redistribución proporcional, pero no progresiva, de la carga tributaria. En todo caso, un programa más justo de gastos públicos es más redistributivo que el más justo de los impuestos sobre la renta. Por eso la Constitución, en su artículo 77° prescribe que el Presupuesto asigna equitativamente los recursos públicos, su programación y ejecución responden a los criterios de eficiencia de necesidades sociales básicas y de descentralización.

Este dispositivo constitucional al incorporar un precepto que vincula a la hacienda pública para asignar equitativamente los gastos públicos, ha introducido una norma enormemente progresiva y garantista, para cumplir esta función redistributiva en relación con el artículo 44° y 59° y en definitiva en la articulación de esta cláusula constitucional con aquella que establece la naturaleza política del Estado peruano como una república social y democrática de Derecho.

El modelo estadual de República social y democrática de Derecho, asentado sobre una creciente socialización de las necesidades humanas y

del modo de satisfacerlas, genera un incremento de las demandas, expectativas y compromisos sociales (no siempre compatibles entre sí y pasibles de financiar) que en la conciencia de los ciudadanos se ha consolidado como una especie de derechos adquiridos de la colectividad frente al Estado, la misma que presiona cuanto no impone a los poderes públicos, a través del mercado político, compromisos sociales normativos de cierto modo irreversibles. La consecuencia de ello es que la hacienda pública debe cargar con los costos comunes de necesidades cada vez más socializadas, que debe financiar, en definitiva, a través de los tributos. La hacienda se encuentra entonces ante dos áreas simultáneas que no siempre son fácilmente conciliables entre sí.

Por un lado, debe recaudar la cuantía del tributo que se requiere para financiar las funciones de intervencionismo económico del sector público en detrimento de las ganancias e ingresos privados, aplicándola con racionalidad suficiente como para evitar perturbaciones en el proceso de crecimiento económico y de acumulación de capital. Por otro lado, la recaudación de los tributos tiene que hacerse de modo que consiga la mayor aceptación, tolerancia o aquiescencia social de los contribuyentes respetando los derechos fundamentales y que evite situaciones de conflicto social (resistencia o revueltas fiscales) como consecuencia del reparto de la carga tributaria o del volumen que alcance la presión fiscal y satisfaga así la creciente necesidad de legitimación del Estado.

2. Deber constitucional de tributar

En este contexto, de concebir al Derecho Tributario y al tributo como instrumentos garantizadores de los derechos sociales de la persona y en especial del contribuyente-receptor en el marco del Estado social y democrático de Derecho, es esencial el rol que cumple la persona, como contribuyente-pagador. Rol sin la cual no se podría constituir un sistema tributario justo y redistributivo, pues se carecería de una base material esencial.

Por ello, dentro de la concepción garantista, el deber de tributar debe concebirse como un deber-garantía para asegurar la concreción de los derechos sociales. Sin solidaridad no es posible el goce o el ejercicio de los derechos sociales.

En el Derecho Constitucional moderno cuando se argumenta sobre

los derechos, siempre la frase: <derecho a> viene acompañado de su otra cara: <el deber de>; de tal forma que, desde el derecho constitucional <derecho a - deber de> es una categoría jurídica muy importante para comprender el ejercicio de los derechos fundamentales.

Así, por ejemplo, cuando expresamos la idea de que todos tenemos el derecho a no ser detenidos, salvo por mandato judicial o en caso de flagrancia, este derecho constitucional, contiene el deber que tiene el Estado o cualquier elemento de la sociedad civil, de no privar de la libertad a ninguna persona, sin que haya orden judicial o sin que exista la comisión flagrante de un delito.

De igual forma, sucede con los derechos constitucionales que implican alguna prestación o un acto positivo del Estado. Así, todos tenemos el derecho a una educación gratuita, al menos primaria y secundaria; en otro caso, todos tenemos derecho a la salud. En el primer caso, el derecho de una persona a gozar de una educación gratuita, implica el deber del Estado de construir escuelas o colegios, de equiparlas con materiales e infraestructura adecuada, de conseguir y remunerar a buenos maestros. En el segundo, cuando la Constitución establece que todos tenemos el derecho a la salud, equivale a decir que el Estado tiene el deber de brindar prestaciones de salud, construyendo hospitales, equipándolos, pagando sueldos decentes y justos a médicos, entre otros. (Ver Sentencia del TC, Exp. N° 3208-2004- AA/TC fj.5)

Cuando el <derecho a> implica un <deber de no hacer> (no detener ilegalmente, por ejemplo) no requiere necesariamente un esfuerzo económico o material del Estado. Sin embargo, los derechos sociales (a la salud, a la educación, al acceso a la justicia, a la vivienda, etc.) contienen un <deber de> cuyo cumplimiento tiene un costo material, físico, tangible o económico por parte del Estado. El Estado tiene que invertir, tiene que gastar en nombre de todos nosotros, para posibilitar el ejercicio de tales derechos sociales. Sin inversión Estatal no existe posibilidad del ejercicio de los derechos sociales.

Ahora bien, ¿de dónde logra el Estado los recursos económicos para cumplir con su deber de posibilitar el ejercicio de los derechos sociales?. No hay otra respuesta: los obtiene apropiándose de parte de la riqueza

social que es producida por las personas naturales o jurídicas en sus variadas actividades económicas o no económicas que ellas realizan.

A esta riqueza social de la que se apropia el Estado para que sea destinada al ejercicio de los derechos sociales, se les llama Tributos. Esa apropiación es incluso compulsiva, por la fuerza (siempre ha sido así) sólo que en un Estado Constitucional de Derecho, esa apropiación de una parte de la riqueza social que llamamos tributos, debe encontrar justificaciones éticas y morales para que los ciudadanos se avengan en forma voluntaria y pacífica a entregarle al Estado, esa parte de su producto o de la riqueza que ellos han generado, en algunos casos, con la oposición del propio Estado.

Uno de los argumentos que el Derecho ha creado para justificar la entrega de los tributos a favor del Estado, es el deber de contribuir, como mandato moral de hacer algo, sea por imperativo de la ley o por una regla general de la moral política, es decir de las reglas de comportamiento ciudadano frente a la polis, o sea frente a los demás ciudadanos. Ese deber contiene un elemento, una regla de comportamiento, que la filosofía política llama solidaridad. Entonces, el deber de tributar, es decir la obligación de entregar parte de nuestro patrimonio al Estado, tiene como fundamento la solidaridad, ese mandato moral que conlleva a que todos compartamos algo de nuestra riqueza o de nuestra situación buena, a favor de los que no tienen o de extender las buenas posiciones que uno ha logrado a lo largo de su vida, para que todos tengan la misma posibilidad de obtenerlas y gozarlas. Entonces, la solidaridad “implica creación de un nexo ético y común que vincula a quienes integran una sociedad política. Expresa una orientación normativa dirigida a la exaltación de los sentimientos que impulsan a los hombres a prestarse ayuda mutua, haciéndoles sentir que la sociedad no es algo externo, sino consustancial”.

Entonces, el Estado puede construir escuelas, remunerar adecuadamente a los maestros y a los profesionales de la salud, construir hospitales, crear juzgados, remunerar decentemente a los jueces, o brindar seguridad, si y solo si obtiene de los ciudadanos (contribuyentes) los fondos necesarios, para invertirlos y financiar los derechos sociales. Sin tributos no existe posibilidad de ejercitar los derechos sociales.



El deber de tributar, como expresión del deber de ser solidario, si bien

no es recogido expresamente en nuestra Constitución, deviene en un valor implícito en el orden constitucional y legal. Así lo ha determinado nuestro Tribunal Constitucional, el mismo que señala que:

“En una sociedad democrática y justa, la responsabilidad de la atención de los más necesitados no recae solamente en el Estado, sino en cada uno de los individuos con calidad de contribuyentes sociales.”, A “todo tributo, le es implícito el propósito de contribuir con los gastos públicos, como una manifestación del principio de solidaridad que se encuentra consagrado implícitamente en la cláusula que reconoce al Estado peruano como un Estado Social de Derecho”. (Ver Sentencia del TC, Exp. N° 0011-2002-AI/TC)

Se trata pues, de reglas de orden público tributario, orientadas a finalidades plenamente legítimas, cuales son contribuir, de un lado, a la detección de aquellas personas que, dado su carencia de compromiso social, rehúyen a la potestad tributaria del Estado y, de otro, a la promoción del bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la nación (artículo 44° de la Constitución), mediante la contribución equitativa al gasto social. (Ver Sentencia del TC, Exp. N°2945-2003-AA/TC)

El deber de tributar se encuentra consagrado de manera implícita en el artículo 43° de la Constitución, al señalar que: “La República del Perú es democrática social, independiente y soberana. El estado es uno indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de separación de poderes” y además, en el artículo 36° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que prescribe que: “Toda persona tiene el deber de pagar los impuestos establecidos por la ley para el sostenimiento de los servicios públicos”.

3. Tributo como presupuesto funcional del Estado

Surge así el tributo como presupuesto funcional del Estado Social, considerando las características del mismo. Por un lado, su capacidad productiva y su flexibilidad, que le permite adaptarse a las necesidades financieras de cada momento, y lo convierten en un instrumento crucial

para afrontar las crecientes necesidades financieras del Estado. Por otro lado, por su aptitud para producir un efecto de redistribución de rentas, compatible con los derechos y libertades constitucionales, al permitir detraer mayores recursos económicos de las economías privadas más favorecidas, y menos (o incluso ninguno) de las menos favorecidas.

4. Garantismo tributario y política fiscal

Si precisamente la visión garantista del Derecho busca remover todos los obstáculos, materiales y subjetivos que impiden el ejercicio libre y pleno de los derechos constitucionales, el garantismo tributario buscará, a través de la política fiscal, remover los obstáculos materiales y económicos, los desequilibrios sociales derivados de la desigual distribución y acumulación de la riqueza, o de las necesidades básicas incumplidas, a través de una política tributaria y un sistema fiscal justo y redistributivo.

La política tributaria garantista, por tanto, será el reverso de la medalla, la misma que en su anverso tendrá al presupuesto como mecanismo para aliviar los desequilibrios sociales y promover la justicia social. Una política tributaria garantista, cabalgará a caballo entre un sistema tributario justo y un presupuesto redistributivo.

El garantismo se vincula a una filosofía política que impulsa el proyecto de un Derecho Tributario justo y redistributivo, basado en la presencia mínima o restringida del poder tributario, y por tanto, en la idea que el tributo sólo se justifica en la medida que cumpla con la finalidad redistributiva, de satisfacción de necesidades sociales y de equilibrio de la riqueza individual, es decir si en la realidad de las relaciones económicas y sociales permite reducir las desigualdades y genere posibilidades de auto-determinación. Finalmente, desde una visión garantista se justifica el deber de tributar si en la práctica, la administración tributaria asegura el cumplimiento de tal finalidad.



5. Reformas constitucionales para asegurar los derechos sociales

Como hemos visto el Tribunal Constitucional a través de diversas sentencias ha venido refiriéndose, para asegurar el ejercicio de los derechos sociales, al concepto de “mínima actuación del Estado a través del establecimiento de servicios públicos” dejando que el gobierno en ejercicio de sus facultades estableciera esos mínimos presupuestarios. Sin embargo, en la acción práctica gubernativa y a pesar del gran apogeo de los ingresos tributarios que se ha tenido en los últimos cuatro gobiernos (2002-2015), pues se calcula que el Perú ha recibido más de 30 mil millones de dólares por conceptos de impuestos (DEL VALLE, 2013) a pesar de la altísima evasión y elusión que existe, los servicios básicos (educación y salud por ejemplo) no han mejorado como requieren los contribuyentes y, en algunos sectores, se han deteriorado (seguridad pública y seguro social).

Considero que desde la posición garantista de esos derechos, es decir del cómo asegurar su ejercicio por parte de los contribuyentes, no es suficiente el señalamiento tan genérico del Tribunal Constitucional sobre la intervención “mínima del Estado”. Se requiere fortalecer y ampliar las garantías normativas que vinculen a los gobierno a cumplir con esas mínimas intervención.

En ese sentido, desde el garantismo, sería conveniente que por vía interpretativa o incluso mediante reforma constitucional se realicen un conjunto de cambios en el ordenamiento constitucional encaminados a introducir mínimos vinculantes a la política presupuestaria, a través de la constitucionalización de objetivos tales como la incidencia porcentual del gasto público en la satisfacción de las necesidades básicas, limitación a la presión fiscal y de la incidencia del gasto público respecto del producto interior bruto. Lo más relevante, en cualquier caso, es que esa tendencia de hacer valer el cálculo económico y las reglas del mercado como vínculos límites frente al Estado democrático y social que no se ha quedado en el plano de lo político-cultural sino que han empapado la política y los niveles institucionales de gobierno de la economía, como lo muestra la generalizada política de “desregulaciones”, privatizaciones de empresas y servicios públicos y fijación al límite al gasto público, sea trasladada al cálculo económico de la satisfacción de los derechos sociales.

En ese sentido, se requiere iniciar una discusión sobre la
modificatoria de los artículos 77° y 78° de la Constitución Política.

El Artículo 77° prescribe, que:

“Art. 77°.- (...)”

El presupuesto asigna equitativamente los recursos públicos, su programación y ejecución responden a los criterios de eficiencia de necesidades sociales básicas y de descentralización.”

La frase prescribiendo que: “El presupuesto (...) responden a los criterios de eficiencia de necesidades sociales básicas y de descentralización”, es gramaticalmente un contrasentido pues en lugar de consignar que el presupuesto de la republica cumpla con el criterio de justicia y equidad social prescriba un criterio vacío, que se presta a cualquier interpretación en el momento de elaborar el presupuesto general. En todo caso, debería indicarse expresamente que la programación ejecución presupuestaria responden a los criterios de satisfacción del ejercicio de las necesidades básicas de los ciudadanos. Esto ayudaría a que el proceso de elaboración, aprobación y ejecución presupuestaria estén vinculados jurídicamente a un contenido del gasto público dirigido fundamentalmente, aunque no exclusivamente, a satisfacer el ejercicio de la educación de calidad, servicios de salud, servicios de justicia, etc. Incluso, se podría sugerir que en este artículo contenga expresamente los “mínimos” porcentuales que el presupuesto de la república debería contener, por ejemplo, que la partida de educación no tenga menos que el 6% por ciento de total del gasto público, o que salud no tenga asignado menos del 8% del gasto total para cubrir las necesidades básicas más importantes en este periodo de tiempo que cubre el presupuesto.

Por otro lado, el artículo 78°, prescribe:

“Artículo 78°.- (...)”

El proyecto presupuestal debe estar efectivamente equilibrado. (...)

No puede aprobarse el presupuesto sin partida destinada al servicio de la deuda pública”.

Es desconcertante verificar como en una república democrática y social como es el Perú, exista el mandato constitucional de pagar la deuda externa como prioridad presupuestaria, es decir en cada presupuesto anual que el Congreso apruebe, se debe asegurar el pago de deuda con organismos y gobiernos extranjeros, sin que con el mismo razonamiento y obligación constitucional, se contemple una prescripción mandatoria (obligación a) de establecer los mínimos porcentuales para asegurar el gasto público para financiar, sobre todo, las necesidades básicas sociales.

Conclusiones

- La propuesta garantista del derecho tributario, asegura el ejercicio de los derechos sociales a través de un sistema tributario justo y redistributivo, donde el Estado, vía la hacienda pública y el presupuesto, viabiliza la realización de prestaciones a favor del contribuyente en educación, salud, etc., y por tanto asegure su legitimidad material.
- Desde la perspectiva garantista, es posible elaborar un Derecho Tributario cuya piedra angular ya no sea únicamente el interés del fisco, sino más bien, la protección y promoción de los derechos sociales e individuales del contribuyente, en su calidad de receptor o pagador.
- Desde un enfoque garantista se debe iniciar el debate sobre la modificación constitucional para asegurar el ejercicio de los derechos sociales. En ese sentido se debe plantear la modificación de los artículos 77° y 78° de la Constitución. El primero se debe precisar y mejorar la redacción para asegurar que el presupuesto debe regularse con el criterio de “satisfacer el ejercicio de satisfacción de las necesidades básicas. Y el segundo, 78°, en donde se prescriba los montos mínimos presupuestarios.

Lista de referencia

ADAMe goDDArD, J. (2002). Derechos Fundamentales y Estado. Instituto de Investigaciones Jurídicas, N°96, 59-85.

AncHuStegui igArtuA, E. (2013). El tiempo de la filosofía política. Lima:

Grijley.

AriStoteleS. (2003). La Política. Lima: Cuadernos Didácticos. Atienza, M.

(2010): Teoría de la Argumentación Jurídica. Lima: Palestra

bArquero eStebAn, J.M. (2002). La Función del tributo en el Estado Social y democrático de Derecho. Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales.

brAVo Cucci, J. (2007). Fundamentos de Derecho Tributario. Lima: Grijley.

bobbio, N. (1995). Prólogo a Derecho y razón. Teoría del garantismo penal de Ferrajoli, Luigi. Madrid: Trotta.

BuJAnDA, S. D. (1975). Hacienda y Derecho. Madrid: Instituto de Derechos Políticos.

CArVAIHó, P. (1998). Teoría de la norma tributária. Sao Paulo: Max Limonad.

CAScAJó CAStro, J. L. (1998). La tutela constitucional de los derechos sociales. Madrid: Cuadernos de Debates 5.

CASAS, J.O. (2002). Derechos y Garantías Constitucionales del Contribuyente, A partir del principio de reserva de ley tributaria. Buenos Aires-Argentina: Edit Ad-hoc.

CArbonell, M. (2003). El principio constitucional de igualdad. México: Edit. Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

CArbonell, M. y SAIAzAr, P. (2005) Garantismo, Estudios sobre el Pensamiento jurídico de Luii Ferrajoli. Madrid: Edit. Trotta.

CHAVez AckerMAnn, P. (C.): Tratado de Derecho Tributario, Lecciones dictadas por el Dr. Dino Jarach, Lima: Instituto de Investigaciones de la Facultad de Ciencias Contables.

De BArroS CArVAIHó, P. (2012). Curso de Derecho Tributario. Lima: Gijley.

FernAnDez SeSSArego, C. (2005). Comentarios a la Constitución, La Constitución comentada, T I. Lima: Gaceta Jurídica.



FerrAJoli, L.

- (1995). Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta.
- (2001). Derechos y garantías. La ley del más débil. Madrid: Trotta
- (2010). Principio Iura. Ts.I.II.III. Madrid: Trotta.
- (2013). Democracia en Derechos. Madrid: Edit. Trotta.
- GArciA BelSunce, H. (2003). Tratado de Tributación, T.I. Buenos AiresArgentina: Astrea.
- GArciA EtcHegoyen, M.F.(2004) El Principio de Capacidad Contributiva. Evolución dogmática y proyección en el derecho argentino. Buenos Aires-Argentina: Edit. Abaco de Rodolfo Desalma.
- GrAnDez CAstro, P. (Editor) (2011). El Derecho frente a la pobreza. Lima: Palestra.
- HArt, H. (1998). El Concepto del Derecho. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- HernAnDez Berenguel, L. (1993). El poder tributario y la nueva Constitución. Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario, N° 24, junio 1993,pp. 12, 57.
- PeceS BAraB, G. (1999). Curso de Derecho Fundamentales. Madrid: Dykinson.
- PeceS-bArBA MArtinez, G. (1988). Historia de los Derechos Fundamentales T 1. Madrid: Dykinson.
- PeLAyo, P. A. (1990). Temas de Derecho Tributario. Madrid: Temas.
- PiketTy, T. (2014). El capital en el siglo XXI. Madrid: Fondo de Cultura Económica.
- PIAZAS VegA, M. (1995). El liberalismo y la teoría del tributo. Santa Fe de Bogotá: Temis.
- ReAle, M. (1995). Teoría tridimensional del derecho. Lima: UNMSM
- Rubio CorreA, M. (1999). Estudio de la Constitución Política de 1993, Tomo 2. Lima: PUCP.
- SAinz De BUJAnDA, F. (1977). Sistema de Derecho Financiero, T I. Madrid: Universidad Complutense.

Derecho Financiero.

SeVillAno CHAVez, S. (2014). Lecciones de Derecho Tributario, Principios Generales y Código Tributario. Lima: PUCP.

Soler H, O. (2001). Los Derechos y Defensas del Contribuyente. Buenos Aires: La Ley.

Spisso, R. (2003). Derecho Constitucional Tributario. Buenos Aires: De Palma.

NORMAS LEGALES CONSULTADAS

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Convención Interamericana de Derechos Humanos

Constitución Política del Perú 1993

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia en el Exp. N°0689-2000-AA/TC

Sentencia en el Exp. N°0976-2001- AA/TC.

Sentencia en el Exp. N°2762-2002-AA/TC

Sentencia en el Exp. N°0964-2002-AA/TC

Sentencia en el Exp. N°2409-2002-AA/TC

Sentencia en el Exp. N°0918-2002-AI/TC

Sentencia en el Exp. N°2488-2002-HC/TC.

Sentencia en el Exp. N°2727-2002-AA/TC

Sentencia en el Exp. N°0008-2003-AI/TC

Sentencia en el Exp. N°0858-2003-AA/TC

Sentencia en el Exp. N°2945-2003-AA/TC.

Sentencia en el Exp. N°0018-2003-AI/TC

Sentencia en el Exp. N°0001-2004-AI/TC

Sentencia en el Exp. N°0050-2004-AI/TC

Sentencia en el Exp. N°0042-2004-AI/TC

Sentencia en el Exp. N°3208-2004-AA/TC

Sentencia en el Exp. N° 3208-2004-AA/TC.

Sentencia en el Exp. N°3741.2004-AA/TC Sentencia en el Exp. N°0048-2004-AI/TC.

Sentencia en el Exp. N°050-2004-AI/TC



Sentencia en el Exp. N°051-2004-AI/TC

Sentencia en el Exp. N°004-2004-AI/TC

Sentencia en el Exp. N°0001-2004- AI/TC

Sentencia en el Exp. N°0041-2004- AI/TC

Sentencia en el Exp. N°1417-2005-AA/TC

Sentencia en el Exp. N°0023-2005- AI/TC

Sentencia en el Exp. N°1417-2005-AA/TC

Estrategias económico-legales para promover el uso sostenible del servicio público de bibliotecas en la Municipalidad Provincial de Cajamarca

Economic-legal strategies to promote the sustainable use of the library

public service in the Cajamarca

Provincial Municipality

LUIS ÁNGEL ROJAS TORRES ()

luis ángel rojas torres (*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Detalle específico del caso. III. Marco Legal de nuestras propuestas. IV. Conclusiones.

Resumen: El artículo académico que nos ocupa en esta oportunidad, y que tengo el agrado de publicar en esta insigne revista, está directamente orientado a desarrollar las diversas estrategias económico-legales que permitan promover el uso sostenible del servicio público de



Constitucional y Derechos Humanos. Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca.

bibliotecas en la Municipalidad Provincial de Cajamarca-Perú. En ese sentido, la iniciativa surge ante el evidente panorama que configura el problema de la ausencia masiva de lectores que hagan uso del servicio municipal antes descrito. Problema que nos impulsa a recoger y valorar la experiencia de la legislación comparada en Latinoamérica y Europa y tomarlo como referente orientador en nuestra realidad.

Palabras clave: Servicio público de bibliotecas; ausencia masiva de lectores; legislación comparada; uso sostenible; estrategias económico-legales y propuestas.

Abstract: The academic article that we occupy this opportunity, and which I am pleased to publish in this distinguished magazine, is directly oriented to develop the various economic-legal strategies that allow promoting the sustainable use of the public library service in the Provincial Municipality of Cajamarca-Perú. In this sense, the initiative emerges before the evident panorama that configures the problem of the massive absence of readers who make use of the municipal service described above. A problem that compels us to collect and value the experience of comparative legislation in Latin America and Europe and take it as a guiding reference in our reality.

Keywords: *Public libraries service; mass absence of readers; comparative legislation; sustainable use; economic-legal strategies and proposals.*

I. Introducción

I.1. *El servicio público a estudiar*

La Municipalidad Provincial de Cajamarca brinda el servicio público de Biblioteca Municipal desde el 30 de octubre de 1938⁽¹⁾, bajo el nombre de “José Gálvez Egúsqüiza”. Actualmente esta biblioteca funciona en un local municipal cito en el Jr. Atahualpa N° 618 de esta ciudad.

Dentro de los servicios que se ofrecen, podemos señalar los siguientes:

- Consulta de lectura en sala, con una capacidad para 300 lectores;

(1) Disponible en: http://www.municaj.gob.pe/_bibliot.php. Extraído el 05/10/16.

- Servicio de hemeroteca;
- Servicio de internet; y
- Servicio de fotocopiado.

I.2. Identificando el problema a analizar

Hemos podido observar que el servicio público de biblioteca municipal en Cajamarca, específicamente el servicio de lectura en sala y el de hemeroteca, presentan actualmente un grave problema. Problema que se puede explicar con la ausencia masiva de lectores que hagan uso de las instalaciones destinadas para tales fines. Ante ello, creemos conveniente poder aplicar los lineamientos del análisis económico del derecho y de la legislación comparada, para postular una posible y eficiente solución.

II. Detalle específico del caso

II.1. Perspectivas doctrinales

- La investigadora mexicana Rosa Luz Dávila Castañeda, en su artículo publicado en el portal iberoamericano de gestión pública, realiza un amplio y detallado estudio vinculado con la escasez de lectores en Latinoamérica. En ese sentido, apunta que uno “(...) de los problemas más graves que afectan a la industria editorial (...)”, incluido los servicios públicos de bibliotecas, “(...) es la falta de lectores (...)”, agregando que los “(...) más de 500 millones de habitantes de AL consumen casi 900 millones de libros al año, por lo que el promedio no alcanza dos libros anuales por persona (...) Ello puede atribuirse a diversos factores, como el reducido poder adquisitivo de los consumidores, los bajos estándares culturales y educativos, la falta de técnicas innovadoras de enseñanza y promoción de la lectura, la carencia de un sistema de bibliotecas amplio y eficiente y la ausencia de campañas estatales de promoción lectora” (Dávila Castañeda, 2005, pág. 17);



- En ese sentido, el escritor peruano Javier Arévalo en un artículo publicado en el diario la Prensa, manifestó que la “(...) *falta de bibliotecas públicas bien implementadas con libros para todas las edades* y la *disminución de estos espacios, de 1200 a 800 a nivel nacional en los últimos diez años, han impedido el fomento de la lectura en la población (...)*” (Arévalo, 2014);
- A su turno, según el último informe del programa para la evaluación internacional de estudiantes-PISA 2015, los países de Latinoamérica ocupan los últimos puestos en comprensión lectora y acceso a material bibliográfico, siendo el Perú el último del ranking (Pisa, 2015);
- Por su parte, en el artículo académico publicado por el profesor de la Universidad de Salamanca, doctor José Antonio Merlo Vega, bajo el título “*la biblioteca pública como promotora de la lectura*”, nos manifiesta que el “(...) *fomento de la lectura y las bibliotecas públicas son dos realidades indisolubles (...)*”, agregando claramente que las “(...) *bibliotecas públicas no se entenderían si entre sus funciones no estuviera la promoción de la lectura. La lectura nunca ha estado de moda. Las bibliotecas tampoco. Sin embargo, ambas siguen su curso como un hecho (la lectura) y un agente (la biblioteca) claves para el desarrollo personal de los ciudadanos (...)*” (Merlo Vega, 2006); y
- Finalmente, Eduardo Puente, director de la biblioteca de la facultad latinoamericana de ciencias sociales de Colombia, expresó ante el Segundo Congreso Latinoamericano de Bibliotecarios, que la “(...) *biblioteca debe responder a las necesidades de los jóvenes, no al revés*”, señalando “(...) *que estos centros se deben acoplar a las nuevas tecnologías, como el uso de Facebook o Twitter (...) para interactuar con las redes de jóvenes y mostrar los servicios que ofrece*”(2).

II.2. Legislación comparada

Antes de desarrollar la legislación comparada vinculada con el tema, es necesario desarrollar los siguientes puntos que nos permitirán contar con un enfoque mucho más amplio:

(2) Segundo Congreso Latinoamericano de Bibliotecarios. Disponible en: <http://www.andes.info.ec/es/actualidad-reportajes/bibliotecarios-ecuador-colombia-debaten-formas-incentivar-lectura.html>. Extraído el 05/10/16.

– *Programas de promoción lectora en el mundo*(3)

Observemos en el siguiente cuadro resumen los diferentes programas que impulsan la actividad lectora en el mundo, veamos:

País:	Programa de promoción de lectura:
Brasil	Plan nacional del libro y la lectura.
Chile	Plan de fomento de la lectura.
Colombia	Mil maneras de leer.
Cuba	Programa nacional por la lectura.
El Salvador	Plan nacional de lectura y bibliotecas
España	Plan de fomento de la lectura
México	Programa nacional de lectura
Venezuela	Plan revolucionario de lectura
Perú	Plan lector.

– *Los que más leen en el mundo*(4)

En el siguiente cuadro resumen apreciamos los países con mayor capacidad lectora, según la UNESCO:(5)

País:	Condición lectora:
Japón	Ocupa el primer lugar en hábito de lectura. En consecuencia el 91% de su población está acostumbrada constantemente a leer. Por ejemplo, un japonés promedio leerá en un año, entre 46 y 47 libros.
Corea del Sur	Un 65% de su población tiene hábito constante de lectura.
Islandia	Los islandeses leen unos 40 libros al año, representando el 60 % de su población.

(3) Disponible en: <http://www.planlectura.educ.ar/listar.php?menu=7>. Extraído el 06/10/16.

(4) Disponible en: <http://programacontactoconlacreacion.blogspot.pe/2012/03/los-que-mas-leenen-el-mundo.html>. Los que más leen en el mundo. Extraído el 08/10/16.

- (5) Un dato curioso: Uno de cada diez islandeses publicará un libro a lo largo de su vida. Esto hace

de Islandia, la mayor generadora de escritores en el mundo. Si tenemos en cuenta que Islandia cuenta con 100.000 habitantes sólo en su capital, nos haremos a la idea de que la ciudad tiene 10.000 autores entre su población, con libros publicados todos al cien por cien en islandés como defensa y preservación de su idioma. En ese sentido, los islandeses compran más libros per cápita que cualquier otro país del mundo.

II.2.1. El caso colombiano: “Mil maneras de leer”

Colombia denominada por la UNESCO como la ciudad de las bibliotecas, cuenta con un plan nacional de lectura creado bajo el siguiente marco legal:

- Ley General de Cultura N° 397 del año 1997, que establece en su artículo 24: *“Los gobiernos nacional, departamental, distrital y municipal consolidarán y desarrollarán la Red Nacional de Bibliotecas Públicas, coordinada por el Ministerio de Cultura, a través de la Biblioteca Nacional, con el fin de promover la creación, el fomento y el fortalecimiento de las bibliotecas públicas y mixtas y de los servicios complementarios que a través de estas se prestan. Para ello, incluirán todos los años en su presupuesto las partidas necesarias para crear, fortalecer y sostener el mayor número de bibliotecas públicas en sus respectivas jurisdicciones”* (6);
- Documento CONPES N° 3162 del año 2002. “Lineamientos para la Sostenibilidad del Plan Nacional de Cultura”; y
- Ley N° 98/93 sobre democratización y fomento del libro colombiano.

Por su parte, el plan nacional de lectura en Colombia, impulsa las siguientes estrategias económicas para incentivar la actividad lectora:

- a) Los parques biblioteca(7), son bastante conocidos y reconocidos mundialmente, incluso premiados en varias ocasiones por su labor. Este proyecto se ha ido consolidando a lo largo de los años, en su empeño de realizar una buena gestión bibliotecaria y cultural con el objetivo primordial de transformar las ciudades de Bogotá, Cali y Medellín en “ciudades lectoras”. Desde tal óptica, se trata de un programa bibliotecario único, bajo la concepción de que las bibliotecas públicas son un gran instrumento para conseguir cohesión

(6) Disponible en: http://www.colombiaaprende.edu.co/html/familia/1597/articles-204015_archivo1.pdf. Extraído el 23/10/16.

(7) Parque biblioteca presbítero José Luis Arroyave, disponible en: <http://www.elcolombiano.com/blogs/prensaescuela/tag/parque-biblioteca-doce-de-octubre>. Medellín. Extraído el 02/11/16.

Parque biblioteca España, en: <https://www.pinterest.com/pin/369013763188298311/>. Medellín. Extraído el 02/11/16.

social, alfabetización, mejora del nivel educativo y ayudar a la resolución de conflictos.

Por consiguiente, se trata en fin de conseguir “bibliotecas vivas”, en las que los usuarios de dicho servicio puedan disfrutar de la lectura, al mismo tiempo que crear, enseñar, aprender, informarse y relacionarse socialmente.

b) Las bibliotecas móviles y estacionarias(8), con su lema sacad los libros a la calle, busca exponer periódicamente los documentos de la biblioteca en cualquier lugar de la ciudad.

II.2.2. El caso español: “Plan de fomento lector”

España cuenta con un plan de lectura muy novedoso creado bajo el siguiente marco legal, veamos:

- El plan de fomento de la lectura del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte Español; y
- Ley de la lectura, del libro y de las bibliotecas, Ley N° 10/2007, expresando que: *“Los planes de fomento de la lectura considerarán la lectura como una herramienta básica para el ejercicio del derecho a la educación y a la cultura, en el marco de la sociedad de la información y subrayarán el interés general de la lectura en la vida cotidiana de la sociedad, mediante el fomento del hábito lector”* (9).

Por su parte, el plan de lectura español, impulsa los siguientes mecanismos económicos para incentivar la actividad lectora(10), apreciemos:

a) Campeonato de lectura

- (8) Biblioteca móvil, disponible en: <http://diariodelhuila.com/neiva/el-bibliobus-ya-esta-rodando-cd gint20140124075857157>. Colombia. Extraído el 02/11/16. Biblioteca estacionaria, disponible en: <https://leseg.wordpress.com/2013/08/16/la-biblioparada/>. Colombia. Extraído el 12/11/16.
- (9) Disponible en: <http://www.meecd.gob.es/cultura-meecd/areas-cultura/libro/mc/pfl/introduccion.html>. Extraído el 12/11/16.
- (10) Disponible en: <http://bid.ub.edu/17fenol2.htm>. Extraído el 13/11/16.

Impulsados por la biblioteca del Municipio de Zaldibar (España), estableciendo novedosos incentivos para los integrantes de su comuna; y

b) El premio nacional y municipal de fomento de la lectura.

Establecido como una política de gobierno que permite impulsar las estrategias de fomento de lectura y consolidar la participación activa de las personas naturales y jurídicas en el logro de tales fines (Merlo Vega, 2006, pág. 14).

III. Marco legal de nuestras propuestas

Luego de haber analizado las diversas experiencias en los programas o planes para el desarrollo de la lectura tanto en Colombia como en España, señalaremos a continuación la base legal que sustenta nuestras propuestas y de esa forma lograr implementar en nuestra realidad, dichas experiencias, claro, estableciendo su debida y correcta fundamentación dentro de nuestro marco legal, veamos:

a) Basamento constitucional⁽¹¹⁾

Artículo 195, numerales 5 y 8 de nuestra Constitución Política, en donde se establece que los gobiernos locales promueven el desarrollo y la economía local, teniendo dentro de sus competencias, el poder organizar y administrar los servicios públicos (biblioteca municipal) que estén bajo su responsabilidad. Por su parte, asumen también las competencias para desarrollar y regular actividades y/o servicios en materia educativa.

(11) Art. 195.- Competencia de los Gobiernos Locales. Los gobiernos locales promueven el desarrollo y la economía local, y la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con

reglamentar y administrar los servicios públicos locales de su responsabilidad.⁸ Desarrollar y regular actividades y/o servicios en materia de educación, salud, vivienda, saneamiento, medio ambiente, sustentabilidad de los recursos naturales, transporte colectivo, circulación y tránsito, turismo, conservación de monumentos arqueológicos e históricos, cultura, recreación y deporte, conforme a ley.

b) Ley orgánica de municipalidades⁽¹²⁾

Artículo 82 numeral 11 de la Ley orgánica de municipalidades, Ley N° 27972, en donde se establece la necesidad local de organizar y sostener las bibliotecas municipales, invirtiendo en infraestructura y tecnologías adecuadas.

c) Ley de democratización del libro y fomento de la lectura⁽¹³⁾

- Artículo 2 numeral 1 de la Ley N°. 28086, en donde se establece la necesidad de crear conciencia pública del valor y función del libro; y
- Artículo 3 numeral 7 de la Ley N°. 28086, en donde se señala la necesidad de organizar concursos y otorgar premios para quienes contribuyan con los objetivos de la presente ley.

IV. Conclusiones

En consecuencia, y luego de haber señalado las bases constitucionales y legales pertinentes, es factible aplicar como estrategias y/o mecanismos económicos de fomento de la lectura en la Biblioteca Municipal de Cajamarca, las siguientes: Impulsar el programa de construcción de parques biblioteca en Cajamarca; Impulsar el programa de implementación de bibliotecas móviles y estacionarias en la comuna; Establecer trimestralmente la organización de la maratón de lectura entre los colegios y universidades de la zona, estableciendo tres niveles de participación:

(12) Artículo 82.- Educación, Cultura, Deportes y Recreación. Las municipalidades, en materia de educación, cultura, deportes y recreación, tienen como competencias y funciones específicas compartidas con el gobierno nacional y el regional las siguientes: 11. Organizar y sostener centros culturales, bibliotecas, teatros y talleres de arte en provincias, distritos y centros poblados.

(13) **Artículo 2º.- Objetivos Son objetivos de la presente ley: 1.** Crear conciencia pública del valor y

función del libro como agente fundamental en el desarrollo integral de la persona, en la transmisión del conocimiento, en la afirmación de la identidad nacional, en la difusión cultural y en la promoción y estímulo de la investigación científica y social.

Artículo 3º. - Promoción del libro y de fomento de la lectura. Para el cumplimiento de los objetivos establecidos en la presente ley, el Estado favorece: **7.** Organizar concursos y otorgar premios y estímulos para autores, editores y personas que contribuyan al objetivo de los fines de la presente ley, de acuerdo al Reglamento.

- a. Maratón de lectura para niños hasta los diez años, con incentivos y premios adecuados a su edad, incluyendo por ejemplo el acceso directo a los centros de recreación municipal;
- b. Maratón de lectura para adolescentes hasta los 17 años, con el siguiente rango de premios: Becas de estudio en universidades privadas; acceso directo a universidades públicas mediante convenio; laptops; tablets y agendas electrónicas; y
- c. Maratón de lectura para adultos, con premios que podrían incluir desde viajes vacacionales, hasta la exoneración del 50% en el pago del impuesto predial en la comuna.

Finalmente, se debe instaurar anualmente el *Premio Municipal de Fomento de la Lectura en Cajamarca*, dirigido tanto a personas naturales como jurídicas, con atractivos incentivos económicos que permitan impulsar dicha labor.

Referencias

AréVALo, J. (22 De Abril De 2014). Un Cuarto De Las Bibliotecas Peruanas Desaparecieron En La Última Década. *La Prensa*. Recuperado El 06 De Agosto De 2016, De [Http://Laprensa.Peru.Com/Actualidad/Noticia-Bibliotecas-Peru-Compresion-Lectora-24439](http://Laprensa.Peru.Com/Actualidad/Noticia-Bibliotecas-Peru-Compresion-Lectora-24439).

DáVilA cAStAñeDA, R. L. (2005). *El Libro En América Latina: Situación Actual y Políticas Públicas*. México. Recuperado El 05 De Agosto De 2016,De [Http://Www.Oei.Es/Fomentolectura/Libro_En_Latinoamerica_Davila.Pdf](http://Www.Oei.Es/Fomentolectura/Libro_En_Latinoamerica_Davila.Pdf); Los Que Más Leen En El Mundo. Disponible En: [Http://Programacontactoconlacreacion.Blogspot.Pe/2012/03/Los-Que-Mas-Leen-En-El-Mundo.Html](http://Programacontactoconlacreacion.Blogspot.Pe/2012/03/Los-Que-Mas-Leen-En-El-Mundo.Html)

Merlo Vega, J. A. (2006). *La Biblioteca Pública Como Promotora De La Lectura: Planes De Lectura Y Experiencias De Fomento Lector En España*. España. Recuperado El 08 De Septiembre De 2016, De [Http://Www. Dibam.Cl/Dinamicas/Docadjunto_643.Pdf](http://www.dibam.cl/dinamicas/docadjunto_643.pdf) piSA, 2. (2015). Evaluación Internacional De Estudiantes. *La República*.

Recuperado El 07 De Septiembre De 2016, De [Http://Larepublica. Pe/Sociedad/7000-Pisa-2015-Datos-Conocer-Sobre-La-EvaluacionInternacional](http://larepublica.pe/sociedad/7000-pisa-2015-datos-conocer-sobre-la-evaluacion-internacional);

Portal Web De La Municipalidad Provincial De Cajamarca, Disponible En: [Http://Www.Municaj.Gob.Pe/_Bibliot.Php](http://www.municaj.gob.pe/_bibliot.php);

Programa De Promoción De La Lectura En El Mundo. Disponible En: [Http://Www.Planlectura.Educ.Ar/Listar.Php?Menu=7](http://www.planlectura.edu.ar/listar.php?menu=7);

Plan Nacional De Lectura Y Bibliotecas En Colombia. Disponible En : [Http://Www.Colombiaaprende.Edu.Co/Html/Familia/1597/Articles-204015_Archivo1.Pdf](http://www.colombiaaprende.edu.co/html/familia/1597/articles-204015_archivo1.pdf);

Plan De Fomento De Lectura En España. Disponible En: [Http://Www. Mecd.Gob.Es/Cultura-Mecd/Areas-Cultura/Libro/Mc/Pfl/Introduccion.Html](http://www.mecd.gob.es/cultura-mecd/areas-cultura/libro/mc/pfl/introduccion.html);

Segundo Congreso Latinoamericano De Bibliotecarios. Disponible En: [Http://Www.Andes.Info.Ec/Es/Actualidad-Reportajes/Bibliotecarios-Ecuador-Colombia-Debaten-Formas-Incentivar-Lectura.Html](http://www.andes.info.ec/es/actualidad-reportajes/bibliotecarios-ecuador-colombia-debaten-formas-incentivar-lectura.html).



Derecho Civil

y Laboral



Responsabilidad civil a causa del despido arbitrario en la relación laboral

Civil liability as a result of arbitrary disposal in the labor relationship

EDGAR RUIZ BAZÁN (*)

SUMARIO: I. Alcances preliminares. II. Despido arbitrario, tratamiento vigente. III. Pronunciamientos judiciales, problemática. IV. Indemnización y resarcimiento. V. Conclusiones.

Resumen: Las implicancias sobre la naturaleza jurídica de una de las consecuencias del despido arbitrario en la relación laboral, ésta es, la indemnización regulada en el art, 38° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral- Dec. Leg 728°. Y descarta toda aproximación a considerar la pertinencia de la responsabilidad civil ante la ocurrencia del mismo, tal y como lo vienen haciendo magistrados de la Corte Suprema de Justicia. Deslinda entre los conceptos de indemnización y resarcimiento a fin de evitar que se inflen los montos económicos en

(*) Abogado por la Universidad Nacional de Cajamarca. Docente en Pregrado de Derecho Civil en la Facultad de Derecho y CC. PP de la Universidad Nacional de Cajamarca. Miembro de la Asociación Civil "AD MAIORIS". Ponente, comentarista e Investigador en Derecho Civil. Alumno de la Escuela



Actualmente se desempeña como responsable del Estudio Jurídico "IUS Y LEX" Colina, Ruiz y Villegas – Cajamarca.

atención a la tan mal aplicación de la tutela personalista y en consecuencia de la responsabilidad civil.

Palabras clave: responsabilidad civil, despido arbitrario, indemnización y Corte Suprema.

Abstract: *The author shows the implications on the legal nature of one of the consequences of arbitrary dismissal in the employment relationship, that is, the compensation regulated in article 38 of the Labor Productivity and Competitiveness Law - D. Leg 728 °. And it discards any approach to consider the relevance of civil liability to the occurrence of the same, as they are doing magistrates of the Supreme Court. Displacement between the concepts of compensation and compensation in order to avoid the influx of economic amounts in view of the misapplication of personal protection and consequent civil liability.*

Keywords: civil liability, arbitrary dismissal, compensation and Supreme Court.

I. Alcances preliminares

Quizá resulte llamativo el título del presente trabajo al señalar “Responsabilidad Civil a Causa del Despido Arbitrario”, y no la denominación “Indemnización por Despido Arbitrario”, institución regulada en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral- D. Leg. N° 728° (*en adelante “La Ley”*). Resulta, que si bien, está vinculado a una figura del derecho laboral como es la culminación de la relación laboral, y la consecuencia directa del mismo como es la indemnización a causa de la misma, sin embargo, teniendo en cuenta las últimas tendencias jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia, es menester detenernos en analizar la pertinencia de la Responsabilidad civil a causa del despido arbitrario del trabajador; si es que esta “indemnización” contempla cada uno de los tipos de daño, o si es que además del monto reconocido y expresado en la ley, existe la posibilidad de demandar resarcimiento de los daños y perjuicios a raíz de una arbitrariedad del empleador.

Más que un análisis jurídico laboral, este trabajo versa a cerca de la responsabilidad civil en un aspecto del derecho laboral y el manejo jurisprudencial de la misma, a través de la máxima instancia judicial peruana.

II. Despido arbitrario- tratamiento vigente

Puede entenderse como despido, al cese del vínculo laboral por decisión única y exclusiva del empleador. El artículo 22° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral no define expresamente lo que es el despido, sin embargo se encarga de establecer las circunstancias por las cuales debe entenderse una causa justa de despido, la cual está relacionada con la conducta y capacidad del trabajador. Posteriormente el artículo 23° del mismo cuerpo legal, enumera los supuestos de causa justa de despido relacionados con la conducta del trabajador.

Es así que de manera genérica, el despido arbitrario será aquella decisión del empleador que se funde en una causa no justa de despido, vale decir, capacidad y conducta del trabajador, abarcando de tal modo, al despido incausado, arbitrario propiamente dicho y fraudulento; no nos vamos a detener en especificar cada uno de éstos por no ser materia del presente estudio.

Ocurrido el despido arbitrario existe una consecuencia jurídica, regulada en el artículo 38° de la Ley, y precisamente, es el punto principal de nuestra investigación, la “indemnización por despido arbitrario”, De esta manera, en el mencionado artículo se señala: *“La indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos, según corresponda. Su abono procede superado el período de prueba”* (resaltado nuestro)

A lo largo de los años no había mayores problemas judiciales a la ocurrencia de un despido arbitrario, pues el trabajador solicitaba la indemnización por el despido arbitrario, y la reposición a través del proceso constitucional de Amparo antes de la entrada en vigencia de la Nueva Ley Procesal Laboral, y desde el proceso laboral.

Sin embargo a partir de recientes pronunciamientos del Tribunal

Constitucional (05057-2013-PA/TC- Precedente Huatuco Huatuco), en virtud de los cuales, muchos trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada, no han podido reponerse a su centro de labores, si es que no accedieron al mismo a través de un concurso público y el cumplimiento de otros requisitos adicionales; es que se han visto en la necesidad de solicitar solamente la indemnización por despido arbitrario, siendo para algunos insuficiente en función a los años de trabajo prestados al empleador.

Es así que se han incrementado los procesos de indemnización por despido arbitrario, sin embargo los mismos no se limitan a solicitar la remuneración y media por año de trabajo, estipulada en el artículo 38° de la Ley, sino a solicitar todos los daños propios de la teoría personalista de la responsabilidad civil, estos son, daño patrimonial (daño emergente y lucro cesante), daño a la persona (físico y psicológico, al proyecto de vida) y daño moral.

III. Pronunciamientos judiciales, problemática

3.1. Fundada la Indemnización por Daño Moral

Este criterio ha sido fijado por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Lima en la sentencia recaída en la Casación N° 699-2015Lima, al resolver el caso de un trabajador que interpuso su demanda en la vía civil solicitando indemnización por el daño provocado al cesarlo de forma injustificada.

El caso es el siguiente: El trabajador interpuso demanda en contra de su ex empleadora Sedapal, a fin de que esta lo indemnice con la suma aproximada de un millón y medio de soles, por concepto de daño emergente, lucro cesante y daño moral. Sustentó su demanda en el hecho de que, antes de ser despedido, percibía una remuneración mensual de poco más de 12 mil soles y que al verse privado de dicha remuneración, producto del despido arbitrario del que fue objeto, se vio fuertemente afectado.

Asimismo, el trabajador refirió que interpuso una demanda por despido arbitrario en sede laboral, la cual fue declarada fundada tanto en



primera como en segunda instancia y que incluso el recurso de casación interpuesto contra esta última sentencia fue declarado improcedente.

El juez de primera instancia declaró fundada en parte la demanda, fijándose indemnización por daño moral y lucro cesante e infundado respecto al daño emergente. En segunda instancia, los jueces superiores de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima declararon infundada la demanda.

Antes de resolver el caso, la Corte Suprema estimó que la controversia gira en torno a determinar si corresponde o no otorgar indemnización al demandante como consecuencia del despido arbitrario que habría sufrido. Al respecto, de la revisión de los medios probatorios, la Sala consideró que el demandante habría sido despedido de su centro de trabajo sin causa justa, quedando evidenciado que la demandada (Sedapal) no habría respetado el contrato de trabajo, esto es, había incurrido en la inejecución de la obligación contractual; acto que constituye una conducta antijurídica y causa adecuada de daño injusto e indemnizable.

Asimismo, la Corte refirió que los jueces de la sede laboral habrían fijado el monto indemnizatorio según la información obtenida de las boletas de pago, y que habiendo el demandante optado por la indemnización, no es viable establecer monto indemnizatorio por los conceptos de lucro cesante ni daño emergente.

En cambio, en lo que corresponde al daño moral, la Sala afirmó que en el presente caso sí es perfectamente amparable dado que el hecho mismo de haber sido despedido sin causa justa, *produjo sufrimiento en el demandante*, quien ha sufrido un posible deterioro de su imagen ante sus familiares, amigos y sociedad en general. La Sala precisó que el daño moral consiste en el dolor, angustia, aflicción física o espiritual que sufre la víctima del evento dañoso.

Por estas consideraciones, la Sala Suprema declaró fundado el recurso de casación, confirmando la sentencia de primera instancia en el extremo que fijó indemnización por daño moral, revocando el extremo que fija indemnización por lucro cesante.

3.2. Fundada la Demanda de Indemnización por Daños Patrimonial y

Extrapatrimonial

La Primera Sala Laboral de Permanente de la Corte de Lima estableció los criterios para la determinación del daño emergente, lucro cesante y daño moral en los casos de despidos arbitrarios en que procedió la reparación económica al trabajador afectado.

Esto a propósito de la reciente sentencia de la Corte Suprema recaída en la Casación N° 699-2015-Lima, que por la vía civil y mediante una indemnización por daño moral, reconoce la suma de 75,000 soles a un trabajador al que ya antes se le había otorgado, en un proceso laboral, una indemnización de 137,000 soles por el despido arbitrario del cual fue objeto.

La sentencia correspondiente al Expediente N° 15725-2012-01801-JRLA-25/S, la Sala establece que el daño emergente debe determinarse en función de la pérdida patrimonial efectiva que haya sufrido el trabajador por causa del despido injustificado del cual fue objeto.

Mientras que el lucro cesante podrá cuantificarse en relación con la lesión patrimonial consistente en la pérdida de un incremento patrimonial neto que haya dejado de obtener el trabajador como consecuencia de aquel despido.

Respecto al daño moral, para este tribunal, más bien, este debe ser entendido como la lesión a los sentimientos de la víctima, en este caso el trabajador despedido indebidamente, que produce un gran dolor o aflicción.

En dicho contexto, la Sala superior establece que tal daño debe ser cuantificado con criterio de equidad y siempre que el trabajador acredite que el despido *haya truncado su proyecto de vida*.

A juicio de la Sala, además, en los casos en que un trabajador despedido indebidamente demande indemnización por daños y perjuicios a su empleador, se deberá verificar si concurren los aspectos conceptuales de la responsabilidad contractual como la *antijuridicidad, daño, relación de causalidad y factores de atribución*.

Como resultado de estas consideraciones, la Sala otorgó al trabajador demandante 8,000 soles, suma claramente inferior a lo solicitado en la demanda. Según el expediente, el trabajador había solicitado una



indemnización de 120,000 soles por daños y perjuicios derivados de responsabilidad contractual.

3.3. Problemática

Como se puede advertir los jueces laborales reconocen su competencia por materia en relación a lo estipulado en el artículo 2º, inc. 1, literal b) de la Nueva Ley Procesal Laboral⁽¹⁴⁾, queriendo incluir, en forma errónea, desde nuestra percepción al despido arbitrario dentro de los daños a raíz de la prestación personal de servicios, desconociendo de algún modo lo señalado por el art. 38º de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, vale decir que, gracias a un artículo que solamente intenta establecer la competencia por materia, se trata de incluir un supuesto de tipo sustantivo que no existe, éste es: el resarcimiento de daños y perjuicios a raíz del despido arbitrario.

Es por ello, que nuestro trabajo lleva titulado lo referido a la responsabilidad civil a causa del despido arbitrario, haciendo la salvedad que a nuestro entender, los tratadistas y jueces laborales de la Corte Suprema, al establecer montos por daños y perjuicios, que incluso en el segundo caso expuesto, se han inflado adicionalmente al ya reconocido mediante proceso laboral de indemnización por despido arbitrario.

Trataremos de no exasperar nuestra postura, pero cabe preguntarse ¿Cuál es el fundamento que tienen estos magistrados para establecer dos montos por aparentes “indemnización” a raíz del despido arbitrario?

La respuesta es clara, el desconocimiento palmario de lo que significa la naturaleza jurídica de la indemnización por despido arbitrario, y el resarcimiento de los daños que regula el artículo 2º inc. 1, literal b). Ante ello, cabe preguntarse:

(14) Art. 2º de la Ley 29497: Competencia por materia de los Juzgados Especializados de Trabajo

Los juzgados especializados de trabajo conocen de los siguientes procesos: 1. En proceso ordinario laboral, todas las pretensiones relativas a la protección de derechos individuales, plurales o colectivos, originadas con ocasión de la prestación personal de servicios de naturaleza laboral, formativa o cooperativista, referidas a aspectos sustanciales o conexos, incluso previos o posteriores a la prestación efectiva de los servicios.

Se consideran incluidas en dicha competencia, sin ser exclusivas, las pretensiones relacionadas a los siguientes: b) La responsabilidad por daño patrimonial o extrapatrimonial, incurrida por

favor se presta o prestó el servicio.

1. ¿Acaso al reconocer el daño patrimonial a causa del despido arbitrario, no se está remitiendo a una utopía?, ¿Cuál es el patrimonio efectivamente lesionado?, ¿Acaso quizá los gastos efectuados en el proceso de indemnización? La sentencia mencionada no identifica los daños patrimoniales sufridos por el trabajador, solo da un alcance del concepto de daño patrimonial.
2. Con relación al lucro cesante, ¿Acaso al demandar éste, no se está solicitando los pagos en devengue por período no trabajado?, y ¿Hasta cuándo correría el cómputo de este lucro cesante?, ¿Quizá hasta que el trabajador encuentre un nuevo empleo?
3. Respecto al daño moral, ¿Es pertinente indemnizar por el sufrimiento y aflicción que se causa por un despido?

Es evidente que nuestros magistrados con su lúcida capacidad, no han podido responder estas preguntas, y es por una sencilla razón, *lo que genera el despido arbitrario no es una responsabilidad civil, sino un desequilibrio patrimonial*, que se subsana estableciendo un monto indemnizatorio y no resarcitorio, podemos discutir si el monto es ínfimo o no, pero ésa ya es labor del legislador, lo que es indiscutible que no se puede aplicar la teoría de la responsabilidad civil al despido arbitrario, ya que se generaría un sinnúmero de supuestos, de los cuales aprovecharía el trabajador que sin mayor probanza obtendría montos excesivamente inflados para satisfacer su aparente interés.

El despido arbitrario está considerado junto al divorcio remedio, la expropiación y los seguros como supuestos generadores de indemnización a los que no se aplican las reglas de la responsabilidad civil, ya que solo generan desequilibrios patrimoniales que el legislador prevé y sanciona mediante un monto establecido en la ley (en este caso, el señalado en el art. 38º de la Ley)

IV. Indemnización y resarcimiento

Ahora bien, a fin de establecer los criterios diferenciadores de los conceptos: indemnización y resarcimiento, ya no utilizaremos la



clasificación típica que doctrinariamente heredamos del maestro Carlos Fernández Sessarego, en cuanto a la delimitación de daños, sino la que originariamente ha sido la fuente del *civil law*, y cuyos principios rectores, a nuestro entender, han sido trastocados en el afán de otorgar una mayor protección a la persona. A esta última doctrina nos adherimos, por considerarla históricamente más apropiada.

Decíamos desde un inicio, que la principal confusión se da debido a que, no sólo en Perú sino en muchos ordenamientos jurídicos, se utiliza el término indemnización de daños, para responder a las obligaciones propias de la responsabilidad civil, si nos orientáramos por la doctrina tradicional, no podríamos identificar las diferencias conceptuales de indemnización y resarcimiento, y ello conlleva a que cada vez que se hable de indemnización, los operadores jurídicos entiendan un resarcimiento de daños. Así que la delimitación a realizar, no es un mero capricho de distinción terminológica, es que ya es momento de que nuestro sistema entienda que no se debe copiar por copiar, sino analizar históricamente la importación de figuras, pues las consecuencias no son las mejores y ya las estamos conociendo.

En castellano, “indemnizar” es sinónimo de “resarcir” (según la 22^a ed. del Diccionario de la RAE). En alemán se distingue entre *Schadenersatz* y *Entschädigung*, y lo mismo, por derivación, en italiano, *indennità* y *risarcimento* (y también existe *indennizo*) Esta es una distinción fundamental a tomar en cuenta en la consulta de textos alemanes e italianos, *risarcimento* es todo cuanto se debe a título de responsabilidad por daños, *indennità* es de valor más general, porque abarca desplazamientos patrimoniales por los más diversos títulos, como la expropiación, el despido justificado, etc. (León Hilario 2003, 17)

4.1. Indemnización

El profesor italiano Cesare Salvi, en su libro “*La responsabilità civile*”, refiere en cuanto a las obligaciones indemnizatorias, lo siguiente:

“Lo que caracteriza a tales hipótesis (obligaciones indemnizatorias)...es el hecho que el ordenamiento jurídico no reacciona frente a un daño, para resarcir, sino para la modificación recíproca, y tendencialmente permanente, de la

La obligación indemnizatoria deriva, por lo tanto, de la exigencia-conforme a un principio general en materia de desplazamientos patrimoniales- de garantizar una justa contrapartida al sujeto cuya esfera jurídica es afectada”

(Morales Hervias 2011, 49)

El profesor Leysser León, trae a colación una serie de supuestos en los cuales se otorga la prestación indemnizatoria en el Perú:

“La indemnización se presenta en infinidad de supuestos: en las transferencias coactivas de derechos reales (en la expropiación o en la constitución de servidumbre legal de paso, por ejemplo), en el campo de los seguros privados (donde las sumas pagadas por las aseguradoras son estipuladas mediante contrato, y no necesariamente cubren, a la larga, el monto exacto de los daños sufridos), en el *derecho laboral* (donde las cantidades a abonar por los trabajadores, en caso de despido injustificado, por ejemplo, se liquidan en un mayor o menor número de remuneraciones, conforme a un método de cálculo señalado en nuestra legislación del sector), o en el caso de los llamados “actos lícitos dañosos”, como el que se presenta cuando alguien ocasiona daños a bienes ajenos para conjurar peligros actuales o inminentes” (León Hilario 2007, 501-502)

4.2. Resarcimiento

En palabras del Dr. Rómulo Morales Hervias, Resarcir, significa “retirar el daño y el monto resarcitorio implica una prestación equivalente a ese daño a fin de suprimirlo” (Morales Hervias 2011,54). Es decir, resarcimiento implica una desaparición del daño, se podría entender disgregando tal término RE- SARCIR (re- parar, volver a hacer o volver a parar), por consiguiente solo puede ser resarcido aquello que puede reemplazarse con algo similar o equivalente.

Ese es el concepto primigenio de resarcimiento, adoptado por las principales doctrinas europeas; es por ello que sólo era considerado resarcible aquello que podría reemplazarse (consecuencias patrimoniales), eliminando de este modo el daño; así pues, a fines del siglo XIX, uno de los mejores y primeros tratadistas del daño moral, el profesor

italiano Carlo Francesco Gabba, citado por Leysser León, mencionaba lo siguiente:

Posteriormente, y alcanzando la responsabilidad civil más arraigo en los estudios de juristas europeos, se fortalece en base a su funcionalidad, de este modo, el profesor italiano L. Corsaro, explica de esta forma:

Refiriéndose al resarcimiento del daño moral, Adolfo DI MAJO, refiere que la función no es reparadora, sino que cumple una función compuesta, porque, “por un lado, se tiende a brindar una forma de satisfacción y/o gratificación a la víctima del hecho ilícito, en el sentido de asegurarle un beneficio económico –y al respecto, es innegable que el dinero también puede servir para dicho fin– y, por otro lado, para sancionar el comportamiento del responsable de la infracción”.

Actualmente se habla de una función consolatoria- punitiva, cuya finalidad es quizá, en palabras de Giovanni Bonilini “aquietar el sentimiento de venganza del sujeto lesionado, mediante la punición del culpable” (Morales Hervias 2011, 53), y es fijado por el juez basado en un criterio de equidad.

Mención aparte merece el inoperante Daño al Proyecto de Vida, cuyas bases son cada vez más cuestionadas, sea por el carácter variable de los proyectos de vida, por las circunstancias impredecibles de la misma, sea por el carácter discriminador que esta clasificación imprime, a decir del profesor Leysser León, “En situaciones normales, el agente del daño no tiene a la vista “proyectos de vida”; él tiene a la vista a sus congéneres, a seres iguales que él, a los cuales debe respetar, sobre la base del derecho a la integridad de las situaciones jurídicas subjetivas y del patrimonio. Frente a los protagonistas de un “caso” cualquiera de responsabilidad civil en términos jurídicos, o sea, frente al agente y al damnificado, el derecho privado es, y debe ser, “igualitario”. No hay ninguna justificación para diferenciar a las víctimas por sus “proyectos de vida”.

Si se quiere insistir en la figura del “daño al proyecto de vida”, eso será a costa de transformar la responsabilidad civil en un instrumento para consolidar, en el plano del derecho, la desigualdad económica y social

(...)” (León Hilario 2007, 16-17) Los proyectos de vida existen, sin embargo su aparente afectación no reviste naturaleza resarcitoria.

No se deben crear categorías que a la luz del conocimiento son inexistentes, los tipos de daño no se crean por los bienes afectados sino por los intereses conculcados, al respecto, el profesor argentino Pedro Iribarne, atinadamente refiere:

“El daño a la persona puede generar daño patrimonial o daño moral, lo mismo que el daño a las cosas puede generar daño patrimonial o daño moral; en fin, el daño antijurídico, como lesión a un interés, puede ser solo patrimonial o moral (extrapatrimonial); no hay un tercer género. Para este autor, las pregonadas autonomías de los llamados daño estético, psíquico o a la vida de relación dimanan de una incorrecta conceptualización del daño en sentido jurídico, pues se apunta a los bienes menoscabados y no a los intereses conculcados” (Iribarne 2008, 1995).

V. Conclusiones

La naturaleza jurídica de la asignación por el despido arbitrario, es ser una prestación indemnizatoria contenida en una obligación legal (artículo 38 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral- D. Leg. 728), que tiene como fundamento el desequilibrio económico de los ingresos del trabajador con relación al momento de la prestación personal de servicios, ocasionada por el despido.

Es impertinente la aplicación de la responsabilidad civil en el despido arbitrario, ya que si bien puede existir afectación, la misma no es resarcible sino indemnizable, de allí la imposibilidad de establecer cada uno de los elementos del daño.

La indemnización en el derecho comparado, específicamente en los modelos europeos, italiano y francés, está identificada con el desplazamiento patrimonial de la esfera jurídica de uno hacia otro sujeto, lo cual no reviste la construcción de daños resarcibles; en cambio el resarcimiento está vinculado directamente a la teoría de la responsabilidad civil, y debería implicar solamente el reconocimiento de tres tipos de daño: daño patrimonial, daño moral (extrapatrimonial) y el daño



biológico, pues el daño al proyecto de vida y daño a la persona son
inoperantes como categorías resarcitorias

Bibliografía

IribArne, Pedro (1995) De los Daños a las Personas. Buenos Aires-Argentina: Ediar.

León, Leysser, (2007) *¡30, 000 dólares por daños morales en un divorcio! De cómo el “daño al proyecto de vida” continúa inflando peligrosamente los resarcimientos* en Diálogo con la Jurisprudencia. Año XII, N° 104. Lima: Gaceta Jurídica.

León, Leysser. “*Derecho de las Relaciones Obligatorias*”. Jurista Editores, Primera Edición, Lima- Perú, setiembre de 2007.

MorAleS HerViAS, Rómulo (2011) Resarcimiento del daño moral y del daño a la persona vs. Indemnización del desequilibrio económico a favor del cónyuge débil en el tercer Pleno Casatorio, en Diálogo con la Jurisprudencia. Año XVI, N° 153. Lima: Gaceta Jurídica.

TAbOADA CórDoVA, Lizardo (2001) Elementos de la Responsabilidad Civil. Lima- Perú: Grijley.

Web Sites

León, Leysser. *Funcionalidad del “daño moral” e inutilidad del “daño a la persona” en el derecho civil peruano*. 2003. Disponible en: www.pucp.edu.pe/dike/doctrina/civ_art57.PDF. Consultado el 26 agosto de 2012.

León, Leysser. “*Inflando los resarcimiento con Automatismos- El daño al Proyecto de Vida y Otros Espejismos de la Magistratura Peruana*”. Disponible en: works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1006&context=leysser. Consultado el 05 de febrero de 2013.

El reexamen previo del recurso de apelación por el órgano colegiado superior

Previous review of appeal by the higher school body

NIXON JAVIER CASTILLO MONTOYA (*)

Nixon JAVIER CASTILLO Montoya (*)

SUMARIO: I. Introducción. II. El Trámite del recurso de apelación en caso de órgano superior colegiado. III. Problemática del trámite procesal del recurso de apelación en instancia superior colegiada. IV. Conclusiones.

Resumen: En el presente trabajo se analiza la dificultad procedimental del recurso de apelación que llega a conocimiento de un órgano revisor colegiado y cómo ésta puede generar dilaciones innecesarias en su trámite, el cual puede concluir con una omisión de pronunciamiento de fondo, debido a la declaración de improcedencia del mismo, así como la nulidad del concesorio, consecuencia jurídico procesal que se genera al verificarse la inconcurrencia de requisitos de fondo que no fueron controlados debidamente por el órgano de primera instancia.

(*) Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca. Juez Superior Titular de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca. nixcamo@yahoo.com

Palabras clave. Órgano colegiado revisor; apelación; improcedencia, nulidad de concesorio.

Abstract: In this paper we analyze the procedural difficulty of the appeal that reaches the knowledge of a collegiate review body and how it can generate unnecessary delays in its process, which can conclude with an omission of substantive pronouncement, due to the declaration of As well as the nullity of the concession, a procedural legal consequence that is generated when verifying the inconcurrence of substantive requirements that were not duly controlled by the body of first instance.

Keywords. Reviewing body; appeal; Irreversibility, nullity of concession.

I. Introducción

El artículo 364 del Código Procesal Civil peruano refiere que el recurso de apelación tiene como objeto que el órgano jurisdiccional superior examine la resolución que produzca agravio al sujeto legitimado, con el propósito de que la misma sea anulada o revocada, ya sea total o parcialmente; sin embargo, para ello resulta indispensable la fundamentación de la respectiva apelación, precisando el error de hecho o de derecho en el que ha incurrido la resolución objeto de impugnación, señalando además la naturaleza del agravio y sustentando la pretensión impugnatoria, conforme lo exige la disposición normativa contenida en el artículo 366 del mismo Código, cuya omisión trae como consecuencia la declaración de improcedencia de plano del recurso por parte del Juez *a quo*, lo que implica que el propio juez que emitió la resolución que es materia de impugnación es quien debe verificar la concurrencia de los agravios advertidos por la parte apelante⁽¹⁵⁾; sin embargo, en la práctica judicial se advierte que la instancia calificadora del recurso, básicamente, observa cuestiones formales y omite ejercer un verdadero

(15) Artículo 367 del CPC: *“La apelación se interpone dentro del plazo legal ante el Juez que expidió la resolución impugnada, acompañando el recibo de la tasa judicial respectiva cuando ésta fuera exigible. La apelación o adhesión que no acompañen el recibo de la tasa, se interpongan fuera del plazo, que no tengan fundamento o no precisen el agravio, serán de plano declaradas inadmisibles o improcedentes, según sea el caso (...)”*.



control de los requisitos de fondo que resultan necesarios para su concesión, a pesar que el artículo 367 del Código Adjetivo, refiera que “ (...) la apelación o adhesión (...) que no tenga fundamento o no precisen el agravio, serán de plano declaradas (...) improcedentes...”; presuponiendo que tal conducta procesal del juez en conceder el impugnatorio se orienta a evitar el Recurso de Queja⁽¹⁶⁾, y bajo la expectativa que el superior jerárquico pueda corregir tal omisión conforme a la permisón del artículo 367 del Código Procesal Civil⁽¹⁷⁾, siendo que en el caso de la improcedencia, declarará también nulo el concesorio. No obstante ello, resulta necesario repensar esta situación, así como la oportunidad en la que debe efectuarse el control de presupuestos de la apelación por parte del órgano superior.

II. El trámite del recurso de apelación en caso de órgano superior colegiado

Nótese que el artículo 373 del Código Procesal Civil refiere que en caso se trate de procesos de conocimiento y abreviado “el superior conferirá traslado del escrito de apelación por un plazo de diez días...”, entendiéndose que una vez elevado el expediente al superior, en la práctica, dicho órgano procede a correr traslado del recurso a la otra parte, la cual puede adherirse al mismo⁽¹⁸⁾, de lo cual se volverá a correr traslado al apelante originario, para luego –claro está que, con absolución o sin ella-, el proceso queda expedito para ser resuelto, señalándose fecha y hora para la Vista de la Causa, en la cual las partes podrán solicitar el informe oral correspondiente si lo estiman necesario.

No obstante lo indicado, se tiene que el artículo 131 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por D.S. 017-93-JUS, dis-

(16) El artículo 401 del CPC señala que “*El recurso de queja tiene por objeto el reexamen de la resolución que declara inadmisibile o improcedente un recurso de apelación (...)*”

(17) Artículo 367 del CPC: “*(...) El superior también puede declarar inadmisibile o improcedente la apelación, si advierte que no se han cumplido los requisitos para su concesión. En este caso, además, declarará nulo el concesorio*”.

(18) Sin considerar, claro está, que se puede ofrecer medios probatorios en la absolución de los agravios, conforme habilita el artículo 374 del Código Procesal Civil.

pone que las Cortes Superiores ven las causas en audiencias pública, dentro de los treinta días siguientes de hallarse expeditas para ser resueltas, señalando además el artículo 138 de la referida Ley que, en las Salas de las Cortes Superiores de Justicia, “la resolución se vota y dicta previa ponencia escrita del vocal designado para el efecto, sin perjuicio del estudio que realizan los demás miembros (...)”, de lo cual se deriva que la decisión que adopte el Colegiado Superior sobre el recurso de apelación será luego de la Vista de la Causa y una vez que la ponencia respectiva haya sido suscrita por los demás jueces superiores, con cuyos votos conformes hacen resolución.

III. Problemática del trámite procesal del recurso de apelación en instancia superior colegiada

Si bien el órgano superior colegiado puede –y sobre todo, debe- verificar las exigencias de fondo del recurso de apelación, a efecto de establecer su facultad de pronunciamiento bajo el Principio de Congruencia o Limitación Recursal⁽¹⁹⁾; pero, en el quehacer judicial, se tiene que tal calificación se efectúa una vez que se ha seguido todo el trámite al que hace mención el artículo 373 del Código Procesal Civil, presumiendo –*prima facie*- que el *a quo* ha cumplido con su deber de control previo, puesto que recién se analizarán los agravios del recurso una vez que se haya determinado el juez ponente, el cual -no obstante- puede verificar que no existe agravio alguno que fije el *thema decidendum* de la instancia revisora⁽²⁰⁾, conllevando a una declaración de improcedencia del recurso, así como disponiendo la nulidad del concesorio; sin embargo, ello

(19) El Tribunal Constitucional, en la Sentencia emitida en el expediente N° 00686-2007-PA/TC, refiere que “(...) nuestro sistema procesal tiene como uno de sus principales principios el de la limitación recursal conocido también como “*Tantum Apellatum Quantum Devolutum*”, principio que a su vez exige la congruencia, ya que de esta manera se limita al órgano revisor quien puede sólo resolver sobre el *petitum* por el que ha sido admitido el referido medio de impugnación (...)”.

(20) Eugenia Ariano Deho considera que “... el apelante debe precisar el concreto objeto de su apelación, es decir, el extremo o parte de la resolución que impugna (o sea, no consiente) delimitando así el ámbito del conocimiento y decisión del juez *ad quem*” (Ariano, 2015, p. 126)

se producirá luego de un desgaste innecesario de actos procedimentales y de recursos humanos y temporales que culminan en una ausencia de decisión de fondo del impugnatorio.

Por lo tanto, resulta razonable⁽²¹⁾ que, en caso de órganos de revisión colegiados, el reexamen de los presupuestos de concesión del recurso de apelación se produzca de forma previa al trámite del traslado del recurso, de tal manera que se pueda verificar de manera oportuna si existen razones válidas para continuar con el mismo; pues, de no ser así, se procederá a declarar su improcedencia⁽²²⁾, en cuya situación no procederá el Recurso de Queja, dado que éste se interpone ante el superior que denegó la apelación, no siendo éste el caso. Debemos señalar, además, que tal posición de ninguna manera afecta la Tutela Jurisdiccional Efectiva o la doble instancia del impugnante, por cuanto la resolución que impide que el Colegiado superior se pronuncie sobre el fondo está arreglada a Derecho, dada la inexistencia⁽²³⁾ o insuficiencia de agravios sobre los cuales se pueda emitir pronunciamiento válido que conlleve a una anulación o revocación de la impugnada; pues, “la sola afirmación de la existencia de agravios no es suficiente para lograr éxito en la impugnación, no siendo aceptable la formación de agravios en forma genérica” (Hurtado, 2014, p. 551), sino que se requiere que los mismos sean precisos y relevantes; por lo que siendo así, se debe indicar que la decisión de rechazo de plano del recurso constituye también un

(21) Conforme a lo señalado por el Tribunal Constitucional “*La razonabilidad es un criterio íntimamente vinculado a la justicia y está en la esencia misma del Estado Constitucional de Derecho. Se expresa como un mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad en el uso de las facultades discrecionales, exigiendo que las decisiones que se tomen en ese contexto respondan a criterios de racionalidad y que no sean arbitrarias*”. (STC emitida en el Exp. N° 00535-2009-PA/Tc. F.j. 15).

(22) Si bien se ha indicado que el proceso en su integridad debe ser expresión del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva; sin embargo, consideramos que la declaración de improcedencia en modo alguno significa la privación del referido derecho-principio del impugnante; por cuanto, la resolución de rechazo liminar de la apelación se trata de un acto saneador previo de segunda instancia que evita trámites innecesarios.

(23) El Tribunal Constitucional, en relación al principio *tantum appellatum quantum devolutum*, ha señalado que éste “ (...) implica que al resolverse la impugnación ésta sólo debe pronunciarse sobre aquellas pretensiones o agravios invocados por el impugnante...” (STC emitida en el Exp. N° 05901-2008-PA/Tc. F.j. 3).

criterio orientativo en la colaboración de una adecuada administración de justicia, pero a la vez, previsor de acciones dilatorias y corrector de actuaciones de mala fe de los abogados⁽²⁴⁾ que invocando el derecho a la impugnación, puedan hacer de éste una mala práctica procesal. Dicha alternativa también genera la imposibilidad jurídica de trámite de la adhesión, la cual sin duda estuvo condicionada a la superación del filtro de calificación del recurso de apelación, con lo cual se agiliza el resultado del proceso y se limita acciones innecesarias de las partes, sin vulnerar la racionalidad de las decisiones judiciales⁽²⁵⁾.

IV. Conclusiones

La sobrecarga en el ámbito jurisdiccional requiere la adopción de medidas que agilicen los trámites procesales, propiciando la optimización de la justicia en los casos que se haya cumplido a cabalidad las exigencias formales y de fondo del recurso de apelación.

Cuando se trate de órganos de revisión colegiados, resulta razonable que el reexamen de los presupuestos de concesión del recurso de apelación se produzca de forma previa al trámite del traslado del impugnatorio, lo cual permite verificar si existen razones jurídicamente atendibles a su continuación, sin que la declaración de improcedencia y nulidad del concesorio implique una vulneración de la tutela jurisdiccional efectiva de quien hizo uso del derecho a la impugnación sin cumplir con las exigencia legales predeterminadas.

El acto saneador previo por parte del colegiado revisor evita actuaciones dilatorias de los justiciables y orienta la conducta de los abogados, en el sentido de tener que adoptar las acciones diligentes en sus recursos que determinen la limitación de pronunciamiento del órgano revisor.

(24) El artículo 112 del Código Procesal Civil señala que se considera que ha existido temeridad o mala fe en los siguientes casos: "1. Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento jurídico de la demanda, contestación o medio impugnatorio...".



- (25) Ello tiene que ver también con el debido proceso sustantivo, el cual según el Tribunal Constitucional “se relaciona con todos los estándares de justicia como son la razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión debe tener” (STC emitida en el Exp. N° STC 9727-2005HC/TC, Fj. 7).

Referencias

AriAño DeHo, Eugenia (2015) Impugnaciones Procesales. Lima: Instituto Pacífico.

HurtADo ReyeS, Martín (2014) Estudios de Derecho Procesal Civil. Tomo II. Lima: IDEMNSA.

Código Procesal Civil.

Ley Orgánica del Poder Judicial, D.S. 017-93-JUS.

Tribunal Constitucional, Exp. N° 00686-2007-PA/TC.

STC emitida en el Exp. N° 00535-2009-PA/TC.

Derecho Procesal



Fundamentos jurídicos que dotan de eficacia a la rebeldía automática sobrevinida de la comparecencia del representante del demandado sin poderes para conciliar

Legal bases that give efficiency to the automatic rebeldy overcoming the

comparison of the representative of the demanded without powers to conciliate

ANDY JONATHAN VÉLEZ ALIAGA (*)

Andy Jonathan Vélez Aliaga (*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Rebeldía Procesal. III. Conclusiones.

RESUMEN: El presente trabajo, propone que en el desarrollo de la audiencia de conciliación del proceso laboral, ante el supuesto de la



(*) Abogado. Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca. Maestrante en la mención de Derecho Laboral y Procesal Laboral en la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca. Premio de Mención Honrosa, en el Concurso Universitario Laboral del VI Congreso Nacional organizado por la SPDTSS en el 2014. E mail: blacvelez@hotmail.com

día automática, debiendo darse paso al juzgamiento anticipado; para lo cual, dichos actos direccionados por el juez, deben estar inspirados en ver a la tutela jurisdiccional efectiva como un derecho fundamental que cuenta con una dimensión objetiva, la cual es el sostén que justifica la eficacia de la rebeldía automática.

Palabras clave: Rebeldía – Tutela jurisdiccional efectiva – Dimensión objetiva.

Abstract: *The present paper proposes that in the development of the conciliation hearing of the labor process, in the event of the appearance of the representative of the defendant who does not have the power to conciliate, a declaration of his automatic default must be made, To early judgment; For which, those acts directed by the judge, must be inspired by seeing the effective judicial protection as a fundamental right that has an objective dimension, which is the support that justifies the effectiveness of automatic default.*

Keywords: *Default - Effective jurisdictional protection - Objective dimension.*

I. Introducción

La presente investigación parte de la realidad que en el desarrollo procesal nacional, los juzgados laborales vienen aplicando deficientemente la institución de la rebeldía automática de los representantes de los demandados, cuando estos asisten a la audiencia de conciliación, sin presentar poderes suficientes; situación que conlleva a prolongar los procesos laborales violando los principios inspiradores del proceso laboral; además, al darse este hecho, consecuentemente la institución del juzgamiento anticipado, como medio que acorta el proceso, tampoco cumple su objeto. Ante esta situación proponemos revalidar al juzgamiento anticipado acorde con lo establecido en el último párrafo del

artículo 43 de la NPLT, donde regula que el juzgamiento anticipado se debe aplicar en los casos en que el Juez advierte que la cuestión debatida es solo de derecho, o que siendo de hecho no hay necesidad de actuar medio probatorio alguno; con lo cual, no se dilataría el proceso; asimismo, a este fin, se desarrolla brevemente los principios como la celeridad, economía procesal y preclusividad, siendo ellos, principios rectores que inspiran el nuevo modelo de proceso laboral peruano.

II. Rebeldía procesal

De manera general se define a la rebeldía como la institución jurídica procesal consistente en la situación en la que se encuentra el demandado que no comparece a derecho, o no contesta la demanda en los tiempos fijados por la ley, habiendo sido debidamente citado, para ejercer su defensa. La rebeldía implica que el proceso prosigue hasta la sentencia sin necesidad de que sea notificado de las actuaciones judiciales que se vayan efectuando.

De igual forma, según VERGER GRAU (1998) afirma que: “la rebeldía es [...] aquella situación procesal del demandado que se inicia con su incomparecencia, transcurrido el tiempo del emplazamiento, y termina con su eventual personación [...]” (p. 588). Lo cual acorde con nuestro Código Procesal Civil dicha situación genera efectos procesales y materiales que perjudican al rebelde, entre los que destaca la presunción relativa de veracidad de los hechos expuestos en la demanda (artículo 461 del Código Procesal Civil).

De lo anterior se tiene que, en el campo del derecho procesal laboral, la rebeldía es un instrumento eficaz para terminar un proceso; así el Nuevo Código Procesal del Trabajo, desarrolla a la rebeldía automática con la justa finalidad de concluir el proceso, siendo en el numeral 1 del artículo 43 donde se establece lo siguiente:

La audiencia de conciliación se lleva a cabo del siguiente modo:

La audiencia, inicia con la acreditación de las partes o apoderados y sus abogados. Si el demandante no asiste, el demandado puede contestar la demanda, continuando la audiencia. *Si el demandado no asiste incurre automáticamente en rebeldía, sin necesidad de declaración expresa, aun cuando la pretensión se sustente en un*



derecho indisponible. También incurre en rebeldía automática si,

asistiendo a la audiencia, no contesta la demanda o el representante o apoderado no tiene poderes suficientes para conciliar. El rebelde se incorpora al proceso en el estado en que se encuentre, sin posibilidad de renovar los actos previos. [...] (Énfasis es nuestro).

Como se puede apreciar, la disposición citada regula tres supuestos que generan la rebeldía automática del demandado, así se tiene:

- a) No asistir a la audiencia de conciliación (incomparecencia en sentido estricto);
- b) No contar con poderes suficientes para conciliar; y,
- c) No contestar la demanda.

Ante estos supuestos procesales, se debe tener en cuenta que aparentemente la rebeldía automática, eficazmente ayudaría a terminar el proceso, en la medida que luego se procedería al *juzgamiento anticipado*; sin embargo, en la práctica, a pesar de estar legalmente establecida esta fórmula, no se da; puesto que, cuando la parte declarada rebelde por asistir al proceso sin poderes para conciliar, se le permite la presentación de la demanda y el proceso continua con la evaluación relativa de los medios probatorios ofrecidos.

Esta continuidad del proceso, por medio de la permisión de la contestación de la demanda, es tendencia derivada de acuerdos plenarios, situaciones que a continuación describimos:

1.1. Acuerdos que no brindan eficacia a la rebeldía automática

Los días 28 y 29 de setiembre del 2012, se celebró en Lima el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral, en el cual en su segundo tema de debate, se cuestionó “*la contestación de la demanda y la rebeldía automática en la Nueva Ley Procesal del Trabajo*”, en tal sentido se trató sí: ¿En un proceso ordinario laboral, si se declara en rebeldía automática al representante o apoderado del demandado por no tener poderes suficientes para conciliar, este puede contestar la demanda? Arribándose, después del debate con una votación favorable de 65 votos, se acordó que: “*El*

demandado que incurre en rebeldía automática por no tener facultades suficientes para conciliar sí puede contestar la demanda”.

Asimismo, el tema de debate del pleno anterior se replicó para análisis los días 5 y 6 de diciembre del 2013, en la ciudad de Arequipa, donde se llevó a cabo el *III Encuentro Jurisdiccional de Jueces que Implementan la Nueva Ley Procesal del Trabajo en el país*, tratándose en el quinto tema de debate sobre “*Los efectos de la declaración de rebeldía en el nuevo proceso laboral*”; a lo que, en su momento los jueces concluyeron por acuerdo que:

El demandado que concurre a la audiencia de conciliación sin facultades para conciliar incurre en rebeldía automática, pero puede presentar contestación de demanda; por lo tanto, no es aplicable la presunción de veracidad de los hechos expuestos en la demanda ni procede el juzgamiento anticipado.

Finalmente, este cuestionamiento también se debatió, en el II Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral del 2014, celebrado en Lima los días 8 y 9 de mayo; donde uno de los temas desarrollados, fue la rebeldía en los procesos laborales; así, en el punto 6. 2, a la pregunta: ¿En qué casos se debe declarar la rebeldía en los procesos laborales sujetos a la NLPT?, donde el pleno acordó:

El demandando será declarado rebelde automáticamente si incurre en cualquiera de los supuestos contemplados en el numeral 1 del artículo 43 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, como son: (i) no asistir a la audiencia de conciliación (incomparecencia en sentido estricto); (ii) no contar con poderes suficientes para conciliar; y, (iii) no contestar la demanda.

Luego ante la pregunta del punto 6.3, sobre el mismo tema, el Pleno se cuestionó sí: ¿La parte rebelde puede incorporarse al proceso contestando la demanda en los casos de rebeldía por falta de facultades para la conciliación?, donde el Pleno estableció:

El demandado declarado rebelde sí puede contestar la demanda; ya que se debe diferenciar este acto del hecho de comparecer, además de privilegiar el derecho de defensa, el principio de contradicción y el principio de veracidad, en tutela del derecho al debido proceso.



Ante lo anterior, se evidencia claramente que es de común aceptación

que los jueces en base a estas máximas de experiencia concertada en plenos y reuniones, actúen permitiendo la presentación de la demanda del demandado cuando éste haya sido declarado rebelde por no tener facultades generales de representación en la audiencia de conciliación, no procediéndose al juzgamiento anticipado, ni llegando a acoger el basamento de la veracidad relativa de los hechos del demandante; justificando esta actuación en la valoración del derecho de defensa, contradictorio y debido proceso del demandado.

Sin embargo, cabe resaltar que en los debates antes expuestos, se desestima fundamentos razonables que viabilizan el juzgamiento anticipado seguido de la declaratoria de rebeldía del demandado; fundamentos que propositivamente cuentan con validez; citándolos nosotros para comprender su naturaleza; así sólo a manera de referencia incluimos los del Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral celebrado en Lima en el 2012, en razón que fue el primero en tratar este tema y segundo porque sus posiciones son transferibles o valoradas en los otros Plenos y acuerdos. Siendo las posiciones que consideraron para la opción del juzgamiento anticipado:

- a) El numeral 1) del artículo 43° de la Ley N° 29497 “Nueva Ley Procesal del Trabajo”, establece como uno de los supuestos de rebeldía automática, la asistencia del representante o apoderado del demandado sin facultades suficientes para conciliar, lo cual debe interpretarse como una condición habilitante o requisito ineludible para poder actuar en la audiencia de conciliación y poder contestar la demanda y en consecuencia pueda ser calificada por el Juez, teniendo en cuenta que la audiencia de conciliación se realiza en un solo acto procesal que comprende la conciliación, la precisión de las pretensiones materia de juicio y la presentación de la contestación a la demanda. En tal sentido se puede entender que una de las consecuencias de la condición de la rebeldía del demandado, es la de no calificar, mucho menos admitir, el escrito de contestación de demanda, porque del iter del proceso, es la más trascendente en dicho proceso.
- b) Los principios que inspiran y sustentan el nuevo proceso laboral son, entre otros, los de intermediación y oralidad, los mismos que tienen

directa relación – dado que se tangibilizan- con la concurrencia de las

partes a la audiencia y en especial del demandado con todas las facultades para intervenir en ella, de modo que constituiría un palmario contrasentido el premiar la conducta procesal de la parte demandada.

- c) Al demandado que incurre en rebeldía por no tener poder suficiente para conciliar, debe imponerse, las mismas consecuencias que dicha figura procesal acarrea en caso de que el demandado no asista a la audiencia de conciliación; siendo así, y atendiendo a que “la doctrina ha definido a la rebeldía como una actitud de silencio del demandado, una forma de manifestación de su voluntad con efectos jurídicos, debe concluirse que no puede contestar la demanda.

1.2. Fundamentos jurídicos que dotan de eficacia a la rebeldía automática

Conjuntamente con las motivaciones anteriores, a continuación se expone otros criterios por los cuales, sí es meritorio acoger de forma plena a la rebeldía automática, siendo los siguientes:

a) *La tutela jurisdiccional efectiva como derecho fundamental*

Sobre derechos fundamentales, A decir de PÉREZ LUÑO, citado por MARQUES DIP (2009): “*son los que se reservan para designar los derechos positivados a nivel interno, [...]*” (p. 12); de igual forma, CASTILLO CÓRDOVA (2007), afirma que “la expresión derechos fundamentales, estaría reservada para aludir a los derechos del hombre recogidos en el ordenamiento jurídico interno, generalmente en la primera de sus normas –la Constitución– y que gozan de una tutela reforzada” (p. 73).

En este sentido, cabe resaltarse que por el derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva como derecho fundamental, se entiende aquel derecho que según SANCHEZ LOPEZ (2007):

[...] tiene todo sujeto de derecho persona que teniendo la situación jurídica de demandante o demandado (según el caso) al momento de recurrir al órgano jurisdiccional (juez en representación del Estado) a fin de que se le imparta justicia, existiendo garantías

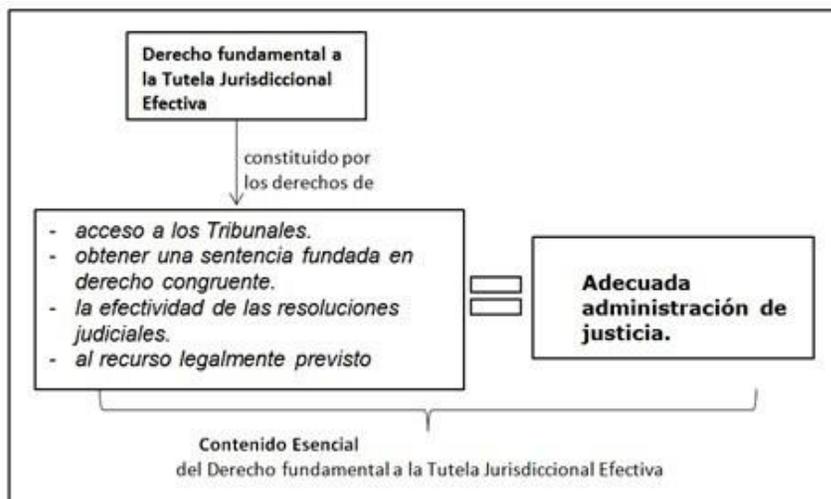


requieran de la intervención del Estado para la solución de su conflicto de intereses o incertidumbre jurídica; utilizando para ello el proceso como instrumento de tutela del derecho sustancial de los mismos.

De igual forma, ante este presupuesto, es apreciable que el derecho comparado, según la doctrina española, considera como un derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, diciendo sobre ella, según VERGER que “tiene un contenido complejo, que incluye los siguientes aspectos: el derecho de acceso a los Tribunales, el derecho a obtener una sentencia fundada en derecho congruente, el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales y el derecho al recurso legalmente previsto (p.621)”.

De lo anterior, se puede decir que dichos elementos de derecho de acceso a los Tribunales, el derecho a obtener una sentencia fundada en derecho congruente, el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales y el derecho al recurso legalmente previsto; vendrían a ser en conjunto las condiciones y deberes que requiere la función jurisdiccional para cumplir las condiciones de la *función del derecho*, con la prestación que entrega a la sociedad; en síntesis se puede manifestar que estos elementos son equivalentes a la *adecuada administración de justicia* y esta constituiría el *contenido esencial* o *bien jurídico* protegido del derecho a la

Tutela Jurisdiccional Efectiva. (Ver cuadro N° 01)



1.3. La dimensión objetiva del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva

El Tribunal Constitucional peruano, establece la existencia de la doble naturaleza de los derechos fundamentales; tal como se muestra en la STC Exp. N° 03330-2004-AA/TC, donde se expresa:

Los derechos fundamentales poseen un doble carácter: son, por un lado, derechos subjetivos; pero, por otro lado, también instituciones objetivas valorativas, lo cual merece toda la salvaguarda posible. (...) El carácter objetivo de dichos derechos radica en que ellos son elementos constitutivos y legitimadores de todo el ordenamiento jurídico; en tanto que comportan valores materiales o instituciones sobre los cuales se estructura (o debe estructurarse) la sociedad democrática y el Estado constitucional(26) (Énfasis nuestro)

Esta adopción de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, es desarrollada por la *teoría de los valores u objetiva*; siendo por la cual “se plantea la tendencia a identificar el contenido esencial con el núcleo objetivo intrínseco de cada derecho, como entidad previa a la reglamentación legislativa” (León Bastos, 2010, p. 54)

La expresión “núcleo objetivo”, denota un perfil de objetividad del contenido esencial acorde con los fines de la sociedad, para determinarlo;

así esta teoría busca relacionar al contenido esencial del derecho fundamental, con el orden de vida y los valores constitucionales vigentes; por lo que, el contenido esencial debe tener un valor axiológico, el cual condiciona la misma existencia del derecho fundamental. Este contenido esencial, al ser objetivo, debe emanar de la comunidad estatal y es determinante para la existencia del derecho fundamental; interpretando que el contenido esencial tiene que ser valorativo para la sociedad, antes de ser regulado positivamente; De esta manera, acorde con el Tribunal Constitucional español, se establece:

(26) STC Exp. N° 03330-2004-PA/TC, f.j. 9.

[...] para definir el contenido esencial de un derecho se debe buscar lo que una importante tradición ha llamado los *intereses jurídicamente protegidos* como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”⁽²⁷⁾. (Énfasis nuestro)

Siendo que, al haber establecido a la Tutela Jurisdiccional Efectiva como un derecho fundamental, se denota su dimensión objetiva por la cual, la razón de ser de este derecho se vincula o debe a un *interés social*, que se refleja en el ordenamiento jurídico, en el sentido que este derecho aspira a concretizar los anhelos de una sociedad propia de un Estado Constitucional de Derecho, por el cual la eficiencia de sus instituciones jurídicas e intereses jurídicamente protegibles garanticen la dación de este derecho a toda la colectividad, en tal sentido *la garantía de eficacia, celeridad, economía procesal, etc. que expectativamente tenga el general de la colectividad a gozar de la protección de este derecho, será de mayor importancia frente a los derechos individuales de los particulares*; es decir, el valor u *dimensión objetiva de un derecho fundamental se*

superpone o prima sobre la dimensión subjetiva o particular del mismo derecho que un sujeto cuenta; recordando justamente que los derechos fundamentales no son absolutos y su aplicación está limitada o restringida al interés social.

La dimensión subjetiva del derecho fundamental a la Tutela Jurisdiccional Efectiva, se limitará frente a los derechos que nacen *del respeto por los derechos fundamentales de los demás sujetos*; acorde con Tórtora Aravena (2010) *afirma* “*vale decir de los demás miembros de la comunidad, circunstancia que impide a cada titular utilizar su derecho en perjuicio de otro; involucrando objetivamente el cumplimiento del bien común*” (p, 173). Al respecto, no

(27) STC 11/1981

se debe olvidar lo dispuesto en el Art. 32.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que manifiesta: “*Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática*”.

En tal sentido y habiendo desarrollado al derecho de la tutela jurisdiccional efectiva, como un derecho fundamental con su valía relacionada a su dimensión objetiva; es que, se vislumbra esa dimensión como fundamento que dota de eficacia al proceso laboral peruano, en cuanto a la rebeldía y juzgamiento anticipado, como se detalla a continuación:

1.4. El interés social como fundamento del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en el proceso laboral peruano

Cabe mencionar que el nuevo modelo del proceso laboral peruano regulado por la Nueva Ley Procesal de Trabajo, introduce las garantías para un proceso *eficiente y rápido* que solucione la controversia con la garantía del respeto del debido proceso.

Sabiendo que, el legislador en el modelo procesal laboral peruano ha entendido que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, en su aspecto objetivo tiene que estar vinculado a la satisfacción de la expectativa de la colectividad de acceder *a la adecuada administración de justicia* (contenido esencial); sin embargo, no basta con solamente “acceder”, sino

que su razón trasciende a la esfera de la eficacia; es decir, la adecuada administración de justicia tiene que pasar de la expectativa a la realidad de *celeridad* para la sociedad; por lo que, el juez no puede dilatar más de lo necesario el proceso laboral de los particulares, sí es que cuenta con las herramientas procesales necesarias para concluirlo, con lo cual satisface la dimensión objetiva del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva en materia laboral, en la medida que la sociedad tiene la certeza de que *el juez resuelve los procesos de los particulares rápidamente, sin dilatar tiempo que dañe a la expectativa del resto de usuarios que hayan iniciado la acción de su derecho u de los que accionarán.*

Es propio decir que, la adecuada administración de justicia, en materia procesal laboral que inspira al derecho fundamental de la tutela jurisdiccional efectiva desde su dimensión objetiva; se refleja directamente en los principios procesales del nuevo proceso laboral peruano; lo cual se analiza a continuación.

1.5. Relación de los principios procesales en el nuevo proceso laboral con la dimensión objetiva del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva

La Ley N° 29497, como ya se ha manifestado, ha regulado algunos de los principios procesales laborales reconocidos por la Constitución del Estado, la doctrina y la anterior Ley N° 26636; los cuales se direccionan como elementos indispensables para la eficacia del nuevo modelo procesal laboral, con lo cual se busca cumplir con la dimensión objetiva del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, en la medida que la sociedad espera que los procesos sean cortos y eficientes. Así vemos como principios direccionados a la eficacia y brevedad del proceso:

a) El principio de oralidad sobre el principio de oralidad, Couture Etcheverry (1977) afirma que “Surge de un derecho positivo en el cual los actos procesales se realizan a viva voz, normalmente en audiencia, y reduciendo las piezas escritas a lo estrictamente indispensable” (p.199). Siendo una característica principal del principio de oralidad, acorde con Ayvar Roldán (2016) que afirma “se pretende asegurar la concentración,

la celeridad e inmediación en los procesos, superando así el retardo y congestión de causas.

b) El principio de concentración

Mediante este principio también recogido en el Título Preliminar del Código Procesal Civil, se persigue que los procesos laborales se desarrollen con un mínimo de actuaciones procesales, a efecto que el juez adquiera una visión en conjunto del conflicto de las partes. Acorde con Ayvar Roldan⁽²⁸⁾ “*Se pretende agrupar todos los actos procesales en una única*

(28) Carolina Ayvar Roldán, Doctora en Derecho por la Universidad Católica Santa María de Arequipa. Jueza Superior de la Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.

audiencia o, al menos, en el menor número de audiencias necesarias y próximas en el tiempo”.

Es decir, como característica principal a este principio educimos que: Se pretende reducir el tiempo procesal, acortando los actos procesales en el menor número posible de actuaciones.

c) Principio de celeridad procesal

Este principio según Ayvar Roldán “*persigue la rapidez del proceso laboral; por lo que, debe estructurarse sobre plazos breves pero también sobre la eliminación de trabas a la tutela jurisdiccional efectiva [...]”*, garantizándose así una justicia expeditiva, sin dilaciones indebidas.

Siendo su principal característica, por antonomasia la celeridad; evidenciándose mediante este principio el interés social, por el cual el proceso tiene que ser corto y no dilatarse en vano, para tutelar la expectativa objetiva del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, por la cual los que han iniciado su acción y los que la iniciarán encontrarán prontitud y eficacia en la resolución de sus conflictos laborales.



d) Principio de economía procesal

Este principio no está deslindado del todo con el de concentración; busca que los actos procesales sean simplificados y de trámites sencillos, a efecto que se dé inicio, se tramite y decida el proceso en los plazos establecidos. El juez debe velar por la pronta solución del conflicto y que las actuaciones se realicen en el menor número posible de actos, áreas distintas como: tiempo, gasto y esfuerzo

Denotándose claramente que esta simplificación de los tramites, responde a que el proceso se vuelva sencillo para que culmine con prontitud, es decir se cumple la dimensión objetiva del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en el sentido que, el general de los futuros usuarios ven asegurado su derecho que cuando accedan al órgano jurisdiccional para resolver un conflicto laboral, el órgano será *eficaz y rápido*, dado que no se dilatará con procesos pendientes de particulares.

Los principios anteriormente detallados, demuestran que el espíritu de la norma, responden al aspecto objetivo del derecho fundamental de la tutela jurisdiccional efectiva, en el sentido que buscan acortar, simplificar, y dotar de eficacia al proceso laboral, para responder al interés social en el cual la colectividad acceda al órgano jurisdiccional de una forma célere y eficaz sobreponiéndose al derecho de la tutela jurisdiccional en su aspecto individual o subjetivo.

1.6. Relación del juzgamiento anticipado con la eficacia de la rebeldía automática

Cabe resaltar, que los principios del Nuevo Código Procesal Laboral, propician el juzgamiento anticipado, en la medida que este se desprende del interés público o social, derivado de la dimensión objetiva del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva; por el cual el juzgamiento anticipado asegura la adecuada administración de justicia, la misma que tiene que ser una expectativa de celeridad para la sociedad, exhortando a que el juez no puede dilatar más de lo necesario el proceso laboral de los particulares, contando con el juzgamiento anticipado como institución jurídica primordial para concluirlo, favoreciendo a la sociedad, la cual tiene la certeza que el juez resuelve los procesos de los particulares rápidamente, sin dilatar tiempo que dañe a la expectativa del resto de usuarios que hayan iniciado la acción de su derecho u de los que accionarán. Enmarcándose

así el juzgamiento anticipado como herramienta principal que viabiliza los intereses sociales dentro del proceso laboral, siendo esa su importancia.

III. Conclusiones

Los principios que inspiran el proceso laboral peruano, propician el juzgamiento anticipado como herramienta para dotar de eficacia a la rebeldía automática en el caso del representante del demandado que asista sin poderes suficientes a la audiencia.

A nivel nacional, en los procesos laborales, se evidencia la desnaturalización de la institución jurídica de la rebeldía; en el sentido que, la parte declarada rebelde, ya no debería contar con los derechos, facultades o poderes propios de la tutela jurisdiccional; en contra del principio de preclusividad.

El principal efecto procesal de la rebeldía, es la preclusión de la etapa de contestación de la demanda, la cual importa la no admisión de los medios probatorios ofrecidos por ser extemporáneos; debiendo respetarse la rebeldía como en el proceso civil.

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, en su aspecto objetivo tiene que estar vinculado a la satisfacción de la expectativa de la colectividad a acceder a la adecuada administración de justicia (contenido esencial); no bastando solamente con “acceder”, sino que su razón trasciende a la esfera de la eficacia; es decir, la adecuada administración de justicia tiene que ser una expectativa de *celeridad* para la sociedad, por lo que, el juez no puede dilatar más de lo necesario el proceso laboral de los particulares, sí es que cuenta con las herramientas procesales necesarias para concluirlo, con lo cual satisface la dimensión objetiva del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva en materia laboral, en la medida que la sociedad tiene la certeza que el juez resuelve los procesos de los particulares rápidamente, sin dilatar tiempo que dañe a la expectativa del resto de usuarios que hayan iniciado la acción de su derecho u de los que accionarán.

Referencias

AyVA r o l D à n, Carolina. *Derecho Pedia. PE*. Recuperado el 20 de Junio de 2016, de Los Principios Procesales en la Nueva Ley Procesal del



CAStillo córDoVA, Luis. (2007) Los derechos constitucionales: elementos para una teoría general. Lima: Palestra.

Couture EtcHeVerry, Eduardo. (1958). *Fundamentos del derecho procesal civil* (III ed.). Buenos Aires, Argentina: Roque de Palma. Recuperado el 20 de Noviembre de 2016, de <http://www.upg.mx/wpcontent/uploads/2015/10/LIBRO-42-Fundamentos-de-DerechoProcesal-Civil.pdf>

león bASToS, Carolina.(2010) La interpretación de los derechos fundamentales según los tratados internacionales sobre derechos humanos: Un estudio de la jurisprudencia en España y Costa Rica. Madrid: Reus S.A.

MARqueS Dip, Henry Ricardo. (2009) Los derechos humanos y el derecho natural: De cómo el hombre imago Dei se tornó imago hominis.Madrid: Marcial Pons.

SAncHez lopez, Luis Alberto. (2007). Tutela Jurisdiccional Efectiva y Derecho al Debido Proceso. Obtenido de documento de Poder Judicial: http://historico.pj.gob.pe/%20..%5C..%5Ccortesuperior%5CPIura%5Cdocumentos%5CART_CSJ_PIURA_TUTELA_120907.pdf

picó i Junoy, Joan. (2011). *Las Garantías Constitucionales del Proceso* (Segunda ed.). España: J.M. Bosch Editor, S.A.

tórtora ArAVenA, Hugo. (2010). *S CIELO - Estudios Constitucionales*. Obtenido de Limitaciones a los Derechos Fundamentales: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002010000200007&script=sci_arttext

Verges grAu, Joao. (1998). La rebeldía en el proceso civil. *Revista peruana de derecho procesal*(2), 621. Recuperado el 20 de Noviembre de 2016, de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2756508>

Derecho Penal



REVISTA

REVISTA **QUAESTIONIS** N° 4

151

La eficacia del *ne bis in ídem* ante la concurrencia de un proceso penal y un procedimiento administrativo sancionador

Reglas Procesales que permitan su eficaz aplicación en nuestro sistema procesal sancionatorio

The effectiveness of the *ne bis in idem* to the concurrence of a criminal process and an administrative punishment procedure

Procedural Rules that allow its effective application in our system of penalties

NAKIN CRISTIAN ROJAS MONTOYA ()

nAkin CriStiAn RoJAS Montoya (*)

SUMARIO: I. Introducción. II. La vigencia del *ne bis in ídem* ante la incoación de un proceso penal y un proceso administrativo sancionador simultáneo. III. La incidencia de la sentencia penal sobre la resolución administrativa posterior. IV. La vigencia del *ne bis in ídem* cuando se ha



impuesto una sanción administrativa y posteriormente pretende intervenir el derecho penal. V. Conclusiones.

(*) Abogado por la Universidad Nacional de Cajamarca, con estudios de Maestría en Ciencias Penales en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca. Socio fundador del Estudio Jurídico Penal Tello & Rojas Abogados.

Resumen: Teniendo como corolario a la teoría que establece una diferencia meramente cuantitativa entre los elementos esenciales del ilícito administrativo y el penal, con el fin de evitar la vulneración del *ne bis in idem* en ambos órdenes sancionadores, en el presente artículo proponemos la aplicación práctica de soluciones procesales, como la regla de preeminencia del proceso penal sobre el administrativo y la aplicación del criterio cronológico, ante la imposición previa de una sanción administrativa sobre un injusto penal.

Palabras Clave: Proceso Penal, Procedimiento Administrativo Sancionador, *ne bis in idem*, identidad de fundamento, preeminencia, criterio cronológico.

ABSTRACT: Having as a corollary to the theory that establishes a quantitative difference between the essential elements of the administrative and criminal offenses, in order to avoid the violation of *ne bis in idem* in the two in sanctioning orders, in the present article we propose the practical application of procedural solutions, As the rule of preeminence of the criminal process on the administrative and the application of the chronological criterion, before the previous imposition of an administrative sanction on an unjust criminal.

Key words: Criminal Procedure, Sanctioning Administrative Procedure, *ne bis in idem*, identity of foundation, preeminence, chronological criterion.

I. Introducción

Con el presente artículo desarrollaremos las propuestas de solución elaboradas en la ley y en la doctrina para evitar la vulneración del principio del *ne bis in idem*, ante la existencia de múltiples procesos penales y/o administrativos contra la misma persona (identidad de persona), por los mismos hechos (identidad de hecho) y por el mismo fundamento (identidad de fundamento), finalizando con una toma de posición personal sobre los mecanismos procesales que se deben tomar en cuenta con el fin de garantizar la eficacia de esta importante garantía.

Para el logro de dicho objetivo somos conscientes que la aplicación del *ne bis in idem* en la práctica procesal, en orden de evitar múltiples

sanciones o procesos bajo el mismo fundamento, es el talón de Aquiles del desarrollo normativo y doctrinal de este principio constitucional, sobre todo para salvaguardar su intangibilidad ante la múltiple existencia de un proceso sancionador a nivel judicial y otro a nivel administrativo; no obstante ello, se deben realizar todos los esfuerzos necesarios para que el *ne bis in ídem* no sea un simple axioma que se diluya en su abstracción, sino que se convierta en un precepto de plena aplicación práctica. El alcance del contenido del *ne bis in ídem* abarca la proscripción de la existencia de dos procesos sucesivos o simultáneos dentro del orden penal; asimismo, la proscripción de dos procesos sucesivos o simultáneos dentro del orden administrativo, así como la prohibición de la incoación un proceso sancionador en el orden penal y otro simultáneo o sucesivo en el orden administrativo, todos claro está con la presencia de las tres identidades de marras.

En el presente trabajo nos avocaremos al último supuesto señalado, pergeñando los criterios que se postulan para evitar la vulneración del *ne bis ídem*, ante la presencia de un proceso sancionador en el orden penal y otro en el orden administrativo, contra la misma persona, por los mismos hechos y por el mismo fundamento; teniendo como corolario a la identificación de la identidad de fundamento, a partir de un análisis comparativo cuantitativo de los elementos esenciales del ilícito penal y administrativo, que han motivado ambos procesos sancionadores.⁽²⁹⁾

II. La vigencia del *ne bis in ídem* ante la incoación de un proceso penal y un proceso administrativo sancionador simultáneo

En nuestra legislación, por una falta de coordinación político criminal, sobre los ilícitos que deben ser sancionados por el derecho administrativo sancionador y aquellos que deben ser sancionados por el

(29) En un anterior artículo el autor ha desarrollado detalladamente su posición en torno a la diferencia meramente cuantitativa entre el ilícito administrativo y el ilícito penal, así como el contenido del injusto como identidad de fundamento entre las sanciones emitidas en ambos órdenes. Rojas Montoya, Nakin Cristian. La identidad de fundamento en el *ne bis in ídem*: criterios para su

adecuada interpretación. En: Gaceta Penal & Procesal Penal Tomo Nº 88. Gaceta Jurídica, Lima, 2016, pp. 283-300.

derecho penal, suceden frecuentes casos en que un mismo injusto es considerado a la vez delito e infracción administrativa; por lo que deben establecerse reglas de coordinación procesal en los casos de conflicto entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador, que permita la intangibilidad de la garantía fundamental del *ne bis in idem*.

Primero debemos partir señalando que tanto el procedimiento administrativo sancionador, como el proceso penal, no obstante de sus diferencias formales, tienen la misma naturaleza sancionadora, al perseguir imponer una sanción al ciudadano. En ese orden de ideas, el profesor James Reátegui señala que “si se ha llegado a la conclusión legislativa que tanto la sanción penal y administrativa forman parte de una sola potestad punitiva del estado, con mayor razón el procedimiento en ambos casos también deben ser considerados como una misma naturaleza punitiva” (Reátegui, 2006, p. 94.) Por lo que, al tener la misma naturaleza y al constatarse la triple identidad, debe incoarse un solo proceso sancionador, pero la pregunta es ¿cuál de ellos? De acuerdo a nuestra Constitución Política del Perú y a nuestra legislación debe regir en este caso el principio de preeminencia del derecho Penal sobre el derecho administrativo, el cual, en palabras del profesor Núñez, significa que “la autoridad penal (Ministerio Público o Juez Penal) tiene la competencia exclusiva sobre la calificación penal, en tanto que el Poder Judicial tiene el poder de vincular, con respecto a sus decisiones, a la administración” (Núñez, 2012, p.121)

La Preeminencia del Derecho Penal sobre el Derecho Administrativo Sancionador encuentra su fundamento en la Constitución Política del Perú, la cual en su Art. 159°.5 establece que el ejercicio de la acción penal (y por lo tanto la calificación de si la conducta es delictiva o no) le corresponde al Ministerio Público. Asimismo en su Art. 139°.2 nuestra carta magna señala que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional, ni interferir en el ejercicio de sus funciones; por lo tanto, si un mismo ilícito es conocido a la vez por la autoridad penal y por la autoridad administrativa, entonces esta última

debe paralizar el procedimiento administrativo y remitir todo lo actuado a la autoridad penal, con el fin de garantizar la competencia exclusiva de la jurisdicción penal de ejercer la potestad punitiva sobre los delitos, así como evitar una eventual vulneración del *ne bis in ídem*.

En la misma línea, el Código Procesal Penal, en el Art. III de su Título Preliminar, regula expresamente lo siguiente: “(...) El Derecho Penal tiene preeminencia sobre el Derecho Administrativo”, lo cual reafirma la importancia de este criterio orientador en la relación que debe existir entre un procedimiento administrativo sancionador y un proceso penal, regulación que en *prima facie* es adecuada para la solución de los conflictos que sucedan a nivel procesal entre estos dos ordenamientos; sin embargo sería mejor que se establezca legalmente, de manera más precisa, que los funcionarios de la administración pública tienen el deber de abstenerse de conocer un caso de índole penal, o de paralizar el procedimiento administrativo en el cual los hechos investigados revistan de connotación penal, así como la obligación de remitir todo lo actuado a la autoridad fiscal o judicial.

Sobre lo dicho, en el ámbito del derecho concursal, se intentó regular, mediante la Ley General del Procedimiento Concursal, en su artículo 131°, lo siguiente: “Si a criterio de la comisión la infracción reviste especial gravedad, ésta debe inhibirse de pronunciarse sobre el caso y poner los actuados a disposición del Ministerio Público para los fines correspondientes”. Esta norma fue un ejemplo de la manera en que no se debe regular la preeminencia del derecho penal sobre el derecho administrativo sancionador, pues mediante este dispositivo legal se vulneró la atribución constitucional que tiene el Ministerio Público para calificar un hecho como delito y se otorgó un excesivo poder discrecional a la autoridad administrativa para determinar que conductas consideradas “graves” debían ser investigadas por el Ministerio Público, cuestión que fue finalmente corregida por el decreto legislativo N° 1050, que derogó el artículo 131° de la Ley General del Sistema Concursal, evitando la continua vulneración a la regla de preeminencia del derecho penal.

Como se puede apreciar este principio de preminencia del Derecho Penal sobre el Derecho Administrativo Sancionador no sólo evita la

vulneración del *ne bis in idem*, sino que también permite que no se desvirtúe las funciones y competencias que la constitución ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado Constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado⁽³⁰⁾. Así, resulta ilícito que un funcionario público, perteneciente a una entidad administrativa, se avoque a conocer un hecho de connotación penal, pues dicha conducta podría incluso subsumirse en conductas delictivas, como usurpación de funciones, omisión de denuncia e incluso avocamiento indebido.

En dicho sentido, ante la disyuntiva que enfrentaría la autoridad administrativa, de emitir o no lo actuado en un procedimiento administrativo a la autoridad penal, sería incorrecto considerara que la misma se encargue de calificar una conducta como delito, sino que basta que encuentre en ella cierta connotación penal, para que se abstenga de proseguir con el procedimiento administrativo y remita todo lo actuado a la autoridad fiscal, quien se encargará de realizar la correcta calificación jurídica penal. El profesor Alcides Chinchay simplifica tal situación, al señalar lo siguiente:

Tal evaluación no supone graves y sesudos filosofemas de un ente administrativo acerca de la naturaleza y alcance de un tipo penal (...) El asunto es harto más sencillo. Al tomar el conocimiento de un hecho en el que la entidad debe decidir si al hecho es falta administrativa, tal entidad debe hacerse una simple pregunta: ¿El hecho está descrito en una norma penal como delito? Si la respuesta es sí, ya operó la preeminencia. Se trata de remitir todo lo actuado al fuero penal y abstenerse de seguir tramitando el proceso administrativo (Chinchay, 2013, pp. 56-57)

(30) El Tribunal Constitucional ha establecido el contenido del principio interpretativo de Corrección Funcional, señalando taxativamente que “Este principio exige al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado Constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado.” (Sentencia del Tribunal Constitucional

Peruano. Exp. N° 5854-2005-PA-TC, Fundamento N° 12. Literal c)

Por todo lo dicho, se puede concluir que en caso la autoridad administrativa llegue a conocer *ab initio* hechos de relevancia penal, deberá abstenerse de iniciar un procedimiento administrativo (por más que dichos hechos se subsuman también una infracción administrativa) y deberá poner en conocimiento de dichos hechos al Ministerio Público, como titular de la acción penal. Asimismo, si en el transcurso de un procedimiento administrativo sancionador la autoridad se percató que los hechos investigados tienen relevancia penal, o que están siendo conocidos por la autoridad jurisdiccional, deberá paralizar dicho procedimiento y remitir todo lo actuado al Ministerio Público o al Poder Judicial, cometido que sólo será posible con una adecuada coordinación entre órganos administrativos y judiciales.

III. La incidencia de la sentencia penal sobre la resolución administrativa posterior

De acuerdo a la regla de la preeminencia del derecho penal sobre el derecho administrativo sancionador, la administración ha de remitir las actuaciones a la autoridad penal y abstenerse de continuar conociendo el caso, en espera de la resolución final de la autoridad penal. Hasta aquí la cosa es clara, pero una vez que la autoridad penal resuelva el proceso ¿Qué es lo que debe hacer la administración?

El Administrativista Alejandro Nieto, señala que la sentencia penal tiene “una relevancia que se despliega en dos direcciones: hacia atrás (la eventualidad de que vaya a aparecer una sentencia penal paraliza la continuación de las actuaciones administrativas anteriores a ella) y hacia adelante (las actuaciones y sanciones administrativas posteriores se encuentran condicionadas por el contenido de la sentencia penal)” (Nieto, 2005, p.496). Es esta segunda dirección la que nos interesa, pues a partir de ella la sentencia penal condiciona a la administración, en cuanto a su potestad de iniciar posteriormente un procedimiento administrativo sancionador contra el ciudadano absuelto o condenado penalmente.

En primer lugar se debe partir del criterio de «vinculación de los hechos probados», el cual señala que los hechos probados en el proceso penal son vinculantes para un eventual procedimiento administrativo sancionador, pues los mismos hechos no pueden, a la vez, existir para un órgano del estado y dejar de existir para otro. Al respecto el Tribunal Constitucional Español ha señalado lo siguiente:

El principio *non bis in ídem* determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto a unos mismos hechos, pero conduce también a la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico puedan producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativas diferentes, pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado” (Sentencia del Tribunal Constitucional Español N° 77/1983, del 3 de octubre).

A partir de este criterio, se tiene que tener en cuenta que los efectos sobre un eventual procedimiento administrativo sancionador van a ser muy distintos, dependiendo de si la resolución judicial condena o absuelve al procesado. Al respecto se han esbozado algunas propuestas de solución doctrinales en el derecho nacional y español:

El profesor nacional Fernando Núñez Pérez manifiesta lo siguiente: “En el caso que la jurisdicción condene la administración no podrá sancionar, pero si la jurisdicción absuelve la administración podrá continuar o reanudar la investigación administrativa con base en el hecho que se haya considerado probado.” (Núñez, 2012, p.128)

De manera más detallada el profesor De la Rosa Cortina, propone lo siguiente:

Como pautas indicativas, deben distinguirse las siguientes hipótesis: a) sobreseimiento libre por declaración de inexistencia

del hecho (Art. 637.1 LE Crim): en este supuesto, en principio, no procederá la remisión de testimonio; b) sobreseimiento libre por falta de tipicidad penal de los hechos (Art. 637.2 LECrim): en este supuesto procederá la remisión de testimonio; c) supuestos de sobreseimiento previsional (Art. 641 LECrim): la casuística es muy rica y, en principio procederá la remisión del testimonio, dejando a la autoridad administrativa que analice cada caso concreto d) supuestos de sentencias absolutorias: aquí procederá en principio la remisión de testimonio salvo si responde a la declaración de la inexistencia de los hechos o a la falta de participación del acusado en los mismos. En los supuestos de sentencias absolutorias por no quedar acreditados los hechos se ha mantenido que cuando simplemente la sentencia penal declare no probada la realización del hecho o la participación del inculcado sí puede continuarse el expediente administrativo (De la Rosa Cortina, 2003, pp.128-129)

Estas propuestas coinciden en que si la resolución penal es condenatoria quedará proscrito un posterior proceso administrativo sancionador y si es absolutoria podrá reabrirse el mismo, con el fin de procesar y eventualmente sancionar el ilícito administrativo, siempre y cuando se respete los hechos probados en el proceso penal; sin embargo desde nuestra posición, con estos criterios se está generalizando la solución a dos casos distintos, que ameritan una solución propia: A) El caso en que el ilícito administrativo es idéntico al ilícito penal, y por lo tanto hay una identidad de fundamento plena y B) el caso en que el ilícito penal tiene un plus de antijuridicidad en relación al ilícito administrativo, abarcándolo y superándolo en su ilicitud.

En el primer caso (A), si después de realizar un análisis comparativo cualitativo entre los ilícitos contenidos en la norma penal y administrativo, concluimos que el ilícito administrativo, en sus elementos esenciales, es idéntico al ilícito penal, entonces, sea la sentencia penal absolutoria o condenatoria, proscribe el inicio de un proceso administrativo posterior, pues de reabrirse este, en caso la sentencia haya sido condenatoria, se estará vulnerando al *ne bis in ídem* material y procesal, y en caso la sentencia haya sido absolutoria, si bien no existirá una doble sanción, sí

existirá un doble proceso sobre el mismo fundamento; por lo que irremediablemente se vulneraría el *ne bis in ídem* procesal.

En el caso en que el ilícito penal tenga un plus de antijuridicidad en relación al ilícito administrativo (B), proponemos las siguientes soluciones:

- b.1) Si en el proceso penal se condena, entonces quedará proscrito un posterior proceso administrativo, pues el ilícito penal y el ilícito administrativo (que se encontraba abarcado dentro de éste) ya fueron sancionados.
- b.2) Si en el proceso penal se absuelve se podrán dar los siguientes supuestos:

b.2.1) Supuestos Fácticos (sobre los hechos):

Si en el proceso penal se comprobó que los hechos nunca existieron, entonces el proceso administrativo sancionador no podrá iniciarse, al ya no tener la administración un sustento fáctico sobre la cual sancionar al administrado.

Si en el proceso penal se comprueba que los hechos existieron, pero que el imputado no participó de los mismos, el proceso administrativo sancionador no podrá iniciarse, al ya no tener la administración sustento fáctico que permita la imputación de los hechos al administrado, sin perjuicio que se inicie un proceso administrativo sancionador contra otras personas.

b.2.2) Supuesto de Tipificación (encuadramiento en el injusto):

Si la sentencia absolutoria declara que los hechos existieron, pero que estos no llegan a subsumirse en la totalidad del ilícito penal, entonces se podrá reabrir un proceso administrativo que conozca los hechos probados en el proceso penal, pero ya no para ser subsumidos en el ilícito penal, sino sólo en el ilícito administrativo (sin ese plus de antijuridicidad que lo diferenciaba del penal).



b.2.3) Supuesto Probatorio (vinculados a la insuficiencia probatoria):

Si la sentencia absolutoria declara que no existe la suficiente prueba de cargo para comprobar la existencia del ilícito penal, entonces se podrá reabrir posteriormente un proceso administrativo sancionador, que concentre su actividad probatoria en comprobar la realización del ilícito administrativo, respetando los hechos probados en el proceso penal.

Si bien es cierto las soluciones propuestas en los últimos dos supuestos pueden ser objeto de una crítica que revele la vulneración del *ne bis in ídem* procesal, con la incoación de dos procesos sancionatorios sobre el mismo ilícito (el administrativo); sin embargo nosotros consideramos que esto no es correcto, pues el proceso penal que se desarrolló en un primer momento tuvo como objeto encuadrar los hechos probados en la totalidad del ilícito penal, que si bien abarcaba al injusto administrativo, la operación de subsunción se realiza considerando al injusto penal en su conjunto (ilícito administrativo más plus de antijuricidad), con una evaluación parcial que analiza solamente la relevancia penal, sin un análisis individualizado del injusto administrativo, que permita determinar su configuración, por lo que la resolución penal pudo determinar que los hechos no alcanzaban a encuadrar en el ilícito penal, sin que eso signifique que tampoco puedan calzar en el injusto administrativo. Lo mismo ocurre en el supuesto probatorio; pues la actividad probatoria del proceso penal se centró en determinar la existencia de los hechos que configuren el ilícito penal (hechos de relevancia penal), sin una focalización probatoria individualizada, que permita comprobar la existencia de los hechos como constitutivos del ilícito administrativo.

IV. La vigencia del ne bis in ídem cuando se ha impuesto una sanción administrativa y posteriormente pretende intervenir el derecho penal

Ante la falta de visión político criminal de la legislación, que ha motivado la sanción de un mismo ilícito por el Derecho Administrativo Sancionador y por el Derecho Penal, desde la academia se deben dar

soluciones prácticas, no sólo para la situación en que la autoridad administrativa toma conocimiento de un hecho con índole penal, sino también cuando la misma incumple la regla de preeminencia del derecho penal sobre el derecho administrativo sancionador e ilegalmente, sea por negligencia o deliberadamente, sanciona una conducta, que además de configurar una infracción administrativa constituye también un ilícito penal.

Si bien es cierto, el desarrollo doctrinal y legislativo que ha tenido este asunto (el más sensible en lo relacionado al *ne bis in ídem*) es aún incipiente, también es cierto que existen algunas propuestas muy interesantes y rescatables de derecho nacional y comparado, de cuyos aciertos y errores se debe partir, con el fin de proponer una solución jurídica que permita el respeto de la garantía del *ne bis in ídem* al ciudadano, pero sin alejarse del piso de la realidad y volar demasiado en lo que Rudolph Von Iherin llamaba “(...) en el cielo de los conceptos jurídicos, esto es, de espaldas a la realidad” (Ihering, citado por Muñoz, 2001, p. 102). Entre las más importantes soluciones, que se han planteado ante este gran problema se encuentran las siguientes:

IV.1. El criterio de la Compensación

Este criterio propone la vigencia de la sanción administrativa vertida sobre el ciudadano y la posibilidad de que se realice un sucesivo proceso penal por el mismo ilícito previamente sancionado, en el cual, en caso imponerse una pena, se descontará la sanción administrativa de la sanción penal. El criterio del descuento es novedoso; sin embargo no realiza una plena protección de la vigencia del *ne bis in ídem*, pues si bien garantiza la vigencia del *ne bis in ídem* material, al evitar la desproporcionalidad de la reacción punitiva del Estado, olvida el contenido del *ne bis in ídem* procesal, al procesar nuevamente al ciudadano por la realización de un mismo ilícito, que ya fue previamente procesado y sancionado por el brazo punitivo administrativo del Estado, sometiendo a la persona a un constante estado de inseguridad jurídica, en el cual tiene que desarrollar su vida con la espada de Themis suspendida sobre ella.



Además pensamos que en la práctica dicho criterio tendría severos óbices, por ejemplo en el caso en que la sanción penal sea una pena privativa de la libertad y la sanción administrativa una multa, pues si bien se podría acudir a las reglas de conversión de pena, muchas veces la multa administrativa, al ser cuantiosa, agotaría a la sanción penal; siendo imposible hacer un descuento propiamente dicho.

IV.2. El criterio de la Nulidad de la Sanción Administrativa

Este criterio propone la imposición de la sanción penal y la consecuente nulidad de la sanción administrativa, al constituir un acto administrativo que vulnera la regla de preeminencia penal, el principio de legalidad y de exclusividad de la jurisdicción penal.

Conforme a esta solución alternativa, y para evitar la lesión del principio non bis in ídem, se sostiene la certeza de la imposición de la sanción penal posterior a la administrativa y la consiguiente nulidad de pleno derecho de la sanción administrativa, remitiendo al condenado a la vía administrativa o, en su caso, a la jurisdicción contencioso-administrativa, para que sea esta —o la propia Administración— quien declare la nulidad de la sanción y la deje sin efecto (Muñoz, 2001, p. 86)

La nulidad de la sanción administrativa, de acuerdo a la LPAG N° 27444 (Ley del Procedimiento Administrativo General), se fundamentaría en la vulneración del ordenamiento jurídico que significó dicho acto administrativo (vulneración de la preeminencia del derecho penal), en la incompetencia de la autoridad administrativa que emitió dicha sanción (invasión a competencias reservadas a la autoridad penal) o incluso en la posible ilicitud criminal del actuar administrativo (avocamiento indebido o usurpación de funciones)

Dicho criterio encuentra su fundamento en una radical postura de la regla de preeminencia de la jurisdicción penal, pues esta conocerá el ilícito ya sancionado por la autoridad administrativa sin considerar la sanción administrativa que ésta última ya ha impuesto, otorgando al ciudadano la facultad de solicitar frente a la administración la nulidad de la sanción ilegalmente impuesta; soslayando por completo que el ciudadano ya fue objeto de un proceso sancionador previo que culminó con una sanción en

el orden administrativo y que, lejos de otorgarle una solución, se lo somete a un nuevo proceso sancionador en el orden penal y a un constante estado de peregrinaje procesal, dentro del cual mendigará la nulidad de la primera sanción ilegalmente impuesta.

Conforme a esta posición, la sentencia penal no tendría que tomar en consideración ninguna decisión administrativa previa, ni le afectan las sanciones administrativas que pudieran haberse impuesto (...) De acuerdo con esta solución, la sentencia penal no tomaría en cuenta, la sanción administrativa previa, pero como el principio *non bis in idem* impide la duplicidad sancionatoria, remitiría al ciudadano al órgano administrativo para que, teniendo en consideración la condena penal, dicho órgano anulara la sanción administrativa impuesta. Sin duda esta solución es contraria a la economía procesal y somete al ciudadano a un doble enjuiciamiento y a un continuo peregrinar de órgano a órgano del Estado (López Barja, 2004, pp. 55-56)

En el mismo sentido, la crítica que se puede hacer a este criterio es la misma que se realiza al criterio del descuento, pues de la misma manera se estará intentando proteger el *ne bis in idem* material, pero tirando la toalla en la protección del *ne bis in idem* procesal, que irremediamente será vulnerado, al haberse sometido al ciudadano a un doble proceso sancionatorio, por más que el primero haya sido declarado nulo, pues la declaración de nulidad e iniciación del nuevo proceso sancionatorio debe tener, en el presente caso, la finalidad de corregir, a favor del procesado y no en su perjuicio, la vulneración de las normas procesales con relevancia constitucional, que el propio estado conculcó.

Es también necesario señalar que esta teoría al descender a la arena de la realidad, encuentra muchos inconvenientes, pues el aguardar que la propia autoridad administrativa declare nulo el acto administrativo que contiene la sanción, o que en instancia contenciosa administrativa se declare la nulidad del mismo, implicaría el transcurso de un tiempo considerable, más aún en un sistema judicial como el nuestro, plagado de procedimientos burocráticos y de sobrecarga procesal, generando que el ciudadano se encuentre durante un largo periodo de tiempo sometido a los órganos sancionatorios; percibiendo indefectiblemente lesionado su

garantía al *ne bis in ídem* procesal, que hasta el momento parece simple letra sobre papel mojado.

IV.3. El criterio Cronológico

El criterio cronológico postula que dado el caso en que se sancione un injusto por una consecuencia jurídica (sea administrativa o penal), esta sanción elimina la posibilidad de que se vuelva a procesar o eventualmente sancionar la misma conducta, por el derecho administrativo o por el derecho penal (claro está ante la presencia de la triple identidad tantas veces mencionada); es decir, prevalecerá la primera sanción que se ha impuesto al ciudadano, sin interesar el orden punitivo que la emitió. El profesor Nieto, manifiesta que “el verdadero criterio es el cronológico, o sea, que la primera resolución cierra el paso a la segunda, cualquiera que sea su precedencia, hasta tal punto que una simple resolución administrativa impide por si misma las actuaciones penales posteriores” (Nieto, citado por Muñoz, 2001, p.69)

El criterio cronológico se fundamenta en el criterio de unidad del derecho sancionador, pues no debe interesar si la primera sanción se impuso por el derecho administrativo sancionador o por el derecho penal (ambas manifestaciones de un único *ius puniendi*), para que el *ne bis in ídem* despliegue su plena eficacia e impida una segunda sanción contra el ciudadano por la comisión de un mismo ilícito. Al respecto el profesor Núñez, señala lo siguiente:

Entendemos que si el Estado ya sancionó un hecho (sea con ropaje administrativo), no puede luego el mismo estado (con ropaje penal) sancionar el mismo hecho, bajo el pretexto irracional y literal de que la jurisdicción siempre tiene que prevalecer, a raja tabla, sobre la administración, así sea en perjuicio del ciudadano. Debe entenderse que si existe el non bis in ídem para que actúe siempre a favor del ciudadano, evitando buscar preeminencias que no tiene ningún sentido, preeminencia sí, pero siempre en concordancia interpretativa con el non bis in ídem.

(Núñez, 2012, pp. 128)

No sólo doctrina nacional y española han fundamentado este criterio, pues como cita el profesor César San Martín Castro, el Tribunal de Estrasburgo también se ha pronunciado al respecto, al señalar que “si las figuras penales o la infracción administrativa y el tipo penal no difieren en sus elementos esenciales, no puede iniciarse un segundo procedimiento, en cuyo caso, sin interesar en qué ordenamiento está prevista la primera sanción, debe regir ésta y anularse el segundo procedimiento” (STEDH del 30.6.2002. Caso W.F.C.vs. Austria, ss. 26f. Recopilado por San Martín Castro, 2005, pp. 16-17)

IV.4. Toma de Posición

Somos de la posición de que el criterio cronológico es el único que garantiza completamente la vigencia del *ne bis in idem*, teniendo como marco las premisas de la unidad del *Ius Puniendi* y de la identidad cualitativa entre la sanción administrativa y la sanción penal⁽³¹⁾; siendo necesario centrarnos en la aplicación práctica de este importante criterio y en su defensa ante los reparos generados en su contra.

En efecto, se critica al criterio cronológico el afectar el principio de interpretación constitucional de concordancia práctica, de acuerdo al cual los derechos fundamentales, como el *ne bis in idem*, deben ser interpretados en concordancia con los demás principios que fundamentan nuestro ordenamiento jurídico, lo cual permita un equilibrio garantista eficientista, que por un lado garantice el respeto del *ne bis in idem*, pero amparen también la eficacia de los principios de legalidad y jurisdicción penal, los cuales se verían vulnerados al dejar a la administración sancionar una conducta que se subsume en un delito.

Ante lo dicho, es necesario señalar que en el presente caso no estamos ante una ponderación de dos o más derechos o principios constitucionales, de los que se requiera su interpretación concordante, sino ante la disyuntiva de garantizar la eficacia de un derecho fundamental, como es el *ne bis in idem*, o de la potestad persecutoria y sancionadora estatal, cuyo ejercicio fue impedido negligentemente por el propio Estado, al procesar y/o sancionar una conducta de relevancia penal con un órgano incompetente; disyuntiva que en todo caso, de acuerdo a lo recogido por

el propio Tribunal Constitucional, deberá ser reconducida a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones

(31) Para lo cual, como señalamos *supra*, nos remitimos al desarrollo teórico sobre la identidad cualitativa y diferencia cuantitativa entre el ilícito administrativo y el penal, esbozado en un anterior artículo del autor. ROJAS MONTOYA, Nakin Cristian. *La identidad de fundamento en el ne bis in ídem: criterios para su adecuada interpretación*. En: Gaceta Penal & Procesal Penal Tomo Nº 88. Gaceta Jurídica, Lima, 2016, pp. 283-300.

del principio-derecho de la dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado.

En la misma línea, comulgar con esta crítica significaría avalar que la vigencia del *ne bis in ídem* depende del propio Estado, pues si los órganos administrativos que lo conforman respetan los principios de legalidad y jurisdicción penal y remiten el injusto penal al conocimiento de la autoridad penal, entonces se mantendrá vigente el *ne bis in ídem*, pero si los órganos administrativos vulneran los principios de legalidad y jurisdicción penal, procediendo a sancionar un injusto penal con una sanción administrativa, entonces no se mantendrá la vigencia del *ne bis in ídem*, justamente para salvaguardar los principios que el propio Estado conculcó. Como menciona el profesor Caro Coria:

La efectiva vigencia del derecho ciudadano a que se respete el *ne bis in ídem* no puede depender de la corrección del procedimiento administrativo y de la sanción que se imponga en ese ámbito, con lo que la extensión de un derecho fundamental que el Estado debe respetar y proteger, haya sus límites en la conducta previa del propio Estado. (...) No se imputa al Estado, sino al ciudadano, las consecuencias negativas de su indebida actuación sancionatoria. Esta solución a favor de la persecución estatal es además desproporcionada, no estamos ante la necesidad de ponderar la extensión de dos derechos fundamentales, sino de garantizar el equilibrio entre un derecho fundamental y la potestad sancionadora del Estado ante un hecho negativo del propio Estado: la sanción administrativa indebidamente impuesta (Caro, 2006, p. 21)

Con lo dicho no estamos sustentando que el *ne bis idem* es un derecho absoluto, que no acepta restricción alguna en pro de intereses públicos, como el de persecución estatal de los delitos; pues, conforme hemos señalado supra, en el presente caso no nos encontramos frente a un conflicto entre un derecho fundamental y un interés público de persecución penal, en el cual es necesario restringir ciertos derechos fundamentales para lograr los fines públicos (como sucede por ejemplo con las medidas de coerción penal, en que se restringe la libertad para asegurar la eficacia del proceso penal); sino que nos encontramos ante un hecho irregular del Estado (la sanción administrativa de un injusto penal), consistente en vulneraciones de principios constitucionales, las cuales pretende remediarlas sacrificando derechos fundamentales del ciudadano.

Otro óbice que encontraría el criterio cronológico es la corrupción estatal, marco social que generaría no pocas veces (más aún en un país con altos índices de corrupción como el nuestro), que la sanción administrativa del ciudadano, sea impuesta con el único fin de sustraerlo de la jurisdicción penal, generándose impunidad y por ende que la sanción penal (la cual se supone con mayor capacidad de prevención) no logre los fines preventivos para los cuales había sido regulada, convirtiendo al criterio cronológico en un arma de doble filo, al causar la proliferación de conductas administrativas ilícitas.

Sin embargo, en un país en que la corrupción es sistemática y hasta forma parte intrínseca de la sociedad, tenemos que señalar que no sólo la autoridad administrativa es proclive a incurrir en actos de corrupción, sino también cada una de las autoridades que conforman el sistema penal, en las cuales se concentra también este fenómeno; por lo tanto no podemos alegar que las autoridades administrativas son altamente corruptibles y que las autoridades del sistema penal están inmaculadamente libres de ella.

No obstante lo dicho, planteamos que la teoría cronológica debe tener una excepción en su aplicación, en la cual sí se tendrá que soslayar la vigencia del *ne bis in idem* (al no ser un derecho absoluto), para someter a un ciudadano a un proceso penal y sancionarlo eventualmente por el injusto penal cometido, a pesar de haber sido sancionado previamente con

una sanción administrativa. Así planteamos la inaplicación de la garantía del *ne bis in ídem* (y por ende del criterio cronológico) cuando el ciudadano de manera deliberada realiza acciones con el único fin de recibir la sanción administrativa y evitar la sanción penal, verbigracia corrompiendo a la autoridad administrativa.

El fundamento de esta excepción radica en que ya no nos encontramos ante un único acto irregular por parte del Estado, sino también ante un acto ilícito del ciudadano, quien abusando de su derecho a no ser procesado y sancionado dos veces por el mismo injusto, busca expresamente la sanción administrativa, con el único fin de evitar la sanción penal; por lo tanto, con la incoación de un segundo proceso y la eventual sanción en la vía penal se está salvaguardando el principio de legalidad y jurisdicción penal que no sólo lesionó el Estado, sino que el propio ciudadano coadyuvó para su vulneración, quien ahora ya no podrá hacer valer su derecho al *ne bis in ídem* para evitar el remedio de los principios que el mismo conculcó.

Finalmente y con el fin de no ser simples aviadores del “cielo de los conceptos jurídicos” somos de la posición de que el criterio cronológico tendrá menos problemas en su aplicación práctica y garantizará de una mejor manera la garantía del *ne bis in ídem*; pues el ciudadano, a quien el Estado ha impuesto una sanción administrativa previa, por la comisión de una conducta que configura un injusto penal, y al cual posteriormente se le pretende iniciar un proceso penal, tendrá las siguientes posibilidades de defensa:

En mérito al artículo 334 inc. 1 del Código Procesal Penal (2004)⁽³²⁾ podrá solicitar el archivo de la investigación al existir una causa de extinción de la acción penal, protegida por el principio *ne bis in ídem*, y regulada por el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal penal⁽³³⁾, que evita una duplicidad sancionadora por parte del Estado (mediante sanciones penales o administrativas).

Del mismo modo, en mérito al Art. 344 inc. 2. Literal c.⁽³⁴⁾ y al Art. 350 Inc.1 literal d ⁽³⁵⁾ del Código Procesal Penal, dentro del

- (32) “Art. 334. Inc. 1: Si el Fiscal al Calificar la denuncia o después de haber realizado o dispuesto realizar diligencias preliminares, considera que el hecho denunciado no constituye delito, no es justiciable penalmente, o se presentan causas de extinción previstas en la ley, declarará que no procede formalizar con la investigación preparatoria, así como ordenará el archivo de lo actuado (...)”
- (33) Art III- Título Preliminar- Código Procesal Penal: “Nadie podrá ser procesado, ni sancionado más de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento. Este principio rige para las sanciones penales y administrativas (...)”
- (34) Art. 344 Inc. 1 Literal c: “(...) El sobreseimiento procede cuando: (...) c) la acción penal se ha extinguido (...)”
- (35) Art. 350 Inc. 1 Literal d): La notificación será notificada a los demás procesales. En el plazo de diez días éstas podrán: (...) d) Pedir el Sobreseimiento (...)”

plazo de diez días posteriores a la notificación de la acusación y durante la Audiencia Preliminar de Control de Acusación, el ciudadano podrá pedir el sobreseimiento de la causa, por existir una causa de extinción de la acción penal que evita una duplicidad sancionadora por parte del Estado (mediante sanciones penales o administrativas).

En los distritos judiciales en que aún está vigente el Código de Procedimientos Penales de 1940, el ciudadano podrá solicitar la disposición de archivo fiscal, al no ser procedente la denuncia presentada contra su persona, de acuerdo al artículo 12 de la Ley Orgánica del Ministerio Público⁽³⁶⁾.

Asimismo, cuando el fiscal ha formalizado denuncia penal contra el juez instructor, de acuerdo a los artículo 77 inc. 5. y 77-A inc. 21. literal c. del Código de Procedimientos Penales⁽³⁷⁾, en la audiencia de presentación de cargos, la defensa del imputado podrá solicitar al Juez Penal la emisión del auto de No Ha Lugar por la existencia de una causa de extinción de la acción penal.

Finalmente, al instaurarse contra el ciudadano, que ya sufrió una sanción administrativa previa por el mismo injusto que se lo pretende sancionar en la vía penal, dicha persona en defensa de su garantía del *ne bis in idem* y del debido proceso, y ante la amenaza de restricción de su libertad, puede acudir a la garantía constitucional del Habeas Corpus, de acuerdo al artículo 25° del Código Procesal Constitucional.

V. Conclusiones

Teniendo como corolario a la teoría que establece una diferencia meramente cuantitativa entre los elementos esenciales del ilícito admi-

(36) Art. 12 LOMP: “la denuncia a que se refiere el artículo precedente puede presentarse ante el Fiscal Provincial (...) si el Fiscal ante el que ha sido presentada no la estimase procedente se lo hará saber por escrito al denunciante (...)”

(37) Art. 77 inc. 5 del Código de Procedimientos Penales: “(...) Acto seguido, se escuchará al defensor del imputado quien podrá ejercer contradicción a lo alegado por el Fiscal y solicitar auto de no ha lugar conforme a lo previsto en el artículo 77-A. (...)”

Art. 77-A inc. 1. Literal c: “El Juez expedirá un auto de No Ha lugar, cuando se presenten los siguientes supuestos: (...) c. La acción penal se ha extinguido.

nistrativo y el penal, con el fin de evitar la vulneración del *ne bis in ídem* en ambos órdenes, proponemos aplicar en la práctica soluciones procesales, como la regla de preminencia del proceso penal sobre el proceso administrativo y el respeto del criterio cronológico ante la imposición previa de una sanción administrativa sobre un injusto penal. Tanto el procedimiento administrativo sancionador como el proceso penal, no obstante de sus diferencias formales, tienen la misma naturaleza punitiva, al perseguir imponer una sanción al ciudadano; por lo que al tener la misma naturaleza y al constatarse la triple identidad de marras debe incoarse un solo proceso sancionador, el cual deberá ser el proceso penal, en aplicación de la regla de preminencia del derecho penal sobre el derecho administrativo sancionador.

En caso la autoridad administrativa llegue a conocer hechos de relevancia penal, deberá abstenerse de iniciar un procedimiento administrativo sancionador (por más que dichos hechos constituyan también una infracción administrativa) y deberá poner de conocimiento de dichos hechos al Ministerio Público, como titular de la acción penal. Sobre la incidencia de la sentencia penal sobre el eventual procedimiento administrativo posterior, podemos concluir que en el caso de que el ilícito administrativo coincida en sus elementos esenciales con el ilícito penal, tratése de una sentencia penal absolutoria o condenatoria, la misma proscibirá el inicio de un proceso administrativo posterior; pero si sucede que el ilícito penal tiene un plus de antijuridicidad en relación al ilícito

administrativo, las soluciones serán diversas, dependiendo de si la sentencia absolutoria ha sido motivada por fundamentos fácticos, jurídicos o probatorios.

Cuando se ha impuesto una sanción administrativa y posteriormente pretende intervenir el derecho penal, el criterio cronológico es el único que garantiza completamente la vigencia del ne bis in ídem, teniendo como marco el criterio unitario del *Ius Puniendi*; pues ante el propio error del Estado de sancionar una conducta por un órgano estatal que carecía de competencia, no se puede perjudicar al ciudadano restringiéndole un derecho fundamental, con el fin de garantizar el principio de legalidad y jurisdicción que el propio Estado conculcó.

Referencias

- CABrerA DelgADo, José Manuel (2014) *Duplicidad Sancionadora en el Ámbito Administrativo y Penal*. En: Avances en supervisión educativa N° 22. Tenerife.
- CAno CAMpoS, Tomás (2001) *Non Bis In Idem, Prevalencia de la Via Penal y Teoría de los Concursos en el Derecho Administrativo Sancionador*. En: Revista de Administración Pública N° 156. Madrid.
- CARo CoriA, Dino Carlos. (2006) *El principio de ne bis in idem en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. En: Jurisprudencia y doctrina penal constitucional-Segundo Seminario. Lima: Palestra.
- CHincHAy CASTillo, Alcides (2013) *La Interdicción de la Persecución Penal Múltiple en el Código Procesal Penal del 2004*. En: Gaceta Penal & Procesal Penal. Lima: Gaceta Jurídica.
- De lA roSA cortinA, José Miguel (2003) *Relaciones entre Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador. En especial, el principio non bis in idem*. En: Revista del Ministerio Fiscal, n.- 11. Madrid.
- lópez bArJA De quirogA, Jacobo (2004) *El Principio Non Bis In Idem*. Madrid: Dykinson.
- Muñoz llorente, José (2001) *La Nueva Configuración del Principio Non Bis In Idem*. Madrid: La ley.

- nieto gArcía, Alejandro (2005) *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Tecnos.
- núñez pÉrez, Fernando Vicente (2012) *El Contenido Esencial del Non bis in Idem y de la Cosa Juzgada en el Nuevo Código Procesal Penal*. Lima: Grijley.
- reátegui SáncHez, James (2006) *La Garantía del “Ne Bis In ídem” en el Ordenamiento Jurídico Penal*. Lima: Jurista
- SAn MArtín cAstro, César (2005) *Introducción general al estudio del nuevo Código Procesal Penal*. En: *El nuevo Proceso Penal*. Estudios Fundamentales. Lima: Palestra Editores.

Reseña Jurídica



Unión civil vs. matrimonio civil

Civil unión vs. civil marriage

JULIO ALEJANDRO VILLANUEVA PASTOR (*)

Un tema de actualidad de Derecho que sigue siendo tema de discusión en el Congreso es la Unión Civil, Proyecto de Ley presentado por Carlos Bruce, en el que propone; entre otros aspectos, reconocer Derechos a las parejas homosexuales, pretendiendo equipararla a la institución del Matrimonio Civil. Asunto que ha generado opiniones encontradas entre quienes reclaman justos derechos de similitud jurídica y aquellos que manifiestan su rechazo absoluto.

Resulta que para elaborar el presente aporte es importante conocer la opinión de abogados, estudiantes de derecho y público en general, arribando a que opinaban en contrario, prevaleciendo el rechazo al proyecto; es así, que enfatice mi estudio sobre todo desde el día viernes seis del mes en curso, estando hospitalizado en el Seguro Social y revisando mi libreta de notas y grabaciones, me puse a redactar y siendo altas horas de la noche me quedé dormido y soñé, en honor a la verdad, no sé si fue una pesadilla o un bello sueño, pero en concreto me vi en una ciudad de elevada población que al cruzarse se rozaban, tenían rostros angelica-



(*) Abogado por la Universidad Nacional de Trujillo, Perú. Maestro en Derecho, Línea Civil Comercial.
Director de la Escuela Académico Profesional de Derecho y Docente Principal de la Facultad de
Derecho y Ciencias Políticas, de la Universidad Nacional de Cajamarca.

les, verdaderamente bellos, cuerpos hermosos, de la costa, sierra y selva del Norte, Centro y Sur de nuestro País, sin distinción de raza, credo, opinión, altos, bajos, miembros de la Policía, casi todos tomados de la mano, en verdad se veían que disfrutaban de una envidiable felicidad. Todos transitaban por una misma acera; pero me tocó cruzar la calle y observé que igualmente muchas personas transitaban en sentido contrario; entre ellas personas ampliamente conocidas, prestigiosos profesionales, mis amigos muy cercanos, mis colegas docentes universitarios, mis exalumnos, alumnos, vi a mi amigo conocido como el “Bambino” y lo escuché decir que rechazaba rotundamente su opción agregando que Dios no los había creado así y otra persona femenina que le dijo que se callara porque era homofóbico; pero casi todos dirigían su mirada a la acera que había abandonado, algunas proliferaban palabras soeces, otras reclamaban que se debería respetar su derecho de opción y a otras personas no les importaba tal suceso.

Era una experiencia trascendente, así que me dispuse a continuar en ese embeleso y viaje a distintos lugares en los que encontré muy similares situaciones de hecho, así que me puse a indagar y llegué a conocer una problemática como el caso de la unión civil que generaba adulterio en el caso de una infidelidad, y estaba protegida por la norma, si era susceptible que el sobreviviente de la Unión civil le asistía el derecho a heredar, si podían adoptar y otros aspectos relacionados que sí gozaban del amparo jurídico en el caso del matrimonio civil. Asimismo, me encontré con un familiar que tiene formación jurídica y le pregunte su parecer sobre el tema que hoy me ocupa y me respondió: *En definitiva, si bien es válido reconocer que Dios hizo una comunidad humana, revestida de una serie de valores, es inevitable no recordar que somos creación hecha en base a imagen y semejanza de nuestro Todopoderoso, donde los seres humanos en aras de crear una sociedad en donde reine la paz social hizo uso de una serie de derechos, valores, buenas costumbres, los cuales la mayoría de ellos se encuentran plasmados en cuerpos normativos y algunos como en el último caso carecen de un documento en la que se haya plasmado; es menester enfatizar que estos cuerpos normativos al igual que Dios nos creen iguales ante sus ojos; pero ante ello surge una interrogante de suma*

relevancia ¿hasta qué punto es posible satisfacer las necesidades de la minoría y desplazar la de las mayorías?

Unión civil vs. matrimonio civil

A criterio personal, considero que pese a que el Derecho, tiene una ardua lucha, por plantear derechos y deberes que puedan amparar de manera igualitaria y sin diferenciación alguna para todos los ciudadanos, existe otro factor importante que debe cumplir y es también velar por una **armonía social**, la cual solo se podrá lograr creando una ponderación entre las necesidades de las minorías y las mayorías, pero sin tener que realizar exabruptos indeseables que afecten las buenas costumbres de la mayoría por satisfacer a la minoría, claro ejemplo es la aceptación de la unión civil entre parejas homosexuales, que si bien es cierto es una necesidad de la minoría no se puede altercar contra las buenas costumbres establecida por la mayoría; ello implicaría un gran desorden y desbalance en las bases sociales, los cuales consideran a la familia, como una pareja heterosexual y su prole, es aquí donde surge el conocido pensamiento jurídico, “tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales”. Aunque ello parezca algo brusco y grotesco esto forma parte de realidad, es sumamente complicado poder aceptar, que en un país en el que reina la heterosexualidad y familias conformadas bajo esta opción, se pueda concebir la conformación de familias homosexuales y con hijos producto de una adopción, inseminación u otra forma de reproducción y aunque aunándome a las estadísticas que demuestran que los menores no muestran ninguna afectación criadas por padres o madres homosexuales, ello propiciaría la verdadera conformación de una familia y ser considerada como tal.

Así debo dejar en claro, que la única motivación que me impulsa oponerme a la unión civil, es que afecta las preferencias y necesidades de la mayoría, pero con el afán de crear una crítica constructiva y a la vez propositiva, considero que es pertinente buscar una ponderación de intereses entre ambos grupos, entre homosexuales y heterosexuales; porque es inaceptable dejar desamparados a la minoría, y ser cruelmente excluidos de la protección legislativa, pese a que en nuestra Carta Magna, se consagra la igualdad de derechos entre todos los peruanos sin

diferenciación de *sexo*, en todo caso, si hará caso omiso a este artículo es preferible, modificar esta norma y dejar que en nuestro país, gobierne las injusticias y discriminaciones; como es inimaginable esta situación social, es preferible buscar una equidad, donde se beneficie a un grupo

Julio Alejandro Villanueva Pastor

sin afectar a otro; puesto que de ello se ocupa el Derecho, buscar una satisfacción general basada en la justicia; donde el excluir a los homosexuales de una ley válida para *todos los peruanos*, es una clara muestra de injusticias y desigualdades en las que se encuentra nuestro país. En este escenario finalizo haciendo hincapié que la ponderación es la mejor opción para solucionar este conflicto socio-jurídico.



Guía de autores por orden alfabético

AlcántArA SAIAzAr, Henry

Abogado por la Universidad Nacional de Cajamarca. Maestro en Ciencias en la mención de Derecho Constitucional y Derechos Humanos. Comisionado de la Defensoría del Pueblo de Cajamarca. Dirección: Oficina Defensorial de Cajamarca. Jr. Soledad N° 319 - Barrio san Sebastián, Cajamarca – Perú. E-mail: hesalsa@hotmail.com

CASTillo MontoyA, Nixon Javier

Abogado por la Universidad Nacional de Cajamarca. Docente ordinario de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, Perú. Juez Superior Titular de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca. nixcamo@yahoo.com

Dávila ElguErA, Dael Carlos

Sociólogo por la Universidad Nacional de Cajamarca, Abogado por la Universidad Privada del Norte. Estudios en Gerencia de Proyectos por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Magister en Políticas Públicas en análisis económico por Loyola University Chicago, EE.UU. Docente en Derecho Público en la Universidad Nacional de Cajamarca. Email: ddavilaelguera@unc.edu.pe.

rojas Montoya, Nakin Cristian

Abogado por la Universidad Nacional de Cajamarca, con estudios de Maestría en Ciencias Penales en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal en la Facul-

Guía de autores por orden alfabetico

tad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca. Socio fundador del Estudio Jurídico Penal Tello & Rojas Abogados.

rojas torres, Luis Angel

Abogado. Maestrante en Derecho Constitucional y Derecho Humanos. Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca. elsonidoinmigrante@hotmail.com

ruiz Bazán, Edgar

Abogado por la Universidad Nacional de Cajamarca. Docente en Pregrado de Derecho Civil en la Facultad de Derecho y CC. PP de la Universidad Nacional de Cajamarca. Miembro de la Asociación Civil “AD MAIORIS”. Ponente, comentarista e Investigador en Derecho Civil. Alumno de la Escuela de Post Grado en la Mención en Derecho Civil y Comercial de la Facultad de Derecho de la UNC. Actualmente se desempeña como responsable del Estudio Jurídico “IUS Y LEX” Colina, Ruiz y Villegas – Cajamarca.

SAIAZAr SoplApuco, Jorge Luis

Abogado por la Universidad Nacional de Trujillo. Magister en Derecho por la Universidad de Bruselas. Bélgica. Doctorando por la Universidad Carlos III Madrid, España, Doctor en Derecho por la Universidad Privada Antenor Orrego, Trujillo, Perú. Docente Principal de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca. Docente de la Escuela de Posgrado. Decano de la facultad de Derecho y ciencias Políticas de la UNC. Email: jorgeluisalazar@hotmail.com



tyerán rAMírEz, Teresa Ysabel

Abogada, Magíster en Derecho Constitucional y Derechos Humanos y, Doctorante en Derecho por la Universidad Nacional de Cajamarca, Perú. Docente en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, Perú. Correo electrónico: tyteranr@unc.edu.pe

Guía de autores por orden alfabético

váSquEz Chuquilín, Mirtha

Abogada, Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca. Master en Derecho Ambiental por la UNIA- España. Magister en Gerencia Social por la PUCP; Diplomada en Gobernabilidad y Gerencia Política de la Universidad George Washington; Diplomada en Derechos Humanos por la PUCP

véIEz AliAgA, Andy Jonathan

Abogado por la Universidad Nacional de Cajamarca. Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca. Maestrante en la mención de Derecho Laboral y Procesal Laboral en la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca. Premio de mención Honrosa, en el Concurso Universitario Laboral del VI Congreso Nacional organizado por la SPDTSS en el 2014. E mail: blacvelez@hotmail.com

villAnuEvA pAStor, Julio Alejandro

Abogado por la Universidad Nacional de Trujillo, Maestro en Ciencias, mención Derecho Civil y Comercial. Director de la Escuela Académico Profesional de Derecho y Docente Principal de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, de la Universidad Nacional de Cajamarca.

Se terminó de imprimir en los
Talleres gráficos de Editora Grijley el 30 enero del 2017

