



REVISTA

LP Derecho

AÑO 1 • NÚMERO 1 • JULIO 2021

Director: Carlos Ramos Núñez



Pasión por el
DERECHO

REVISTA
LP Derecho

AÑO 2 • NÚMERO 2 • FEBRERO 2022

DIRECTOR

Juan Carlos Valdivia Cano

COMITÉ EDITORIAL

Mario Castillo Freyre
Iván Meini Méndez
Estela Ospina Salinas
Edgardo Rodríguez Gómez
Fort Ninamancco Córdova
César Abanto Revilla
Jorge Danós Ordóñez
Giammpol Taboada Pilco
María Quispe Ponce
Jaime Coaguila Valdivia
Iván Montes Iturrizaga
Celis Mendoza Ayma
Carlos Polanco Gutiérrez
Beatriz Ramírez Huaroto
Luis Alfaro Valverde
Mariano Fernández Ameghino (Argentina)
Alain Castro (Colombia)
Fernando Salazar Silva (Colombia)
Ana María Núñez Henao (Colombia)
Eric Eduardo Palma González (Chile)
Ricardo Marcelo Fonseca (Brasil)
José Ramón Narváz (México)

COORDINADORA GENERAL

Sandra Gutiérrez Iquise

ASISTENTES DE COORDINACIÓN

Enrique Joel Cárdenas Condori
Diana Pacheco Rojas

Revista LP Derecho N.º 2

Febrero 2022

ISSN (en línea)

2789-3375

Edición a cargo de:

© Clic Derecho SAC
para su sello editorial LP
Pasaje Puerto Rico, 131
Jesús María, Lima
Teléfono: 931 807 816

Correo electrónico:
revista@lpderecho.pe

Dirección web:
revista.lpderecho.pe

Corrección de estilo

Martín Baigorria Castillo
Karen Espinoza Canchurica
Ana Campoverde Camacho

Diseño y diagramación

Anyela Aranda Rojas



Este obra se distribuye bajo una licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-No Derivadas 4.0 Internacional. Se puede descargar y compartir el contenido siempre que se cite al autor bajo esta misma licencia. No válido para usos comerciales. No se puede modificar el contenido.

CLIC DERECHO SAC no comparte necesariamente las opiniones vertidas por los autores en sus artículos y comentarios, los cuales son de su exclusiva responsabilidad.

Índice general

AÑO 1 • NÚMERO 1 • JULIO 2021

Presentación **5**

CONSTITUCIONAL

Los caminos de la nueva Constitución en el Perú:
una propuesta democrática más allá de
contextos particulares **11**

Diego Alonso Pomareda Muñoz

El debido proceso sustantivo y algunas necesarias
reflexiones sobre el amparo contra resoluciones
judiciales **28**

Edward Cayotopa Luna

FILOSOFÍA DEL DERECHO

El iusnaturalismo en la cosmovisión del mundo
antiguo clásico griego. Comentarios al
Critón y *Antígona* **44**

Giorgio Brea Villanueva

PENAL

Objeto de protección del derecho penal:
¿Bien jurídico o vigencia de la norma? **53**

Edward Lecca Bendezú

Dilaciones indebidas y proceso penal

72

Luis Eduardo Castelo Galdos

CIVIL

Retos de la responsabilidad civil y las radiaciones no ionizantes provenientes de las antenas de telecomunicaciones

89

Aníbal Arone Barraza

ADMINISTRATIVO

Apuntes generales sobre la responsabilidad civil generada en el marco del ejercicio de la función pública

116

Carlos Renzo Olivera Gonzales y Pamela Torres Prado

Presentación

LP es una organización que surge en diciembre del año 2015. Desde entonces, está comprometida con la producción y divulgación del conocimiento jurídico, el análisis del acontecer legal y la apertura de un espacio de reflexión especializada, todo ello con el objetivo de incidir en las múltiples facetas —tanto teóricas como prácticas— que encierra el quehacer jurídico nacional e internacional. Con esta meta, hemos procurado conciliar el dinamismo, propio de un portal en constante actualización, con el ritmo más sosegado de la publicación de trabajos académicos.

En ese marco, LP no tardaría en inaugurar una nueva etapa en su desarrollo a través de una serie de diplomados, con especial relieve en ámbitos en los que se identificó necesidades formativas apremiantes. La presencia de LP se ha consolidado de manera sostenida gracias a estos programas, que se han distinguido por contar con especialistas reconocidos y altamente respetados por sus pares. A ello se agregarían el soporte tecnológico, los sistemas de gestión y el propio estilo de LP —ágil, pero riguroso— en relación con sus estudiantes y lectores. Sin embargo, se decidió dar aun un paso más, cristalizado en una revista científica consagrada al cultivo de las letras jurídicas.

Nace así *LP Derecho*, una revista a la que animan misiones, metas y —de manera especial— el anhelo de constituirse en un aporte significativo a la cultura jurídica. En esta línea, tiene como horizonte dar a conocer, sin distinción alguna, el esfuerzo y las inquietudes tanto de las jóvenes promesas como de autores ya consagrados y con presencia visible en medios virtuales e impresos. Así, es de esperar que estos productos científicos (en forma de artículos, ensayos y reseñas) se traduzcan en instrumentos para el ejercicio profesional, sean fuentes de consulta para la comunidad académica y, en no menor medida, sirvan como aliciente del pensamiento jurídico en general.

Innecesario resultaría constatar que la aparición de la primera entrega de la revista *LP Derecho* es fruto de un trabajo titánico encaminado a cuidar todos los detalles y aristas propios de una publicación científica seria. Desde ya, es seguro que se proyectará como una contribución al debate intelectual y al diálogo entre los autores de las diferentes disciplinas del conocimiento forense, y entre estos y sus lectores.

Se inaugura *LP Derecho* en una coyuntura complicada en el Perú, debido a la pandemia global de la covid y la crisis política, que transita por su momento más agudo. No obstante, es imprescindible no postergar la aparición de esta revista, que circulará en formato virtual. Así, la puesta en luz de *LP Derecho* es la mejor muestra de que la tensión sanitaria que aflige al planeta no debiera ser un impedimento para la socialización del saber. Es más, el «hambre» intelectual no se ha detenido, pues viene desplegándose con renovado vigor a través de bases de datos, centros de documentación y publicaciones como la que el lector tiene ante sí.

Es preciso no perder de vista que la actividad hemerográfica ha sido, secularmente, la síntesis y el reflejo inmediato de la cultura de cada país y de cada especialidad. En particular, el periodismo jurídico —tantas veces tenido en menos por los investigadores ajenos al derecho— se erige en la reverberación más realista y concreta del saber que brota de las aulas, de los tribunales y del gabinete del académico «puro». En realidad, los formatos del libro, la revista científica y el entorno virtual (espacio en absoluto desdénable) se dan hoy la mano, cada uno desde sus propias coordenadas y espíritu. Puede decirse, es más, que marchan de manera entrelazada, antes que por vías paralelas destinadas a una separación inexorable.

En el Perú, la existencia de una revista con las calidades y cualidades señaladas supone un loable esfuerzo en el que participa un colectivo de personas de gran talento. Lamentablemente, la mayor cantidad de estas iniciativas ha tenido y tiene una vida efímera. Ante esto, la revista *LP Derecho* se compromete en mis ideales de continuidad, presencia y proyección de crecimiento, gracias a una serie de medidas encaminadas a salvaguardar la frecuencia y la regularidad de sus sucesivas entregas.

La flamante revista ve la luz en un escenario en el que coexisten revistas nacionales y extranjeras cuyo número es poco menos que infinito. En este

renglón, *LP Derecho*, sin ánimo de *competir* y sí el de *contribuir*, ya desde su primer número ostenta un sello distintivo propio. Su identidad es ecléctica en el mejor sentido del término: amplía en cuanto al campo temático; actual, en la medida en que ofrece perspectivas analíticas (y acaso discrepantes) de objetos de estudio hoy «en ebullición»; y variada en enfoques y contenido.

A ello, quisiéramos agregar el espíritu de apertura y tolerancia: los propios lectores están invitados —y aun alentados— a participar de este proyecto editorial a través de sus contribuciones y apostillas. El centro del interés es, ciertamente, el conocimiento jurídico. Pero *LP Derecho* transitará no desde una visión unidisciplinaria, sino que procurará dar cabida a los trabajos que vinculen a las diferentes ciencias sociales con el derecho. Por lo tanto, esta revista tenderá vasos comunicantes entre la reflexión jurídica propiamente dicha y los diferentes ámbitos de la salud, la educación, la cultura, la diplomacia, las ciencias exactas y la economía. Esta enumeración no es exhaustiva ni cerrada.

En cuanto al estilo de la revista *LP Derecho*, este se anuncia como de acceso abierto (*open access*). Se publicará en formato digital, sin cobros por derecho de publicación. Sus editores y artífices se contraerán a identificar y seleccionar aquellas propuestas rigurosas, originales y que ofrezcan una genuina producción de conocimiento. También se regirán por el sistema de evaluación de pares académicos, con arbitraje «doble ciego» (anonimato en todas las fases del proceso de edición), en consonancia con los criterios internacionales de rigor y excelencia. Esto último permitirá la indexación de la revista en bases de datos internacionales en un futuro inmediato.

Demos, pues, bienvenida cordial a esta primera (de muchas ediciones bianuales) de *LP Derecho*, revista que nace madura ya desde su número auroral.

Carlos Ramos Núñez
Director revista *LP Derecho*

(Queremos expresar nuestro agradecimiento a los autores de esta primera entrega y a los miembros del comité editorial, así como a los correctores, diseñadores y al personal de *LP Derecho* en su totalidad por su invaluable compromiso).

REVISTA
LP Derecho

Artículos



LOS CAMINOS DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN EN EL PERÚ: UNA PROPUESTA DEMOCRÁTICA MÁS ALLÁ DE CONTEXTOS PARTICULARES

*The paths of the new Constitution in Peru:
A democratic proposal beyond particular contexts*

Autor: Diego Alonso Pomareda Muñoz*

REVISTA

LP Derecho

Diego Alonso Pomareda Muñoz

«Los caminos de la nueva Constitución en el Perú: una propuesta democrática más allá de contextos particulares».

Revista LP Derecho.

1 (2021): 11-27.

Recibido: 15/06/2021

Aprobado: 22/07/2021

* Abogado y magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Predocente en la Facultad de Derecho de la PUCP. Ha realizado una estancia académica en la Universidad Carlos III de Madrid. Miembro fundador de Perspectiva Constitucional. Forma parte del Grupo de Investigación en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales de la PUCP. Autor del libro *El ciudadano frente a la ley* y de diversos artículos académicos vinculados al derecho constitucional. Correo electrónico: dpomareda@pucp.edu.pe.

 <https://orcid.org/0000-0003-3718-4037>

Resumen

El presente artículo propone desde un enfoque democrático y deliberativo cuáles son los pasos que se deben superar para lograr una nueva Constitución. Lo dicho supone no comprender el proceso constituyente como una cosa impuesta, sino más bien de modo espontáneo. Esto se materializa a partir de un momento destituyente y producto de un punto de ebullición social, político y cultural (de abajo hacia arriba). Bajo estas condiciones, sería necesario el diseño de una asamblea constituyente cuyos representantes provengan de partidos políticos y ciudadanos elegidos por sorteo a efectos de garantizar una auténtica correspondencia entre el sentir popular y los términos del nuevo texto constitucional.

Palabras clave

Nueva Constitución, proceso constituyente, momento constituyente, asamblea constituyente

Abstract

This article proposes from a democratic and deliberative approach, which are the steps that must be overcome to achieve a new Constitution. What has been said supposes not understanding the constituent process as something imposed, but rather as something spontaneous and that materializes from a destituting moment and as a consequence of a social, political and cultural boiling point. With these given conditions, it would be necessary to design a constituent assembly composed of representatives from political parties and citizens chosen by lot in order to guarantee an authentic correspondence between popular sentiment and the terms of the new constitutional text.

Keywords

New Constitution, constituent process, constitutional moment, constituent assembly

Introducción

De acuerdo con el registro de ventas de *kits* electorales de la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE), desde el año 2003 hasta el 2018, hemos tenido, a nivel nacional, seis iniciativas de referéndum para convocar a asambleas constituyentes con miras a proponer una nueva Constitución o una reforma total. Sin embargo, ninguna de ellas se ha podido materializar¹.

En las últimas elecciones generales, muchos partidos políticos han propuesto en sus planes de gobierno lograr una nueva Constitución vía asamblea constituyente. También, la ciudadanía hace llegar, de manera recurrente, al Poder Ejecutivo un sinnúmero de cartas con la finalidad de que este promueva (o convoque a) un proceso de reforma total de la Constitución.

Por otro lado, a nivel legislativo, se pueden identificar más de veinte proyectos de ley que se han presentado en las últimas dos décadas con el objeto de lograr una nueva Constitución (anexo 1). La mayoría de las propuestas legislativas son iniciativas de orden legal, mientras que un número reducido de estas son reformas constitucionales que modifican el artículo 206 o crean un artículo 207 de la Constitución para establecer el procedimiento de la reforma total.

Al día de hoy, a pesar de los esfuerzos e iniciativas expuestas, no tenemos, en el constitucionalismo peruano, un mecanismo

claro ni un procedimiento establecido para que el pueblo y sus autoridades puedan lograr una nueva Constitución. No tener reglas claras en democracias poco consolidadas genera inseguridad jurídica y una predictibilidad limitada en caso nos encontremos ante una corriente popular que tenga como un fin en sí mismo conseguir un nuevo texto constitucional.

Sobre esto último, tampoco se tiene claridad si es que este tipo de cambios se deben enmarcar dentro de lo constitucionalmente posible o si es que pueden ir más allá de los límites materiales que encuentra toda reforma en un Estado constitucional de derecho.

Por tal motivo, el presente artículo busca proponer mecanismos democráticos y deliberativos con la finalidad de lograr que nuestro ordenamiento constitucional tenga claramente establecido cómo se debe llevar a cabo una nueva Constitución y —desde mi punto de vista— qué elementos tienen que concurrir para que esta se materialice.

Cabe resaltar que lo dicho en ningún caso supone tomar postura por una apremiante reforma total (o cambio) de la Constitución; sin embargo, considero que todo sistema democrático que se desarrolle en atención a la soberanía popular debe estar abierto a admitir un cambio de esta naturaleza, para lo cual resulta necesario establecer procedimientos claros (más aún en un contexto convulso) a efectos de que las reglas previas que permitirán lograr una nueva Constitución no se ajusten a intereses particulares, sino que se inspiren en una genuina voluntad de cambio deliberado y de reformas profundas en nuestra sociedad.

¹ ONPE, *Registro de venta de kit electoral para referéndum* (Lima: Secretaría General, 2019).

En tal sentido, desarrollaré la importancia de la existencia de un momento destituyente y constituyente a efectos de que se pueda materializar una nueva Constitución. Asimismo, plantearé un mecanismo deliberativo para comprender la composición de la asamblea constituyente en sentido amplio. Posteriormente, me preguntaré si nuestra Constitución, al referirse a una reforma total, está pensando en una asamblea constituyente clásica o, en su defecto, está enmarcada en el concepto de una *asamblea constitucional*.

De igual manera, se hará el cuestionamiento de si es posible una asamblea constituyente que busque romper con el pacto social y procure una reestructuración de toda la forma de gobierno. Al respecto, realizaré algunas reflexiones dentro de las cuales se recogerán las propuestas planteadas a lo largo del presente artículo. Finalmente, buscaré dar cuenta, desde mi punto de vista, de cuáles son las reformas constitucionales urgentes en el Perú en caso se genere el espacio de una asamblea constituyente.

I. Contexto: momento constituyente y destituyente

En el Perú, todas las propuestas normativas que procuran convocar a una asamblea constituyente o que pretenden regular procedimientos constitucionales al respecto, tienen, en su exposición de motivos, una referencia a la legitimidad de origen de la Constitución de 1993. Sin embargo, pienso que ese argumento se tiene que ir diluyendo en el tiempo en atención a la realidad constitucional, pero también porque esta Constitución se ha ido legitimando día a día y ha logrado encauzar nuestro desarrollo constitucional, político y social.

Argumentar, más de dos décadas después, que la Constitución ha sido un instrumento de la dictadura es desconocer que vivimos la etapa de democracia más prolongada de nuestra vida republicana. Defender esta postura supone tener una visión de la Constitución tan solo como un texto jurídico formal y se aleja de su concepción cotidiana, abierta y cultural.

Esta visión de Constitución viva, la cual comparto, apunta a concebirla como una norma superior en construcción y «como expresión de un estado de desarrollo cultural, medio de autorepresentación de un pueblo, un espejo de su herencia cultural y un fundamento de sus nuevas esperanzas»².

Lo dicho no supone desconocer que las constituciones, de ser necesario, deban estar prestas a cambios formales y materiales, pero sí procura dar cuenta de que el vivir en el marco de la Constitución es una cosa de todos los días que observa al pasado, pero principalmente que se encuentra atenta a las siguientes generaciones.

En ese orden de ideas, si un Estado como el peruano busca cambiar su Constitución, ello no debe ser fundamentado en una cuestión propia del pasado, sino del presente y con miras al futuro. Esto invita a pensar que un requisito indispensable y previo al planteamiento de una nueva Constitución debe ser claramente que estemos ante un *momento constituyente* y en un contexto de tal envergadura que provoque un acuerdo social a efectos de modificar estructuralmente el diseño de la convivencia política del país.

² Peter Häberle, *El Estado constitucional* (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2016).

Este momento constituyente hace referencia «a una circunstancia de consenso propicia para la convocatoria de una asamblea constituyente» con miras a poder diseñar una nueva estructura organizativa³. Esto, que es un aporte de la teoría democrática, se pone de manifiesto cuando la sociedad siente que la Constitución no es más expresión de la soberanía popular, y se representa mediante textos, discursos o acciones que contravienen a la institucionalidad vigente en un momento determinado⁴.

De tal modo, el momento constituyente es descrito como «un periodo de transformación, de cambios en los valores y percepciones mayoritarias que llevan al cambio y a la reinterpretación de la ley fundamental», lo cual significa principalmente un hecho político y sociológico que obliga democráticamente a traducir demandas de la sociedad en cambios institucionales, sin que esto se confunda, en ningún caso, con un golpe de Estado o desobediencia civil⁵.

Auténticos momentos constituyentes fueron gatillados por las revoluciones inglesas, francesas y estadounidenses; sin embargo, en la actualidad, y en el marco de un constitucionalismo más desarrollado, este concepto se tiene que también actualizar y no circunscribirse estrictamente a escenarios posrevolucionarios. Por ejemplo, en expe-

riencias de la región como las de Colombia con «la séptima papeleta» o la de Chile con «el 18 O» se representan expresiones materiales muy claras de la existencia de este momento constituyente⁶.

No obstante, cabe resaltar que, antes de pensar en una nueva Constitución, tiene que haber un *momento destituyente* a través del cual se evidencia la necesidad de un cambio constitucional o un *tropiezo* del orden político que sea insostenible. El sentir destituyente se manifiesta a través de expresiones sociales y políticas, debe tener una voluntad dialogante, extenderse a lo largo del país y tiene que encontrarse articulado en el tiempo⁷.

Esto quiere decir que el momento destituyente, en el marco del constitucionalismo contemporáneo, no puede tener a la violencia como componente esencial, sino que, más bien, su desarrollo se construye de manera discursiva y subjetiva, lo cual tiene una correspondencia con movimientos y acciones políticas que buscan la reforma total de la Constitución⁸.

En todo caso, el momento destituyente es previo al constituyente y brinda las condiciones para el cambio total de la Constitución, y así, con un sentir generalizado en

³ Omar Cairo, El poder constituyente y la reforma de la Constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, cuaderno de trabajo n.º 17, Lima: PUCP-Departamento Académico de Derecho, 2010.

⁴ Jason Frank, *Constituent Moments: Enacting the People in Postrevolutionary America*. (North Carolina: Duke University Press, 2010).

⁵ Claudia Heiss, «Soberanía popular y momento constituyente en el debate sobre el cambio constitucional en Chile». *Anales de la Universidad de Chile*, (2016):111-125.

⁶ Sobre esta materia es recomendable consultar el texto del profesor Bruce Ackerman titulado «We the People», que plantea la existencia de los momentos constitucionales en términos de deliberación.

⁷ Rodrigo Karmy *et al.*, Intervención en «Momento constituyente, crisis social y pandemia», Facultad de Filosofía y Humanidades de la Universidad de Chile, 11 de junio de 2020, <https://bit.ly/3rjRe29>.

⁸ Tomás Torres, «Reflexiones sobre lo destituyente, los movimientos y el poder popular. ¿Hacia nuevas formas de subjetivación?», *Cadernos de Estudos Sociais e Políticas*, 2016.

contra del *statu quo*, se puede llevar a cabo la transformación política mediante instituciones democráticas como las asambleas constituyentes tal como se ha dado en los siguientes países: Túnez (2014), Somalia (2012), Islandia (2010), Bolivia (2009) y Ecuador (2008), o a través de otros medios de orden constitucional.

Asimismo, dicho momento supone «una forma de participación no institucional que tiene una base de movilización social y política»⁹, que se sostiene en el tiempo y encuentra su auge y consolidación en el momento constituyente (de duración más reducida) que se materializa a través de una nueva Constitución, previa asamblea elegida por la soberanía popular para lograr dicho fin. Por tanto, este momento destituyente respondería al impulso ciudadano organizado, que inicia el proceso de cambio constitucional pero que tiene como objetivo ulterior desencadenar un momento de transformación constituyente.

Es importante hacer referencia a ambos momentos, pues, sin estos, desde mi punto de vista, se haría impracticable un cambio de la Constitución en términos democráticos. Con esta premisa, la gran mayoría de propuestas legislativas, pedidos ciudadanos y planes de gobierno no resultarían viables a nivel constitucional y social, ya que en el

Perú (previo al Bicentenario) no estamos en un proceso destituyente ni tampoco próximos a un momento constituyente.

Como se venía mencionando, a nivel comparado hay experiencias que evidencian claros momentos constituyentes a nivel material, pero considero que esto, a su vez, debe ser correspondido con un acto formal, como es la convocatoria a elecciones, a efectos de que la ciudadanía exprese su voluntad de convocar a una asamblea constituyente.

A nivel propositivo, soy de la idea que para concretizar este momento constituyente se debe realizar, de manera concurrente, el referéndum para preguntar si la ciudadanía quiere o no una asamblea constituyente y, en el mismo acto electoral, que el pueblo vote por los partidos políticos que considere que deban representarlo en dicha asamblea.

Esto evitaría la convocatoria a dos procesos electorales consecutivos y daría la oportunidad a las distintas organizaciones políticas de marcar posición sobre la necesidad o no de un cambio constitucional y, de ganar el «sí», defender aquellos elementos que consideren que deben mantenerse o modificarse (según corresponda la postura).

Lo dicho supondría que el ciudadano que vote por el «sí» elija a sus representantes que apuestan por la nueva Constitución y los que voten por el «no» marquen por los partidos que no piensan que debe cambiar el *statu quo* o que sería mejor plantear cambios parciales. Sin embargo, de ser el caso de que gane el «no» quedaría sin efecto la votación a representantes por truncarse el proceso constituyente.

Por otro lado, comprender el proceso para lograr una nueva Constitución como algo

⁹ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Mecanismos de cambio constitucional en el mundo*. (Santiago de Chile: PNUD, 2016). En el mismo informe se advierte que algunos ejemplos son las masivas protestas y movilizaciones sociales que dieron origen a los procesos constituyentes de Bolivia a partir del año 2000; en Ecuador también desde comienzos de siglo, en Islandia durante el 2008, en Túnez a partir del 2010 (y otros países que formaron parte de la «Primavera árabe»), y la campaña «Séptima Papeleta» en Colombia en 1990).

de arriba hacia abajo es un contrasentido y supone, equivocadamente, que a nivel legal o a través de una convocatoria a referéndum (por el presidente o un órgano electoral) se puede despertar este *animus* constituyente. Si bien hay acontecimientos que pueden acelerar el proceso constituyente, en ningún caso este puede ser impuesto, sino, por su naturaleza sociológica y política, se debe crear a nivel praxiológico y a partir de demandas sociales estructurales y sistemáticas.

En tal sentido, muchas personas ven la nueva Constitución como una solución definitiva a sus problemas, lo cual es aprovechado por determinados intereses para instrumentalizar este cambio constitucional a efectos de lograr un capital político o simpatía social. Sin embargo, no se tiene en consideración qué reformas parciales de la Constitución o incluso modificaciones legales serían suficientes para atender un sinnúmero de necesidades hoy apremiantes en nuestro país.

Con esto último, busco evidenciar que apelar a una nueva Constitución es una medida de *ultima ratio* y que, en ningún momento, puede ser vista como una vía para cambiar cuestiones circunstanciales o disposiciones de orden legal, ni mucho menos que se lleve a cabo sin que haya de por medio este momento tanto constituyente como destituyente.

II. Conformación de una asamblea constituyente deliberante y no anárquica

Ya habiendo transcurrido este momento prolongado de impulso descentralizado y sostenido en el tiempo de rechazo al pacto social vigente, y encontrándonos ante un

momento constituyente o *punto de ebullición* para cambios estructurales en nuestra norma fundamental (formalizado a través de una convocatoria a referéndum y de una elección para la conformación de los integrantes de una asamblea constituyente), corresponde preguntarnos qué tipo de asamblea constituyente sería idónea para reformar de manera total la Constitución.

En este caso, se está pensando en una asamblea constituyente deliberante, no diseñada en términos de anarquía. La deliberación, desde mi punto de vista, debe materializarse a través de la democracia representativa (delegados elegidos democráticamente), pero también mediante mecanismos participativos.

En ese sentido, las organizaciones sociales, políticas y culturales a nivel descentralizado no solo deben cumplir un rol determinante para crear el momento constituyente, sino también tienen que formar parte del debate público de la asamblea constituyente.

De tal modo, con la finalidad de lograr un espacio constituyente deliberativo, considero que se pueden utilizar mecanismos de la democracia ateniense actualizados a la realidad contemporánea, como la designación de un grupo de ciudadanos para el proceso constituyente a través de una *muestra aleatoria por sorteo*.

Lo anterior es explicado muy bien por David van Reybrouck, cuando expresa que este diseño permite una auténtica deliberación, asegura una misma posibilidad de que el total del electorado sea elegido y dota de legitimidad al proceso electoral¹⁰.

¹⁰ David van Reybrouck, *Contra las elecciones* (Barcelona: Taurus, 2017).

Sobre el tema deliberativo, dicho autor hace referencia a que este concepto se diferencia del sondeo, pues tiene en su esencia el pensar, debatir, intercambiar experiencias y opiniones de la ciudadanía. Así, a partir de un correcto diseño metodológico que impida o frene el acaparamiento por parte de los que están más informados, sumado a una moderación especializada y a una potente difusión virtual o televisiva, podría lograrse un impacto sumamente positivo en la sociedad¹¹.

Este postulado, que nace de un controvertido artículo de James Fishkin en la revista *The Atlantic Monthly* (1988), pone como ejemplos de estos sondeos deliberativos a la National Issues Convention (Texas, 1996), a las células de planificación alemanas (*Planungszellen*), los Consejos Tecnológicos de Dinamarca (*Tecnologi-rådet*), la Comisión Nacional de Debate Público francesa, los consulados europeos de ciudadanos de la Unión Europea, pero también los casos de los debates públicos en Japón vinculados a las pensiones, en Bulgaria sobre el tema de la discriminación de los romaníes, en Brasil sobre el asunto relacionado a la carrera de los funcionarios, entre otros¹².

En concreto, propongo que dichos paneles deliberativos de ciudadanos sean incorporados en el mecanismo que se utilice para cambiar la Constitución a efectos de que haya un mayor índice de deliberación y se dote de reconocimiento o legitimidad po-

pular al proceso. Ello, más aún, si a partir de las experiencias mencionadas «queda científicamente demostrado que si se le dota de los instrumentos adecuados a las personas de la calle podrían ser ciudadanos competentes»¹³.

La idea expuesta es una forma de traducir el momento constituyente en un auténtico proceso de cambio total de la Constitución. Ello se materializaría en el sentido de que además de los representantes de la asamblea constituyente electos, tendría que establecerse que un tercio efectivo esté conformado por ciudadanos que provengan de este mecanismo aleatorio descentralizado por sorteo.

De tal manera, el primer gran paso del proceso constituyente postelecciones sería el debate de una muestra representativa de la población designada mediante el sistema aleatorio, el cual, a su vez, tendría que aportar numéricamente con un tercio de representantes al grupo total de constituyentes. Esta elección interna dependerá principalmente de la voluntad de los ciudadanos sorteados y de un acuerdo interno que, de no encontrarse, se aplicaría nuevamente este sistema aleatorio para elegir a los ciudadanos asambleístas.

Dicha deliberación auténticamente ciudadana tendría que encontrarse metodológicamente encauzada a partir de los problemas identificados por el proceso destituyente y, sobre todo, centrada en aquellos asuntos que tomaron vital relevancia para consolidar el momento constituyente. Además, este debate requiere que sea público y que se encuentre en los

¹¹ *Ibid.*

¹² *Ibid.* En este texto, además, se ponen como casos emblemáticos de participación el de los ciudadanos de Wenling (China) o de Róterdam (Países Bajos) en los que la ciudadanía elegida por sorteo ha podido tomar decisiones en asuntos de relevancia pública.

¹³ *Ibid.*

espacios con mayor audiencia a nivel nacional para generar un debate ciudadano a todo nivel.

A partir de ello, se darían mayores insumos, reacciones políticas y sociales a efectos de que las condiciones se encuentren dadas para la materialización del nuevo texto constitucional. Este espacio de deliberación ciudadana no tiene por qué extenderse mucho, como se demuestra en las experiencias expuestas (por ejemplo, la Convención de Asuntos Nacionales de Estados Unidos se encontró diseñada para un fin de semana y con base en un grupo de 600 personas, tomando como referencia que este país, en ese momento, tenía cerca de 270 millones de habitantes).

Los puntos fuertes de dicha propuesta son principalmente la legitimidad ciudadana, la igualdad de posibilidades para acceder a ser un constituyente, el generar espacios deliberantes a nivel nacional, el promover una atención y reacción del país ante los puntos más importantes que rompieron con el *statu quo* constitucional y, sobre todo, el darle un preámbulo y un documento orientativo sobre el cual pueda trabajar la asamblea constituyente en sus fueros regulares, tales como comisiones, plenos, audiencias públicas, entre otros.

III. ¿Asamblea constitucional o asamblea constituyente?

Es sumamente importante que las condiciones previamente expuestas se encuentren dadas para lograr una nueva Constitución, toda vez que importar instituciones jurídicas o copiar textos constitucionales de países desarrollados no tiene un nexo de causalidad con una realidad constitucional

distinta. Las formas de gobierno democráticas y deliberativas son tan importantes como el reconocimiento de estas a nivel formal.

Al respecto, Levitsky y Ziblatt tienen dicho que «las democracias de éxito dependen de reglas informales que, pese a no figurar en la Constitución ni en la legislación, son ampliamente conocidas y respetadas»¹⁴.

Además de evidenciar la relevancia de estas reglas no escritas, dichos autores dan cuenta de que las constituciones de países como Argentina (1853) o Filipinas han sido fieles copias de la Constitución de Estados Unidos pero, por sí mismas, no han podido lograr cambios sustanciales o mantener democracias consolidadas.

Por ese motivo, es tan perjudicial que muchos de los proyectos de ley que se han presentado en las últimas décadas en el Perú, vinculados a la reforma total de la Constitución, partan de la equivocada idea de copiar sistemas ajenos, proponer textos bases para la asamblea constituyente o apelar a constituciones pasadas (como la del año 1979 o incluso a una *Constitución histórica*).

En gran parte de estos proyectos de ley se hace referencia a la expresión «convóquese a una reforma total de la Constitución tomándose en consideración lo siguiente [...]» sin valorar que las asambleas constituyentes deben de regirse libremente en atención a los grandes problemas estructurales que generaron el desborde de la Constitución vigente y desarrollarse en función a los acontecimientos del momento destituyente y constituyente para que las medidas de cambio se correspondan con el

¹⁴ Steve Levitsky y Daniel Ziblatt, *Cómo mueren las democracias* (Barcelona: Ariel, 2018).

sentir social y político y, de este modo, la sociedad pueda autodeterminarse y pactar un nuevo acuerdo social que rijan la convivencia humana en el marco constitucional.

Ahora bien, desde mi punto de vista, la reforma total de la Constitución (o buscar una nueva) en ningún caso puede contravenir a los elementos esenciales que caracteriza al Estado constitucional de derecho. De tal modo, considero que la asamblea constituyente a la que vengo refiriendo es un poder limitado por las reglas mínimas e intangibles del sistema constitucional, tales como los derechos fundamentales, poner a la persona humana como fin último del Estado, la democracia como forma de gobierno, la separación de poderes, la alternancia gubernativa, que el poder emane del pueblo, la supremacía constitucional, entre otros¹⁵.

En ese sentido, un término que más se ajusta al proceso que venimos describiendo sería el de una asamblea constitucional que es antecedido, a su vez, por un momento constitucional. Por tanto, los más de veinte proyectos de ley identificados, las comunicaciones de la ciudadanía y los pedidos de referéndums inconclusos se encontrarían encaminados a lograr una asamblea constituyente en términos constitucionales, lo que hace que se encuentren sujetos a límites materiales y a principios tales como la interdicción de la arbitrariedad o como aquel referido a que «en el Derecho no existen zonas exentas de control constitucional»¹⁶.

¹⁵ El Tribunal Constitucional hace referencia a dichos límites materiales explícitos e implícitos en las sentencias recaída en los expedientes 050-2004-AI/TC, 051-2004-AI/TC, 004-2005-PI/TC, 007-2005-PI/TC y 009-2005-PI/TC.

¹⁶ César Landa, *El control constitucional de las resoluciones electorales en el Perú*. (México D. F.: Universidad Nacional de México, 2010).

Este respeto por la estructura básica de la Constitución invita a pensar en un poder constituyente con límites constitucionales, sin perjuicio de que se puedan modificar elementos de tal relevancia como el régimen económico, los mecanismos de participación ciudadana, los instrumentos de balance entre poderes (sin desnaturalizarlos), las formas de vincularse a los organismos internacionales, la visión cultural del país, el diseño de descentralización, entre otros que hagan que el sentido de la Constitución cambie radicalmente y, por tanto, se constituya en una nueva Constitución.

Por tanto, es importante diferenciar el espacio de una asamblea constituyente en el marco de la Constitución con una asamblea constituyente extraconstitucional. La primera apunta a reformar la Constitución en su totalidad sin desnaturalizar el sistema constitucional, lo cual genera que determinados contenidos mínimos se mantengan. Por su parte, la segunda se refiere a esta concentración del poder que todo lo puede y que no encuentra límites más que lograr un acuerdo de cómo organizar el poder y a la sociedad en su conjunto.

Colón-Ríos hace referencia, para el caso de la experiencia colombiana, que a este tipo de asambleas constituyentes limitadas se les denomina *asambleas constitucionales*¹⁷; no obstante, en el caso de Colombia la convocatoria a este tipo de asambleas se da previa autorización formal y temática del Congreso, tal como lo contempla el artículo 376 de la Constitución de este país a la que claramente no podemos llamar, en

¹⁷ Joel Colón-Ríos, «Notas sobre la reforma constitucional y sus límites». *Victoria University of Wellington Legal Research Papers*, 8, 19 (2018): 1-16.

sentido estricto, asamblea constituyente de reforma total de la Constitución, pues sus competencias son establecidas por una ley de la cual depende si se puede o no modificar la totalidad del texto constitucional.

Lo expuesto pretende demostrar que cuando nos referimos a planteamientos de reformas totales de la Constitución (o para lograr una nueva) en el marco del Estado constitucional de derecho lo que estamos haciendo, en esencia, es hablar de asambleas constitucionales que permiten cambiar cualquier elemento de aquella, siempre y cuando no se desnaturalicen los mínimos constitucionales expresados. Lo dicho no se corresponde con este *poder constituyente ilimitado* al que hacían referencia Sieyès o Schmitt, pues ellos lo pensaron en rupturas revolucionarias y no en un contexto reformista en el marco de un sistema constitucional.

Por tanto, considero que no tiene mayor sentido equiparar al *poder constituyente originario y omnipotente* presentado por dichos autores en nuestro constitucionalismo; por el contrario, esta visión de las asambleas constituyentes es perfectamente aplicable en un contexto de cambio estructural extraconstitucional, como veremos a continuación. Lo dicho invita a pensar que las asambleas constitucionales son, en efecto, poderes constituidos.

IV. Asamblea constituyente extraconstitucional: ruptura del pacto social

El artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 establece que «una sociedad en la que no esté establecida la garantía de los

derechos, ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución».

Esta disposición resume claramente la idea de que el constitucionalismo, como forma de organizar al Estado y sus relaciones con el pueblo, no existe si se obvian sus cimientos básicos, es decir, resulta contradictorio referirnos a una Constitución, en términos materiales, con totalitarismos sin límites al poder o en la que se deje de lado los derechos fundamentales de las personas.

En ese sentido, si el pueblo tiene una narrativa compartida de ruptura del pacto social, del sistema de gobierno, o si es que se pretenden modificar los elementos mínimos de un sistema constitucional, tendríamos una clara reestructuración extraconstitucional.

En estos escenarios, no podríamos referirnos a una reforma total de la Constitución (o a una nueva), ya que estaríamos ante cambios estructurales más allá de los márgenes constitucionales. Cuando uno pretende modificar totalmente un objeto no deja de mantener algunos de sus elementos esenciales, ya que si no estaríamos ante una transformación.

Al referirnos a la reforma total de la Constitución (o a una nueva), ya estamos invocando un cambio reformista (no absoluto), lo cual se persiste al momento que se mantiene el mismo *corpus iuris* sobre el cual se van a hacer los cambios de manera total.

Esto quiere decir que, desde mi punto de vista, la reforma total de la Constitución contemplada en nuestro constitucionalismo implica que la norma fundamental subsista pese a las modificaciones sustan-

ciales o totales, y para que dicha norma pueda llamarse y ser Constitución, en el sentido del Estado constitucional de derecho, debe conservar los elementos mínimos ya expuestos.

Toda disposición constitucional tiene límites y se rige por principios básicos, como el referido a que la persona humana y su dignidad es el fin supremo del Estado (artículo 1 de la Constitución), por lo cual no podríamos afirmar que la reforma total de la Constitución (o su reemplazo por otra) traería consigo un poder constituyente omnipotente, sino tendría que actuar en su rol reformador y sin desnaturalizar el sistema constitucional.

Cosa distinta, como se venía diciendo, es el cambio radical de sistema, lo cual traería consigo no una asamblea de orden constitucional, sino una esencialmente extraconstitucional. Ello supone la ruptura del pacto social y tiene una dinámica de alterar los cimientos básicos del sistema constitucional.

En este escenario, no se podría utilizar los términos «reforma» ni «constitucional» pues el primero apunta a rehacer algo o tratar de mejorarlo sin generar una desconexión con aquella materia objeto de cambio, mientras que el segundo refiere a un sistema constitucional en el que, por definición, no existen poderes sin límites, lo cual incluye a la asamblea constitucional.

Por tanto, la ruptura del pacto social supone una reorganización extraconstitucional a través del cual la población se pone de acuerdo para migrar a otro sistema, lo que incluye la forma de gobierno y las relaciones entre los individuos y el Estado.

Así, el pueblo podría optar por un sistema global, regional o cualquier otra forma

de organización en el que haya consenso. Incluso, se podría optar con formas pseudoconstitucionales, como es el caso de permanecer con elementos del constitucionalismo pero sin tomar en cuenta todos aquellos elementos básicos ya expuestos.

Para lograr dicho cambio sí podemos utilizar el modelo de Sieyès y de Schmitt, los cuales comprenden a la Constitución como un instrumento de acuerdo social en un sentido amplio y no dentro del Estado constitucional de derecho propiamente dicho.

De tal modo, considero que este planteamiento de asambleas constituyentes sin límites materiales tiene que ser bien encauzado para que no siempre sean consecuencia de rupturas violentas, sino que puedan ser encauzados desde el mismo Estado constitucional de derecho¹⁸.

En ese sentido, es importante que nuestro constitucionalismo no solo permita la creación de asambleas constitucionales, sino también habilite asambleas constituyentes sobre las cuales se pueda migrar hacia otra forma de organización social y política sin tomar en consideración los elementos esenciales del constitucionalismo contemporáneo.

De esta forma, la Constitución peruana podría no solo contemplar el procedimiento de la reforma total de la Constitución a través de la asamblea constitucional, sino también un mecanismo para habilitar una asamblea constituyente de reestructuración extraconstitucional a través de la cual se pueda transitar hacia una nueva forma de organización social.

¹⁸ Humberto Nogueira, «Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la Constitución», *Ius et Praxis*, 15 (2009): 229-263.

Para lograr dicho objetivo, la Constitución tendría que regular un mecanismo de salida del Estado constitucional de derecho. Lo mencionado requeriría seguir la misma dinámica de la asamblea deliberativa antes expuesta, como también, del momento destituyente y del momento constitucional, pero con la diferencia que en la narrativa no solo se busquen cambios en el marco del Estado constitucional de derecho, sino que se requiera una reestructuración del sistema de manera conjunta, rechazando el sentido de Constitución material al cual venimos haciendo referencia.

Habilitar esta asamblea constitucional con plenos poderes requeriría un mayor consenso social por lo cual sería necesario que el Congreso valide la convocatoria a referéndum por parte del presidente de la República a través de un mayoría calificada. A su vez, el referéndum requeriría una votación elevada en favor de esta asamblea de reestructuración.

Por último, la Constitución vigente se mantendría mientras se desarrolle el debate

y tendría que diseñarse un proceso transitorio del Estado constitucional de derecho a la otra forma de Estado y de gobierno por la cual se opte.

Reflexiones finales

Resulta de vital importancia que la Constitución de 1993 contemple un procedimiento claramente establecido sobre cómo cambiar de Constitución y, asimismo, regule un mecanismo a través del cual se pueda realizar una reorganización extraconstitucional, a efectos de que la transición de un sistema a otro sea lo menos traumática posible.

Por otro lado, como se ha visto, un requisito indispensable y previo a una nueva Constitución debe ser, en términos democráticos, que estemos claramente en un momento constituyente y en un contexto de tal envergadura que haya un acuerdo social, a efectos de modificar estructuralmente el diseño de la convivencia política del país. Sobre el particular, en el presente artículo realizo las siguientes propuestas:

Para un cambio de la Constitución se requiere, de manera previa, *(i) un momento constituyente o constitucional, y tendría que ser antecedido por un contexto destituyente, lo mismo que ocurre para una reestructuración extraconstitucional, la cual requeriría una narrativa no de reforma sino de reorganización a todo nivel y del sistema en su conjunto.*

Para lograr formalizar un momento constituyente *(ii) se debe realizar, de manera concurrente, el referéndum para preguntar si el pueblo quiere o no una asamblea constituyente y, en el mismo acto electoral, que la ciudadanía vote por los partidos políticos que consideren que deben representarlos en la asamblea. Si el referéndum es desfavorable, queda sin efecto la votación a representantes y el proceso constituyente.*

Para conseguir una conformación plural y legítima de la asamblea constituyente, considero que **(iii)** *un tercio de su conformación debe provenir de paneles deliberativos de ciudadanos elegidos por sorteo, los cuales se tendrían que desarrollar de manera previa y de los cuales se tiene que extraer un primer documento orientativo para el cambio de la Constitución.*

El cambio de la Constitución **(iv)** *se debe materializar a través de una asamblea constituyente en el marco del Estado constitucional de derecho convocada por el presidente, previa ratificación del Congreso por mayoría absoluta, lo cual supone una libertad amplia y total de reforma pero no absoluta, pues se encuentra sujeta al respeto de la estructura y contenidos materiales mínimos.*

En la Constitución peruana **(v)** *tendría que regularse la reestructuración extraconstitucional que permita ordenadamente la transición y viabilice una reorganización del poder y una migración hacia otra forma de gobierno o de diseño estatal.*

Ahora bien, de ser el caso que se habilite este espacio democrático para una nueva Constitución, considero que esta debería enfocarse en la lucha anticorrupción, en el desarrollo de los deberes fundamentales, en fortalecer la economía social de mercado y en lograr mecanismos para la gobernabilidad.

En la parte orgánica de la Constitución, sería oportuno incorporar la bicameralidad (con renovación parcial o por tercios), un sistema más orientado hacia el parlamentarismo (para lograr un mejor equilibrio entre poderes y el fortalecimiento de los partidos políticos), mecanismos para enfrentar la subrepresentación a nivel parlamentario, un diseño distinto para la selección de los magistrados del Tribunal Constitucional, ajustes institucionales para

el uso de la cuestión de confianza y de la incapacidad moral, además de establecer una forma expresa de cómo se puede cambiar la Constitución o migrar hacia un sistema extraconstitucional.

De igual modo, es urgente fortalecer institucionalmente el Poder Judicial para que todas sus instancias sean consistentes y que el Tribunal Constitucional se pueda abocar principalmente al control abstracto y a conflictos de competencias, lo cual dotaría de mayor relevancia a la dimensión objetiva de los procesos. En esta línea, el Tribunal Constitucional dejaría de ser una instancia que atiende principalmente casos, para centrarse en la pacificación entre órganos estatales y en los procesos de inconstitucionalidad, teniendo además la facultad de seleccionar determinados asuntos de especial

trascendencia constitucional con la finalidad de establecer sentidos interpretativos, criterios o incluso sentencias estructurales.

En cuanto a la parte dogmática, considero necesario que se reconozcan los siguientes derechos fundamentales a nivel constitucional: protesta, internet, propiedad intelectual colectiva, vivir en una sociedad libre de corrupción y suprimir la pena de muerte. Dichos derechos requieren ser incorporados a nivel constitucional para que se garantice la tutela urgente de estos, pero además esta incorporación tiene que venir acompañada de una política de derechos fundamentales que incluya el reconocimiento del valor actual que tienen estas materias en la realidad y una asignación presupuestal que permita que aquellos sean concretizados.

De igual forma se debe fortalecer los mecanismos participativos a efectos de que la ciudadanía tenga real posibilidad de participar en aquellos asuntos de naturaleza pública. Al respecto, es urgente eliminar las excesivas firmas de adherentes para acceder a los derechos de participación, tales como la iniciativa legislativa, el referéndum, las revocatorias y a los procesos de inconstitucionalidad.

Además, es fundamental que se tomen en consideración deberes tales como: conservar la paz, proteger el medio ambiente, tributar y el sufragio activo (los cuales actualmente no se encuentran reconocidos). Sobre esto último sería idóneo que se establezca a nivel constitucional que los deberes públicos de las personas son obligaciones jurídicas que tendrían que llevarse a cabo a través de un sistema integral de cumplimiento diseñado a nivel legal por el Parlamento.

Finalmente, es indispensable que en el marco de una nueva Constitución se pueda contornear de mejor forma el principio de la economía social de mercado, a efectos de que este tenga un rostro humano y no mercantilista. Para lograr dicho fin, se podrían establecer criterios más rigurosos para evitar monopolios y concentraciones empresariales que distorsionen el mercado, optar por definir al Indecopi como un órgano constitucionalmente autónomo, eliminar los contratos ley, rediseñar la prohibición de la iniciativa de gasto por parte de los congresistas, eliminar la inafectación constitucionalmente regulada para las universidades privadas y diseñar un estado de catástrofe para que exista un régimen de excepción que permita que en emergencias regionales o mundiales pueda primar el bien común antes que intereses económicos particulares.

Bibliografía

Cairo Roldán, Omar. El poder constituyente y la reforma de la Constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Cuaderno de trabajo n.º 17. Lima: PUCP-Departamento Académico de Derecho, 2010.

Colón-Ríos, Joel. «Notas sobre la reforma constitucional y sus límites». *Victoria University of Wellington Legal Research Papers* 8, 19 (2018): 1-16.

Frank, Jason. *Constituent Moments: Enacting the People in Postrevolutionary America*. North Carolina: Duke University Press, 2010.

Häberle, Peter. *El Estado constitucional*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2016.

Heiss, Claudia. «Soberanía popular y momento constituyente en el debate sobre cambio constitucional en Chile». *Anales de la Universidad de Chile*, (2016): 111-125.

Karmy, Rodrigo *et al.* «Momento constituyente, crisis social y pandemia». Facultad de Filosofía y Humanidades de la Universidad de Chile, 11 de junio de 2020, <https://bit.ly/3rjRe29>.

Landa, César. *El control constitucional de las resoluciones electorales en el Perú*. México D. F. Universidad Nacional de México, 2010.

Levitsky, Steve, y Daniel Ziblatt. *Cómo mueren las democracias*. Barcelona: Ariel, 2018.

Nogueira, Humberto. «Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la Constitución». *Ius et Praxis*, 2009.

ONPE. *Registro de venta de kit electoral para referéndum*. Lima: Secretaría General, 2019.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. *Mecanismos de cambio constitucional en el mundo*. Santiago de Chile: PNUD, 2016.

Torres, Tomás. «Reflexiones sobre lo constituyente, los movimientos y el poder popular: ¿Hacia nuevas formas de subjetivación?» *Cadernos de Estudos Sociais e Políticos*, 2016.

Van Reybrouck, David. *Contra las elecciones*. Barcelona: Taurus, 2017.

Anexo 1

Año	N.º Proyecto	Mecanismo para el cambio de Constitución
2001	PL 01749	Se dispone que el presidente convoque a elecciones para conformar una asamblea constituyente que tendría a cargo la aprobación de una nueva Constitución, la cual, a su vez, tendría que someterse a referéndum.
2002	PL 01702	Mediante ley se convoca a una asamblea constituyente para la creación de una nueva Constitución, la cual tendría que ser sometida a referéndum.
2002	PL 2422	Directamente autoriza al presidente para que convoque a una asamblea constituyente.
2002	PL 3676	Se busca convocar, a través de una ley, a elecciones para la conformación de una asamblea constituyente. Esta tendrá que aprobar una Constitución que sería ratificada vía referéndum.
2002	PL 3905	Se establece de manera directa que el presidente debe convocar a elecciones para una asamblea constituyente para que esta proponga una Constitución.

Año	N.º Proyecto	Mecanismo para el cambio de Constitución
2004	PL 9828	Se autoriza al presidente a convocar a elecciones para una asamblea constituyente.
2004	PL 11624	Propone modificar la Ley 27600 con el fin de programar elecciones para una asamblea constituyente.
2005	PL 12685	Se establece directamente que el presidente puede convocar a elecciones para la conformación de una asamblea constituyente, la cual debe aprobar una Constitución que, a su vez, debe ser ratificada vía referéndum.
2006	PL 0073	Se busca que el JNE convoque a elecciones para una asamblea constituyente y que esta haga una Constitución que pueda ser sometida a referéndum.
2008	PL 2497	Se propone un nuevo artículo constitucional (207). Se establece que mediante ley, votada por mayoría absoluta, se convoque a una asamblea constituyente que elaborará una Constitución, la cual requiere un referéndum para su aprobación.
2012	PL 2001-IC y 354-IC (2016)	Más de 60 000 ciudadanos proponen modificar el artículo 206 de la Constitución para que posibilite una reforma total con base en el texto de la Constitución de 1979. Para dicho fin, el presidente tendría que convocar a elecciones para una asamblea constituyente.
2013	PL 2523	Se propone convocar a un referéndum para determinar la viabilidad de una asamblea constituyente.
2018	PL 3390	Se busca modificar el artículo 206 de la Constitución, a través del cual se establece que, a iniciativa del presidente, se puede convocar a referéndum para aprobar una asamblea constituyente (previa aprobación del Consejo de Ministros, de la mayoría absoluta del Congreso o del 0.3 % de la población electoral), la cual podría aprobar una nueva Constitución, que sería ratificada vía referéndum.
2018	PL 3623	Se propone modificar el artículo 206 de la Constitución para que, a través de una asamblea constituyente, viabilizada por un referéndum, se apruebe una nueva Constitución la cual tiene que ser, a su vez, aprobada mediante referéndum. El encargado de convocar el primer referéndum es el Congreso de la República.

Año	N.º Proyecto	Mecanismo para el cambio de Constitución
2020	PL 5667	Propone modificar el artículo 206 de la Constitución a través de una asamblea constituyente, previo referéndum convocado por el Congreso de la República. La nueva Constitución producto de dicha asamblea tendría que ser ratificada vía referéndum.
2020	PL 5393	Se autoriza directamente al presidente de la República que convoque a una asamblea constituyente para la creación de una nueva Constitución ¹⁹ .
2020	PL 6642	Propone que a través de una ley se convoque a un referéndum para lograr un cambio de la Constitución vía asamblea constituyente.
2020	PL 6709	Se crea una nueva disposición transitoria especial en la Constitución actual para permitir que, a partir de la entrada en vigencia de esta ley de reforma constitucional, se convoque a un referéndum para conformar una asamblea constituyente que se encargue de redactar una nueva Constitución.
2020	PL 6789	Se plantea una ley que autoriza al presidente a que convoque a un referéndum por para preguntar sobre la viabilidad de una asamblea constituyente que tendría como objeto lograr una nueva Constitución.
2021	PL 7165 y 6964	Se propone modificar el artículo 32 para agregar que puede ser sometido a referéndum una convocatoria para lograr una asamblea constituyente. Esto se ajusta también en el artículo 206. Además, se agrega una disposición transitoria especial que autoriza al presidente a convocar un referéndum para conformar una asamblea constituyente.
2021	PL N.º 7426	Se busca modificar el artículo 206 de la Constitución estableciendo que la reforma total de la Constitución se realiza mediante asamblea constituyente. Asimismo, agrega diversas disposiciones transitorias especiales con la finalidad de que el presidente convoque a un referéndum para lograr una asamblea constituyente.

¹⁹ Cuadro de elaboración propia, diseñado para los fines del presente artículo.

EL DEBIDO PROCESO SUSTANTIVO Y ALGUNAS NECESARIAS REFLEXIONES SOBRE EL AMPARO CONTRA RESOLUCIONES JUDICIALES

*Substantive due process of law and some necessary
reflections on amparo against court decisions*

Autor: Edward Cayotopa Luna*

REVISTA
LP Derecho

Edward Cayotopa Luna

«El debido proceso sustantivo y algunas necesarias reflexiones sobre el amparo contra resoluciones judiciales».

Revista LP Derecho,
1 (2021):28-43.

Recibido: 7/06/2021

Aprobado: 24/07/2021

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asesor de magistrado en Tribunal Constitucional del Perú. Correo electrónico: edward.cayotopa@pucp.edu.pe

 <https://orcid.org/0000-0002-7744-3040>

Resumen

En diversas resoluciones hemos observado que los jueces constitucionales utilizan los criterios de la sentencia judicial 03179-2004-PA/TC, a modo de precedente, para evaluar y controlar las resoluciones judiciales del Poder Judicial. Este artículo cuestiona este uso irreflexivo de los jueces constitucionales y tiene como propósito evidenciar la necesidad de nuevos criterios argumentativos en el análisis del amparo contra resolución judicial.

Palabras clave

Debido proceso sustantivo, amparo contra resoluciones judiciales, tutela procesal efectiva, caso Apolonia Ccolleca.

Abstract

In several court decisions, we have observed that constitutional judges use the standards of judgment 03179-2004-PA/TC, as a legal rule, to review and control the judicial decisions of the Judiciary Power. This paper disputes this nonreflective use of constitutional judges and seeks to outline the new argumentative standards when evaluating an amparo appeal against a judicial decision.

Keywords

Substantive due process, amparo against court decisions, effective procedural protection, case law Apolonia Ccolleca.

Introducción

A partir del año 2006, el Expediente 03179-2004-PA/TC (caso Apolonia Ccolcca) cambió radicalmente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre amparo contra resoluciones judiciales, la cual era coherente con el artículo 4 del Código Procesal Constitucional¹. Esta sentencia critica la posición moderada del Código Procesal Constitucional peruano (Ley 28237) y asume una posición amplia sobre la base de que una decisión jurisdiccional podía vulnerar no solo la tutela procesal efectiva sino cualquier derecho fundamental². Esta posición amplia trae consigo sus propias consecuencias y dificultades, que revisaremos en el presente artículo.

Se debe tener en cuenta que asumir una posición amplia implica una serie de riesgos, los cuales se constatan en la jurisprudencia de cualquier Tribunal Constitucional que asuma tal postura. Entre tales riesgos destacan la contradicción de sentencias, la incerteza jurídica, una dilación injustificada para resolver procesos que son en teoría de tutela urgente, comprometiéndose además principios como el del plazo razonable.

Pese a estos cuestionamientos, en la mayor parte de la doctrina peruana, se da por descontado que debe primar la posición

amplia, pues aparentemente favorecería los derechos fundamentales en un control de resoluciones judiciales. Ello en tanto el derecho vulnerado que se reclama ante un acto lesivo provocado por un juez no se restringiría solo a la tutela procesal efectiva, sino que se ampliaría a cualquier derecho fundamental.

Así, es posible constatar esta tendencia mayoritaria en los diferentes modelos o fórmulas que se han «adaptado» a fin de precisar el principal problema que se enfrenta al optar una posición amplia: los límites que tiene un juez constitucional para no asumir competencias exclusivas de los jueces ordinarios que resolvieron ya una controversia³.

En el presente trabajo planteamos una posición discrepante frente al razonamiento irreflexivo que supone optar por una posición amplia. Por tanto, no solo ahondaremos en las implicancias conceptuales de ambas posturas (posición amplia y posición moderada), sino en su eficacia práctica. Ello con el fin de esbozar una postura diversa que, si bien parte de una posición moderada, sea coherente tanto con la disposición constitucional del artículo 200, inciso 2 de la Constitución, como con la disposición legal del artículo 4 del Código Procesal Constitucional, y, a su vez, con la tutela de derechos procesales y sustantivos.

¹ Samuel Abad, *El proceso constitucional de amparo*, 3.^a edición, (Lima: Gaceta Jurídica, 2017), 376.

² Eloy Espinosa-Saldaña, «El juez constitucional, los riesgos de su vocación expansiva y algunos posibles límites a su accionar», en *La ciencia del derecho procesal constitucional: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, coordinado por Eduardo Ferrer y Arturo Zaldívar (México: UNAM, 2008), V, 113-128.

³ La doctrina peruana revisada no parece cuestionar la posición amplia. Así, confróntese el trabajo de José Miguel Rojas, «Amparo contra resoluciones judiciales», en *La procedencia en el proceso de amparo*, coordinado por Juan Manuel Sosa (Lima: Gaceta Jurídica, 2012), 202-204; o el de Carlos Blancas, «El amparo contra resoluciones judiciales», *Pensamiento Constitucional* 19 (2014), 193-206.

En tal sentido, la hipótesis central de esta investigación es constatar las implicancias que tiene para el amparo contra resoluciones judiciales la interpretación del artículo 4 del Código Procesal Constitucional peruano, que es la disposición legal que aborda la procedencia del amparo contra resoluciones judiciales, incluyendo el debido proceso sustantivo.

I. La posición moderada del artículo 4 del Código Procesal Constitucional

Para analizar la posición que adopta el legislador (planteada por la Comisión que elaboró el Código Procesal Constitucional) se deben comprender previamente las disposiciones constitucionales de los artículos 139.3 y 200, inciso 2, de la norma fundamental.

La Constitución de 1993 señala, en su artículo 139.3, que son principios y derechos⁴ de la función jurisdiccional el debido proceso y la tutela jurisdiccional. De este modo, el constituyente de 1993 reconoció dos derechos de tradiciones jurídicas distintas: la anglosajona y la romano-germánica, respectivamente, en los cuales los elementos de sus contenidos y aplicación han tenido un tratamiento diferenciado⁵. Frente a esto, el Tribunal Constitucional peruano tampoco ha desarrollado una posición esclarecedora, pues su jurisprudencia ha

ido variando en función de la composición de los magistrados que asumieron y asumen una posición doctrinaria en torno a la relación entre estos dos derechos⁶.

Es importante tener en cuenta lo anterior porque, para que el juez constitucional determine la procedencia de una demanda de amparo contra resolución judicial, debe constatar la vulneración de la tutela procesal efectiva⁷, conforme al artículo 4 de la Ley 28237 (Código Procesal Constitucional), publicada el 31 de mayo de 2004. De modo que a la tutela procesal efectiva se la ha propuesto como objeto del acto lesivo de una resolución emitida por un juez en el marco de un proceso subyacente⁸.

¿Qué se entiende por «tutela procesal efectiva»? Según la comisión de profesores que elaboró el Código Procesal Constitucional (en adelante, la Comisión), la tutela procesal efectiva comprende tanto el derecho al

⁴ Sobre esta disposición constitucional, el constituyente peruano careció de una adecuada técnica legislativa, pues la función jurisdiccional no tiene derechos.

⁵ Giovanni Priori, «La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso», *Ius et Veritas* 26 (2003), 286-288, <https://bit.ly/3wLoJeZ>

⁶ Priori evidencia que en la doctrina nacional se han asumido cuatro posiciones en torno a la relación entre debido proceso y tutela jurisdiccional, que a continuación reproducimos: i) el debido proceso es una manifestación de la tutela jurisdiccional efectiva; ii) los elementos que configuran el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva se encuentran dentro del debido proceso; iii) el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva son lo mismo; iv) tienen un estricto orden secuencial y ninguno incluye al otro. *Vid.* Giovanni Priori, «La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso», 283-284.

⁷ A nuestro juicio resulta posible comprenderlo como amalgama entre debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva.

⁸ El contenido del artículo 4 permanece inalterado aun con la reforma del sustitutorio Código Procesal Constitucional. De allí que las reflexiones esbozadas en esta investigación sobre tutela procesal efectiva y el diseño del amparo contra resoluciones judiciales continúen vigentes. El cambio planteado en el artículo 5 del Nuevo Código Procesal Constitucional no modifica el diseño procesal que en la presente investigación se desarrolla.

debido proceso como la tutela jurisdiccional efectiva. Ambos derechos son reconocidos en el artículo 139.3⁹.

Ahora bien, y a fin de desarrollar lo anteriormente expuesto, el término «tutela procesal efectiva» fue un intento de la Comisión para sustituir y así volver más «comprensiva y más técnica al término *proceso regular*», que estuvo en la Ley 23506, Ley de Hábeas Corpus y Amparo¹⁰, y que se recoge en el último párrafo del artículo 200.2 de la Constitución¹¹.

En esta última disposición constitucional se señala que no procede el amparo contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular. A esta configuración del diseño constitucional le es coherente la norma de desarrollo constitucional prevista en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional (en adelante, el Código). Ello en tanto se rechaza cualquier admisión de un amparo contra una resolución judicial que ha respetado el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, garantías procesales mínimas para que un proceso sea regular o se adquiera el carácter de cosa juzgada.

A partir de esta opción legislativa, se considerará que el Tribunal Constitucional admitía revisar la decisión de autoridades jurisdiccionales, siempre que se haya vulnerado la tutela procesal efectiva¹². Esta

opción legislativa es conocida en doctrina como posición o tesis moderada¹³, pues comprende los derechos que se centran en el desarrollo de un proceso judicial¹⁴.

Resulta posible identificar, a partir de los elementos de la tutela procesal efectiva reconocidos por el legislador en el Código Procesal Constitucional, que se plantea una faz procesal integrada por componentes mínimos para el regular desarrollo de un proceso en el ámbito jurisdiccional.

Si nos centrásemos en la opción legislativa del artículo 4 del Código, basada en una posición moderada, el control constitucional implicaría la revisión de aquellos elementos de orden procesal contenidos en la disposición del artículo referido. Similar reflexión se puede formular sobre los efectos de un control de resoluciones judiciales a partir de una posición moderada.

desviado de la jurisdicción predeterminada por ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada de las resoluciones judiciales y la observancia del principio de legalidad procesal penal.

⁹ Samuel Abad, *et al.*, *Código Procesal Constitucional: comentarios, exposición de motivos, dictámenes e índice analítico* (Lima: Palestra, 2004), 44-46.

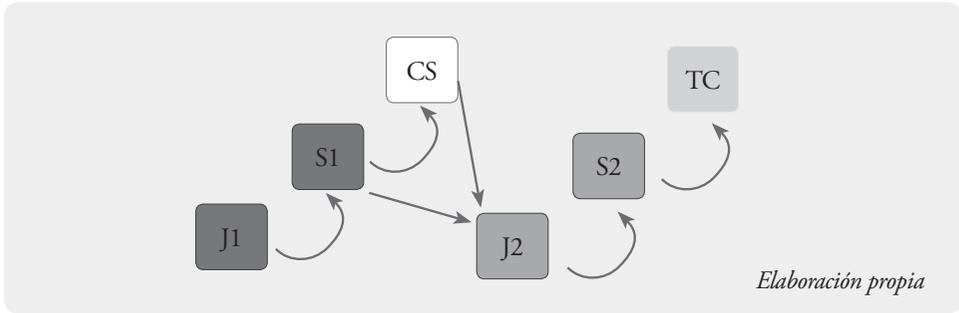
¹⁰ *Ibid.*, 45.

¹¹ Artículo 200, inciso 2; «No procede [el amparo] contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular».

¹² Cuyo contenido, de forma enunciativa, según el Código Procesal Constitucional, comprende los derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio, a no ser

¹³ En el derecho comparado, el profesor argentino Sagües, al evaluar la procedencia del amparo contra resoluciones judiciales, calificó las opiniones distintas entre tesis negativa y permisiva. De allí que sus discípulos en el Perú, como Espinosa-Saldaña o Abad, hayan exportado esta clasificación de tipo metodológica. *Cfr.* Néstor Sagües, *Derecho procesal constitucional: acción de amparo*, 3.^a edición (Buenos Aires: Astrea, 1991), III, 210.

¹⁴ Eloy Espinosa-Saldaña, «Alcance del amparo contra resoluciones judiciales: Exp. 3179-2004-PA, caso Apolonia Ccolleca Ponce», en *El precedente constitucional vinculante en el Perú*: análisis, comentario y doctrina comparada, compilado por Jhonny Tupayachi, Gerardo Eto y Víctor García (Arequipa: Adrus, 2009): 289-291.



Cuadro 1. Estructura de un proceso de amparo contra resoluciones judiciales

En el Cuadro 1 se puede comprobar que el diseño del amparo contra resoluciones judiciales involucra un proceso previo en el Poder Judicial (en adelante, «proceso subyacente»), en el cual una resolución, generalmente de Sala (S1), ha adquirido firmeza (entendida como aquella resolución con la cual no cabe interponer recursos de impugnación) y que será evaluada a través del amparo en el mismo Poder Judicial por un juez de menor grado; naturalmente, un Juzgado (J2).

De manera que en el Perú no se concibe un amparo contra resoluciones judiciales directo. Es decir, de S1 no es posible acudir al Tribunal Constitucional de forma directa, como se verifica del Cuadro 1. Así, eventualmente, como señala el profesor Abad, en el Perú es posible evidenciar la paradoja de que un juez de menor jerarquía (J2) controle lo actuado por la Corte Suprema (CS)¹⁵. Es un modelo «propio» en el cual se controla, a través del amparo, la actuación de los jueces en un proceso ordinario y especializado en una determinada materia (civil, laboral,

penal) de acuerdo a las competencias de la ley orgánica del Poder Judicial.

Así las cosas, el acto lesivo que debe evaluar el juez J2 se ciñe estrictamente a la tutela procesal efectiva, la cual comprende los derechos referidos en la nota 6 de esta investigación. De modo que, si se mantiene la literalidad de los derechos reconocidos en el artículo 4, se podría señalar que «la tutela procesal efectiva no alcanzase para abarcar la ejecución de la decisión obtenida en un procesamiento»¹⁶. O bien, únicamente se evaluarían la vulneración de derechos de orden procesal o de procedimientos que generen indefensión.

En este escenario, en cuanto a los efectos de un amparo contra resoluciones judiciales, a los jueces constitucionales (J2, S2 y TC en el Cuadro 1) no les correspondería corregir y resolver «el mérito del proceso subyacente»¹⁷. A modo de ejemplo, el juez

¹⁵ Samuel Abad, *El proceso constitucional de amparo*, 380.

¹⁶ Luis Castillo, «El significado iusfundamental del debido proceso», en *El debido proceso: estudios sobre derechos y garantías procesales*, coordinado por Juan Manuel Sosa (Lima: Gaceta Jurídica, 2010), 16-17.

¹⁷ Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia Interlocutoria del Tribunal Constitucional. Exp.

constitucional no podrá determinar quién tiene el mejor derecho de propiedad sobre un bien inmueble resuelto por los jueces de J1, S1 (y, eventualmente, CS). Así, en el supuesto de que determinasen que se ha vulnerado uno de los derechos contenidos en la tutela procesal efectiva, no suplantarían con su decisión la litis del proceso subyacente (a qué parte procesal le corresponde la titularidad del bien en el ejemplo de mejor derecho de propiedad). En su lugar, anularían la resolución que originó el vicio de orden procedimental, sin pronunciarse sobre el mérito del proceso subyacente, para que se emita una nueva decisión, sin que ello implique el reexamen sobre el mérito ya resuelto.

Cabe precisar que las consideraciones expuestas sobre la tutela procesal efectiva sobre la base del artículo 4 de la Ley 28237 se mantendrían inalteradas, pues la reforma al Código Procesal Constitucional, esbozada en el dictamen recaído en los proyectos de ley 3478/2018-CR, 3754/2018-CR y 7221/2020-CR, no modifica de manera sustancial la procedencia de una demanda de amparo contra una resolución judicial.

II. El Expediente 03179-2004-PA/TC (caso Apolonia Ccollcca¹⁸) y la tesis amplia

La sentencia del Tribunal Constitucional 03179-2004-PA/TC, publicada el 28 de octubre de 2006 en el diario oficial *El Peruano*, estableció nuevas pautas para la ad-

misión de una demanda de amparo contra una resolución judicial. La sentencia propone un canon que todo demandante debía superar para que convenza al juez constitucional que su demanda de amparo debía ser admitida. Esta sentencia, sin constituirse formalmente en un precedente, cambia la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que se correspondía con la posición moderada del artículo 4 del Código.

La composición del Colegiado del Tribunal Constitucional que sentenció en el caso Ccollcca tuvo un claro propósito: otorgar la potestad al juez constitucional de reexaminar el mérito del proceso subyacente ante una eventual vulneración de derechos fundamentales. Es decir, establece una tesis amplia para la admisión de amparo contra resoluciones judiciales.

Resulta conveniente explicar brevemente los hechos del caso, así como analizar la justificación con la que se pretende fundamentar el cambio de postura que había establecido anteriormente el Tribunal, a partir del Código y su jurisprudencia. Apolonia Ccollcca es una ciudadana que interpone una demanda de amparo contra el titular del Primer Juzgado Mixto de Huamanga. En su demanda alega la violación de su derecho de propiedad, y no uno referido al contenido constitucionalmente protegido del debido proceso, como señala el Tribunal en su fundamento 3. Asimismo, el acto lesivo es la resolución judicial denegatoria emitida por el Primer Juzgado Mixto, en la cual se declaró improcedente el pedido de nulidad de la recurrente contra un acta de incautación de vehículo (camión). Cabe señalar, asimismo, que Apolonia Ccollcca adquirió el camión después de que el proceso penal fuese iniciado.

0642-2019-PA/TC, del 13 de noviembre de 2020, fundamento jurídico 4.

¹⁸ Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. 03179-2004-PA/TC, del 18 de febrero de 2005.

Además de ello, es oportuno detallar que en el *iter* procesal constitucional, la Segunda Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho declaró improcedente la demanda de Apolonia Ccollcca, pues consideró que la resolución judicial fue expedida dentro de un proceso regular. Es de señalar también que la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República confirmó la apelada por similar fundamento.

Al respecto, el Tribunal Constitucional concluye, en los fundamentos 26 y 27, que cuestionar la incautación de un vehículo por distribución o transporte de drogas solo será posible, conforme al Decreto Ley 22926, siempre que: i) el que lo cuestione sea el real propietario o tenga la condición de tal al momento de producirse los hechos como cómplice o encubridor; y ii) sea un expropietario que conocía que el vehículo estaba siendo utilizado para la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas.

Debido a que, al momento de iniciarse el proceso penal, el vehículo tenía registrado como propietario a un sujeto distinto a Apolonia Ccollcca (pues ella lo adquirió después de la incautación y del inicio del proceso penal), ella no se encontraba comprendida en los supuestos del Decreto Ley 22926. Entonces, el Tribunal sostiene que no puede verificar que la resolución judicial cuestionada haya vulnerado el contenido constitucionalmente protegido del derecho de propiedad de Apolonia Ccollcca. Por ende, declara improcedente su demanda.

En cuanto a los fundamentos de la sentencia en comentario, identificamos dos argumentos que sustentan el cambio de la postura moderada por una postura amplia: 1) la interpretación realizada por la jurisprudencia del inciso 2 del artículo 200 de la Constitución era constitucionalmente

inadmisible; y 2) la tesis amplia que se propone se justifica en una incorrecta apreciación de la eficacia vertical de los derechos fundamentales en la tesis moderada.

Con relación al primer argumento, la sentencia en comentario parte de la premisa de que el debido proceso y la tutela judicial efectiva (acceso a la justicia) son derechos únicamente de orden procesal, por lo que solo unos pocos derechos se encontrarían comprendidos a efectos de ser tutelados en un amparo contra resolución judicial¹⁹. A juicio de dicha composición, la posición asumida hasta entonces por la jurisprudencia del Tribunal no se justificaba con lo establecido por el inciso 2 del artículo 200 de la Constitución.

La composición de aquel Tribunal Constitucional realiza una interpretación sistemática de los incisos 1 y 2 del artículo 200 de la Constitución, justificándose en el principio de unidad de la norma fundamental. De esto, concluye en el fundamento 12 de la sentencia que el diseño constitucional del amparo se caracteriza por tener un carácter totalizador; es decir, comprende residualmente a todos los derechos constitucionales no protegidos por los otros procesos constitucionales, tales como *habeas corpus* o *habeas data*. Teniendo en cuenta lo señalado, aquella composición considera que «interpretar la frase *proceso regular* solo cuando se afecte la tutela procesal, resulta constitucionalmente inadmisibile»²⁰.

Esta conclusión es debatible por tres razones. La primera razón se fundamenta en

¹⁹ Cf.: STC Exp. 03179-2004-PA/TC, fundamento jurídico 6.

²⁰ Cf.: STC Exp. 03179-2004-PA/TC, fundamento jurídico 14.

que es una opción interpretativa legítima que la norma de desarrollo constitucional pueda regular, ya sea la protección de todos los derechos fundamentales, o, más bien, la de la tutela procesal efectiva²¹. En cuanto al segundo argumento, consideramos que dicha postura pierde de vista que el acto lesivo en una demanda de amparo contra resoluciones judiciales²² es la actuación o decisión de los jueces.

Entonces, no se trata meramente de afirmar que no se protegen todos los derechos, de lo cual puede resultar un discurso con muy buenas intenciones pero incoherente, porque finalmente todos los demás derechos que no se adscriban a la tutela procesal efectiva no se corresponden directamente con la actuación o decisión de los jueces del proceso subyacente. Por último, esta postura olvida que «la Constitución no solo está compuesta por disposiciones relacionadas con los derechos y libertades fundamentales. También está conformada por aquellas que regulan la estructura del poder público y las que asignan competencias a las diversas agencias gubernamentales»²³.

Esto supone que el Tribunal Constitucional debe velar para que todas las disposiciones constitucionales alcancen la mayor

efectividad posible. De manera que el control de constitucionalidad de las resoluciones judiciales no autoriza a que el juez constitucional asuma o invada aquellos ámbitos de competencia establecidos para los tribunales ordinarios o, si se quiere, especializados²⁴. Debe recordarse que los derechos fundamentales tienen límites internos y externos. Además, ampliar indiscriminadamente el control constitucional de resoluciones judiciales no ha supuesto garantizar mejor las disposiciones de la Constitución, sino todo lo contrario.

Además de lo indicado, debemos precisar que en el derecho comparado no todos los derechos fundamentales dan lugar al proceso de amparo contra resoluciones judiciales, y que nuestro modelo permite que el mismo Poder Judicial revise en amparo sus decisiones y actuaciones. En España o en Argentina, no todos los derechos reconocidos en sus textos constitucionales pueden ser tutelados por el «recurso de amparo»²⁵, y no por ello dejan de ser menos protectores de derechos, ni mucho menos tienen una Constitución semántica que no se corresponde con un Estado constitucional de derecho.

Por otro lado, la tesis amplia de Ccollcca, que sigue los modelos europeos de Alema-

²¹ Samuel Abad, *El proceso constitucional de amparo*, 377.

²² En atención a este término seguimos lo referido por Chiassoni, quien señala que son «enunciados normativos que expresan normas individuales que constituyen las conclusiones de los razonamientos lógico-deductivos». Cfr. Pierluigi Chiassoni, *Técnica de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, traducción de Pau Luque y Maribel Narváez (Madrid: Marcial Pons, 2011), 22.

²³ Eloy Espinosa-Saldaña, «Fundamento de voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera», en Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. 00987-2013-PA/TC (Lima: Tribunal Constitucional, 2018), 11-31.

²⁴ En el Perú hemos tenido varios ejemplos de esta eventual invasión. De allí que alguna composición de Pleno del Tribunal Constitucional haya anulado resoluciones judiciales para nombrar a un fiscal supremo del Ministerio Público (STC 0791-2014-PA/TC); declarado nulas las excepciones de prescripción de caducidad determinadas por los jueces de un proceso civil ordinario (STC 06523-2013-PA/TC); u ordenado las inscripciones de terrenos eriazos, inscritas a partir de un proceso civil de mejor derecho de propiedad (STC 01342-2012-PA/TC), entre otros.

²⁵ Samuel Abad, *El proceso constitucional de amparo*, 358.

nia y España, olvida que en el Perú se permite que los tribunales ordinarios, igualmente calificados para tutelar derechos fundamentales, revisen sus propias actuaciones o decisiones. En Alemania, de donde, por ejemplo, se han propuesto la mayor parte de fórmulas para el control de resoluciones judiciales, estas se han configurado a partir de un modelo particular de acceso al Tribunal Federal Alemán, y que la Comisión Benda planteó reformar por el aumento significativo de su carga procesal²⁶.

En cuanto al segundo argumento, a partir del alegado respeto por la eficacia vertical de los derechos fundamentales, se señala que los jueces ordinarios no estarían vinculados a los «otros derechos fundamentales que no tengan la naturaleza de derechos fundamentales»; en caso proceda el amparo contra resoluciones judiciales por la vulneración del debido proceso o la tutela jurisdiccional efectiva²⁷.

No compartimos este criterio por considerarlo incorrecto. Asumir una tesis moderada no implica que los «restantes derechos fundamentales no vinculen al Poder Judicial»²⁸. Se olvida que los jueces ordinarios —quienes se encuentran vinculados por la eficacia vertical de derechos fundamentales— pueden determinar la vulneración de derechos fundamentales, según los artículos 138 y 139.8 de la Constitución, y existen mecanismos procesales que permiten al

recurrente garantizar sus derechos fundamentales.

Adicionalmente, con relación al canon de resoluciones judiciales propuesto en el caso Ccollcca, son pertinentes diversos exámenes. El primero de ellos es el de *razonabilidad*, el cual implica —a juicio de aquella composición— que el Tribunal debe evaluar si es relevante o trascendente que se revise todo el proceso judicial para verificar si se vulneró el derecho fundamental pedido. El segundo, de *coherencia*, exige que el Tribunal especifique si el acto lesivo (resolución judicial) tiene relación con el proceso o la decisión judicial. Por último, en lo relativo al tercero, «el juez constitucional determinará la intensidad del control que será necesario para llegar a precisar el límite de la revisión del proceso judicial ordinario, a fin de cautelar el derecho fundamental demandado»²⁹.

Cabe precisar que el canon que allí se establece no se constituye formalmente en precedente. Más allá de que en su fundamento jurídico 21 se realice una somera referencia a «la variación de la jurisprudencia» y al «establecimiento de un precedente», lo cierto es que no se concretaron los requisitos formales y el *quorum* legalmente establecido vigente en 2006 para el establecimiento de reglas conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código y el artículo 10 de su reglamento normativo. Y es que la demanda fue declarada improcedente, lo que no constituye una resolución de cosa juzgada, las reglas no se expresan con su efecto normativo, en razón a que

²⁶ Ver al respecto Pablo López, «Objetivizar el recurso de amparo: las recomendaciones de la Comisión Benda y el debate español», *Revista Española de Derecho Constitucional* 53 (1998), 115-151, <https://bit.ly/3xQSzjt>

²⁷ Cfr. STC Exp. 03179-2004-PA/TC, fundamento jurídico 6.

²⁸ Samuel Abad, *El proceso constitucional de amparo*, 378.

²⁹ Eloy Espinosa-Saldaña, «Alcance del amparo contra resoluciones judiciales: Exp. 3179-2004-PA, caso Apolonia Ccollcca Ponce», 119.

las reglas allí establecidas no se aplicaron al caso en concreto para resolver la demanda de la señora. Ccollcca.

Pese a lo expuesto, aquella composición del Tribunal Constitucional peruano opta por una postura amplia. Asumir dicha postura le genera «el riesgo de convertir al amparo en un nuevo espacio de debate de cualquier resolución judicial»³⁰. Adicionalmente, se pasa por alto al principio de corrección funcional, pues no solo el Tribunal Constitucional tiene competencia para realizar un control de las resoluciones judiciales. Sobre este punto, la doctrina ha orientado su crítica contra este modelo, ya que en países como Alemania dio lugar a «demasiada intervención en la función de los jueces ordinarios y resulta ser insuficiente para marcar límites claros entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional», produciendo una falta de certeza jurídica³¹.

Ciertamente, no son las únicas críticas hacia una posición amplia. No debe perderse de vista la seguridad jurídica. Al respecto, la seguridad jurídica hace referencia a un estado de cognoscibilidad, confiabilidad y calculabilidad³². Una postura amplia no tiene reparos porque una resolución de un tribunal especializado haya adquirido firmeza y carácter de cosa juzgada, pues sobre la base de una vulneración de cualquier derecho fundamental el juez constitucional podría «corregir» una resolución judicial. No cabe predictibilidad cuando se tiene un

criterio tan amplio como «la vulneración de los derechos fundamentales» en un proceso de amparo de resoluciones judiciales.

Como se ha expresado, al ser una fórmula tan abierta, el Tribunal Constitucional no solo se arroga competencias de la judicatura ordinaria: también desconoce que es el juez de primer grado quien tiene inmediación del proceso, que una justicia es efectiva siempre que sea celeré, así no se garantice la previsibilidad (seguridad jurídica).

III. El debido proceso sustantivo en una posición moderada

La crítica que se ha planteado a la postura del Código, como hemos tratado de evidenciar en párrafos anteriores, se centra en señalar que únicamente se estaría tutelando derechos fundamentales de orden procesal. Por ello, y por la confusión que se ha planteado a partir del caso Ccollcca, es oportuno responder si la tutela procesal efectiva incluye un análisis sustantivo que no implique una postura amplia. Consideramos que el debido proceso sustantivo supone una faz sustantiva que respondería a las críticas y podría sentar las bases para mejorar jurisprudencialmente el modelo de amparo contra resoluciones judiciales diseñado en el Perú.

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva tiene origen alemán (*Rechtsschutzbedürfnis*)³³ y responde a una tradición jurídica romano-germánica, a través de la cual se habría configurado como «el derecho de

³⁰ *Ibid.*

³¹ Jorge León y Nicolaus Weil, «Jurisdicción constitucional y tribunales ordinarios: el examen de constitucionalidad de las resoluciones judiciales en Alemania». *Revista Peruana de Derecho Constitucional* 3 (julio-diciembre de 2010), 325.

³² Humberto Ávila, *Teoría de la seguridad jurídica*. (Madrid: Marcial Pons, 2012), 573.

³³ Eduardo Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil* (Buenos Aires: Depalma, 1958), 479.

toda persona a que se le haga justicia»³⁴. En cambio, el desarrollo del *due process of law* (debido proceso) es más bien estadounidense, aunque su origen se remonta a la equivalencia con el *law of the land* de la Carta Magna inglesa de 1215³⁵. También se fija su aplicación en los denominados *Charters*, a partir de los procesos iniciados ante los órganos judiciales de las colonias inglesas³⁶.

El *due process of law* tuvo como antecedente la idea de *procedimento legittimo* (*lawfull*) o *giusto* (*fair*). No obstante, no debía limitarse a una idea de procedimiento, pues incluye principios y características que deben ser respetadas a fin de tener una decisión que exprese justicia³⁷.

La Corte Suprema estadounidense, a partir de la interpretación de las enmiendas V y XIV de la Constitución, configurará dos dimensiones de este derecho: una adjetiva y otra sustantiva. Al respecto, la doctrina estadounidense revisada señala lo siguiente:

El debido proceso sustantivo responde a la pregunta de si el acto de gobierno que priva a una persona de su vida, libertad o propiedad se encuentra justificado por un fin adecuado o

suficiente. En contraste, el debido proceso procesal responde a si el acto de gobierno ha seguido el procedimiento establecido cuando este interviene en la vida, libertad o propiedad. El debido proceso sustantivo considera si existe una justificación sustantiva suficiente, una apropiada razón para tal privación³⁸.

Por su parte, la Corte Suprema de Estados Unidos ha diseñado reiterada jurisprudencia sobre el particular. El caso considerado como llave o el que marca un precedente para entender el debido proceso sustantivo es el *Wynehamer v. The People*^{39 40}.

³⁸ Traducción propia del texto original: «Substantive due process ask the question of whether the government's deprivation of a person life's, liberty or property is justified by a sufficient purpose. Procedural due process, by contrast, ask whether the government has followed the proper procedures when it takes away life, liberty or property. Substantive due process looks to whether there is a sufficient substantive justification, a good enough reason for such a deprivation». *Vid.* Chemerinsky, Erwin, «Substantive due process». *Touro Law Review* 4 (1999): 1501, <https://bit.ly/3hOOQNC>.

³⁹ Edward Eberle, «Procedural due process: the original understanding». *Constitutional Commentary* 293 (1987), 356, <https://bit.ly/3itZdWi>

⁴⁰ En 1857, el ciudadano Wynehamer fue arrestado y procesado por la venta de bebidas alcohólicas, violando así el nuevo estatuto de Nueva York. Así, fue condenado por la Corte de Sesiones Especiales a una multa de 50 dólares y forzado a enterrar sus bienes hasta haber pagado la multa. En esa situación, su caso es revisado por la Corte Suprema. Cabe resaltar que la Corte Suprema estadounidense, en un caso del siglo XIX, señaló respecto al *due process of law* que «este debía significar que ninguna persona sea privada, mediante cualquier forma legislativa o acción de gobierno, de algún derecho a la vida, libertad o propiedad, excepto como consecuencia de un proceso judicial, apropiado y por ley establecido o guiado». *Cf.*: Corte Suprema de los Estados Unidos, *Wynehamer v. The People* (1856), 434.

³⁴ Eloy Espinosa-Saldaña, «Derecho al debido proceso: un acercamiento más didáctico a sus alcances y problemas», en *Derechos fundamentales y derecho procesal constitucional*, coordinado por Eloy Espinosa-Saldaña (Lima: Jurista, 2005), 98.

³⁵ Reynaldo Bustamante, «El derecho fundamental a un proceso justo, llamado también debido proceso», *Proceso & Justicia* 1 (2001), 69.

³⁶ Juan Francisco Linares, *Razonabilidad de las leyes: el debido proceso como garantía innominada en la Constitución argentina*, 2.ª edición (Buenos Aires: Astrea, 1989), 40.

³⁷ Vincenzo Vigoritti, *Garanzie costituzionali del processo civile. Due process of law e art. 24 costituzionale*, (Milán: Giuffrè, 1970), 42.

En la actualidad el concepto de debido proceso sustantivo no se encuentra exento de debate⁴¹, sobre todo a partir de casos como el de *Lawrence v. Texas* del año 2003. Aun así, es reconocido su aporte a la jurisprudencia norteamericana, pues se ha constituido como un parámetro de justicia válido que analiza la razonabilidad del actuar de quien tenga autoridad⁴².

Así las cosas, la dimensión *objetiva* asegura la presencia de las condiciones mínimas para que pueda desarrollarse un proceso. Por su parte, la dimensión *sustantiva* asegura un parámetro de justicia para que una decisión sea establecida razonablemente.

En cuanto al concepto *razonabilidad*, este puede traducirse en «juicio justo y equitativo»⁴³. Quizá lo más distintivo de la razonabilidad sea «ser aceptable para la comunidad»⁴⁴, pero no hay que perder de vista su relación con el derecho de igualdad⁴⁵.

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano se ha sostenido que el amparo procede contra resoluciones judiciales «que afectan supuestamente

derechos constitucionales de contenido sustantivo en cuyo caso se debe examinar el grado de razonabilidad o arbitrariedad en su argumentación y si ha afectado, por ende, lo que en doctrina se denomina el debido proceso material o sustantivo»^{46 47}.

Ahora bien, en vista de que en el artículo 139.3 se reconocen tanto el derecho al debido proceso como el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, conviene precisar sus alcances. En la doctrina que ha abordado la relación y los elementos entre estos, existen opiniones divorciadas sobre si uno debe prevalecer sobre otro. A modo de ejemplo, Montero Aroca y Juan Monroy señalan que la tutela jurisdiccional efectiva engloba al debido proceso. Así, para Montero Aroca, este es una «expresión más bien de belleza retórica pero que carece de contenido»⁴⁸. Además de que, al pertenecer a una tradición jurídica anglosajona, sería un error aplicarla al ordenamiento jurídico peruano. Este tipo de autores limita la tutela jurídica al ámbito jurisdiccional; es por ello que la comprensión y aplicación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva solo sería posible en este ámbito. Por el contrario, existen autores, como Bustamante, que asumen que el debido proceso comprende a la tutela jurisdiccional efecti-

⁴¹ Al respecto, recomendamos revisar el trabajo de Daniel Conkle, «Three Theories of Substantive Due Process», *85 North Carolina Law Review* 63 (2006): 63-148. <http://www.repository.law.indiana.edu/facpub/166>.

⁴² Véase, por ejemplo, los casos *Ichner v. New York* (1905), *Pettin v. Penn* (1966), *Conn v. Gabbert* (1999).

⁴³ Roberto Saggese, *El control de razonabilidad en el sistema constitucional argentino* (Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2010), 27.

⁴⁴ Manuel Atienza, «Sobre lo razonable en el derecho», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 27 (setiembre-diciembre, 1989): 97.

⁴⁵ Francesco Guizzi, «I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale», en *1956-2006. Cinquant'anni di Corte Costituzionale* (Roma: Corte Costituzionale, 2006) III, 1674.

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. 2347-2004-PA/TC, del 18 de febrero de 2005.

⁴⁷ El test de razonabilidad ha sido muy usado por esta composición de Pleno del Tribunal. En ciertas ocasiones lo ha usado vinculado para determinar un trato desigual (STC 538-2019-PA/TC, fundamento jurídico 15); en otras, vinculado al test de proporcionalidad (STC 3378-2019-PA/TC, fundamento jurídico 93); por último, también ha sido utilizado para examinar la manifestación de arbitrariedad (STC 07279-2013-PA/TC, fundamento jurídico 11).

⁴⁸ Juan Montero, *Introducción al derecho jurisdiccional peruano* (Lima: Enmarce, 1999), 114.

va, pues los elementos de acceso a la justicia y efectividad de las decisiones judiciales formarían parte del debido proceso en su manifestación adjetiva⁴⁹.

Nuestra postura tendrá en cuenta un criterio o principio de interpretación de unidad de la Constitución, además del de plena efectividad de los derechos fundamentales. Así, los artículos 8 y 46. 2. a) de la Convención Americana reconocen al debido proceso legal como un derecho humano⁵⁰, de allí que deba considerarse nominado desde la ratificación a la Convención (1978) e integrado al ordenamiento jurídico peruano. Asimismo, la doble dimensión del debido proceso permite asegurar su exigencia en otros ámbitos distintos al judicial, y el aseguramiento de condiciones mínimas que establezcan que cualquier decisión de quien tenga una cuota de autoridad sea razonable.

Aunque, más allá de las diferencias conceptuales que se puedan establecer para ambos derechos, creemos que comparten el mismo fin: asegurar la tutela, la paz social y la justicia, más aún si el constituyente ha reconocido al derecho tutela jurisdiccional efectiva para enfatizar la efectividad de esta tutela, valga la redundancia. Por ello, somos de la opinión de que, en la relación entre ambos habría más similitudes que diferencias, y que convendría identificar a ambos derechos. No obstante, debe preferirse el derecho al debido proceso por su reconocimiento in-

ternacional y porque, a nivel comparado, existe un amplio desarrollo jurisprudencial del debido proceso por diversas cortes o tribunales internacionales.

Ahora bien, ¿qué consecuencias para el amparo contra resoluciones judiciales permite la adopción del debido proceso sustantivo? A nuestro juicio, observamos dos aspectos en los cuales contribuiría la adopción de esta postura.

El primero, relacionado con el acto lesivo y el control que el juez constitucional podría realizar. Como ya se ha señalado, el acto lesivo de una demanda de amparo contra resolución judicial es la decisión realizada por un juez. Es decir, la demanda de amparo se dirige contra los jueces que resolvieron la decisión judicial. A su vez, la decisión judicial se materializa en las razones que esgrime dicho juez. Es por esto que, en concreto, se puede controlar la justificación interna y externa de las decisiones de los jueces.

Chiassoni nos explica que, para que una decisión judicial se encuentre justificada racionalmente, deben satisfacerse tres condiciones. Conforme a la primera condición, la decisión judicial debe justificarse desde el punto de vista lógico-deductivo o inferencial —condición de justificación interna⁵¹—; esto implica que una decisión judicial se

⁴⁹ Reynaldo Bustamante, «El derecho fundamental a un proceso justo, llamado también debido proceso», 76.

⁵⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-9/87, del 6 de octubre de 1987, párr. 28.

⁵¹ La distinción entre justificación interna y externa se debe al jurista Jerzy Wróblewski (ver Pierluigi Chiassoni, *Técnica de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, nota 5). La justificación interna suponía que una decisión judicial estaba motivada si esta se deducía o infería de las premisas, entonces el análisis se centraba en la validez de la inferencia (decisión en una forma lógica). Cfr. Jerzy Wróblewski, «Legal decision and its justification», *Logique et Analyse*, 53 (1971), 412, <https://bit.ly/2UY9uSs>.

fundamenta racionalmente si es deducible o se infiere de las premisas explícitas o implícitamente justificadas en la sentencia. La primera condición se asocia al principio de no contradicción. En cambio, la segunda y tercera condiciones —condiciones de justificación externa— establecen que una decisión judicial se justifica racionalmente si cada una de las premisas se encuentra justificada racionalmente⁵².

Sin embargo, existen decisiones que, aun cuando superen la justificación interna y externa, son deficitarias desde el punto de vista constitucional. Ello en tanto su justificación tiene un déficit de derecho fundamental, un déficit de interpretación iusfundamental o un déficit de ponderación.

En palabras de Schneider, quien definió estos déficits, en cuanto al *déficit de derecho fundamental*, se trata de un supuesto en el cual los tribunales ordinarios resuelven sin tener en cuenta la protección de un derecho fundamental solicitado al caso concreto. En relación con el *déficit de derecho fundamental*, aquí los tribunales ordinarios sí reconocen la relevancia de un derecho fundamental cuando resuelven un caso de fondo; sin embargo, interpretan erróneamente este derecho fundamental. Por último, *el déficit de ponderación* observa que los jueces ordinarios establezcan una adecuada disposición de los derechos fundamentales en colisión⁵³.

En cuanto al segundo argumento, la razonabilidad, esta puede guardar coherencia

con la finalidad de los procesos constitucionales de tutela urgente. Así, por ejemplo, el Tribunal, en casos en los que exista la improcedencia liminar de los grados inferiores, puede sustentar en la razonabilidad no solo la admisión a trámite, sino un eventual pronunciamiento sobre el fondo en su análisis de cuestión previa, como lo ha venido realizando en los expedientes 04082-2012-PA/TC y 04532-2013-PA/TC.

Conclusiones

- 1) La posición moderada que asume el legislador en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional es una opción válida que no vulnera los derechos fundamentales.
- 2) Hasta el año 2006, el Tribunal Constitucional peruano adoptó una posición moderada cuando admitía amparos contra resoluciones judiciales. A partir de la publicación en el diario oficial *El Peruano* de la Sentencia 03179-2004-PA/TC (caso Apolonia Ccolcca), el 28 de octubre de 2006, el Tribunal Constitucional cambia su línea jurisprudencial sobre amparos contra resoluciones judiciales, al adoptar una posición amplia.
- 3) Si bien la Sentencia 03179-2004-PA/TC desarrolla un canon de control para admitir las demandas de amparo contra resoluciones judiciales, este no constituye un precedente al no cumplir con los supuestos para la constitución de precedentes.
- 4) La diferencia entre amenazas o vulneraciones vinculadas a una *decisión judicial* y aquellas vinculadas con el *proceso judicial* (en especial, hechos u omisiones de los órganos jurisdiccionales, dif-

⁵² Pierluigi Chiassoni, *Técnica de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, 18.

⁵³ Hans Peter Schneider, *Democracia y Constitución* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991), 64-69.

erentes a lo dispuesto en resoluciones judiciales) permite verificar el acto lesivo a controlar en el proceso constitucional de amparo contra resoluciones judiciales. A nuestro juicio, esta diferencia es importante, porque permite distinguir que en el desarrollo de un proceso (dentro del proceso) existirán vulneraciones referidas a los derechos procesales, y que en la conclusión de dicho proceso (que se plasma a través de una resolución judicial) se evalúan la motivación (debido proceso adjetivo) y la razonabilidad de la decisión del juez (debido proceso sustantivo), estando la deficiencia de motivación de la decisión judicial necesariamente vinculada al menoscabo de un derecho fundamental.

- 5) Hemos esbozado una propuesta personal que pretende ajustarse a lo regulado en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional a partir del debido proceso sustantivo; con ello se pretende contribuir en el control del amparo por los jueces constitucionales.

Bibliografía

Abad, Samuel *et al.* *Código Procesal Constitucional: comentarios, exposición de motivos, dictámenes e índice analítico*. Lima: Palestra, 2004.

Abad, Samuel. *El proceso constitucional de amparo*. 3.^a edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2017.

Ávila, Humberto. *Teoría de la seguridad jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

Atienza, Manuel. «Sobre lo razonable en el derecho». *Revista Española de Derecho Constitucional* 27 (setiembre-diciembre, 1989): 93-110.

Blancas, Carlos. «El amparo contra resoluciones judiciales». *Pensamiento Constitucional* 19 (2014): 193-206.

Bustamante, Reynaldo. «El derecho fundamental a un proceso justo, llamado también debido proceso». *Proceso & Justicia* 1 (2001): 67-81.

Castillo, Luis. «El significado iusfundamental del debido proceso». En *El debido proceso: estudios sobre derechos y garantías procesales*, coordinado por Juan Manuel Sosa, 9-31. Lima: Gaceta Jurídica, 2010.

Couture, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1958.

Chemersky, Erwin. «Substantive due process». *Touro Law Review* 4 (1999): 1501-1534. <https://bit.ly/3wMgIpT>

Chiassoni, Pierluigi. *Técnica de interpretación jurídica. Breviario para juristas* [2007]. Traducción de Pau Luque y Maribel Narváez. Madrid: Marcial Pons, 2011.

Conkle, Daniel. «Three Theories of Substantive Due Process». *85 North Carolina Law Review* 63 (2006): 63-148. <http://www.repository.law.indiana.edu/facpub/166>

Eberle, Edward. «Procedural due process: the original understanding». *Constitutional Commentary* 293 (1987): 339-362. <https://bit.ly/2UZAQI8>

Espinosa-Saldaña, Eloy. «Derecho al debido proceso: un acercamiento más didáctico a sus alcances y problemas». En *Derechos fundamentales y derecho procesal constitucional*, coordinado por Eloy Espinosa-Saldaña 59-118. Lima: Jurista, 2005.

Espinosa-Saldaña, Eloy. «El juez constitucional, los riesgos de su vocación expansiva y algunos posibles límites a su accionar». En *La ciencia del derecho procesal constitucional: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, coordinado por Eduardo Ferrer y Arturo Zaldívar, 113-128. México: UNAM, 2008, V.

Espinosa-Saldaña, Eloy. «Alcance del amparo contra resoluciones judiciales: Exp. 3179-2004-PA, Caso: Apolonia Ccollca Ponce». En *El precedente constitucional vinculante en el Perú: análisis, comentario y doctrina comparada*, compilado por Jhonny Tupayachi Gerardo Eto y Víctor García, 289-612. Arequipa: Adrus, 2009.

Guizzi, Francesco. «I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella recente giurisprudenza della Corte Costituzionale». En *1956-2006. Cinquant'anni di Corte Costituzionale*. Roma: Corte Costituzionale, 2006.

León, Jorge y Nicolaus Weil. «Jurisdicción constitucional y tribunales ordinarios: el examen de constitucionalidad de las resoluciones judiciales en Alemania». *Revista Peruana de Derecho Constitucional* 3 (julio-diciembre de 2010): 321-335.

Linares, Juan Francisco. *Razonabilidad de las leyes: el debido proceso como garantía nominada en la Constitución argentina*. 2.^a edición. Buenos Aires: Astrea, 1989.

López, Pablo. «Objetivizar el recurso de amparo: las recomendaciones de la Comisión Benda y el debate español». *Revis-*

ta Española de Derecho Constitucional 53 (1998): 115-151. <https://bit.ly/3xQszjt>

Montero, Juan. *Introducción al derecho jurisdiccional peruano*. Lima: Enmarce, 1999.

Priori, Giovanni. «La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso». *Ius et Veritas* 26 (2003): 273-292. <https://bit.ly/3eBhH6a>

Rojas, José Miguel. «Amparo contra resoluciones judiciales». En *La procedencia en el proceso de amparo*, coordinado por Juan Manuel Sosa, 202-204. Lima: Gaceta Jurídica, 2012.

Saggese, Roberto. *El control de razonabilidad en el sistema constitucional argentino*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2010.

Sagües, Néstor. *Derecho procesal constitucional: acción de amparo*. 3.^a edición. Buenos Aires: Astrea, 1991, III.

Schneider, Hans Peter. *Democracia y Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

Vigoritti, Vincenzo. *Garanzie costituzionali del processo civile. Due process of law e art. 24 costituzionale*. Milán: Giuffrè, 1970.

Wróblewski, Jerzy. «Legal decision and its justification». *Logique et Analyse* 53 (1971): 409-419. <https://bit.ly/3Bk8PLQ>.

Zavaleta, Roger. *La motivación de las resoluciones judiciales como argumentación jurídica*. Lima: Grijley, 2014.

EL IUSNATURALISMO EN LA COSMOVISIÓN DEL MUNDO ANTIGUO CLÁSICO GRIEGO. COMENTARIOS AL *CRITÓN* Y *ANTÍGONA*

Jusnaturalism in the worldview of the ancient classical Greek world. Commentaries to Crito and Antigone

Autor: Giorgio Brea Villanueva*

REVISTA

LP Derecho

Giorgio Brea Villanueva

«El iusnaturalismo en la cosmovisión del mundo antiguo clásico griego. Comentarios al *Critón* y *Antígona*».

Revista LP Derecho.

1 (2021):44-52.

Recibido: 16/05/2021

Aprobado: 21/07/2021

* Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Correo electrónico: gbrea@pucp.edu.pe

 <https://orcid.org/0000-0001-7314-5583>

¹ Sófocles, «Antígona», en sus *Tragedias* (Barcelona: Gredos, 2006), 189-211.

² Platón, «Critón», en sus *Diálogos* (Madrid: Gredos, 1993), i, 133-187.

Resumen

En el presente texto, se analizará en forma conjunta las obras *Antígona* de Sófocles¹ y *Critón* de Platón² desde los postulados del iusnaturalismo y el positivismo. Se parte de la hipótesis de trabajo siguiente: en ambos textos se plasman concepciones distintas de la relación entre moral y derecho que, sin embargo, no rompen la flexibilidad de la categoría iusfilosófica de iusnaturalismo.

Palabras clave

Antígona, *Critón*, iusnaturalismo, positivismo.

Abstract

In the current text, the works Antigone by Sophocles and Crito by Plato will be analyzed from the postulates of jusnaturalism and positivism. We start from the following working hypothesis: Both texts have different conceptions of the relationship between morality and law. Nevertheless, that do not break the flexibility of the iusphilosophical category of jusnaturalism.

Keywords

Antigone, Crito, Jusnaturalism, Positivism.

Introducción

Platón y Sófocles, autores de las obras bajo comentario, se desenvuelven en el mismo arco temporal y geográfico (Platón murió en el 347 a. C., pero su personaje central, Sócrates, lo hace en el 399 a. C.; y Sófocles, en el 406 a. C.) y, por tanto, se refieren a una misma época: el siglo V a. C., y a una misma estructura política: la *polis*. En lo que respecta a las obras, ciertamente son de un cariz distinto. El *Critón* es un texto de filosofía política y moral que forma parte de la etapa temprana de la producción de Platón. En cambio, *Antígona* es una obra teatral, sin que ello la desmerezca en su profundidad. Todo lo contrario, es considerada un *clásico*³.

Ahora bien, aun cuando el personaje de Antígona en la obra de Sófocles no es histórico —incluso debate sobre si Sócrates es un personaje histórico o literario—, sí se puede tomar como cierta la realidad de la Tebas descrita en la obra, pues «los personajes de sus tragedias son en carne y hueso hombres de aquellos días, aunque

a veces [...] carezcan de individualidad»⁴. Por tanto, si bien uno es un poeta trágico y el otro un filósofo, ambos tratan en sus respectivos textos una similar problemática del mundo antiguo clásico: la relación entre derecho natural/razón/moral y derecho positivo/leyes en las *pólis* de la Hélade.

La hipótesis que fundamentaré en el acápite 3 es que en ambos textos nos encontramos ante distintos tipos de la concepción iusnaturalista.

I. Resumen de las obras

En esta parte, resumiré las ideas centrales de ambos textos. Empecemos con el *Critón*.

Como señala el profesor David Ortega, en esta obra se relata la magistral conversación entre Critón y Sócrates cuando este último se encuentra en la cárcel esperando su ejecución (como consecuencia del juicio descrito en la *Apología* del mismo Platón). Critón, amigo de Sócrates, busca seducirlo por cualquier medio para que este se salve, pero Sócrates responde a todas las argumentaciones de Critón desde la más profunda reflexión filosófica sobre la auténtica virtud, acabando por convencerlo⁵.

Critón inicia argumentando que, con la negativa de huir, pareciera que le está dando la razón a sus enemigos al acatar tan injusta pena; así, le aconseja que «se debe elegir lo que elegiría un hombre bueno y decidido, sobre todo cuando se ha dicho durante toda la vida que se ocupa uno de la virtud» (45d6-45e1).

3 Al respecto, «un texto clásico es aquel que plantea algún tipo de conflicto arquetípico, algo que todos los seres humanos podemos vivir, un tema eterno que puede ser interesante para cualquier persona en cualquier momento histórico. La historia de Antígona [...] es una imagen arquetípica de lucha (el salvar a su hermano y darle sepultura, como ocurre ahora con muchos familiares de desaparecidos). Uno vuelve a los textos clásicos de la misma manera en que vuelve a los mitos en una comunidad, son temas arquetípicos y a la vez procesos educativos, podemos aprender muchas cosas de estos sobre nosotros mismos y nuestra situación». Comité Editorial Revista *Anthropía*, «Entre-Vistas: notas sobre el cine y el teatro. Entrevista a Ricardo Bedoya y Alberto Ísola». *Anthropía* 2 (2003): 30.

4 Hermann Bengston, *Historia de Grecia*, 5.ª edición (Barcelona: RBA Coleccionables, 2009), 195.

5 David Ortega, «Los valores de la *polis* en la sofística y en Platón». *Anales del Seminario de Historia de la Filosofía* 16 (1999): 77.

Sócrates le responde: «Tu buena voluntad sería muy de estimar, si le acompañara algo de rectitud; [...] yo, no solo ahora sino siempre, soy de condición de no prestar atención a ninguna otra cosa que al razonamiento que, al reflexionar, me parece el mejor» (46b1-46b7). Habiendo considerado que la discusión es de carácter puramente racional, Sócrates procede a señalar que la controversia de fondo se centra en razonar si es justo o injusto el que intente salir de prisión sin la anuencia de los atenienses. Pues «tampoco si se recibe injusticia se debe responder con injusticia, como cree la mayoría, puesto que de ningún modo se debe cometer injusticia [...]. Y el hacer daño a la gente en nada se distingue de cometer injusticia» (49b12-49c8).

Sócrates, en el momento de su supuesta fuga, se imagina la aparición de un personaje singular que lo inquiere acerca de lo que está pensando hacer. Ese personaje es *hoi nómoi kai tó koinón tés póleos* («las leyes y lo común de la ciudad», en su traducción literal)⁶. Ellas —las leyes— elucubran un argumento que parte del siguiente presupuesto: «¿Te parece a ti que puede aún existir sin arruinarse la ciudad en la que los juicios que se producen no tienen efecto alguno, sino que son invalidados por particulares y quedan anulados?» (50b3-50b6). Como se puede apreciar, las leyes

declaran que es contrario a la idea de ciudad que sus decisiones sean desacatadas por los propios ciudadanos. Con ello, le preguntan a Sócrates si cree que, por el hecho de que tienen propuesto matarlo, sería capaz de destruirlas a ellas y a la patria, alegando, además, que obra justamente.

El filósofo reflexiona y desarrolla varios argumentos:

- i. Que, ciertamente, la patria —el Estado— es lo más importante, por lo que hay que hacer lo que esta ordene, o bien persuadirla de lo que es justo. En ningún caso es admisible cometer acto de violencia contra ella;
- ii. Que las leyes le han proporcionado la mejor vida que han podido gestionar, y que, incluso, le dieron la libertad de poder elegir —siendo ya mayor de edad y consciente— irse a otra ciudad con leyes más acordes con sus ideales. Sin embargo, él siempre optó por quedarse en Atenas: sinónimo de allanarse a su legislación. Sócrates reconoce que nunca fue coaccionado o engañado para acatar las leyes de su *polis*, sino que convino aceptarlas por propia voluntad;
- iii. Que, si decidiera violar sus acuerdos y escapar, significaría que es un destructor de leyes. Incluso, no podría refugiarse en otra ciudad porque todo sistema político considerado bueno es aquel que considera justo que se respeten las leyes convenidas con sus ciudadanos.

El filósofo concluye que, si bien ha sido condenado injustamente, lo cierto es que las leyes (la ciudad, el Estado, la *polis* o la sociedad civil en su conjunto) no son las responsables, sino los hombres, pues fueron estos los que llevaron a cabo el juicio.

6 Julián Gallego, «Aristóteles, la ciudad-Estado y la asamblea democrática. Reflexiones en torno al Libro III de la *Política*», *Gerión. Revista de Historia Antigua* 14 (1996): 149. El autor explica que en la literatura se ha planteado, como otra forma de traducción, la frase «las leyes y la comunidad política», «las leyes y el Estado nacional», «las leyes y la nación», y, en inglés, *the laws and the State* o *the laws and the Commonwealth*, en el entendido de que la frase se refiere a la comunidad de las *poleis* que se formaron en la Antigüedad clásica.

Por consiguiente, es lo mejor morir, ya que responder injusticia con injusticia, violando los acuerdos y pactos, sí acarrearía que la misma *polis* lo condenase por su actuar antijurídico.

Ello en cuanto al *Critón*. Ahora vayamos con *Antígona*.

Antígona, hija de Edipo, discute con su hermana Ismene el nuevo edicto emitido por Creonte, rey de Tebas. Por medio de este, las hermanas no pueden enterrar a su hermano Polínices. Se ha ordenado que nadie le dé sepultura y que quien haga algo recibirá muerte por lapidación pública en la ciudad, pues Polínices se rebeló contra Tebas. Así las cosas, Antígona propone a Ismene levantar el cadáver. Ella se niega.

Antígona replica que, aunque no la ayude, ella lo enterrará, aun cuando le cueste su vida. Seguidamente, desarrolla un potente argumento:

Yo lo enterraré. Hermoso será morir haciéndolo. Yaceré con él al que amo y me ama, tras cometer un piadoso crimen, ya que es mayor el tiempo que debo agradar a los de abajo que los de aquí. Allí reposaré siempre. Tú si te parece bien, desdeña los honores a los dioses (71-76).

Assela Alamillo (responsable de la traducción del texto y las notas) señala que en este argumento resalta un fuerte contraste: Antígona quiere expresar que irá en contra de las leyes humanas (derecho positivo), pero agradará con ello a los dioses (derecho natural). Doble plano patente en la problemática de toda la obra (nota a pie de página n.º 4, p. 140).

Luego aparece el rey Creonte en escena —quien es, además, tío de los hijos de Edipo— y justifica su edicto anotando que Polínices había sido desterrado de Tebas; empero, decidió volver para vengarse e incendiar la ciudad. Por ello, no merece ningún honor: «[N]unca por mi parte los malvados estarán por delante de los justos en lo que a honra se refiere. Antes bien, quien sea benefactor para esta ciudad recibirá honores míos en vida igual que muerto» (207-211).

No obstante, Antígona decide enterrar a su hermano contraviniendo el edicto del rey. Creonte la encuentra, atrapa y condena a la lapidación, pese a incurrir en una falta contra los dioses, toda vez que cree estar obligado a ello en su condición de guardián de las leyes de la ciudad. Es decir, Creonte considera más importante preservar la validez y vigencia de las normas que castigar a un miembro de su familia, infringiendo con ello el derecho natural.

Después aparece Hermón, el hijo de Creonte, quien está comprometido con su prima Antígona. El rey le advierte de lo ocurrido y que, por tanto, ya no puede casarse con Antígona. Hermón le responde con claridad que es deber de todo ciudadano obedecer a su gobernante en todo cuanto este mande: «Al que la ciudad designa se le debe obedecer en lo pequeño, en lo justo y en lo contrario» (eufemismo para decir «injusto» según el traductor; 667-668).

Sin embargo, luego matiza su sentencia y le aconseja a su padre que el pueblo está con Antígona y que debe tener en cuenta la opinión de los demás. Su padre se muestra reacio y el hijo desarrolla el argumento de que la voluntad de Antígona es conforme con los dioses, y no así la de su padre. En

fin, la actitud de Creonte de enfrentarse contra la ley de los dioses lo llevará a su perdición y la de su familia. Aquí se presentan, pues, los elementos clásicos de la tragedia griega: un final irreversible y desproporcionado.

II. Análisis iusfilosófico

Como se señaló en la parte introductoria, el objetivo es demostrar la hipótesis de que en ambos textos nos encontramos ante distintos tipos de la concepción iusnaturalista, pero que no escapan de sus contornos. En ese sentido, veamos algunos conceptos preliminares.

La dicotomía clásica de la filosofía del derecho europeo se ha presentado con relación a las nociones de iusnaturalismo y positivismo. Ahora bien, como señala Norberto Bobbio, las expresiones antes referidas han sido adoptadas con significados tan amplios que las relaciones entre las dos corrientes se colocan en planos distintos según se trate de uno u otro significado, situación en la que cada uno de estos planos encuadra una alternativa auténtica y verdadera. No obstante ello, se pueden establecer rasgos comunes. Así, por iusnaturalismo se puede entender aquella corriente que admite la distinción entre derecho natural y derecho positivo, sosteniéndose la supremacía del primero sobre el segundo. En cambio, en el positivismo se postula que no es posible la distinción entre derecho natural y derecho positivo, ya que no existe otro derecho que el derecho positivo⁷.

Respecto a las formas de iusnaturalismo y la relación entre derecho positivo y derecho natural caben tres facetas: el derecho natural en el mundo antiguo, el iusnaturalismo teológico y el iusnaturalismo racionalista.

La primera de las enunciadas es la pertinente para los efectos de este trabajo. En ella, se afirma que existe objetivismo moral y que se confía en un conocimiento directo de la virtud de la justicia, ya sea apelando a la voluntad divina, al orden cósmico o a la razón humana. Es cierto también que la invocación al derecho natural supone una cierta relación conceptual entre el derecho y la moral, lo que se hace particularmente evidente en el ideal de la *polis*. Sin embargo, es muy dudoso que todos los filósofos de la Antigüedad concibiesen las reglas del derecho natural como eternas e inmutables.

Tampoco parece que el derecho natural antiguo constituyese una instancia jurídica suprema con fuerza derogatoria sobre el derecho positivo ni, por tanto, que desempeñase una función crítica o revolucionaria, sino que su papel consistió en legitimar las instituciones de derecho positivo, invitando a su obediencia o, a lo sumo, en complementarlas y facilitar su interpretación⁸.

Por otro lado, siguiendo a Carlos Santiago Nino⁹, algunas de las principales posiciones del positivismo que resulta útil resaltar para esta reseña son las siguientes:

⁷ Norberto Bobbio, «Jusnaturalismo y positivismo jurídico», en su *El problema del positivismo jurídico*, 4.ª edición (México D. F.: Fontamara, 1995), 67-70.

⁸ Jerónimo Betegón, *et al.*, *Lecciones de teoría del derecho* (Madrid: McGraw-Hill, 1997), 42-43.

⁹ Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del derecho*, 11.ª edición (Barcelona: Ariel, 2003), 30-37.

- i. **Escepticismo ético.** No existen principios morales y de justicia universalmente válidos.
- ii. **Positivismo ideológico.** Cualquiera sea el contenido de las normas del derecho positivo, este tiene validez o fuerza obligatoria y sus disposiciones deben ser necesariamente obedecidas por la población y aplicadas por los jueces.
- iii. **Formalismo jurídico.** El derecho está compuesto exclusiva o predominantemente por preceptos legislativos, es decir, por normas promulgadas por órganos centralizados y no por normas consuetudinarias o jurisprudenciales.

Precisados estos conceptos, procedo a calificar las obras reseñadas.

El caso de Antígona se resuelve con un análisis sencillo. Como se puede advertir de la lectura del texto, existen dos concepciones en pugna: las leyes humanas y las leyes divinas. En la obra, al final priman las leyes divinas, y es que no debemos perder de vista que el texto de Antígona recoge un mito popular y lo reproduce sobre la base de los cánones de la tragedia griega. En ese sentido, la voluntad humana está subordinada a la divina. El final es irreversible: siempre primará la ley natural.

Como se puede apreciar, en la obra de Sófocles quedan revelados los rasgos del objetivismo moral, ya que la población tebana en su conjunto reconocía las leyes divinas y clamaban que debían ser acatadas. Es decir, en el ideal griego debía haber una relación necesaria entre moral y derecho positivo, donde la moral estaba representada por los mandatos de la ley divina o natural. La afirmación de Hermón para complacer a

su padre Creonte de que se debían acatar siempre los mandatos del soberano — sean estos justos o injustos— queda descartada. Esta no es la visión que Sófocles se propone resaltar, sino la contraria. El desenlace puede entenderse como una amenaza o forma de aprendizaje: si se contraviene la ley divina se puede acabar muerto.

El jurista Luigi Ferrajoli¹⁰, haciendo un análisis del constitucionalismo moderno, encuentra una lectura interesante sobre la obra que es aplicable al derecho de hoy. Ferrajoli afirma que siempre ha existido una «dicotomía que se presenta a través de toda la historia de las instituciones del derecho. Se trata de la oposición entre la ley de la razón y la ley de la voluntad, entre la justicia y la verdad, entre la moral y el derecho, entre el derecho natural y el derecho positivo, digamos entre Antígona y Creonte».

Seguidamente, haciendo alusión al debate ideológico de Creonte y Antígona, en el cual él termina venciendo y condenándola a muerte, anota que:

[E]ncuentra su fundamento en el principio según el cual «es derecho todo y solo lo que establece el soberano democrático» pero de todos modos es el único sujeto ameritado para producir derecho. Con el constitucionalismo se ha tenido una revancha de Antígona, porque Antígona estableció en forma de normas constitucionales su propia ley de la razón, que es una razón históricamente determinada en forma de normas constitucionales im-

¹⁰ Edward Dyer, Raúl Feijoo y Ximena del Rosario Gamero, «Entrevista a Luigi Ferrajoli: consideraciones acerca del constitucionalismo». *Ius et Veritas* 49 (2014): 343.

puestas a Creonte, impuestas a la ley de la voluntad.

Ahora bien, el caso de Platón sí reviste un análisis más cuidadoso. A primera vista, Sócrates sería un positivista ideológico en términos de Nino. Más aún cuando formula afirmaciones como la siguiente: «Hay que padecer sin oponerse a ello, si ordena padecer algo; que, si ordena recibir golpes, sufrir prisión, o llevar a la guerra para ser herido o para morir, hay que hacer esto porque es lo justo» (51b5-51b10).

El profesor de la Universidad de Buenos Aires Eduardo Esteban Magoja¹¹ plantea un interesante análisis en este sentido. Esteban Magoja observa que en el *Critón* hay dos posturas opuestas:

[P]or un lado, Critón intentará que Sócrates desobedezca el pronunciamiento emitido por el tribunal ateniense; por el otro, las Leyes buscarán mantener el imperio de la ley. En este contexto agonístico, Sócrates asume el papel de juez para decidir cuál de las propuestas es la correcta; finalmente, prosperará la postura de las Leyes, que en sí resulta ser la propia posición de Sócrates.

Si bien podría pensarse que Sócrates sería, por lo menos, un positivista ideológico moderado, «ya que la obediencia al derecho responde a la necesidad de alcanzar valores moralmente superiores», cree que ello es debatible. Lo que ocurre en realidad es que Sócrates:

[...] al confirmar la postura de las Leyes, queda consagrado como defensor del ordenamiento jurídico de Atenas. Quizás este papel que asume [el ateniense] se explica en virtud de que las leyes eran creadas o modificadas por los propios ciudadanos, sin perjuicio de que él no hizo uso de esa facultad en los últimos años de su vida.

Es decir, el profesor argentino plantea que no es que Sócrates acepte como válida y se someta a toda norma positiva, sino que él gozaba de un derecho de intervención en la modificación de las leyes, derecho que no ejerció, por lo que es justo que no trate ahora —como se señala en el diálogo platónico— de destruir los pactos convenidos que voluntariamente toleró. Concluye que «[a]sí se avizora en el texto platónico ciertos rasgos esenciales del imperio de la ley: las Leyes son supremas, todos los individuos son iguales ante las mismas y ellos se someten voluntariamente a su poder».

Finalmente, Norberto Bobbio explica que existe una forma de iusnaturalismo que se sustenta en ser el fundamento de todo el ordenamiento jurídico positivo y queda reducido en lo siguiente: «En la sociedad de iguales: «hay que cumplir las promesas»; en la sociedad de desiguales: «hay que obedecer las órdenes del superior»¹². Esta concepción de iusnaturalismo sigue la línea de lo que la doctrina citada anteriormente ha entendido como el papel que cumplía el iusnaturalismo en el mundo antiguo: el derecho natural no era superior al positi-

¹¹ Eduardo Esteban Magoja, «El significado de la prosopopeya de las leyes en el *Critón* de Platón». *Anales del Seminario de Historia de la Filosofía* 32 (2015): 24, 28, 34-35.

¹² Norberto Bobbio, «Jusnaturalismo y positivismo jurídico», en su *El problema del positivismo jurídico*, 4.^a edición. México D.F.: Fontamara, 1995, 71-72.

vo con la fuerza de derogarlo, sino el de legitimarlo o complementarlo. Del diálogo, estimo que la idea central —y que se constituye en el fundamento de la idea platónica del ordenamiento jurídico— es que *los pactos deben respetarse*¹³. Cuando se desarrolla el hipotético argumento de las leyes, ante el quebrantamiento que le incita Critón a Sócrates, se señala lo siguiente:

No es cierto —dirían ellas— que violas los pactos y los acuerdos con nosotras, sin que los hayas convenido bajo coacción o engaño y sin estar obligado a tomar una decisión en poco tiempo, sino durante setenta años, en los que te fue posible ir a otra parte, si no te agradábamos o te parecía que los acuerdos no eran justos. Pero tú no has preferido Lacedemonia ni a Creta, cuyas leyes afirmas continuamente que son buenas, ni a ninguna otra ciudad griega ni bárbara (52d10-52e8).

Sócrates se allana ante este argumento. Y es que para Sócrates (¿y por qué no también para Platón, acogiendo los argumentos que hace decir a su maestro?), utilizando su razón encuentra justo y moral cumplir las promesas y pactos para garantizar la supervivencia de la *polis*. Este es el derecho natural que se encuentra detrás de las normas jurídicas humanas.

¹³ Pactos adoptados entre la sociedad ateniense y que se convierten en las leyes de toda la comunidad política. Atenas, cuna de la democracia, puede considerarse como una sociedad de iguales, por lo menos en lo que se refiere al hombre libre mayor de edad.

Conclusión

Como se ha explicado, para el positivismo no hay más ley que la ley humana, mientras que para el iusnaturalismo coexisten una ley natural y otra positiva; empero, se presenta divergencia en la relación entre una y otra. Mientras que en *Antígona* la ley divina prima sobre la humana —por ser esta injusta—, en el *Critón* la ley natural tiene la función de legitimar o de ser el sustento de la ley positiva. Pero, en ambos casos, siempre se apela a la ley natural para resolver los cuestionamientos de injusticia de las leyes humanas.

Bibliografía

- Bengston, Hermann. *Historia de Grecia*. 5.ª edición. Barcelona: RBA Coleccionables, 2009.
- Betegón, Jerónimo, Marina Gascon y Juan Ramón de Páramo. *Lecciones de teoría del derecho*. Madrid: McGraw-Hill, 1997.
- Bobbio, Norberto. «Jusnaturalismo y positivismo jurídico». En su *El problema del positivismo jurídico*. 4.ª edición. México D. E.: Fontamara, 1995, 67-90.
- Comité Editorial Revista *Anthropía*. «Entre-Vistas: notas sobre el cine y el teatro. Entrevista a Ricardo Bedoya y Alberto Ísola». *Anthropía* 2 (2003): 29-31.
- Dyer, Edward, Raúl Feijoo y Ximena del Rosario Gamero. «Entrevista a Luigi Ferrajoli: consideraciones acerca del constitucionalismo». *Ius et Veritas* 49 (2014): 342-345.
- Esteban Magoja, Eduardo. «El significado de la propopeya de las leyes en el *Critón*

de Platón». *Anales del Seminario de Historia de la Filosofía* 32 (2015): 11-39.

Gallego, Julián. «Aristóteles, la ciudad-Estado y la asamblea democrática. Reflexiones en torno al Libro III de la *Política*». *Gestión. Revista de Historia Antigua* 14 (1996): 143-182.

Nino, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. 11.^a edición. Barcelona: Ariel, 2003.

Ortega, David. «Los valores de la *polis* en la sofística y en Platón». *Anales del Seminario de Historia de la Filosofía* 16 (1999): 57-84.

Platón. «Critón». En sus *Diálogos*. Madrid: Gredos, 1993), I, 133-187.

Sófocles. «Antígona». En sus *Tragedias*. Barcelona: Gredos, 2006. 189-211.

OBJETO DE PROTECCIÓN DEL DERECHO PENAL: ¿BIEN JURÍDICO O VIGENCIA DE LA NORMA?

*Object of protection of criminal law:
Legal good or validity of the rule?*

Autor: Edward Lecca Bendezú*

REVISTA

LP Derecho

Edward Lecca Bendezú

«Objeto de protección del derecho penal: ¿Bien jurídico o vigencia de la norma?». *Revista LP Derecho*. 1 (2021): 53-71.

Recibido: 25/05/2021

Aprobado: 26/07/2021

Resumen

Mucho se ha dicho frente a la pregunta de cuál es el objeto de protección del derecho penal. Dentro de este debate encontramos teorías como la que predomina en nuestro ordenamiento jurídico penal (la teoría del bien jurídico) y aquella teoría muy objetiva que cuestiona los planteamientos de la anterior mencionada (la teoría de la vigencia de la norma). Clásicamente estas teorías son consideradas contrapuestas; sin embargo, creemos que se complementan para un propósito en común.

Palabras clave

Bien jurídico, norma, protección, complemento.

Abstract

Much has been said regarding the question of what is the object of protection of Criminal Law. Within this debate we find theories such as the one that predominates in our criminal legal system (the theory of legal good) and that very objective theory that questions the approaches of the aforementioned (the theory of the validity of the norm). It was always seen as opposed to those two theories, however, we believe that there are approaches that make these two theories complement each other for the same purpose.

Keywords

Legal good, norm, protection, complement.

* Estudiante del 6.º ciclo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión, miembro del Centro Internacional Justicia Globalizada. Correo electrónico: elecca66@gmail.com

 <https://orcid.org/0000-0002-7403-4399>

Introducción

En el siglo XIX, el concepto de «bien jurídico» fue creado con el fin de oponerse a las teorías individualistas que establecían que la protección de derechos reconocidos por la ley era el objeto de protección del derecho. La teoría del bien jurídico tiene una constante permanencia, basada no solo en «bienes» de relevancia para la sociedad, sino también en aquellos en los que se evidencia un componente puramente moral.

Actualmente, dentro de la teoría del bien jurídico, el derecho penal no solo protege bienes individuales, sino también aquellos que involucran a una pluralidad de sujetos, como, por ejemplo, aquellos referidos a los delitos ambientales, en concreto, los intereses difusos¹.

Existe aceptación mayoritaria al bien jurídico como objeto de protección del derecho penal; sin embargo, a pesar de esta aceptación existe una teoría con fundamentos muy sólidos, la cual cuestiona en gran medida esta concepción de tradicional del objeto de protección: nos referimos a la teoría de la vigencia de la norma.

La teoría de la vigencia de la norma encuentra su fundamento en la propia norma, y sus argumentos se enfocan en ello: en que el objeto de protección del derecho penal es el propio derecho, que cuando se vulnera la norma se va contra el derecho y, por ende, este resulta vulnerado.

Jakobs desarrolla ampliamente esta teoría refutando punto por punto los argumentos de la teoría del bien jurídico; sin embargo, al ser la teoría del bien jurídico generalmente aceptada, también existen autores que refutan los contraargumentos del jurista alemán de forma sistemática y sustentada.

La forma en que se desarrolla el debate es dialéctica; no obstante, nos daremos cuenta de que no necesariamente estas teorías tienen que ser contrarias, sino que se complementan entre sí para un mismo fin, el cual no es otro que el control social. De ahí que el profesor Feijoo Sánchez sostenga que la norma estructura la vida social, y si no es estable no hay orden social.

Fuera del debate del objeto de protección del derecho penal, la función que este cumple siempre será orientada al control social, porque el objeto de protección es el bien jurídico, entonces es necesario que se controlen los comportamientos que los atacan. Asimismo, si el objeto de protección del derecho penal es la vigencia de la norma; por ende, se deben controlar aquellos comportamientos que vayan contra la norma.

I. El bien jurídico como objeto de protección

El bien jurídico es ese «algo» de considerable importancia para el desarrollo individual de las personas y, por tanto, de relevancia para el derecho; es decir, en palabras de Claus Roxin²: «Son circunstancias dadas

¹ Los intereses difusos se refieren a aquel derecho perteneciente a una pluralidad de sujetos y, por ende, protegidos por el derecho.

² Claus Roxin, *Derecho penal. Parte general*, t. I. Fundamentos de la estructura del delito. (Madrid: Civitas, 1997).

o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el de un sistema social global estructurado [...] para el funcionamiento del propio sistema».

El derecho penal tiene como fin mantener el orden social y, desde la teoría del bien jurídico, el «para qué» de mantener el orden social se encuentra justamente en la protección de bienes jurídicos, los cuales poseen un contenido moral y empírico. Es justamente el contenido moral-empírico del bien jurídico la justificación de la intervención del derecho penal. Es por ello que el bien jurídico, en referencia a Ripollés³, «se ha configurado en los últimos tiempos como un instrumento técnico jurídico penal de primordial importancia en la determinación penal de los presupuestos esenciales para la convivencia social»; además, no solo el contenido empírico-moral la justifica, sino la aceptación social que tienen ellos, ya que el poder que el derecho penal ejercerá tiene que tener legitimidad, y ella solo se logra a través de la aceptación social.

La forma como que nos desarrollamos, social, laboral y educativamente, entre otros, no puede ser perturbada en ninguna forma, en cualquier ámbito. Como individuos y en aras del libre desarrollo de la personalidad, esta puede ser ejercida de la forma en que mejor nos parezca. No obstante, esta forma de desarrollarse tiene un límite, que se encuentra justamente en el libre desarrollo de otro individuo de la sociedad común. Si alguien quiere imponer su voluntad por sobre la de otro indivi-

duo dentro de una sociedad democrática, y aquella se resiste, entonces se crearía un conflicto social y, por ende, un desorden social⁴.

El derecho penal está llamado a resolver o neutralizar⁵ los conflictos sociales, pues ellos vulneran los bienes jurídicos protegidos dentro de una sociedad. En esta línea de ideas, «los bienes jurídicos son realidades imprescindibles para una vida en común, pacífica y libre de las personas»⁶.

La tipificación de una conducta socialmente no aceptada se basa en que determinada conducta está afectando directa o indirectamente determinado bien jurídico; por lo tanto, el proceso de positivización ocurre de la siguiente manera: nace un conflicto, se observa determinada lesión, se tipifica tal conducta con el fin de prevenir nuevos conflictos.

Hasta el momento sabemos que el bien jurídico es parte de la realidad y que gira en torno al ser humano en tanto individuo; sin embargo, no debemos olvidarnos de aquellos bienes jurídicos que le competen a una pluralidad de sujetos, es decir, los bienes jurídicos supraindividuales con respecto a los cuales debemos hacer una precisión. Es cierto que el concepto de «bien jurídico» en ciertas circunstancias es impreciso para delimitar-

³ Jose Luis Diez Ripollés, «El bien jurídico protegido en el derecho penal garantista». *Jueces para la Democracia* 30 (1997): 10-19.

⁴ Ya desde la teoría del conflicto, en la mayoría de los casos se hizo patente que el ser humano necesita de un tercero imparcial que brinde una solución a sus conflictos; así surgió la monopolización de la justicia por parte del Estado.

⁵ Normalmente se llega a esto y a una posible prevención en la psiquis de otro posible delincuente; sin embargo, el derecho penal interviene cuando el bien jurídico ya ha sido lesionado. De ahí la famosa frase: «El derecho penal siempre llega tarde».

⁶ Claus Roxin, «El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania». *InDret* (2012).

se dentro de la realidad; sin embargo, esto no significa invalidarlo, ya que aquellas imprecisiones se deben a la dinamicidad de la sociedad y de lo que se considera como indispensable. La sociedad cambia y con ella cambiará el derecho, pues el derecho tiene su nacimiento en la sociedad.

Es así que dentro de los bienes jurídicos supraindividuales podemos encontrar imprecisiones; no obstante, «de lo que se trata entonces no es de tirar por la borda el concepto de bien jurídico, sino de ir a la precisión de estos nuevos bienes jurídicos»⁷. Fijese entonces el lector que lo considerado como bien jurídico no es inmutable ni inamovible, ya que a través del tiempo pueden ir surgiendo nuevos bienes jurídicos que van a ser protegidos por el derecho penal a causa de su impacto en la sociedad.

Lo dicho anteriormente encaja perfectamente con una de las teorías del surgimiento del bien jurídico, nos referimos a *la teoría del bien jurídico como realidad social*. El bien jurídico tiene una base previa al legislador, esto es, un nacimiento social que predomina por sobre el positivismo; dado que, si consideramos al bien jurídico como aquellas realidades indispensables para la realización y subsistencia del individuo dentro de la sociedad, entonces debemos comprender que no es el legislador quien propone cuáles son aquellas realidades, esto le corresponde a la propia sociedad; sin embargo, es cierto que esto lo hace un concepto poco preciso, ya que no existen criterios que puedan establecer cuándo es que el legislador deba recoger aquellas realidades para su posterior positivización.

Las imprecisiones pueden subsanarse a través del método científico para evaluar si realmente aquellas realidades corresponden a una necesidad social, la cual deba ser protegida por el derecho penal. Así en este orden, Camacho Brindis⁸ expresa que, a pesar de que no haya una precisión estricta en cuanto a los bienes jurídicos, esta teoría sí «profundiza en el carácter subsidiario del derecho penal y en garantizar la selección de bienes jurídicos a través de la profundización en sistemas electorales que aseguren que esos intereses son en verdad necesarios para ese sistema social».

En la misma línea de ideas, esta teoría importa una lesión o peligro inminente del bien jurídico relevante; es decir, para que el derecho penal intervenga en su protección, el bien jurídico debe ser realmente lesionado materialmente, puesto que «el bien jurídico es un presupuesto, un antecedente, que debe existir en la realidad antes de la realización de la actividad idónea para lesionarlo»⁹. Por ejemplo, Pedro se encontraba acostado en su cama, entonces Juan aprovechando la situación dispara un arma de fuego la cual impacta en la parte prefrontal de la cabeza de Pedro, luego Juan huye del lugar creyendo que lo mató; sin embargo, la realidad es que Pedro ya había muerto a causa de un paro cardíaco antes de que le disparasen.

Ahora bien, cabría preguntarse: ¿debe el derecho penal sancionar tal conducta, a pesar de que no haya existido ningún bien jurídico? A pesar de las distintas teorías, concretamente creemos que la respuesta es no, debido a que para que exista un delito debe lesionar-

⁷ Juan Bustos Ramírez, «Los bienes jurídicos colectivos». *Revista de Derecho Penal* 27 (2019): 465-76.

⁸ María Cruz Camacho Brindis, «El bien jurídico penal». *Alegatos* 1, 31 (2020): 427-438.

⁹ María Cruz Camacho Brindis, «Ausencia del bien jurídico típico». *Alegatos*, 1, 19 (2020): 50-56.

se un bien jurídico o habérsele puesto en un peligro inminente, lo cual no puede darse cuando no existe realmente ese bien jurídico, es así que se forman terminologías como «tentativa inidónea» o «delito imposible».

Por los planteamientos antes expresados, podemos mencionar que, para la teoría del bien jurídico, el objeto de protección del derecho penal es aquel conjunto de realidades indispensables para que la sociedad se desarrolle en armonía y es de esta manera que «el bien jurídico debe ser visto como el punto de encuentro entre injusto y política criminal y, debemos aceptar que al derecho penal le corresponde proteger bienes jurídicos, y los tipos penales deberían ser interpretados en este sentido»¹⁰.

II. La vigencia de la norma como objeto de protección

La teoría de la vigencia de la norma se basa en aquella expectativa que tienen los individuos dentro de una sociedad con respecto a la convivencia social. El único fin del derecho penal es mantener un orden puramente normativo, y este orden traerá como consecuencia un orden social.

En la teoría de la vigencia de la norma no se niega la existencia de bienes jurídicos, sino que se niega que estos sean el objeto de protección del derecho penal; por lo tanto, «el fin del derecho penal no es la tutela de bienes jurídicos, sino estabilizar el derecho»¹¹. Debe entenderse la «esta-

bilización del derecho» como el grupo de acciones que realiza el Estado para reprimir conductas que vayan a distorsionar el orden social realizando las conductas prohibidas por la norma. Así por ejemplo, en el delito de homicidio simple, básicamente la norma establece una prohibición de matar, al prescribir que «el que mata a otro» será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de veinte años; entonces, si un individuo transgrede aquella norma prohibitiva, el Estado, con el fin de estabilizar el derecho, aplicará lo previsto en la norma, esto es, la pena.

Esta teoría, desarrollada ampliamente por Günter Jakobs, con una evidente influencia del sociólogo Luhman, sostiene que, si bien es cierto existen bienes jurídicos de relevancia para el derecho penal, lo que se protege no es propiamente aquel bien, sino la norma que prohíbe aquella lesión. Por ejemplo, la vida es un bien jurídico; no obstante, esta puede extinguirse por el propio paso del tiempo o a voluntad propia. Ahora bien, ¿el derecho penal protege la lesión de bienes jurídicos, a pesar de que esta deberse a causas ajenas a la voluntad de un tercero? La respuesta es no, pues, como bien sabemos, el derecho penal castiga la acción de un individuo que va «contra-derecho», es decir, en contra de lo establecido por la norma. En esta línea, Huanca Mamani, citando a Jakobs, menciona que «no se puede entender que el delito es la lesión de un bien jurídico esto lo es incompleto, más bien el delito es no cumplir con el rol ciudadano [...] en resumen el derecho penal protege la vigencia de la norma»¹².

¹⁰ Dianelis Virgen Rosada Castellanos y René Joaquín Martínez Gamboa, «¿Debe el derecho penal proteger bienes jurídicos o no? (Must the Criminal Law protect juridical goods or no?)» (2020)

¹¹ Javier Villa Stein, *Derecho penal. Parte general*. (Lima: Ara Editores, 2014).

¹² Juan Carlos Huanca Mamani, «De la teoría del bien jurídico a la teoría del normativismo: "ne bis in idem" como garantía de la proporcionalidad de

Los individuos de la sociedad tienen la expectativa de que los demás actuarán de forma que no se vulnerarán sus intereses y, según la teoría de la vigencia de la norma, esta expectativa se va a materializar y proteger con la norma jurídico-penal. «Es la vigencia de las normas la que tiene como finalidad facilitar esta operación mediante la generalización de expectativas»¹³. Véase que esto tiene relación directa con la imputación objetiva y, específicamente, con la teoría de los roles, por la cual se entiende que «[l]os ciudadanos esperan que determinada persona cumpla con los derechos y deberes inherentes a su rol especial»¹⁴, y no es novedad que la doctrina y jurisprudencia peruana hayan recogido los planteamientos que le atañen a esta parte del funcionalismo normativo de Jakobs.

La teoría de la vigencia de la norma ve a la sociedad, sea cual sea su estado político, dentro de una estructura de carácter normativo. Es por ello que los comportamientos de los que los individuos pertenecientes a la sociedad tienen una expectativa distinta son previstos por la ley penal con el fin de prohibirlos. Con expectativa distinta nos referimos a aquellas conductas que van a quebrantar la norma, ya que bien podrían existir comportamientos «distintos» que no quebranten el orden normativo, y no solo por ser comportamientos diferentes deban ser reprimidos, sino solamente a

aquellos que vayan a poner en riesgo la norma.

Ahora bien, con el objetivo de precisar este punto conviene mencionar que si desde la perspectiva de la teoría de la vigencia de la norma la sociedad para el derecho penal es vista dentro de una estructura de carácter normativo y que cada individuo dentro de esa estructura tiene un rol social, entonces la norma no debe castigar aquellas conductas que, a pesar de que se cometió un resultado lesivo, fueron de acuerdo al rol que les correspondía. En este mismo sentido, «a pesar de la no evitación no han quebrantado su rol de ciudadanos que se comportan legalmente»¹⁵, principio de la imputación objetiva denominado «prohibición de regreso».

El funcionalismo normativo de Jakobs establece que la pena propiamente dicha es una «reacción a favor del restablecimiento del orden normativo quebrantado»¹⁶. El quebrantamiento del orden normativo se da justamente por aquellas conductas que van en contra de las expectativas establecidas en la norma y, por ende, en contra de su vigencia. En este sentido, de ninguna forma la pena va a proteger un «bien jurídico», sino que esta va en camino a proteger a la propia norma.

Un aspecto comunicativo del derecho penal en cuanto a la vigencia de la norma se basa en la respuesta del Estado frente a

la sanción penal y disciplinaria», (tesis de maestría, Universidad Nacional del Altiplano, 2019).

¹³ Beatriz de la Gandara Vallejo. «Algunas consideraciones acerca de los fundamentos teóricos del sistema de la teoría del delito de Jakobs». *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 50, 1 (1997): 363-386.

¹⁴ Ronald Eduardo Caballero Benites, «Aplicación de la imputación objetiva funcionalista en los pronunciamientos penales de la Corte Suprema peruana». *Revista de Investigación de la Academia de la Magistratura* (2020).

¹⁵ Felipe Berríos Cifuentes, «De la importancia de los criterios de imputación objetiva: Conclusiones a partir de la sentencia rol N.º 3.294-2015 sobre el caso de Matías Catrileo». *Revista de Estudios Ius Novum* 13, 2 (2020).

¹⁶ Milagros de Pomar, «El derecho penal no puede resolver los problemas de la sociedad. Entrevista a Günther Jakobs». *Thémis. Revista de Derecho* 49, (2004): 297-300.

un delito. En otras palabras, si tomamos en cuenta que el silencio es una forma de aceptación tácita, entonces cuando el Estado no aplica la pena establecida ante el delito, simplemente tal conducta vendría siendo confirmada, a pesar de que exista un debilitamiento o quebrantamiento de la norma. La pena establecida en el tipo penal tiene como fin reprimir aquellas conductas que ponen en cuestión la vigencia de la norma, pues tras su imposición se confirma su defensa propia.

Otro asunto que conviene resaltar, en cuanto a la teoría de la vigencia de la norma, tiene que ver con el impacto que tiene en la sociedad la acción del derecho penal desde esta perspectiva. Concretamente, para la teoría de la vigencia de la norma, el reprimir aquellas conductas «antinormativas» significan expulsar al infractor del campo de los no infractores. Así, de esta forma, bien podría decirse que, a diferencia de la teoría del bien jurídico, el infractor «no puede ser mediatizado más allá de la mera confirmación de la vigencia de la norma; por lo tanto, la persona sancionada penalmente no podrá ser utilizada como ejemplo de lo que pudiera ocurrirle a los sujetos infractores»¹⁷. En otras palabras, para la teoría en comentario, si un sujeto que cometió el delito de robo es castigado a través de la pena, no es para que a través de esto haya una observación de la sociedad con respecto a la función preventiva del Estado, sino que el único motivo de la aplicación de la pena es erradicar al sujeto «antinormativo» fuera del orden normativo.

Finalmente, creemos necesario recalcar la diferencia que se evidencia en esta teoría con respecto a la mencionada en el punto número uno. Recordemos, pues, que el bien jurídico no es algo que se niegue en esta teoría, sino que se considera que el objetivo del derecho penal es su autoprotección. En otras palabras, el derecho penal se protege a sí mismo a través de las penas y sanciones que impone. Del mismo modo, Ojeda Piskulich¹⁸ señala que «el derecho penal no protege bienes jurídicos sino la vigencia de la norma; igual función asigna a la pena, siendo que los delitos consisten en un mero desafío a la norma vigente». Todo lo antes mencionado nos será de utilidad para poder comprender por qué deberíamos ver a estas dos teorías de forma complementaria.

III. Enfoque del debate entre ambas teorías

Una vez definidos de manera concreta los postulados de cada teoría, corresponde establecer cuáles son los argumentos que utiliza cada una para preferir su posición y prescindir de la otra.

La teoría de la vigencia de la norma contrasta a la teoría tradicional del bien jurídico: si el objeto de protección del derecho penal es el bien jurídico se caería en una interminable indeterminación, ya que el derecho ha reconocido una pluralidad de bienes dentro de su «protección»; además, los mismos bienes pueden perecer por el paso del tiempo o por voluntad propia lo cual, no le interesa al derecho penal: «los

¹⁷ Jenner José Cortés Palomino. «Derecho penal del enemigo y su contraposición con el derecho penal del ciudadano», *Saperes Universitas* 2, 3 (2019): 227-248.

¹⁸ Juan Ojeda Piskulich, «El bien jurídico tutelado por la norma penal en la acción receptadora». *Revista Cátedra Fiscal* 1, 2, (2019): 97-108.

seres humanos mueren por las afectaciones que sus órganos presentan inevitablemente al alcanzar una edad avanzada, o sucumben a grandes enfermedades; hay máquinas que el uso ha deteriorado y por ello ya son inútiles [...]»¹⁹. Así, por ejemplo, al derecho penal no le importa lo más mínimo si una persona muere por causa de una enfermedad; no obstante, será de gran importancia si la causa de su muerte fue la acción de un tercero.

El ataque que se produce a los bienes jurídicos penales es, a través de un proceso de positivización, castigado con una determinada pena y, en todo caso, menciona Jakobs que la concepción de bien jurídico es una de puesta en peligro; es decir, no se protege el bien jurídico por sí mismo, sino el ataque de terceros a él. Además, esta puesta en lesión se relaciona con la teoría de la imputación objetiva, ya que la norma penal interpone un rol especial o un deber de no lesionar; por ejemplo, el derecho penal no podría intervenir en el caso de que un ciudadano le preste una herramienta a su vecino y este se mutile un dedo a causa de esta²⁰.

En dicho caso, en que sí hubo una lesión a determinado bien jurídico, pero que no fue a causa de un tercero ¿debería intervenir el derecho penal, ya que hubo una lesión a un bien jurídico? La respuesta a la que llegaríamos todos nosotros es no; puesto que no encuadraría en ningún tipo penal una

automutilación por una herramienta ajena y a descuido propio. La imputación objetiva sigue incidiendo en este aspecto porque nos estaríamos refiriendo al principio de la imputación a la víctima y es que esta «nos permite graduar la responsabilidad penal del autor, a partir de hacer un análisis integral de quien tuvo una conducta determinante para la configuración del delito»²¹.

¿Cómo sabemos que algo es un «bien jurídico»? Esta es una de las grandes críticas realizadas a los partidarios de esta teoría, ya que —se dice— estos afirman que el concepto del bien jurídico goza de imprecisiones, de tal forma que no se sabe con exactitud cuándo algo adquiere la calidad de «bien jurídico».

Como expresa Feijoo Sánchez²²:

El concepto de bien jurídico en sí mismo no dice nada sobre el contenido que hayan de tener los juicios de valor para poder convertir algo en un bien jurídico, y por ello está abierto a casi cualesquiera valoraciones, transfiriéndolas al sistema dogmático jurídico-penal por medio de sus numerosas funciones en el mismo, sin que este se vea categorialmente sacudido por cada nueva norma y tenga por ello que ser reconstruido.

Si el objeto de protección fuera el «bien jurídico», según la teoría de la vigencia de la norma, entonces este carecería de eficacia,

¹⁹ Günther Jakobs, *¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?* (Mendoza: Ediciones jurídicas Cuyo, 2002).

²⁰ Si observamos bien, la situación está enfocada en el rol de los individuos. Por ejemplo, un policía que es testigo de un robo y no hace absolutamente nada estaría yendo en contra del rol que la ley le exige: mantener el orden público.

²¹ Mirflen Alexis Gutiérrez Mamani, «Imputación a la actuación de la víctima en los tipos imprudentes para racionalizar la persecución penal y su aplicación en las etapas previas del proceso». Universidad Nacional del Altiplano (2019).

²² Bernardo Feijoo Sánchez, «Sobre la crisis de la teoría del bien jurídico». *InDret 2* (2008).

dado que, si bien es cierto que se prescriben tipos penales que pretenden proteger determinado «bien jurídico», esto no impide que se vulneren de todas formas tras producirse conductas antisociales. De forma contraria, si el objeto de protección del derecho penal fuera la vigencia de la norma; entonces, si existe una conducta antisocial que vulnere lo prescrito en el tipo penal, simplemente se aplicaría la consecuencia jurídica prescrita y así reafirmar su vigencia. En esta línea de pensamiento, la teoría del bien jurídico resultaría ineficaz «porque desde su diseño el derecho penal no es útil para prevenir, ya que, siempre llega tarde, cuando el crimen ya se consumó [...]»²³; de ahí que el derecho penal no protegería el bien jurídico simplemente porque es incapaz de hacerlo.

Evidentemente, los defensores de la teoría de la vigencia de la norma han expuesto argumentos serios y debatibles en cuanto a la constante permanencia de la teoría del bien jurídico; no obstante, las críticas realizadas se basan en un concepto equivocado de lo que se protege y la forma de hacerlo o, en concreto, del derecho adjetivo y del derecho sustantivo, ya que, estos serían los instrumentos que utilizaría el derecho para cumplir un objetivo mucho mayor. Como nos explica Narváez Díaz²⁴, mencionando que de los cuales «son preconizados los instrumentos de carácter preventivo, los mecanismos de garantía y, la constitucionalización del derecho dentro de la creciente

judicialización». En el derecho penal, no se puede proteger el bien jurídico «vida» simplemente por el hecho de denominarlo bien jurídico, ya que se necesita de la instrumentalización de aquella protección y, por supuesto, a través de la norma. «El reglamento penal sirve como medio perfectible, defectuoso, limitado de protección de los valores máximos de la sociedad»²⁵; por lo tanto, su protección no está enfocada en sí mismo, sino en el servicio a la sociedad.

A pesar de que el debate se centre dentro de la confusión²⁶, creemos que los puntos críticos establecidos por los partidarios de la teoría de la vigencia de la norma son refutables no solo con los fundamentos básicos de la teoría del bien jurídico, sino también con los principios que rigen actualmente el ordenamiento jurídico penal.

Si pretendemos aplicar cualquier teoría de forma absoluta caeríamos en un error profundo, ya que, el propio derecho entendido como el conjunto de normas que regula el comportamiento de los individuos dentro de la sociedad es dinámico por la simple e inquebrantable razón de que la sociedad cambia.

Si nos apegamos a la teoría del bien jurídico, es necesario limitar y regular sus planteamientos para no caer en imprecisiones o en confusiones; sin embargo, esto de ninguna manera implicaría invalidar de pleno la teoría. Asimismo, si lo vemos desde la perspectiva de la vigencia de la norma, aplicarla totalmente sin considerar los

²³ Gino Ríos Patio, «El interno penitenciario: ¿ciudadano de segunda clase? La manifestación del derecho penal del enemigo en contradicción con la política criminológica de prevención secundaria y terciaria en el Perú». *Vox Juris* 37, 2 (2019): 157-169.

²⁴ Fernando Narváez Díaz. «¿Prevalencia del derecho procesal sobre el sustancial?: La responsabilidad del operador judicial». *Advocatus* 32, (2019): 99-131.

²⁵ Miguel Polaino Navarrete, «Dogmática penal funcionalista: vigencia de la norma o protección del bien jurídico». *Vox Juris* 15, (2007).

²⁶ La confusión a la que nos referimos se relaciona con tomar ambas teorías como si fueran totalmente contrapuestas.

principios propios del derecho penal ni el impacto en la sociedad, tendría como consecuencia repensar a la sociedad como un conjunto de individuos robotizados y cambiar el objetivo propio del derecho para establecerlo como un ente independiente que pretende protegerse a sí mismo.

Ahora bien, la teoría de la vigencia de la norma inicia con una concepción diferente del ser humano dentro de una sociedad. Lo ve no como un ser dotado de determinados derechos y deberes que se le reconocen por medio de la norma, sino como un ser que tiene una simple función dentro de su entorno social. El mismo Jakobs citado por Pomar menciona con respecto a los derechos fundamentales: «¿qué debe entenderse por un derecho fundamental, cuando no es un Estado quien de esa forma así lo define e impone?»²⁷. En este sentido, considerar al ser humano social como un simple cumplidor de un rol, prescindiendo de la dignidad basada en un componente moral, es presentar un normativismo exacerbado elevando la norma por encima de los valores morales y éticos. Es por ello que, desde ya, se puede entender que la teoría de la vigencia de la norma va a «predicar» al derecho como protección de sí mismo.

Según la teoría defendida por Jakobs, cuando un individuo realiza una conducta típica, es decir, que encaja dentro de lo prescrito por la norma penal, este individuo está yendo en contra del derecho y, por ende, en contra de la vigencia de la norma; no obstante, el elemento volitivo del individuo no es propiamente ese, sino

que su fin va mucho más allá de ir contra el derecho²⁸. En el caso de un homicidio, el sujeto activo no realizó aquella conducta en razón a transgredir o no aceptar la norma, sino que pudo tener distintas razones como, por ejemplo, venganza, odio, envidia, entre otras. Así también, Roxin²⁹ sostiene que «tampoco el ladrón pretende poner en cuestión la vigencia de la norma, sino apropiarse de una cosa ajena. [...] No se trata de un cuestionamiento de la norma, sino de la creación de un riesgo para un concreto bien jurídico».

El ciudadano de a pie, que pretende transgredir la norma penal sin conocer las grandes teorías del objeto de protección del derecho, es decir, el individuo que haciendo uso de la violencia despoja de su patrimonio a otra persona no está pensando en dicho momento que ha transgredido la vigencia de la norma; su motivación es enriquecerse ilícitamente o suplir alguna necesidad. Desde la perspectiva de la víctima, no acudirá a la Policía Nacional del Perú argumentando que un individuo, despojándolo de su patrimonio, ha transgredido la vigencia de la norma, sino que explicará que ha sido despojado de su patrimonio. En fin, fíjese el lector que todo este caso va a girar en torno a un bien reconocido y protegido penalmente.

Tomando en cuenta lo mencionado anteriormente, otro tema que aclarar sería el responder a la pregunta siguiente: ¿qué tan

²⁷ Milagros de Pomar, «El derecho penal no puede resolver los problemas de la sociedad. Entrevista a Günther Jakobs». *Thémis. Revista de Derecho* 49, (2004): 297-300.

²⁸ Algo que aclarar es que esto no ocurre en los delitos cometidos por los sujetos que poseen alguna anomalía psíquica; sin embargo, no puede utilizarse estos casos como justificación, ya que se parte desde seres humanos conscientes y racionales. Obviamente que ante situaciones diferentes el derecho debe prever soluciones diferentes, como es el caso de los «inimputables».

²⁹ Claus Roxin, «El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania». *InDret*, (2012).

cierto es que el derecho penal elige qué bienes proteger a su libre arbitrio? La respuesta es que el derecho penal no elige aleatoriamente qué bienes proteger; en realidad es la sociedad la que brinda nuevos bienes y exige una protección más eficiente, mientras que el legislador cumple la función de recogerlos. Es cierto que existen determinados filtros, que veremos más adelante, sobre los cuales tienen que pasar aquellos bienes para que se incluyan en la norma penal. Es así que «cuanto más importante sea el derecho o el bien jurídico constitucionalmente garantizado (y, por lo tanto, a ser protegido por el Estado), más aumenta la posibilidad de establecer un deber estatal de protección jurídico-penal»

Bien sabemos que la pena, desde un enfoque de la víctima, tiene la finalidad de brindarle justicia o llegar a ella, pero, desde un enfoque del sujeto activo tiene una finalidad resalante: la resocialización. El sujeto activo es un individuo antisocial, que no es apto para convivir en grupo, dado que su conducta evidenció que pone en peligro los bienes jurídicos, los cuales son importantes para la paz social. Al respecto, la pena no tiene la función de reafirmar la «vigencia de la norma», sino que fue impuesta en aras de proteger los bienes jurídicamente relevantes y no con el fin de expulsar al individuo «antinormativo» fuera del orden normativo, sino con el objetivo de readaptar al individuo en el orden normativo.

En todo caso, expulsar al individuo infractor solo tendría un carácter preventivo, con la finalidad de que no vuelva a cometer aquel ilícito penal. Entonces, aparte de la función preventiva y protectora debemos tomar en cuenta la función resocializadora, la cual se refiere a «las actividades que

involucran en el tratamiento penitenciario lo que conceptualmente tiene que ver con el proceso de reinserción social, que debe convertir a los condenados en mejores seres humanos y seres productivos»³⁰.

Es cierto que la doctrina partidaria de la teoría del bien jurídico reconoce que el término «bien jurídico» no está bien delimitado en la actualidad; no obstante, esto no significa que no haya un consenso con respecto a su origen. Así, recabamos la posición de Kierszenbaum³¹, quien expresa que el bien jurídico es «un interés vital para el desarrollo de los individuos de una sociedad determinada, que adquiere reconocimiento jurídico»; entonces, de cierta forma, teniendo a la sociedad como fuente del bien jurídico solo quedaría establecer cómo es que lo delimitamos para adecuarlo a la rama que le corresponde dentro del derecho.

Se critica la ineficacia que poseería la teoría del bien jurídico en cuanto a la creación de determinados tipos penales para la protección de bienes jurídicos; sin embargo, irónicamente su eficacia está supeditada a la eficacia de la norma, ya que la creación de tipos penales tiene un carácter dependiente al bien jurídico que se pretende proteger. La eficacia se encuentra en cuanto a la creación de tipos que carezcan «de afectación de otros y cuya impunidad es demandada por ello por los representantes del bien jurídico crítico hacia la legislación»³².

³⁰ Patricia Guzmán Gonzales y Jaime Rambao Hernández, «La función de reinserción social y el papel de los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad en Colombia». *Justicia* 24, 35 (2019).

³¹ Mariano Kierszenbaum. «El bien jurídico en el derecho penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual», *Lecciones y Ensayos*. 86, (2009): 187-211.

³² Claus Roxin, «El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen»,

Ahora bien, nos abocaremos a establecer ciertas razones que van a fundamentar que la norma penal se crea en dependencia al bien jurídico y, por ende, con base en su protección.

En principio, dentro los tipos penales, indefectiblemente se va a encontrar de manera evidente lo que el legislador pretendió proteger al momento de tipificar una conducta y su consecuencia jurídica. Ese «algo» a lo que siempre hará referencia cada tipo penal no es otra cosa que el bien jurídico protegido.

Otra de las razones es que va a depender de la fuerza protectora que se le quiera brindar al bien jurídico la cantidad de tipos penales que se crearán en torno a su protección. En otras palabras, si, tras una ponderación, el bien jurídico es indispensable para la paz social, entonces se podrá observar una mayor cantidad de tipos penales en aras de su defensa. Por ejemplo, con respecto a la vida, este bien jurídico es reconocido penalmente y tiene una cantidad considerable de tipos penales que la protegen (homicidio simple, parricidio, homicidio calificado, feminicidio, sicariato, etcétera).

La variación de tipos penales tiene una directa relación con el contenido dinámico propio del bien jurídico. En una determinada circunstancia social existen determinados bienes jurídicos creados por la sociedad, bienes jurídicos que serán reconocidos penalmente si así lo necesitasen; no obstante, a través del tiempo, la sociedad puede ir cambiando, y lo que antes se consideraba como bien jurídico ahora no lo sería o, en todo caso, lo que antes era

considerado como bien jurídico y merecía una protección ahora adquirió mucha más relevancia y merece una protección mucho más específica. Lo antes mencionado es una realidad, pues no es novedad que la sociedad cambie y es aceptado que indefectiblemente el derecho debe cambiar a la par con ella. Es así que como la fuente de los bienes jurídicos es la sociedad, entonces, si la fuente misma varía, variará también los bienes y, por consiguiente, cambiará el derecho también. Como expresa Camacho Brindis³³, citando a Elpidio Ramírez, los bienes jurídicos «son bienes dentro de un sistema social determinado [que] pueden no serlo en un sistema social diferente»; y también, mencionando a la profesora Olga Islas, «si el tipo se formula para proteger un bien, la desvaloración de este por la comunidad fuerza al legislador a derogar aquel».

Feijoo Sánchez sostiene que existe una ineficacia en la teoría del bien jurídico en cuanto a la consumación del delito porque, evidentemente, cuando se produce un homicidio, el bien jurídico «vida» ya no puede protegerse, y ya no hay vuelta atrás; sin embargo, la vigencia de la norma sigue siendo atacada si aquella conducta no fue castigada a través de la pena prevista por la ley. Aun así, creemos que la protección del bien jurídico «vida» se materializa justamente en la norma, es más, aunque el delito ya se haya consumado, imponer la pena correspondiente es una forma de predicar su protección. En este sentido, el profesor Feijoo Sánchez argumenta que las posiciones de ambas teorías no necesariamente son antagónicas, sino que ambas tienen una posición coadyuvante.

Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
15, 10 (2013): 1-27.

³³ María Cruz Camacho Brindis, «El bien jurídico penal». *Alegatos* 1, 31, (2020): 427-438.

En consideración a lo mencionado en el párrafo anterior, nos corresponde reconocer que es cierto que, de cierta forma, el derecho penal «llega tarde»; no obstante, usar este argumento para llegar a la conclusión de que el objetivo lato del derecho penal no es proteger los bienes jurídicos no es razonable, ya que, si los observamos desde la perspectiva de la vigencia de la norma, entonces cabría el mismo argumento. Es decir, a pesar de que se aplique la pena prevista, de todas formas existen y siguen surgiendo individuos que cuestionen tal vigencia y, como si fuera un círculo vicioso, ¿se aplicaría la pena de nuevo para afirmar-la?, ¿no es entonces la propia pena o, en sentido amplio, el sistema penitenciario, ineficaz para «reafirmar» la vigencia de la norma?, ¿correspondería entonces invalidar la teoría de la vigencia de la norma debido a esta irremediable ineficacia? De hecho, la respuesta es no.

Por las razones expuestas consideramos que, si bien la teoría de la vigencia de la norma no es suficiente por sí sola, lo podría ser si se tomaran en cuenta los planteamientos de la teoría del bien jurídico. Si el derecho ha nacido en aras de la regulación del comportamiento humano y con la finalidad de mantener el orden social (mucho más acentuado en el derecho penal), entonces toda teoría debería tener su objetivo en ello. Así, el derecho penal protegería bienes jurídicos a través de la norma y, paralelamente, la norma protegería su propia vigencia por medio del «derecho a castigar» que posee el Estado. Lo que pretendemos es que se comprenda, que sin importar cualquier teoría a la que nos inclinemos, siempre va a existir el factor predominante que nos remitirá a los inicios del derecho e, irremediablemente, llegaremos a la conclusión de

que el derecho ha sido creado para el control social y el orden social.

Con respecto a la crítica realizada que tiene que ver con la indeterminabilidad de protección de bienes jurídicos porque, evidentemente, hay innumerables bienes reconocidos por el derecho, entonces ¿el derecho penal debería proteger cada uno de ellos sin ningún límite? Creemos que esta crítica entiende que la teoría del bien jurídico en el derecho penal se aplicaría de una forma absoluta, sin tomar en cuenta sus principios generales, por los cuales se previene la criminalización forzada. Y es que, a pesar de que los bienes que serán objeto de protección para el derecho penal surgen de la sociedad, eso no quiere decir que se deba acceder a la presión social cada vez que se manifieste: es necesaria una evaluación para graduar el grado de impacto que tendrá el tipificar determinada conducta en el ámbito penal. Evidentemente, esto ya ha sucedido en varias ocasiones: el legislador, solo atendiendo a la presión político-social, ha accedido a sobredimensionar tipos penales sin siquiera haber evaluado las consecuencias antes de tipificar alguna conducta.

Como expresan Rosada Castellanos y Martínez Gamboa³⁴:

Un aspecto que necesariamente debe de ser observado es la evaluación del tipo en el caso pertinente, ello para poder establecer si la protección sobredimensionada está justificada o si, en sentido contrario, está recurriendo a

³⁴ Dianelis Virgen Rosada Castellanos y René Joaquín Martínez Gamboa, «¿Debe el derecho penal proteger bienes jurídicos o no? (¿Must the Criminal Law protect juridical goods or not?» (2020)

una protección sin ningún límite de valoración.

IV. Principios limitativos a la teoría del bien jurídico en el derecho penal

Si la teoría del bien jurídico fuera aplicada de forma absoluta en el derecho penal, se terminarían por tipificar conductas que pueden ser resueltas por otras ramas del derecho. Esto tiene mucho que ver con la naturaleza propia del bien jurídico, como ya hemos mencionado. En concreto, al ser el bien jurídico un concepto que tiene como base la realidad social, puede tornarse en ciertas situaciones un concepto impreciso; sin embargo, esto no es justificación para invalidarlo.

El derecho penal posee principios que van a dirigir todo su ámbito aplicativo. No puede prescindirse de estos principios, ya que surgieron en interés de preservar el sistema acusatorio que rige actualmente, un sistema que está basado en el principio general de la presunción de inocencia; y, en cuanto compete a esta investigación, los principios que mencionaremos van a servir para que aquella «imprecisión» del concepto de bien jurídico pueda ser subsanada.

Nos adelantamos, pues, a los contraargumentos que puedan expresar que la precisión del concepto es algo que corresponde solamente a la doctrina. Consideramos esto erróneo, debido a que, si bien es cierto que la doctrina nos brinda las ideas, expresiones y perspectivas para poder acentuar o conocer algún concepto, si pretendemos consolidar un tema tan importante como el objeto de protección del derecho penal, debemos partir de la realidad, la cual no es otra que la propia sociedad y los principios que subsisten por ella y para ella.

IV.1. Principio de *ultima ratio* o mínima intervención

Con la finalidad de proteger bienes relevantes para la sociedad, el derecho penal tipifica conductas e impone una consecuencia jurídica; sin embargo, esto no implica que los bienes que protege sean los únicos que existen. La limitación se encuentra en el grado del daño y, principalmente, en el grado de importancia que tiene aquel bien para la sociedad.

Es cierto que el derecho penal protege bienes jurídicos, pero no todos los que están reconocidos. El derecho penal debe intervenir cuando el conflicto no se pudo solucionar con las demás ramas del derecho o, en todo caso, con los medios alternativos de solución de conflictos³⁵.

El límite antes mencionado tiene su fundamento en el poder coactivo del derecho penal. Se entiende que las penas privativas de libertad afectan en gran manera a comparación con las penas pecuniarias; es por ello que su intervención debe ser mínima y solo cuando realmente hubo una lesión o se puso en peligro un bien jurídico importantísimo para la sociedad. En este sentido, Arbulú Martínez³⁶ reafirma el concepto de «mínima intervención» con una sola pregunta: «¿No es cierto acaso que los bienes jurídicos conforman una unidad y que el derecho puede tutelarlos, y que el derecho

³⁵ Es necesario recalcar que no en todas las situaciones se podrán utilizar los medios alternativos de solución de conflictos, como, por ejemplo, la conciliación. En los delitos graves como el de violación sexual, el sujeto activo no puede conciliar con la víctima. *Contrario sensu*, el Ministerio Público tiene el deber de actuar de oficio para realizar la debida investigación del delito.

³⁶ Jimmy Arbulú Martínez, *Derecho procesal penal. Un enfoque doctrinario jurisprudencial*. (Lima: Gaceta Jurídica, 2015).

penal solo lo hace en *ultima ratio* bajo la regla de mínima intervención?».

Al hablar del derecho penal no nos alejamos de la finalidad de las otras ramas del derecho, la cual es regular el comportamiento humano; no obstante, tipificar una conducta en el campo penal requiere que no haya podido resolverse en otro ámbito. Esto se debe al grado alto de restricción de derechos que tiene esta área.

Es por lo antes expresado que:

El legislador no puede recurrir al mecanismo de la criminalización salvo que no existan otros medios idóneos (razonables) para la protección de los bienes jurídicos; y que, por tanto, el derecho penal debe concebirse —a la luz del principio de proporcionalidad y de *ultima ratio*— como la única opción restante disponible³⁷

No debemos dejar de mencionar que dentro de este principio está inmerso el carácter de subsidiariedad. El carácter de subsidiariedad establece que el derecho penal solo debe intervenir cuando los demás medios alternativos hayan fracasado para resolver el conflicto o, en todo caso, debe intervenir cuando, a pesar de que aquellos medios regulan una protección al bien jurídico, no resulten eficaces. En otras palabras, el derecho penal «debe demostrar que es idóneo para tratar cierta problemática social o, visto desde el ángulo opuesto, debe demostrar que el resto de los instrumentos

menos violentos resultan ineficaces en la prevención»³⁸.

De esta manera, y a través de este principio se van a limitar los bienes jurídicos que protegerá el derecho penal, con lo que evita así imprecisiones que puedan surgir y llevar a confusiones. Recordemos, pues, que debemos visualizar al derecho de manera sistemática, ninguna de sus ramas, para de esta forma evaluar y concluir si se debe o no proteger aquel bien jurídico con un mecanismo más severo como lo es el derecho penal.

IV.II. Principio de lesividad

El principio de lesividad en el derecho penal consiste en que debe comprobarse un daño o puesta en peligro del bien jurídico tutelado. Por lo tanto, en relación con el principio de mínima intervención, no solo se necesita que exista una lesión a determinado bien, sino que aquel bien sea lesionado de tal forma que se convierta en un hecho típico penal.

Así, por ejemplo, en la teoría del bien jurídico se predica la protección a ellos; en cambio, para el derecho penal «no es suficiente entonces con que exista oposición entre la conducta y la norma penal»³⁹. En esta misma línea de ideas nos parece importante lo mencionado por Márquez Alvis⁴⁰, el cual prescribe que:

³⁷ Kai Ambos y Federico Montero, «Derecho penal y Constitución: ¿existe una pretensión al establecimiento de leyes penales, persecución penal e imposición de pena?». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 22, 15 (2020): 1-27.

³⁸ Matías Alexis Ortiz Espinoza, «El principio de mínima intervención penal: origen y evolución». Universidad de Chile (2020).

³⁹ Javier Villa Stein, *Derecho penal. Parte general*, (Lima: Ara editores, 2014).

⁴⁰ Jorge Eduardo Márquez Alvis, «La vulneración al principio de lesividad penal en la regulación del delito de blanqueo de capitales», *Docrim: Revista científica* 5, (2020): 13-33.

El principio de lesividad de esta manera se encuentra configurado como aquel principio de derecho penal material, por el cual se limita el *ius puniendi* estatal, a la sanción únicamente de conductas que supongan una puesta en peligro o lesión a un bien jurídico determinado.

Por otro lado, no hace falta solamente la propia lesión, sino que esta va de la mano con el carácter de «fragmentariedad», el cual consiste en que el derecho penal no va a sancionar todas las conductas lesivas a determinados bienes jurídicos, sino que solo ingresará al campo cuando se realicen las conductas que representen un riesgo muy alto. Por ejemplo, como bien sabemos, el derecho civil protege de manera muy amplia el patrimonio, a diferencia del derecho penal. ¿A qué se debe esto? El motivo más razonable es que realmente aquellas lesiones que se presentan en el derecho civil no son tan riesgosas y lesivas como las que están reguladas en el derecho penal; por ello, solo hay un mínimo de tipificación si lo comparamos con dicha rama.

Este principio es muy importante pues bien se podría caer en el error de que, porque un individuo «prepara» mentalmente algún hecho que podría poner en peligro determinado bien jurídico, entonces se le debería reprimir. El derecho penal no puede intervenir en los actos preparatorios, salvo excepciones, ya que no existe ninguna lesión al bien jurídico, simplemente es una expectativa a futuro y, mucho menos cabría la tentativa, ya que el hecho simplemente está ocurriendo en la «psiquis» del posible sujeto activo y no en el mundo fáctico.

Finalmente, conviene destacar que la precisión del concepto de bien jurídico en el campo del derecho penal es una tarea de los operadores del derecho al momento de tipificar determinada conducta, ya que, como bien sabemos, y por ser la propia sociedad dinámica, el derecho penal debe cambiar de forma tal que sea conveniente y eficaz para la propia sociedad. Los principios mencionados deben evaluarse sistemáticamente, puesto que son interdependientes entre sí, solo así se podrá llegar a una buena decisión.

Conclusiones

El derecho surgió para el servicio de la comunidad, con el fin de resolver conflictos y proteger circunstancias de vital importancia para la sociedad; por lo tanto, su protección no recae en sí mismo. Sin embargo, para cumplir su objetivo dentro de la sociedad, necesita de normas que defiendan su propia vigencia. La sociedad, irrefutablemente, es la fuente de los bienes jurídicos; por ende, el derecho incide en la protección de los bienes jurídicos que esta requiera o produzca.

Las teorías del bien jurídico y de la vigencia de la norma no necesariamente son antagónicas o contrarias, sino que a través de la vigencia de la norma es que va a evidenciarse aquella protección del bien jurídico reconocido por el derecho penal. Las teorías antes mencionadas se complementan en aras del control social; en concreto, el derecho penal protege bienes jurídicos para regular el orden social y, además, protege la norma con la misma finalidad, ya que si se transgrede la norma, el orden social se deteriora.

El sentido práctico de la teoría del bien jurídico se evidencia al crear tipos penales que afecten la paz social y al momento de aplicarlos para contrarrestar el caos generado por aquella conducta antisocial. En cierto sentido, el derecho penal «llega tarde»; puesto que se necesita la lesión del bien jurídico para que este intervenga. No cabría invalidar la teoría a causa de este argumento, ya que la protección de los bienes jurídicos se evidencia en la tipificación de conductas prohibidas, las cuales tendrán una consecuencia penal.

El derecho penal protege bienes jurídicos, pero para hacerlo necesita de un instrumento, la norma penal, la cual prevé la conducta antisocial e impone una consecuencia jurídica que mantendrá al bien jurídico protegido y paralelamente reafirmando su propia vigencia. De manera concreta, para proteger los bienes jurídicos es determinante el derecho adjetivo en la rama pertinente.

Los bienes jurídicos protegidos dentro del derecho en general tienen un contenido dinámico, por lo que en determinadas circunstancias y tiempos podrían establecerse dentro del ordenamiento jurídico; sin embargo, a través del tiempo y con el cambio o evolución de la sociedad pueden surgir nuevos bienes jurídicos o incluso expulsarse los ya existentes, por lo que es tarea del legislador comprender y trabajar dentro de este contexto dinámico de los bienes jurídicos.

La pena no solo tiene la finalidad de expulsar a un individuo infractor fuera del orden normativo, sino que tiene una función resocializadora en aras de que en el futuro no se vuelvan a perjudicar bienes jurídicos en aquellas circunstancias; por lo tanto, la

vigencia de la norma consiste en proteger su propia existencia, pero a partir de un interés mayor: el bien jurídico.

La teoría del bien jurídico ha persistido con el tiempo con utilidad teórica y práctica, trascendiendo por distintas legislaciones debido a su aceptación social y doctrinaria. La aceptación social es determinante para establecer la protección del derecho penal y, además, de esta forma, la sociedad misma expresa su confirmación de ser regulada por las normas preestablecidas por el derecho, en este caso, en el derecho penal.

Los fundamentos de la teoría de la vigencia de la norma, en un sentido práctico, no se oponen a la teoría del bien jurídico, pues la primera sería el instrumento que va a tomar la segunda para cumplir con su objetivo. Asimismo, la teoría de la vigencia de la norma argumenta la protección en sí misma, pero en aras del control social. Por lo tanto, el fin de ambas teorías sigue siendo el mismo.

La teoría del bien jurídico en el derecho penal no puede aplicarse de forma absoluta y desmedida. Por ello es necesario que sea limitada por los principios base del sistema penal, como el principio de *ultima ratio* y el de mínima intervención, los cuales deben aplicarse de manera sistemática y conjunta, ya que son interdependientes.

Los bienes jurídicos protegidos por el derecho penal se justifican en la ineficacia que presentan otras ramas del derecho en protegerlos; por lo tanto, su incorporación en el derecho penal debe ser medido y observado, no ilimitado ni impreciso. La presión social no debe ser un factor determinante para la tipificación de nuevas conductas delictuosas, los posibles nuevos «bienes jurídico-penales» deben incorporarse según

la necesidad de la sociedad, pero comprendiendo las consecuencias que pueda causar la introducción de nuevos tipos penales.

Bibliografía

Ambos, Kai y Montero, Federico. «Derecho penal y Constitución: ¿Existe una pretensión al establecimiento de leyes penales, persecución penal e imposición de pena?». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 22, 15 (2020): 1-27.

Arbulú Martínez, Jimmy. *Derecho procesal penal. Un enfoque doctrinario jurisprudencial*. Lima: Gaceta Jurídica, 2015.

Berríos Cifuentes, Felipe. «De la importancia de los criterios de imputación objetiva: Conclusiones a partir de la sentencia rol N.º 3.294-2015 sobre el caso de Matías Catrileo». *Revista de Estudios Ius Novum* 13, 2 (2020).

Bustos Ramírez, Juan. «Los bienes jurídicos Colectivos». *Revista de Derecho Penal* 27 (2019): 465-76.

Camacho Brindis, María Cruz. «Ausencia del bien jurídico típico». *Alegatos* 1, 19, (2020): 50-56.

Camacho Brindis, María Cruz. «El bien jurídico penal». *Alegatos* 1, 31 (2020): 427-438.

Cortés Palomino, Jenner José. «Derecho penal del enemigo y su contraposición con el derecho penal del ciudadano». *Saperes Universitas* 2, 3 (2019): 227-248.

De la Gándara Vallejo, Beatriz. «Algunas consideraciones acerca de los fundamentos teóricos del sistema de la teoría del deli-

to de Jakobs». *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 50, 1, (1997): 363-386.

De Pomar, Milagros. «El derecho penal no puede resolver los problemas de la sociedad. Entrevista a Günther Jakobs». *Thémis. Revista de Derecho* 49, (2004): 297-300.

Diez Ripollés, José Luis. «El bien jurídico protegido en el derecho penal garantista». *Jueces para la Democracia* 30 (1997): 10-19.

Feijoo Sánchez, Bernardo. «Sobre la crisis de la teoría del bien jurídico». *InDret* 2 (2008).

Jakobs, Günther. *¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?* Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2002.

Gutiérrez Mamani, Mirflen Alexis. «Imputación a la actuación de la víctima en los tipos imprudentes para racionalizar la persecución penal y su aplicación en las etapas previas del proceso» (2019).

Guzmán Gonzales, Patricia y Rambao Hernández, Jaime. «La función de reinserción social y el papel de los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad en Colombia». *Justicia* 24, 35 (2019).

Hefendehl, Roland, Von Hirsch, Andrew. y Wohlers, Wolfgang. *La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

Huanca Mamani, Juan Carlos. «De la teoría del bien jurídico a la teoría del normativismo: “ne bis in idem” como garantía de la proporcionalidad de la sanción penal y disciplinaria». Tesis de maestría. Universidad Nacional del Altiplano, 2019.

Kierszenbaum, Mariano. «El bien jurídico en el derecho penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual». *Lecturas y Ensayos* 86, (2009): 187-211.

Márquez Alvis, Jorge Eduardo. «La vulneración al principio de lesividad penal en la regulación del delito de blanqueo de capitales». *Docrim: Revista Científica* 5, (2020): 13-33.

Mir Puig, Santiago. *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*. Madrid: Bosch, 1982.

Narváez Díaz, Fernando. «¿Prevalencia del derecho procesal sobre el sustancial? La responsabilidad del operador judicial». *Advocatus* 32. (2019): 99-131.

Ortiz Espinoza, Matías Alexis. «El principio de mínima intervención penal: origen y evolución». Universidad de Chile (2020).

Polaino Navarrete, Miguel. «Dogmática penal funcionalista: Vigencia de la norma o Protección del Bien Jurídico». *Vox Juris* 15, (2007).

Ríos Patio, Gino. «El interno penitenciario: ¿Ciudadano de segunda clase? La manifestación del derecho penal del

enemigo en contradicción con la política criminológica de prevención secundaria y terciaria en el Perú». *Vox Juris* 37, 2 (2019): 157-169.

Roxin, Claus. *Derecho penal. Parte general, fundamentos de la estructura del delito*. Madrid: Civitas, 1997.

Roxin, Claus. «El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania». *InDret*, (2012).

Roxin, Claus. «El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 15, 10 (2013): 1-27.

Rosada Castellanos, Dianelis Virgen y Martínez Gamboa, René Joaquín. «¿Debe el derecho penal proteger bienes jurídicos o no? (¿Must the Criminal Law protect juridical goods or not?)» (2020)

Ojeda Piskulich, Juan. «El bien jurídico tutelado por la norma penal en la acción receptadora». *Revista Cátedra Fiscal* 1, 2, (2019): 97-108.

Villa Stein, Javier. *Derecho penal. Parte general*. Lima: Ara Editores, 2014.

DILACIONES INDEBIDAS Y PROCESO PENAL

Undue dilations and criminal process

Autor: Luis Eduardo Castelo Galdos*

REVISTA

LP Derecho

Luis Eduardo Castelo Galdos

«Dilaciones indebidas y proceso penal».
Revista LP Derecho.

1 (2021):72-88.

Recibido: 2/06/2021

Aprobado: 25/07/2021

Resumen

En la primera parte se da cuenta de los alcances del tiempo en el proceso; y, concretamente, del impacto y las repercusiones que pueden llegar a darse dentro del ámbito del proceso judicial penal.

En la segunda parte se aborda su desarrollo normativo a nivel internacional y a nivel del ordenamiento jurídico peruano, como el derecho de todo justiciable a ser juzgado dentro de plazos razonables.

En la tercera parte se hace un análisis de las consecuencias que surgen de la afectación de este derecho; y, puntualmente, respecto de la circunstancia atenuante de responsabilidad penal por la existencia de dilaciones indebidas.

Palabras clave

Proceso penal, circunstancia atenuante, dilaciones indebidas.

Abstract

In the first part, you realize the scope of time in the process; and, specifically, the impact and repercussions that may occur within the scope of the criminal judicial process.

The second part addresses its normative development at the international level and at the level of the Peruvian legal system, such as the right of all defendants to be tried within reasonable time limits.

In the third part, an analysis is made of the consequences that arise from the affectation of this right; and, punctually, regarding the mitigating circumstance of criminal responsibility, due to the existence of undue delays.

Keywords

Criminal process, mitigating circumstance, undue delays.

* Abogado por la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Andina del Cusco. Abogado asociado en Preston+ Firma legal. Investigador académico en la Asociación Escuela de Cultura Jurídica. Correo electrónico: eduardocastelo.abogado@gmail.com

 <https://orcid.org/0000-0001-8954-9056>

Introducción

Actualmente a nivel internacional se viene analizando y discutiendo respecto de la importancia del tiempo, en su configuración como derecho, en el curso del desarrollo de los procesos judiciales penales; y, específicamente, de las consecuencias que se derivarían de su afectación, junto con las distintas posibilidades que se tienen para poder repararlo. Tanto así que una de ellas ha llegado a alcanzar un expreso reconocimiento legal dentro del ordenamiento jurídico penal español.

Sin embargo, su configuración normativa dista mucho de ser del todo unánime en tanto su reconocimiento en los distintos ordenamientos jurídicos internacionales lo tienen vinculado, unas veces, con relación a un solo ámbito de protección; y, en otras, con relación a distintos ámbitos de tutela. Ello, lógicamente, trae consecuencias diversas para ambos supuestos.

En nuestro país, la situación no es distinta y para nada nueva, en vista del no muy escaso desarrollo normativo (sobre todo a nivel constitucional) que ha tenido esta figura durante los últimos quince años, durante los cuales se ha tenido a bien observar tanto los ámbitos de protección que comporta su reconocimiento como un derecho, así como las diferentes formas de poder reparar la afectación de su contenido.

Por tanto, a nivel del ordenamiento jurídico penal peruano se constituye en una exigencia primordial el hecho de tener que abordar los alcances y, sobre todo, las consecuencias que pueden llegar a surgir (y, de hecho, que ya vienen surgiendo), como consecuencia de la violación del derecho de

toda persona a que su causa sea juzgada y resuelta dentro de un plazo razonable.

Y con mayor razón si, con la entrada en vigencia del Código Procesal Penal de 2004, nuestro ordenamiento jurídico procesal penal ha venido adoptando un matiz distinto al de su predecesor, el Código de Procedimientos Penales de 1940, vigente hasta hace no mucho.

Esto último debido a que muchas de las instituciones (por no decir la gran mayoría) que en aquella se recogen ya no se vienen a interpretar más de forma aislada y sujeta a un estricto formalismo jurídico penal; sino que, todo lo contrario, las propias instituciones tienden a encontrar su justificación y legitimidad en una interpretación vinculada a los demás preceptos del ordenamiento jurídico, en su conjunto; y de la Constitución (y los derechos —y garantías— que en ella se reconocen), en concreto.

I. El impacto del tiempo en el proceso penal

Siguiendo la línea de Couture¹, el proceso puede ser definido como aquel espacio en el cual se desarrolla un conjunto de relaciones jurídicas entre un sujeto que introduce una pretensión; otro sujeto que presenta sus descargos respecto de la pretensión inicial, conjuntamente con sus propias pretensiones; y un tercer sujeto que va a decidir sobre la base de las pretensiones y descargos introducidos por los dos primeros. Esto último, con el fin de resolver el conflicto de intereses que se ha generado

¹ Eduardo Juan Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*. 4.ª edición (Montevideo-Buenos Aires: IB de F, 2016), 4.

entre aquellos y bajo la estricta observancia de los derechos —y garantías— que les asisten en el proceso.

Con base en esta definición (generalmente aceptada por la mayoría en doctrina) se puede establecer que el *proceso penal* también se configura como uno en el cual se desarrolla un conjunto de relaciones jurídicas, sobre todo entre dos partes procesales claramente diferenciadas; esto es: por un lado, el titular de la acción penal (fiscal, para los delitos de persecución pública, conjuntamente con la parte civil, constituida válidamente en el proceso; o, el directamente ofendido, para los delitos de ejercicio de la acción penal privada); y, por otro lado, el imputado o acusado por los hechos que van a ser materia de investigación, juzgamiento y posterior condena o absolución.

Pero con la diferencia de que, en este tipo de proceso, la finalidad que se persigue no se va a reducir únicamente a la resolución de un conflicto de intereses que se desarrollan entre los distintos sujetos que son parte de aquel (ya sea que fueran de corte individual o colectivo), sino que en él —concretamente— se busca la realización penal (o, mejor, la aplicación de una pena a todo aquel que infringió la norma jurídico penal en el caso concreto; pero solo a quien verdaderamente la infringió). Y ello, como ya señaló en su momento Claus Roxin², sin perjuicio de la complejidad que encierra el proceso penal en cuanto a la determinación de sus fines.

A estos efectos, resulta de vital importancia para los intereses de ambas partes (procesas-

les) que el proceso penal pueda ser resuelto dentro de un tiempo prudente; es decir, dentro de uno en el cual: por un lado, no se llegue a afectar los derechos de los sujetos procesales con procesos irrazonablemente breves para efectos de imponer —o no— una condena; y, del otro, no se llegue a desnaturalizar la función que debe llegar a cumplir (concretamente, a nivel del proceso penal: una función de límite, de restablecimiento y de realización penal³) con procesos irrazonables e injustificadamente extensos en el tiempo.

Esto último responde a que una duración excesivamente irracional e injustificada en la tramitación y desarrollo del proceso penal conllevaría no solo a que el imputado o acusado (o, eventual condenado o absuelto) sea pasible de procesos arbitrariamente indeterminados y manifiestamente atentatorios de sus derechos —fundamentales—; sino también a que el restablecimiento del orden jurídico social, alterado con la comisión de un delito, pierda efectividad (o, peor, carezca de sentido y de legitimidad). Y, asimismo, a que la realización del derecho penal material (esto es, la aplicación de una pena, como consecuencia de la infracción de la norma jurídico penal), en definitiva, no pueda llegar a alcanzarse.

En tal sentido, podemos ver que el transcurso del tiempo inexorablemente tendrá una influencia directa tanto en la conformación misma del proceso penal, con la

² Claus Roxin, *Derecho procesal penal* (trad. G. E. Córdoba, & D. R. Pastor), 25.^a edición (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000), 4.

³ Sobre la triple función del proceso penal, remito a: Claus Roxin, *Derecho procesal penal* (trad. G. E. Córdoba, & D. R. Pastor), 25.^a edición (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000). Y, asimismo, a Luis Eduardo Castelo Galdos, «Ejecución provisional y derechos fundamentales» (tesis de grado, Universidad Andina del Cusco, 2019), <http://repositorio.uandina.edu.pe/handle/UAC/3262>.

correspondiente realización efectiva de los derechos —fundamentales— del imputado y/o acusado (o, eventual condenado o absuelto); como en el desarrollo de aquel, hasta su culminación.

II. El derecho a un plazo razonable y su configuración normativa

La exigencia u obligación de que el proceso judicial penal sea desarrollado dentro de un tiempo prudente y moderado ha sido reconocido a nivel de distintos instrumentos político jurídicos internacionales, básicamente como el derecho de todo justiciable a que su causa sea juzgada y resuelta dentro de un plazo razonable; y, puntualmente, sin *dilaciones indebidas*.

Así, por ejemplo, lo establece el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en sus artículos 9, numeral 3, y 14, numeral 3, literal c):

Artículo 9

[...] 3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y *tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable* o a ser puesta en libertad⁴. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

⁴ Las cursivas son nuestras.

Artículo 14

[...] 3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

[...] c) *A ser juzgado sin dilaciones indebidas*⁵.

De igual forma, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en sus artículos 7, numeral 5, y 8, numeral 1:

Artículo 7. Derecho a la libertad personal

[...] 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y *tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable* o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso⁶. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

Artículo 8. Garantías judiciales

1. *Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable*, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o cualquier otro carácter⁷.

⁵ Las cursivas son nuestras.

⁶ Las cursivas son nuestras.

⁷ Las cursivas son nuestras.

Y, asimismo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos que, en su artículo 6, numeral 1, señala lo siguiente:

Artículo 6. Derecho a un proceso equitativo

1. *Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable*, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella⁸. [...]

Ahora bien, dicha figura también ha tenido un desarrollo a nivel del ordenamiento jurídico peruano, por cuanto forma parte de lo que el Tribunal Constitucional considera como «el núcleo mínimo de derechos reconocidos por el Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos»⁹.

En tal sentido, este tribunal comenzó por reconocer que, si bien este derecho fue recogido en distintos instrumentos político jurídicos internacionales, su situación a nivel interno era distinta. Es decir, que el derecho de toda persona a que su causa sea juzgada y resuelta dentro de un plazo razonable (y, puntualmente, sin *dilaciones indebidas*) no estaba expresamente reconocida como tal, dentro del ordenamiento jurídico peruano.

No obstante, al ser este una parte esencial del núcleo mínimo de los derechos humanos

tutelados a nivel internacional, el mismo tribunal terminó afirmando que su reconocimiento se constituye en una exigencia de carácter constitucional; y, por lo mismo, no podía simplemente ser ignorado.

En esa línea, el Tribunal Constitucional interpretando de manera sistemática el artículo 3¹⁰, conjuntamente con la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución Política del Perú de 1993¹¹, ha tenido a bien en señalar que este derecho se configura como una «manifestación implícita tanto del derecho al debido proceso, como del derecho a la tutela judicial efectiva»¹². Y como tal, no solo garantiza que el proceso judicial penal no sea desarrollado en plazos injustificados e indebidamente extensos en el tiempo; sino también que las controversias sometidas a aquel no sean resueltas en plazos excesivamente breves¹³.

De esta forma, es a partir de este punto que, en un segundo momento, pasó a desarrollar todo su contenido, tal como su extensión, el cómputo del plazo en el proceso, los criterios para determinar el momento de su afectación y las posibles formas de su reparación.

⁸ Las cursivas son nuestras.

⁹ Así en la STC 0549-2004-HC/TC (f. j. 5 [párrafo segundo]); STC 0618-2005-PHC/TC (f. j. 10 [párrafo segundo]); y STC 5350-2009-HC/TC (f. j. 11).

¹⁰ Por el cual se prevé que el núcleo de derechos —fundamentales— reconocidos en la Constitución Política peruana de 1993 es de carácter no excluyente de otros que, igualmente, se fundamentan en la dignidad de la persona humana.

¹¹ Por el cual se prevé que los derechos reconocidos en la Constitución se deben interpretar de conformidad con los derechos reconocidos en los diferentes tratados y convenios internacionales de los que el Perú forma parte.

¹² Así en la STC 0549-2004-HC/TC (f. j. 3); STC 0295-2012-HC/TC (f. j. 3); y STC 1006-2016-HC/TC (f. j. 9). De igual forma, el RN 1365-2007, La Libertad (f. j. 4.7).

¹³ En este sentido, la STC 3776-2012-HC/TC (f. j. 7); y la STC 1006-2016-HC/TC (f. j. 9).

En primer lugar, en lo que respecta al ámbito de su extensión, el Tribunal Constitucional ha señalado que este derecho abarca el lapso que resulta necesario y suficiente tanto para el desarrollo de las actuaciones procesales, como para el ejercicio de los derechos —fundamentales— de las partes procesales¹⁴.

En tal sentido, podemos ver que este derecho comprende el proceso judicial penal en toda su extensión; esto es, desde el primer acto con el que se da inicio al proceso, pasando por las diferentes etapas procesales en las que se desarrolla, y alcanzando finalmente a la interposición de los recursos de instancia previstos por ley.

En segundo lugar, en lo que respecta al cómputo del tiempo en este tipo de procesos (y en un esfuerzo por precisar su doctrina jurisprudencial), el Tribunal Constitucional terminó por afirmar que, por un lado, tiene su punto de partida (*dies a quo*)¹⁵: i) con la apertura de la investigación preliminar del delito (para los casos de delitos de acción penal pública); ii) con el inicio del proceso judicial (para los casos de delitos de acción penal privada); o, excepcionalmente, iii) con la detención policial u otra medida restrictiva de derechos.

Y, por otro lado, que el momento de su conclusión (*dies ad quem*) tiene lugar cuando el órgano jurisdiccional expide la decisión definitiva que resuelve la situación jurídica de la persona¹⁶. Esto último, a su

vez, en función de un concreto análisis global del proceso que incluya los recursos impugnativos que eventualmente pudieran interponerse¹⁷.

De esta forma, debemos precisar aquí que el momento de su conclusión tendrá lugar, específicamente, con la existencia de una sentencia (sea de condena o absolución) firme, consistente en el pronunciamiento definitivo sobre los hechos punibles —o no— que dieron origen al proceso.

En tercer lugar, en lo que respecta a los criterios para determinar cuándo se produciría su afectación, el Tribunal Constitucional peruano, siguiendo la jurisprudencia establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (básicamente, en el caso *Eckle v. Alemania*), ha señalado que son tres los criterios que permiten evidenciar cuándo se produce —o no— la afectación de este derecho; a saber: i) la complejidad del asunto, ii) la actividad o conducta procesal del interesado y iii) la conducta de las autoridades judiciales¹⁸.

No obstante, también es importante señalar que, siguiendo la jurisprudencia desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (concretamente, en el caso *Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*¹⁹;

2736-2014-HC/TC (f. j. 3.3 [párrafo segundo]); y STC 1006-2016-HC/TC (f. j. 12 [párrafo segundo]).

¹⁷ En este sentido, la STC 3776-2012-HC/TC (f. j. 8); la STC 0295-2012-HC/TC (f. j. 7); y la STC 1006-2016-HC/TC (f. j. 12 [párrafo segundo]).

¹⁸ Así en la STC 0295-2012-HC/TC (f. j. 4); STC 2736-2014-HC/TC (f. j. 3.3); y STC 1006-2016-HC/TC (f. j. 11).

¹⁹ Sentencia en cuyo fundamento jurídico 155 se señaló lo siguiente:

«La Corte ha establecido que es preciso tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabi-

¹⁴ Así en la STC 3776-2012-HC/TC (f. j. 7); STC 0295-2012-HC/TC (f. j. 3); y STC 1006-2016-HC/TC (f. j. 9).

¹⁵ Así en la STC 0295-2012-HC/TC (f. j. 6); STC 2736-2014-HC/TC (f. j. 3.3 [párrafo segundo]); y STC 1006-2016-HC/TC (f. j. 12).

¹⁶ Así en la STC 0295-2012-HC/TC (f. j. 7); STC

y Kawas Fernández *vs.* Honduras²⁰), en un primer momento se resaltó la necesidad de tener que tomar —igualmente— en consideración la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada, como un criterio más en la determinación de la razonabilidad del plazo²¹.

Finalmente, en lo que respecta a las distintas formas de poder reparar su afectación, el Tribunal Constitucional ha establecido que lo que corresponde en el caso concreto viene a ser una reparación *in natura*; esto es, que el órgano jurisdiccional debe emitir el pronunciamiento definitivo sobre el fondo del asunto, en el plazo más breve²². Y ello,

alidad del plazo: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado, y c) la conducta de las autoridades judiciales. El Tribunal considera pertinente precisar, además, que en dicho análisis de razonabilidad se debe tomar en cuenta la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada, en el mismo, considerando, entre otros elementos, la materia objeto de controversia. Si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento corra con más diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve».

²⁰ Sentencia en cuyo fundamento jurídico 112 se estableció que:

«En relación con la razonabilidad del plazo, este Tribunal ha señalado que el derecho de acceso a la justicia debe asegurar, en un tiempo razonable, el derecho de las presuntas víctimas o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido y se sancione a los responsables. La Corte ha establecido que es preciso tomar en cuenta cuatro elementos para determinar la razonabilidad del plazo: a) complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado, c) conducta de las autoridades judiciales, y d) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso».

²¹ En este sentido, la STC 5350-2009-HC/TC (ff. jj. 20 y 21).

²² Así en la STC 3689-2008-HC/TC (f. j. 10); STC 0295-2012-HC/TC (f. j. 9); y STC 1006-2016-HC/TC (f. j. 13).

sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar para quienes incurrieron en tal afectación²³.

Sin embargo, cabe resaltar aquí que esta forma de reparación ha venido cambiando con el tiempo, hasta llegar a su estado actual en nuestro ordenamiento jurídico. Así, el Tribunal Constitucional: en primer lugar, llegó a considerar que la consecuencia de la afectación de este derecho debía de acarrear una sanción penal²⁴; luego, que su afectación podía conllevar al nacimiento de una prohibición para el Estado de continuar con la persecución penal²⁵; y posteriormente, en la obligación del órgano jurisdiccional competente de emitir y notificar, en el plazo máximo de sesenta días naturales, la sentencia que defina la situación jurídica del favorecido²⁶.

De igual forma, en este punto también es preciso señalar que las distintas formas de tratar de reparar (*rectius*, mitigar) las consecuencias que se derivan de la afectación del derecho de todo justiciable a que su causa sea juzgada y resuelta dentro de un plazo razonable (concretamente, en el ámbito que corresponde a las *dilaciones indebidas*) han sido (y vienen siendo) arduamente discutidas y debatidas en el plano internacional.

En esa línea, por ejemplo, tenemos a la doctrina española y el desarrollo jurisprudencial de sus diferentes tribunales de justicia, respecto de las distintas y mejores formas de mitigar los efectos que genera la afectación del indicado derecho; las que van desde una soli-

²³ En este sentido, la STC 3689-2008-HC/TC (f. j. 10); la STC 3776-2012-HC/TC (f. j. 10); y la STC 0295-2012-HC/TC (f. j. 11).

²⁴ STC 3771-2004-HC/TC (f. j. 32).

²⁵ STC 3509-2009-PHC/TC (f. j. 39).

²⁶ STC 5350-2009-PHC/TC (f. j. 40.a).

cidad de indulto, hasta la valoración de las dilaciones indebidas en el momento de la individualización de la pena.

No obstante, tomando en cuenta que la mayor parte de estas propuestas presentan serios problemas, tales como: el conflicto de competencias entre los poderes Ejecutivo y Judicial, para el caso del recurso a la petición de indulto; o su rechazo de plano por los tribunales españoles, para el caso de las condenas con la consecuente inexecución de la sentencia²⁷; y aunque ello no significa que hayan sido descartadas del todo, aquí únicamente nos limitaremos a desarrollar la propuesta consistente en la *circunstancia atenuante de dilación indebida*, recogida —actualmente— en el artículo 21, numeral 6, del Código Penal español.

III. Consecuencias de la afectación del derecho a un plazo razonable en el ámbito penal: A saber, la reparación consistente en la atenuación de responsabilidad penal por la existencia dilaciones indebidas

III.I. Fundamentación

Antes de dar inicio a este apartado, resulta necesario hacer algunas precisiones. En tal sentido, se debe señalar que la figura de la no duración irrazonablemente excesiva, injustificada o *dilación indebida* en la tra-

mitación y desarrollo del proceso penal, forma parte del derecho de todo justiciable a que su causa sea juzgada y resuelta dentro de un plazo razonable. Es decir, se constituye en una de las garantías que sirven para efectivizar este derecho (en tanto que la otra parte viene a ser la garantía de que su causa no sea juzgada y resuelta dentro de plazos injustificadamente breves)²⁸.

Ahora bien, con relación a la *circunstancia atenuante* de responsabilidad penal por la existencia de dilaciones indebidas en el desarrollo del proceso judicial penal: en primer lugar (y conforme a la jurisprudencia desarrollada por los tribunales de justicia españoles), Marín de Espinosa²⁹ nos dice que, básicamente, su fundamento radica en la pérdida del derecho que se ha ocasionado al acusado con la extensión injustificada e indebida en el curso regular del desarrollo del proceso. Lo cual, a su vez, en un caso concreto va a permitir (o, mejor, justificar) una compensación de la parte equivalente de la gravedad de la culpabilidad, al momento de determinar la pena concreta a ser aplicada.

Al respecto, debemos señalar que tal justificación no debe llevarnos a concluir sin más que la persona acusada y pasible —o no— de una sentencia condenatoria por

²⁷ Para un desarrollo completo de estas propuestas y los problemas vinculados a ellos, véase Elena B. Marín de Espinosa Ceballos, «La circunstancia atenuante de dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento». *Revista de Derecho Penal y Criminología* 6 (2011): 79-108, <http://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24620/19513>. Y, asimismo, Enrique Bacigalupo, *Principios constitucionales de derecho penal* (Buenos Aires: Hammurabi, 1999).

²⁸ Para una distinción entre derechos y —sus— garantías, remito a Roberto Gonzáles Álvarez, *Neoprocualismo. Teoría del proceso civil eficaz* (Lima: ARA Editoriales, 2013). Y, asimismo, a Luis Eduardo Castelo Galdos, «Ejecución provisional y derechos fundamentales» (tesis de grado, Universidad Andina del Cusco, 2019), <http://repositorio.uandina.edu.pe/handle/UAC/3262>.

²⁹ Elena B. Marín de Espinosa Ceballos, «La circunstancia atenuante de dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento», *Revista de Derecho Penal y Criminología* 6 (2011): 79-108, <https://bit.ly/3iC7jfu>

la comisión de un delito sea menos culpable, sino todo lo contrario, lo que permite la existencia y aplicación de dicha circunstancia viene a ser su operatividad *ex post*. Es decir, su actuación como una compensación posterior modificativa (y atenuante) de la responsabilidad penal en todos aquellos casos que, efectivamente, la sentencia sea de condena y se haya podido advertir la existencia de la afectación del derecho a ser juzgado dentro de plazos razonables.

Y así lo ha entendido el legislador español, por cuanto, con Ley Orgánica 5/2010, introdujo una modificación en el artículo 21, numeral 6, de su Código Penal; en el sentido siguiente:

Artículo 21

Son circunstancias atenuantes:

1. Las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.

2. La de actuar el culpable a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el número 2, del artículo anterior.

3. La de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebatos, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante.

4. La de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades.

5. La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a

la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.

6. *La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa*³⁰.

7. Cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores.

De manera que también coincide y se ajusta perfectamente a la justificación de la existencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, cuya función, siguiendo a García Becedas³¹, gira en torno a un incremento o disminución de la pena, según las reglas de determinación establecidas en los códigos penales de cada ordenamiento jurídico en específico.

En segundo lugar, en relación a esta circunstancia podemos encontrar también, si se quiere, un fundamento de corte constitucional, el cual nos dice que, además de formar parte del derecho —fundamental— de todo justiciable a que su causa sea juzgada y resuelta dentro de plazos razonables; está igualmente vinculado con «los principios de proporcionalidad, razonabilidad, subsidiariedad, necesidad, provisionalidad y excepcionalidad que debe guardar la duración de un proceso para ser reconocido como constitucional»³².

³⁰ Las cursivas son nuestras.

³¹ María José García Becedas, «Dilaciones indebidas en sede penal. Configuración normativa. Referentes jurisprudenciales». *Diario La Ley* n.º 8559, 11 de junio de 2015, 1-17, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5100769>

³² En este sentido, la STC 0549-2004-HC/TC (f. j. 3).

En tal sentido, siguiendo lo señalado por Marín de Espinoza Ceballos³³, podemos ver que la circunstancia atenuante de responsabilidad penal por la existencia de dilaciones indebidas en el desarrollo del proceso judicial penal está estricta e íntimamente ligada con el todo que conocemos (o llamamos) como sistema de administración de justicia.

Asimismo, es por tal motivo que el derecho —fundamental— a ser juzgado dentro de plazos razonables no tiene incidencia única y exclusivamente en el ámbito penal (aunque sí con mayores repercusiones); sino también que se extiende al ámbito de cualquier otro proceso civil, laboral, administrativo, entre otros. Y, lógicamente, cada una con sus propios presupuestos para determinar su afectación y posibles formas de reparación (*rectius*, mitigación de las consecuencias derivadas de su afectación), distintas de las que aquí se vienen desarrollando.

Sin embargo, partiendo de la premisa señalada en su momento por Roxin³⁴ de que el proceso judicial penal se constituye en el *sismógrafo* de la Constitución de un determinado país, podemos advertir que esta circunstancia podría llegar a poner en cuestión la legitimidad misma del *ius puniendi* estatal. Y, en consecuencia, terminar vaciando de contenido a los derechos y principios que lo justifican; concretamente, al derecho —fundamental— de presunción de inocencia y a los principios de culpabilidad (por el hecho) y proporcionalidad de la pena (o prohibición de excesos).

Es así que, en tercer lugar, llegamos al fundamento doctrinal (si es que se le puede llamar así) de esta circunstancia. Al respecto, la posición mayoritaria básicamente sostuvo que la *circunstancia atenuante* por la existencia de dilaciones indebidas en el desarrollo del proceso judicial penal se fundamenta en los efectos que producen al principio de culpabilidad (el cual, por cierto, dista de la culpabilidad como categoría específica en la teoría del delito³⁵).

Puntualmente, siguiendo lo desarrollado por Bacigalupo³⁶, tenemos que al configurarse el delito como una entidad jurídica cuantificable da pie a que una serie de circunstancias que pudieran ocurrir tanto al momento de la comisión del delito (así, por ejemplo, la fuerza física irresistible proveniente de un tercero³⁷), como en uno posterior (así, por ejemplo, la reparación voluntaria del daño ocasionado³⁸); e, inclusive, en momentos anteriores a la comisión de aquel (así, por ejemplo, la carencia de antecedentes penales³⁹); tengan una reper-

³³ Elena Marín de Espinosa Ceballos, «La circunstancia atenuante de dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento», 79-108, <http://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24620/19513>

³⁴ Claus Roxin, *Derecho procesal penal*, 9-12.

³⁵ Para una diferencia entre culpabilidad como principio y culpabilidad como categoría —específica— de la teoría del delito, remito a: Enrique Bacigalupo, *Derecho penal. Parte general*. 2.ª edición (Buenos Aires: Hammurabi, 1999). Y, asimismo, a: Francisco Muñoz Conde, *Teoría general del delito*. 3.ª edición (Bogotá: Temis, 2018).

³⁶ Enrique Bacigalupo, *Derecho penal. Parte general*, 2.ª edición (Buenos Aires: Hammurabi, 1999), 595 y ss.

³⁷ En cuyo supuesto (y conforme lo establece el art. 21 del Código Penal peruano), si no llega a hacer desaparecer por completo la responsabilidad penal del autor de delito, al menos tendrá efectos en la determinación de la pena concreta a ser aplicada en la sentencia de condena.

³⁸ Circunstancia que, conforme se desprende de lo previsto en el art. 46, numeral 1, literal f, del Código Penal peruano, se constituye en una atenuante de responsabilidad penal.

³⁹ Circunstancia que, conforme se desprende de lo previsto en el art. 46, numeral 1, literal a, del Código Penal peruano, se constituye en una ate-

cusión directa en la culpabilidad (como principio) de su autor. Y, por ende, también en la determinación e individualización de la pena concreta que se aplicará.

En tal sentido (y continuando con lo señalado por el autor citado), se tiene que, cuando se trata de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal, estas pueden distinguirse de la forma siguiente: i) circunstancias que *reducen* la reprochabilidad por el hecho (tales como los casos de responsabilidad restringida⁴⁰); y ii) circunstancias que *compensan* la culpabilidad por el hecho (tales como los casos de procura o reparación voluntaria del daño ocasionado con el delito, o de las consecuencias derivadas de este⁴¹)⁴².

Es precisamente dentro de esta última clase de circunstancias donde se ubica la circunstancia atenuante de responsabilidad penal por la existencia de dilaciones indebidas en el desarrollo del proceso judicial penal, en tanto la afectación de su contenido nos exige que necesariamente se tenga que compensar en la pena⁴³. Y ahora vamos a conocer el porqué de ello.

nuante de responsabilidad penal.

⁴⁰ Circunstancia recogida en el art. 21 del Código Penal peruano.

⁴¹ Circunstancias —igualmente— recogidas en el art. 46, numeral 1, literales e y f, del Código Penal peruano.

⁴² Para una mayor amplitud sobre este punto, ver: Enrique Bacigalupo, *Derecho penal. Parte general*.

⁴³ Y no, por ejemplo, conforme lo previsto en el art. 144, numeral 2, del Código Procesal Penal peruano del año 2004; que establece que la inobservancia en el vencimiento de plazos acarrea únicamente la responsabilidad disciplinaria de quien incida en ello. Ni, asimismo, conforme lo previsto por la jurisprudencia constitucional que (como ya se vio) terminó por señalar que su afectación solamente genera la obligación de emitir, en el plazo más breve, el pronunciamiento respectivo sobre el asunto en cuestión; sin perjuicio de las responsabilidades administrativas o penales a que diera lugar.

La esencia (por así decirlo) de esta —nueva— atenuante que conllevaría a una compensación de la culpabilidad al momento de individualizar y determinar la pena radica en todas las circunstancias que le ocurren al presunto autor con posterioridad a la comisión del delito; y no únicamente a la conducta desplegada —*ex post* delito— por él mismo.

Es justamente en esa medida que se justifica la distinción existente entre una compensación de signo positivo y otra de signo contrario. Siendo que, conforme ya señaló Bacigalupo⁴⁴ en su momento, la primera tiene lugar cuando el autor del delito, de mutuo propio, viene a realizar una serie de actos en beneficio de los directamente afectados con el delito (y del proceso en general); y la segunda, cuando el autor del delito sufre, como consecuencia del mismo, un mal que puede llegar a compensar total o parcialmente la culpabilidad por los hechos juzgados y sentenciados con una pena.

Tal vendría a ser el caso de la pena (ejemplo de compensación total de signo negativo por excelencia) y el de las medidas de carácter coercitivo (o procesal), tales como la prisión preventiva o la detención domiciliaria (ejemplos de compensación parcial —también— de signo negativo).

Y, así también, el de la existencia de *dilaciones indebidas* en el desarrollo del proceso judicial penal, como un claro ejemplo de los segundos (esto es, de compensación parcial de signo negativo).

Esto viene a ser así debido a que una duración irrazonable e injustificadamente exce-

⁴⁴ Bacigalupo, *Derecho penal. Parte general*, 602.

siva del proceso judicial penal conlleva no solo a que la sociedad (y, en general, a todo el aparato institucional en su conjunto) tenga al presunto autor de delito (ya) como culpable; sino también a que, efectivamente, comience a tratarlo como tal (punto este en el que se vincula con la afectación al derecho —fundamental— a la *presunción de inocencia*).

Lógicamente, todo esto va más allá de lo que el autor del delito una vez que ello se confirme, está —inevitablemente— obligado a tener que soportar; y, consecuentemente, una pena aplicada al autor del mismo que no llegue a tomar en cuenta dicha circunstancia se termina por convertir en ilegítima, por ser desproporcionada a la naturaleza o gravedad de los hechos juzgados y sentenciados con una pena (punto en el que se vincula con la afectación del principio de *proporcionalidad*).

Y más aún si, tal y como indicó en su momento Bacigalupo⁴⁵, todavía cabe la posibilidad de poder reducirla dentro de los ámbitos concretos de la determinación de la pena (tal y como sucede en los casos de las prisiones preventivas, por poner un ejemplo⁴⁶).

III.II. Operatividad

En vista de que la *circunstancia atenuante* de responsabilidad penal por la existencia de di-

laciones indebidas en el desarrollo del proceso judicial penal aún no ha sido expresamente reconocida a nivel del ordenamiento jurídico penal peruano, y luego de justificar por qué sí debería hacerlo; nos corresponde ahora ensayar el modo en que esta circunstancia podría funcionar dentro del mismo.

A estos efectos, retomaremos algo de ya lo desarrollado en el punto dos de este trabajo; es decir, a los criterios generales que, conforme ha desarrollado el Tribunal Constitucional peruano (siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos), sirven para determinar cuándo se está —o no— ante la afectación del derecho —fundamental— de todo justiciable a que su causa sea juzgada y resuelta dentro de plazos razonables. Y, concretamente, sin *dilaciones indebidas*.

En tal sentido, en primer lugar, la existencia de esta circunstancia atenuante conllevaría a que todo juez, al momento de determinar la pena concreta a ser aplicada al sujeto condenado, tenga que revisar —obligatoriamente— si el proceso judicial penal se ha desarrollado dentro de los cauces normales del tiempo que resulta necesario y suficiente, tanto para la realización de las actuaciones procesales como para el ejercicio de los derechos —fundamentales— de las partes procesales. O si, por el contrario, el proceso ha durado más allá de lo razonablemente justificado.

Para ello, en segundo lugar, se tendría que evaluar, si durante el desarrollo del proceso judicial penal, concurren actos que

⁴⁵ Enrique Bacigalupo, *Principios constitucionales de derecho penal* (Buenos Aires: Hammurabi, 1999), 177.

⁴⁶ En estos casos (y conforme se desprende de lo previsto en el art. 399, numeral 1, del Código Procesal Penal peruano de 2004), el tiempo que el presunto autor del delito pase en un centro penitenciario como consecuencia de la imposición de un mandato de prisión preventiva, —indefec-

tivamente— se tendrá que descontar al momento de la determinación de la pena concreta a ser aplicada en la sentencia de condena.

prolongaron, de forma reiterada o injustificada, la realización de las actuaciones procesales; y, a su vez, si dicha prolongación o aplazamiento es atribuible —o no— a: i) alguna de las partes procesales; ii) a la autoridad judicial; o, incluso, iii) a la propia magnitud del delito investigado y juzgado en el caso concreto.

Así, en lo que respecta a la conducta de las partes procesales, puntualmente, se tendría que analizar la actitud obstruccionista (o de falta de cooperación con el normal desarrollo del proceso), con acciones tales como: la interposición repetitiva y manifiestamente infundada de recursos impugnativos procesales; la inasistencia reiterada e injustificada a las actuaciones procesales programadas; entre otros de similares características.

Por lo que, si tales conductas (sea que se presenten de forma independiente —una de la otra— o de forma conjunta) corresponden al sujeto condenado en el proceso, no habrá afectación del derecho. En tanto que, si tales conductas corresponden a la parte acusadora (constituida por el Ministerio Público) o la directamente interesada (constituida por el agraviado o actor civil —cuando sea el caso—), sí habrá afectación del derecho de todo justiciable a que su causa sea juzgada y resuelta dentro de un plazo razonable. Y, por lo mismo, generaría la obligación de compensar en la pena.

Por otro lado, en lo que respecta a la conducta de la autoridad judicial, básicamente, se tendría que analizar, en primer término, i) las actuaciones propias de los órganos jurisdiccionales que pudieran consistir en suspensiones reiteradas e injustificadas de las actuaciones procesales, en la admisión de medios de prueba o de recursos impug-

nativos manifiestamente impertinentes, entre otros de similar naturaleza. Y, en segundo término, ii) las omisiones realizadas por aquellos, tales como la falta de impulso del proceso; la demora en la tramitación de los escritos procesales (sea que se trate de descargos, ofrecimiento de medios prueba, interposición de recursos impugnativos); entre otros similares⁴⁷.

Por lo que, si se llegara a evidenciar la existencia de tales conductas (sea que se presenten de forma independiente —una de la otra— o de forma conjunta), se podrá colegir perfectamente que hubo una afectación del indicado derecho. Y, por lo mismo, también generaría la obligación de compensar en la pena.

Finalmente, en lo que respecta a la magnitud del asunto, se tendrá que atender a la naturaleza o gravedad de los hechos materia de investigación y juzgamiento en el proceso. La cual, a su vez, es susceptible de abarcar aspectos tales como: el tipo de proceso (sea uno simple, complejo o que involucre el crimen organizado); el número de procesados (o condenados); el tiempo en el que ocurrieron los hechos; entre otros supuestos vinculados con estos aspectos.

Por lo que, si la determinación de la magnitud de los hechos ha sido establecida de conformidad con lo regulado en el ordenamiento jurídico penal vigente, se entenderá *prima facie* que no existe mayor afectación de tal derecho.

⁴⁷ Y con mayor razón si, conforme se desprende de lo previsto en el art. 142, numeral 1, del Código Procesal Penal peruano de 2004; se tiene que —todas— las actuaciones procesales no admiten dilaciones de ningún tipo.

En tanto que, si tal determinación no se correspondiera con lo previsto por la ley penal, en función de las características y circunstancias que rodean al caso concreto (sea por inobservancia, o por atención a peticiones reiteradas e injustificadas de la parte acusadora); podremos decir que sí hubo una afectación del derecho de todo justiciable a que su causa sea juzgada y resuelta dentro de un plazo razonable. Y, por lo mismo, generaría —igualmente— la obligación de compensar en la pena.

Ahora bien, cabe resaltar aquí que todo lo mencionado hasta este punto está pensado para todos aquellos jueces a quienes les corresponda determinar, de manera concreta, la pena a ser aplicada al sujeto condenado en el proceso (es decir, para el juzgador de primera instancia). Y esto, debido a que nos encontramos ante la presencia de una *circunstancia atenuante* de responsabilidad penal; ni más, ni menos.

Si, por el contrario, no fuera analizado por aquellos y le correspondería hacerlo: o, a un juzgador de segunda instancia; o, a un juzgador de mayor jerarquía competencial; la consecuencia tendría que tener una ligera variación, un poco distinta de la que fue indicada líneas arriba.

Esto último significa que, cuando la posible afectación le toque ser analizada a cualesquiera de los jueces referidos en esta última parte, deberán hacerlo, en primer término, sobre la base de los criterios ya señalados. Pero, con la diferencia de que la forma de reparación (*rectius*, mitigación de las consecuencias derivadas de su afectación) no consistirá (al menos no directamente) en la compensación en la pena, sino que esta tendría que llevarlos a una declaración de

nulidad —parcial— de la sentencia condenatoria en el extremo correspondiente.

Todo ello, a efectos de que el órgano jurisdiccional que la dictó pueda tomar en cuenta todos y cada uno de los criterios que llevaron a la determinación de la afectación del derecho; y así, finalmente, recién compensarla en la pena.

IV. Algunas consecuencias derivadas de su implementación

Una de las principales cuestiones que se debate actualmente respecto de la *circunstancia atenuante* por la existencia de dilaciones indebidas en el desarrollo del proceso judicial penal es si resulta necesario determinar tiempos exactos en la afectación del derecho de todo justiciable a que su causa se juzgada y resuelta dentro de plazos razonables.

Esto es, por ejemplo, si una duración de más de cinco años en determinado tipo de proceso penal automáticamente ya genera la afectación; o, a su vez, si una duración de más de seis o siete (y así sucesivamente) años, en otro tipo de proceso penal, recién vendrían a hacerlo.

No obstante, desde nuestra posición consideramos que tal criterio no ayuda (en nada) a su operatividad, en tanto es por demás conocido que los años de duración de un determinado tipo de proceso judicial penal (ya sea por un delito de persecución pública, o por uno de ejercicio penal de la acción privada) corresponde a distintos factores y circunstancias propias de cada caso en concreto.

Con lo cual, siguiendo los parámetros establecidos dentro nuestro ordenamiento

jurídico penal, si llegáramos a tomar en consideración tanto los plazos de la etapa de investigación preparatoria como el que comprende a las otras dos etapas siguientes a esta, la tarea de determinar la duración exacta del proceso judicial penal peruano en su conjunto se termina por convertir en algo difícilmente posible (por no decir *imposible*) de alcanzar⁴⁸.

Ahora bien, que tales factores o circunstancias estén —o no— debidamente justificados y se correspondan verdaderamente con el caso concreto es una cuestión distinta. Por lo que, para efectos del cómputo del número de días que correspondería compensar al momento de la determinación de la pena concreta a ser aplicada, se debe tener en cuenta lo siguiente: por un lado, habrá que determinar en qué momento y con qué acto se produjo la afectación del derecho; y, por el otro, en qué momento y con qué acto se procuró la subsanación del mismo.

Todo ello, claro está, luego de haber evaluado los criterios que sirven para determinar si hubo —o no— la afectación del derecho de todo justiciable a que su causa sea juzgada y resuelta dentro de plazos razonables; y concretamente, sin *dilaciones indebidas*.

De manera que, el tiempo que medie entre ambos momentos (acto de inicio y acto de subsanación) será el que finalmente se compense en la pena concreta a ser aplicada al sujeto condenado. Esto es, el tiempo contado en días, meses y años que empezó a correr a partir del acto con el que se produjo

la afectación del derecho, hasta el momento exacto con el que se tuvo por corregido.

Para cuyo efecto, será la parte directamente afectada la que tenga la obligación de denunciar la existencia de dicha dilación, señalando: i) en qué momento se habría producido la afectación; ii) con qué acto; y iii) cómo se debió de actuar a efectos de corregir o mitigar sus consecuencias.

O, en su defecto, ser revisado de oficio (tal y como suele suceder para el caso de la valoración y aplicación de las otras atenuantes de responsabilidad penal) por el juez competente al momento de determinar la pena concreta a ser aplicada.

Conclusiones

El tiempo juega un papel muy importante en el proceso, debido a que su adecuada observancia tiene consecuencias que son determinantes no solo para los fines —propios— de un determinado tipo (sea este civil, penal, laboral, entre otros); sino también (y, sobre todo) en los sujetos que participan dentro de este.

Con lo cual, su vinculación no obedece a una cuestión de mera formalidad (esto es, a su cumplimiento formal); sino que va más allá de ese ámbito, hasta el punto de llegar a poner en jaque la legitimidad misma de los ordenamientos jurídicos.

⁴⁸ Máxime si, conforme lo previsto en el art. 342, numeral 2, del Código Procesal Penal peruano del 2004; se prevé la posibilidad de que el tiempo de duración de la investigación preliminar (o, de dili-

gencias preliminares) en casos de crimen organizado pueda extenderse hasta un máximo de treinta y seis meses, con posibilidad de una prórroga por el mismo tiempo.

Ahora bien, el derecho de todo justiciable a que su causa sea juzgada y resuelta dentro de plazos razonables ha sido (y viene siendo) desarrollado y vinculado (tanto a nivel del ordenamiento jurídico peruano como en otros ordenamientos jurídicos internacionales) —generalmente— con la duración excesiva, indebida e injustificada de los procesos; y, puntualmente, del proceso judicial penal.

No obstante, debemos señalar que este derecho se vincula tanto con la existencia de *dilaciones indebidas* en los procesos, como con las escuetas y muy breves realizaciones de estos. En tal sentido, ambas se establecen como las garantías que interesan a la efectivización de tal derecho.

Por otro lado, la posibilidad de atenuar una pena concreta a ser aplicada en un proceso judicial penal por la existencia de dilaciones indebidas en su desarrollo nos permite entender que esta última se encuentra estrictamente vinculada con las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal y, específicamente, con las circunstancias que compensan la culpabilidad por los hechos juzgados y sentenciados con una pena.

Es por tal motivo que su concreta inclusión en un determinado ordenamiento jurídico penal debe responder a todas y cada una de las reglas aplicables a tales circunstancias.

Finalmente, la *circunstancia atenuante* de responsabilidad penal por la existencia de dilaciones indebidas en el desarrollo del proceso para nada es algo reciente en el ámbito jurídico penal; en sentido contrario, lo novedoso vienen a ser todos aquellos

factores e incidencias que se han venido (y se vienen) descubriendo a lo largo de su amplio desarrollo.

De manera que su concreta exigencia y análisis en un determinado ordenamiento jurídico penal obedece ya no solo a cuestiones ni únicamente legales, ni estrictamente doctrinales; sino también (y sobre todo) a una exigencia de carácter constitucional, directamente vinculada con la concreta efectivización derechos —fundamentales— en el proceso.

Bibliografía

Bacigalupo, Enrique. *Derecho penal. Parte general*. 2.^a edición. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

Bacigalupo, Enrique. *Principios constitucionales de derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

Castelo Galdos, Luis «Ejecución provisional y derechos fundamentales». Tesis de grado, Universidad Andina del Cusco, 2019. <http://repositorio.uandina.edu.pe/handle/UAC/3262>

Couture, Eduardo Juan. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 4.^a edición. Montevideo-Buenos Aires: IB de F, 2016.

García Becedas, María José. «Dilaciones indebidas en sede penal. Configuración normativa. Referentes jurisprudenciales». *Diario La Ley* n.º 8559, 11 de junio de 2015, 1-17. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5100769>

Marín de Espinosa Ceballos, Elena B. «La circunstancia atenuante de dilación

extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento». *Revista de Derecho Penal y Criminología* 6 (2011): 79-108. <http://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24620/19513>

Muñoz Conde, Francisco. *Teoría general del delito*. 3.^a edición. Bogotá: Temis, 2018.

Roxin, Claus. *Derecho procesal penal* (trad. G. E. Córdoba, & D. R. Pastor). 25.^a edición. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.

RETOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y LAS RADIACIONES NO IONIZANTES PROVENIENTES DE LAS ANTENAS DE TELECOMUNICACIONES

Challenges of the law of damages and non-ionizing radiation from telecommunications antennas

Autor: Aníbal Arone Barraza*

REVISTA
LP Derecho

Aníbal Arone Barraza

«Retos de la responsabilidad civil y las radiaciones no ionizantes provenientes de las antenas de telecomunicaciones».

Revista LP Derecho.

1 (2021): 89-115.

Recibido: 13/06/2021

Aprobado: 26/07/2021

Resumen

Este artículo trata acerca de los posibles efectos que las radiaciones no ionizantes, provenientes de las antenas de telecomunicaciones y del uso de sus terminales (de fuentes artificiales), estarían generando en la sociedad. Para tal efecto, se hace un análisis de estos nuevos riesgos postindustriales (tecnológicos) y cómo pueden ser afrontados desde el derecho de la responsabilidad civil.

Palabras clave

Radiaciones, riesgo, principio de prevención y precautorio, responsabilidad civil.

Abstract

This article deals with the possible effects that Non-Ionizing Radiations from telecommunications antennas and the use of their terminals (from artificial sources) have been generating within our society, for this purpose, it makes an analysis of how these New post-industrial risks (technology, for example) can be addressed from the Civil Liability Law.

Keywords

Radiation, risk, principle of prevention and precautionary, civil liability.

* Abogado egresado de la Maestría con mención en Derecho Civil y Comercial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Excoordinador de Adquisición de Sitios en Cía Ericsson S. A. Correo electrónico: anibalarone@gmail.com

 <https://orcid.org/0000-0002-0839-2446>

Introducción

En la actualidad, vivimos con notables evidencias de daños, por ejemplo, la pandemia de la covid, el deterioro del medioambiente por contaminación ambiental en sus distintos componentes (aire, agua, suelo), que implican peligro y riesgos a los intereses colectivos y que deben reflexionarse desde el derecho para brindar tutela jurídica. Entonces, se presenta ante nosotros naturalmente todo un reto: hallar formas de prevención y responsabilidad para evitar dañarlo. Ello en vista de que nos encontramos, de una u otra forma, vinculados por una necesidad común de explotar los recursos naturales, para nuestra misma subsistencia, en actividades productivas diversas.

Entre ellas tenemos, la industria de las telecomunicaciones, que, para el adecuado funcionamiento de sus diversos servicios, necesita de mayor infraestructura de telecomunicaciones (para la implementación tecnología 5G, por ejemplo)¹, sea a cargo del mismo Estado o previa concesión a las operadoras para la explotación del espectro radioeléctrico, en el que es inevitable la

emisión de radiaciones no ionizantes² a la atmósfera (en adelante RNI), la cual, presentaría un riesgo incierto para la salud de las personas y el medioambiente.

Por lo tanto, el presente estudio busca dar a conocer los posibles efectos que las RNI emitidas por las antenas de telecomunicaciones y el uso de sus diversos terminales (como los equipos móviles, tabletas, wifi, etc.) producen en nuestra sociedad y si estos pueden ser reflexionados en el marco de la responsabilidad civil como un supuesto de hecho que pueda ser encuadrado no solo al nivel administrativo, como ocurre con el principio de prevención, y precautorio, propio del derecho ambiental, sino por el de la responsabilidad civil objetiva (art. 1970 del Código Civil³), dentro de su función distributiva de riesgos y costos (art. 1988 del Código Civil⁴). Y en relación con el daño ambiental (art. 142.2 de la Ley General del Ambiente⁵), como un tipo subsumible dentro del daño

¹ Precisamente, el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel) en un informe del 2020, ha concluido que: «Se estima que al año 2025, para soportar la creciente demanda en el consumo de datos móviles, el Perú debe contar con 60 771 EBC distribuidas a nivel nacional. Entre el 2020 al 2025 se estima que los operadores móviles deben desplegar en total 36 695 EBC a nivel nacional, y que actualmente el Perú tiene una antena 4G por cada 924 habitantes, mientras que, en países como Canadá, se tiene una antena 4G por cada 112 habitantes». Javier More y Manuel Gavilano, «Estimación del número de estaciones base celular para atender la demanda de servicios móviles en el Perú al año 2025», (Lima: Osiptel: 2020), 31, <https://bit.ly/3iSA7AO>.

² Según el Decreto Supremo 038-2003-MTC, modificado por el Decreto Supremo 038-2006-MTC, que establece los límites máximos permisibles de radiaciones no ionizantes en telecomunicaciones, en su Anexo I, Términos y Definiciones, la radiación no ionizante: es «la que no produce ionización en la materia. Cuando atraviesa los tejidos vivos, no tiene la suficiente energía para dañar el ADN en forma directa». Mientras que la radiación electromagnética es: «La emisión o transferencia de energía a través del espacio en la forma de ondas electromagnéticas».

³ El artículo 1970 del Código Civil establece: «Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo».

⁴ El artículo 1988 del Código Civil establece: «La Ley determina el tipo de daño sujeto al régimen de seguro obligatorio, las personas que deben contratar las pólizas y la naturaleza, límites y demás características de tal seguro».

⁵ El artículo 142.2 de la Ley 28611, Ley General del Ambiente, establece: «Se denomina daño ambiental a todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes, que puede ser causado contraviniendo o no disposición jurídica, y que genera efectos negativos actuales o potenciales».

civil y por tanto prevenible, y de ser el caso indemnizable. Para tal efecto, revisaremos las funciones de la responsabilidad. Sugerimos que el elemento de la antijuricidad debe ser dejado de lado para este tipo de riesgos por RNI. El nexo causal también debe ser revisado, al igual que el principio procesal de la carga de la prueba, así como el factor o criterio de imputación debe considerar también la probabilidad del daño potencial como una categoría adicional, con la finalidad de evaluar cómo estos elementos pueden ser funcionales para actividades riesgosas, incluso de efectos inciertos, cómo sería el caso de las RNI provenientes de las estaciones de telecomunicaciones y sus terminales.

En este sentido, considero que el presente estudio se justifica, en la medida que pretende explicar si, desde la óptica del derecho de la responsabilidad civil, las RNI emitidas por las estaciones de telecomunicaciones y de sus terminales pueden ser consideradas como un supuesto de hecho dentro de la responsabilidad civil objetiva, a pesar de cumplir con los límites máximos permisibles y las licencias obtenidas. Proponemos, a su vez, una alternativa de solución, todo esto en un contexto de incertidumbre científica y preocupación social, en razón de que se desconocen los efectos reales de las RNI. Por ello, considero que esta es apenas una aproximación, que espero pueda motivar a nuevas investigaciones sobre este particular.

I. Efectos que generan en nuestra sociedad las radiaciones no ionizantes

I.I. Desde una perspectiva multidisciplinaria

Es importante precisar que hay una reacción en nuestra sociedad por la presencia

de emisiones de RNI provenientes de las estaciones de telecomunicaciones y sus terminales⁶. Al plantear efectos de índole político-sanitario-ambiental, socioeconómica y jurídico-normativa, tenemos:

I.I.I. Político-sanitario-medioambiental

Para la comunidad científica, las RNI, cuando menos, producen un efecto térmico (calor) en los tejidos de la piel, por lo que surge entonces naturalmente un riesgo que no ha sido descartado por las ciencias médicas y se necesita incidir en la prevención de la salud y el medioambiente⁷.

⁶ Por ejemplo, el 6 de junio de 2020, el diario *La República* ha verificado una información que ha circulado en las redes sociales. Se trata de un vídeo en el que se observa a los vecinos de Miraflores exigiendo la desinstalación de una antena ubicada frente al parque Tradiciones, por riesgos a la salud. Incluso habrían insinuado lo siguiente: «Debido al surgimiento de la pandemia de la Covid-19 han surgido bulos que relacionan la instalación de las antenas 5G con la propagación de la enfermedad». *La República* ha concluido afirmando que «El video utilizado en las publicaciones fue grabado en noviembre de 2019. Además, la antena fue desinstalada porque no contaba con la autorización requerida. Por lo tanto, en esta verificación determinamos que es falso que en Miraflores desmontaron una antena 5G «por ser riesgosa para la salud». «Es falso que en Miraflores desmontaron una antena 5G por ser riesgosa para la salud», *La República*, <https://bit.ly/2Vcq5Cg>, (consultado el 30 de mayo de 2021).

⁷ Entre nosotros, sobre los efectos a la salud y por el peso de la evidencia científica, por ejemplo, Víctor Cruz Ornetta ha manifestado que: «El único efecto comprobado es el efecto térmico, el cual implica un aumento de temperatura del cuerpo humano cuando se sobrepasan los límites máximos permisibles (LMP). En estos casos los órganos más sensibles son los ojos y las gónadas. Los efectos a la salud se dan por encima de un SAR (valores de la tasa de absorción específica) de 4 W/kg provocando cambios de comportamiento y reduciendo la resistencia debido al calor [...]». Víctor Cruz Ornetta, «Evaluación del riesgo de los campos electromagnéticos de la telefonía móvil», *Revista Especializada de la UNMSM*, 56 (2005), 32. Por otra parte, en información

Por su parte, Patrick Wieland Fernandini⁸, sobre las RNI, ha manifestado que: «Los científicos distinguen los efectos biológicos «térmicos» y «no térmicos» de las RNI. Sobre los efectos térmicos, los estudios se encuentran avanzados. Por encima de cierto nivel de la SAR⁹, los campos electromagnéticos pueden calentar los tejidos del cuerpo humano [...] sobre los efectos no térmicos de las RNI no existe actualmente consenso científico. Los estudios epidemiológicos y de laboratorio han dado resultado contradictorio. Dada la incertidumbre científica que existe sobre los potenciales efectos no térmicos de las RNI, no es posible fijar estándares que brinden un nivel de protección. Es aquí donde entra a tallar el principio precautorio [...)]. Como se podrá apreciar, para Patrick Wieland los efectos no térmicos de las RNI presentarían una incertidumbre científica.

más reciente, sobre investigaciones experimentales desde el ámbito internacional, según Virginia Guidry, el Programa Nacional de Toxicología de los EE. UU., «[h]a concluido en dos informes finales publicados el 1 de noviembre de 2018, que existe una clara evidencia de que las ratas macho expuestas a altos niveles de radiación de radiofrecuencia (RFR), como la que se usa en los teléfonos celulares 2G y 3G, desarrollaron cáncer, tumores cardíacos [...]». Virginia Guidry, «Alta exposición a la radiación de radiofrecuencia asociada con el cáncer en ratas macho», noviembre de 2018, (consulta realizada el 11 de julio de 2021), <https://bit.ly/3y95D3Z>.

⁸ Patrick Wieland Fernandini, *Introducción al derecho ambiental*. Colección Lo Esencial del Derecho N.º 5, (Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2019), 124.

⁹ El Decreto Supremo 038-2003-MTC, que establece los límites máximos permisibles de radiaciones no ionizantes en telecomunicaciones, indica que: «La Tasa de Absorción Específica (SAR-SPECIFIC ABSORPTION RATE, por sus siglas en inglés) es una medida de la energía de radiofrecuencia absorbida por unidad de masa en los tejidos corporales de los seres vivos y se mide en vatios por kilogramo (W/kg)».

Es así que un primer hito relevante sobre las evaluaciones de campos electromagnéticos generados por las radiofrecuencias de baja intensidad (emisiones de estaciones radioeléctricas y sus terminales como los celulares) ha sido la emitida en su nota de prensa 208 del 31 de mayo de 2011, por la Agencia Internacional para la Investigación del Cáncer (IARC, por sus siglas en inglés), que forma parte de la Organización Mundial de la Salud (OMS). Como se sabe, la IARC concluye considerar la exposición de campos electromagnéticos como «posibles carcinógenos humanos» (categoría 2B)¹⁰, junto con el café, el diésel, el cloroformo o las fibras acrílicas, entre otros.

Por su parte, desde el ámbito internacional tenemos el «Informe BioInitiative 2012¹¹», que, en un comunicado de prensa del 7 de enero de 2013, luego de examinar más de 1800 nuevos estudios científicos, concluyó lo siguiente:

Existe fundamento para concluir que los campos electromagnéticos (CEM) de RF (radio frecuencias) son bioactivos y tienen un potencial para causar impactos en la salud. Hay un patrón consistente de mayor riesgo de glioma y de neuroma acústico asociado al uso de los teléfonos móviles (teléfo-

¹⁰ La clasificación completa por parte de la ICAR sobre «posibles carcinógenos humanos» (categoría 2B), se puede revisar en https://www.iarc.fr/wp-content/uploads/2018/07/pr208_E.pdf

¹¹ El informe BioInitiative 2012 ha sido generado por un grupo de investigadores de diversas partes del mundo, con la finalidad de encontrar alguna relación entre la salud de las personas y los campos electromagnéticos generados por fuentes artificiales como de las líneas eléctricas, antenas y dispositivos inalámbricos. Para más información, se puede consultar: en BioInitiative 2012, «Resumen para el público (Suplemento 2012)», 16, <https://bit.ly/3xeSK7e>.

nos móviles y teléfonos inalámbricos) basados principalmente en los resultados de los estudios de caso-control del grupo Hardell y de los resultados finales del estudio del grupo Interphone. La evidencia epidemiológica otorgada a los CEM de RF debería clasificarlos como un carcinógeno humano.

Asimismo, sobre investigaciones experimentales, según Virginia Guidry¹², el Programa Nacional de Toxicología de los Estados Unidos «ha concluido en dos informes finales publicados el 1 de noviembre de 2018, que existe una clara evidencia de que las ratas macho expuestas a altos niveles de radiación de radiofrecuencia (RFR), como la que se usa en los teléfonos celulares 2G y 3G, desarrollaron cáncer, tumores cardíacos [...]».

En este mismo orden de ideas, desde el derecho vivo, en la experiencia italiana, tenemos el caso *Romeo Roberto vs. Instituto Nacional para los Accidentes en el Trabajo (INAIL)*. En palabras del doctor Stefano Bertone¹³ (uno de los abogados patrocinantes del agraviado), en Italia, desde el punto de vista del riesgo profesional y la responsabilidad civil, «es la primera vez que una sentencia establece una relación de causalidad entre un tumor en el cerebro y el uso excesivo del móvil», así como «es la primera vez que la justicia italiana reconoce la plausibilidad del efecto oncogénico de las ondas electromagnéticas de los teléfonos móviles», más precisamente por

riesgo profesional y daño biológico permanente, sufrido por un trabajador de una operadora de dicho país, debido al uso de un terminal móvil (celular) por más de 15 años. El juez del Tribunal de Ivrea, el magistrado Luca Fadda, habría amparado la pretensión del trabajador demandante tomando en cuenta un examen médico según el cual el uso del teléfono celular fue la causa de un neurinoma acústico, un tumor benigno invalidante, reconociendo la relevancia de un daño biológico permanente del 23 % y que, por lo tanto, percibirá 500 euros al mes para toda la vida¹⁴.

Como se ha podido apreciar, las opiniones y la casuística antes mencionadas apenas son una muestra de lo controversial que podrían ser las RNI considerado como «posibles carcinógenos humanos», por lo que la razón más prudente parece aconsejar que las acciones de prevención y precaución deben ser internalizadas por los distintos niveles de gobierno, incluido el sector privado y la sociedad en su conjunto como parte de sus políticas públicas, con la finalidad de mitigar cualquier daño futuro que pudiera desencadenarse como consecuencia de la emisión de RNI.

¹² Virginia Guidry, Ph. D., es redactora técnica y especialista en información pública en la Oficina de Comunicaciones y Enlace Público del NIEHS y colaboradora habitual de Environmental Factor. Virginia Guidry, «Alta exposición a la radiación de radiofrecuencia asociada con el cáncer en ratas macho».

¹³ Stefano Bertone, Sentencia 96/2017 publicado el 21/4/2017: (RG 452/2015), facilitada por correo electrónico al autor el 26 de abril de 2018.

¹⁴ Esta singular sentencia ha sido confirmada en todos sus extremos el 14 de enero de 2020 por el Tribunal de Apelaciones de Turín, mediante Sentencia 721/2017 RGL, en la que reconoce plenamente sus conclusiones de la recurrida y rechaza la apelación del Instituto Nacional para los Accidentes en el Trabajo (INAIL), indicando que las CTU (médicos peritos) han proporcionado «elementos sólidos para afirmar un papel causal entre la exposición a las frecuencias de radio de los teléfonos celulares y la enfermedad que surgió». Para quienes se interesen, se puede consultar la sentencia en su versión italiana en: Asociación Vallisoletana de Afectados por las Antenas de Telecomunicaciones (Avaate), «El Tribunal de Apelaciones de Turín confirma la conexión entre el uso del teléfono móvil y los tumores cerebrales», consultado el 30 de marzo de 2020) <https://bit.ly/373PLUn>.

Precisamente, el Tribunal Constitucional peruano, en una de sus sentencias recientes, ha manifestado, lo siguiente:

En la actualidad no existe consenso científico en torno a si la radiación electromagnética de la telefonía celular ocasiona daños en la salud de las personas y alteran el desarrollo equilibrado del medio ambiente en el que viven. No obstante ello, el Estado —a través de sus distintas autoridades entre las que están los gobiernos regionales y locales— no puede dejar de adoptar una conducta preventiva y precautoria al respecto y disponer medidas que regulen la prestación del servicio de telecomunicaciones tomando en consideración el posible daño que pueda generar la presencia de estaciones o antenas de telefonía celular y otros similares en espacios habitados por personas, a fin de garantizar eficazmente la preservación del medioambiente y de la salud de dichos ciudadanos¹⁵.

A continuación, nuestra propuesta como una alternativa a la contingencia que pudiera presentar.

¹⁵ Este amparo fue interpuesto por el Instituto de Defensa Legal del Ambiente y el Desarrollo Sostenible Perú (Idlds Perú) contra la Municipalidad Provincial del Callao, por no haber incorporado en su TUPA requisitos para la autorización para la instalación de antenas, que protejan los derechos a la salud, a la integridad moral y psíquica, al libre desarrollo de la personalidad, a la paz y tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, a la participación ciudadana, así como a gozar de un medio ambiente sano y equilibrado de los residentes de la provincia del Callao. Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. 01272-2015-PA/TC, 25 de mayo de 2021, <https://bit.ly/3721v9Q>.

I.I.II. Socioeconómico

Considero necesario que, con base en la redistribución social del riesgo, el Estado, las concesionarias y los usuarios de estos servicios tengan que redistribuir costos por el beneficio que perciben, de ser el caso: las indemnizaciones, seguros o fondos de contingencias mediante la generación de una ley especial o la incorporación a una existente.

Desde esta óptica, consideramos que el Estado debe ser el primero en tomar las medidas necesarias, a efectos de controlar y descartar este tipo de riesgos, ya que no son suficientes tibias campañas de publicidad, como las que hace el Ministerio de Transporte y Comunicaciones (MTC), por ejemplo, con frases como «superan los límites máximos permisibles», o como en estas otras campañas, donde las mencionadas «antenas súper buena onda»¹⁶. Por el

¹⁶ Precisamente, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), en noviembre de 2015, lanzó un spot publicitario denominado «antenas buena onda», ante el temor generalizado, buscando concientizar a la población sobre el impacto de estas estructuras, y mejorar el servicio de telefonía. Campaña, que el MTC viene reiterando con mayor intensidad desde inicios de 2020. Y de forma periódica, el MTC viene desarrollando una nueva campaña por distintos medios digitales sobre las «antenas nueva onda» incluso con comunicaciones directas mediante mensajes de texto en los móviles de los usuarios, entre otras con las siguientes frases: Las antenas de telecomunicaciones te benefician y permiten que más peruanos estén conectados. Cuídalas para el desarrollo de tu comunidad», «Las antenas de telefonía permiten que las familias estén conectadas y contribuye a la educación a distancia y los servicios de salud» o estas otras: «Las antenas de telefonía no son peligrosas, ayudan al desarrollo y a la comunicación de la ciudadanía. No contagian ninguna enfermedad», «Las antenas de telecomunicaciones te benefician y permiten que más peruanos estén conectados. Cuídalas para el desarrollo de tu comunidad». El lector se puede remitir a Facebook y YouTube con el título de «Antenas Súper Buena Onda», que se visualiza

contrario, en alianza con otros estamentos del Estado (como el MTC, el Ministerio de Salud, el Ministerio del Ambiente, el sector privado, y los centros de investigación de las universidades y entidades independientes), debería tener la iniciativa y asignar un presupuesto para que se realicen investigaciones experimentales desde las ciencias especializadas, al menos como un muestreo en las zonas más sensibles y de concentración de este tipo de radiaciones, donde se vienen denunciando sobre sus efectos probablemente dañosos o no, más aun cuando es el beneficiario de los ingresos económicos, como consecuencia de las concesiones que otorga por el espacio radioeléctrico que brinda a las operadoras.

Por otra parte, las concesionarias son grandes corporaciones que buscan hacer empresa y rentabilidad de este negocio, mediante los servicios de telecomunicaciones, pero también es preciso reconocer la gran importancia que cumplen al satisfacer las necesidades de comunicación de cada integrante de nuestra sociedad, y su mayor presencia incluso en contextos como el de la pandemia de la covid, donde se ha introducido toda una gama de actividades como el teletrabajo, telemedicina, teleeducación, etc. Por todo ello, mal se haría en imputarles únicamente responsabilidad, siendo lo más loable que voluntariamente puedan internalizar como parte de sus costos para cubrir contingencias que eventualmente podrían presentarse, así como

en un portal del Pronatel llamado Programa Nacional de Telecomunicaciones. Ministerio de Transportes y Comunicaciones del Perú, Antenas Súper Buena Onda, 11 de diciembre de 2018, <https://bit.ly/3iagPaZ>. O en esta otra página: Ministerio de Transportes y Comunicaciones del Perú Antenas Súper Buena Onda, YouTube, 2 de julio de 2020, <https://youtu.be/Cp834TamMfQ>.

apoyar investigaciones que ayuden despejar todas estas dudas que generan las RNI provenientes de las estaciones como de sus terminales, ya que no son suficientes los estudios teóricos de RNI, algunas mediciones aisladas o las charlas de concientización que las operadoras y sus proveedores realizan de un tiempo a otro cuando encuentran resistencia de los vecinos para implementar nuevas estaciones.

De igual modo, debido a que los usuarios son beneficiarios directos de estas nuevas tecnologías, considero que no es suficiente denunciar y generar contingencias ante la presencia de estaciones cerca de las viviendas, en razón de que para vuestros tiempos no es posible prescindir de un terminal (celular, laptop, tablet, etc.) que satisfaga nuestra variada necesidad de comunicarnos, estudiar, trabajar, informarnos, ocio, etc. Por ello, es razonable que se ayude también a cubrir parte de estos costos, generando una ley que implicaría contar con un plan de contingencia, sea mediante los seguros o el incremento de los precios, mediante una redistribución justa y adecuada, o realizando las modificaciones necesarias a una ley existente, como podría ser, por ejemplo, la Ley 29022¹⁷, Ley para la Ex-

¹⁷ La Ley 29022 es una norma temporal, especial y de promoción para el despliegue de infraestructura en telecomunicaciones, y está vigente desde el 13 de noviembre de 2007, habiendo sido modificado por la Ley 30228 del 12 de julio de 2014, que amplía su vigencia hasta el 2024, y que a la fecha, junto con el Decreto Legislativo 1477 del 8 de mayo de 2020, que establece las medidas necesarias para el despliegue de Infraestructura en Telecomunicaciones frente a la emergencia sanitaria producida por la pandemia de la covid, son las principales normas que regulan los requisitos para las autorizaciones, la implementación y operación de infraestructura necesaria para la prestación de servicios de telecomunicaciones. La Ley 29022, en su artículo 9, literal d, establece:

pansión de Infraestructura en Telecomunicaciones, que precisamente en su artículo 9, literal d se limita a regular la responsabilidad por los daños y perjuicios como consecuencia de la instalación y operación de este tipo de infraestructura, sin brindar mayores alcances, menos para casos de riesgos por exposición de RNI, y esto es comprensible, dado que a la fecha no existen estudios que acrediten que las RNI sean realmente dañinas para la salud y el medioambiente, pero tampoco se descartan.

En este sentido, sea como medida de contingencia planteada desde el mismo Estado o por iniciativa de los sectores privados, considero que pueden estudiarse dos alternativas: una, desde la función preventiva y precautoria de la responsabilidad civil en sentido macro si se quiere, como política ambiental de forma transversal en los distintos estamentos del Estado como el Ministerio del Medio Ambiente (MINAN) haciendo uso de los instrumentos de gestión ambiental como la Declaración de Impacto Ambiental en la fase de implementación de la antena o el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) con las exigencias de las mediciones periódicas de RNI durante la operación de la estación¹⁸;

«Los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones deberán asumir las siguientes obligaciones: d) Asumir la responsabilidad por los daños y perjuicios que se ocasionen como consecuencia de la instalación y operación de Infraestructura Necesaria para la Prestación de Servicios Públicos de Telecomunicaciones».

¹⁸ Precisamente, desde un punto de vista preventivo, el Decreto Supremo 038-2003-MTC y sus modificatorias, el Decreto Supremo 038-2006-MTC y el Decreto Supremo 004-2019-MTC regulan los límites máximos permisibles de radiaciones no ionizantes en telecomunicaciones que ya incorporan, por cierto, el principio precautorio, en tanto, no se demuestre su dañinidad de las radiaciones no ionizantes.

y la otra, desde la función distribuidora de los costos, generando un fondo establecido con fines de reparación o la generación de seguros, que puedan ayudar a mitigar en el supuesto de que en algún momento queden probados los efectos nocivos de las RNI, y que en caso, con el transcurrir de los años y el resultado de las investigaciones, se descarten estos posibles daños, este fondo se emplee para cubrir otras contingencias que no han de faltar, siendo conscientes, que vivir en una sociedad cada vez más tecnolizada implica también asumir nuevos costos económicos y sociales.

Haciendo un breve análisis comparativo, existe, por ejemplo, en el ámbito de los accidentes de tránsito¹⁹, el Fondo de Compensación del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT) y del certificado contra accidentes de tránsito (CAT)²⁰, a cargo del MTC²¹, que tiene por objetivo

¹⁹ Sobre la responsabilidad civil en los accidentes de tránsito, la Ley 27181, General de Transporte y Tránsito Terrestre, en su artículo 29, regula: «La responsabilidad civil derivada de los accidentes de tránsito causados por vehículos automotores es objetiva, de conformidad con lo establecido en el Código Civil. El conductor, el propietario del vehículo y, de ser el caso, el prestador del servicio de transporte terrestre, son solidariamente responsables por los daños y perjuicios causados».

²⁰ Este seguro obligatorio de accidentes personales para accidentes causados por vehículos automotores, considerado como bien riesgoso, es precisamente una de las formas de materializar la función de la distribución social del riesgo de la responsabilidad civil, en la que, se distribuye el costo económico generado por los daños, sin imputar responsabilidad previa, menos culpabilidad en el autor del accidente. Esta solución está pensada en la víctima del daño, y tiene amparo en el artículo 1988 del Código Civil, que establece: «La Ley determina el tipo de daño sujeto al régimen de seguro obligatorio, las personas que deben contratar las pólizas y la naturaleza, límites y demás características de tal seguro».

²¹ En realidad, quien administra este fondo es el Comité de Administración adscrito al MTC, que es el máximo órgano de esta institución y, según

precisamente la administración del fondo económico que permite cubrir los daños que se ocasionen a las personas víctimas de accidentes de tránsito producidos por vehículos que no hayan sido identificados y se den a la fuga, financiando únicamente los gastos médicos y sepelio de las víctimas de accidentes, y que para estos fines no se necesita de ninguna investigación previa, ni ningún seguro para activar este derecho, en tal sentido. El MTC deberá reembolsar los gastos, claro está, y los interesados deberán cumplir con los requisitos que establece la norma. Por otra parte, el patrimonio de este fondo está formado por los aportes del Gobierno Central, de aseguradoras (un porcentaje de la prima neta), donaciones de procedencia nacional, donaciones de procedencia extranjera, monto de las multas que se impongan por infracciones relacionadas con el SOAT, así como indemnizaciones no cobradas por falta de beneficiarios de la víctima fallecida, una vez transcurrido el plazo de prescripción establecido de dos años²².

De lo expuesto queda claro que los seguros obligatorios como fórmulas legislativas en materia de responsabilidad extracontractual vienen a ser mecanismos preventivos frente a la producción de daños y perjuicios previstos por las normas correspondientes, y que resultan eficientes frente al resarci-

miento inmediato —total o parcial— de los mismos²³.

I.I.III. Jurídico-normativo

Surge también un efecto jurídico, y se hace necesario por tanto revisar aquellos criterios ya establecidos por la responsabilidad civil, pero esta vez desde una concepción amplia y también estricta en relación con los riesgos que presenta las RNI.

En adelante, intentaremos reflexionar sobre las funciones de la responsabilidad, el elemento de la antijuricidad, el nexo causal, el principio procesal de la carga de la prueba, así como a la probabilidad del daño potencial cómo el factor o criterio de imputación, con la finalidad de evaluar como estos elementos pueden ser funcionales para actividades riesgosas, incluso de efectos inciertos, como sería el caso de las RNI provenientes de las estaciones de telecomunicaciones y sus terminales, lo cual veremos a continuación.

I.II. Funciones de la responsabilidad civil en relación con los riesgos que representa las radiaciones no ionizantes

Considero que hace bien la multifuncionalidad de la responsabilidad civil (para ser precisos, la preventiva y la redistribuidora social de riesgos) dentro del rol que cumple la tutela de la responsabilidad civil.

En este sentido, preventiva, en razón de que no es atendible para los tiempos actuales de presencia considerable de actividades riesgosas (incluso lícitas) esperar pa-

la cuarta disposición final del Reglamento del Fondo de Compensación del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito, Decreto Supremo 024-2004-MTC, está conformado por dos (2) representantes del MTC, dos (2) representantes de la Apeseg (Asociación Peruana de Empresas de Seguros) y un (1) representante de la SBS. La Secretaría Ejecutiva se encarga de la administración del Fondo y del cumplimiento de sus fines.

²² Fondo de Compensación SOAT, <http://www.soat.com.pe/index.php#>.

²³ Sentencia del Tribunal Constitucional 0001-2005-PI/TC, del 6 de junio de 2005, fundamentos 28 y 34, <https://bit.ly/3f2yrng>.

sivamente que se produzcan los daños para que la responsabilidad civil —al menos en su versión amplia— pueda reaccionar con cierta prontitud, sea desincentivando o sancionando el acto generador de la responsabilidad.

Precisamente, frente a las críticas de un sector de la doctrina sobre la función preventiva, Héctor Campos García²⁴ ha manifestado:

Desde nuestro punto de vista, la responsabilidad civil cumple una función preventiva indiscutible. Evidentemente, el punto de análisis no recae en determinar si el resarcimiento que se paga respecto de un daño previene el daño que ya fue cometido, ello sería enfocar la responsabilidad civil desde una perspectiva limitadamente intersubjetiva, sin tomar en consideración el nivel macrosistémico del problema. Lo cierto es que desde el momento en que la determinación del criterio de imputación (subjetivo y objetivo) aplicable para justificar el traspaso del coste económico del daño de la víctima al causante se realiza a través de un análisis de las capacidades de prevención del sujeto para evitar el daño, se reconoce de manera indubitable la presencia de la función preventiva de la responsabilidad civil no solo a nivel diádico (prevención específica), sino a nivel sistémico (prevención general)

²⁴ Héctor Augusto Campos García, «La responsabilidad civil derivada de actos lícitos dañosos en el Derecho Privado: breves reflexiones desde una perspectiva comparatista de los principales ordenamientos sudamericanos y europeos», *AIJ: Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 3, 2 (2015): 78-79, <https://revistas.usal.es/index.php/ais/article/view/14450/14814>.

de cara a las futuras ocasiones de daños que puedan presentarse.

Y también precautoria, en la medida en que el desconocimiento en los efectos de ciertas actividades riesgosas y peligrosas (por ejemplo, el caso de los alimentos transgénicos, el tráfico rodado, transporte aéreo, pesticidas, clonación, radiaciones, etc.) no sea un impedimento para que la responsabilidad civil pueda considerar dentro de su objeto de tutela resarcitoria, claro está, cumpliendo ciertos parámetros que el legislador, a través de una ley o su modificatoria, tendría que delimitar o el juzgador, al revisar el caso concreto, como en la experiencia italiana ya señalada²⁵. Precisamente, hay una serie de críticas válidas al principio precautorio, que ayudan en el debate actual sobre su ampliación a otras áreas ajenas a la del medioambiente, donde se fortaleció principalmente como una institución rectora que el Estado pueda hacer uso a través de sus políticas públicas. Así se refiere que su aplicación podría ser costosa social y económicamente para una sociedad en vías de desarrollo como el Perú, a su vez, que entraría en conflicto con la libertad de empresa²⁶.

²⁵ Esta sentencia es una muestra de que casos de RNI no sólo pueden ser enfocados desde la función preventiva-precautoria. Pues en el Perú se ha tratado de abordar estos casos más desde la tutela constitucional del amparo, entre otros, por vulneración del derecho a la vida, a la salud, al medioambiente adecuado y equilibrado, sino también desde la función resarcitoria de la responsabilidad civil, que muy próximamente en otro artículo estaré compartiendo.

²⁶ Así, por ejemplo, Iván Lanegra refiere: «El riesgo es doble. Por el lado técnico, la incapacidad de la administración pública de encauzar la discusión o, peor aún, el ser objeto de captura por parte de intereses particulares. En el lado político, el surgimiento de cierta demagogia ambiental, que impulse medidas exageradas de protección de la biodiversidad, o, de otro lado, la falta de fiscali-

En este orden de ideas, como se viene discutiendo, las funciones —preventiva, precautoria y distribuidora social del riesgo— deberían ser asumidas por el derecho público, específicamente por el derecho administrativo o por el derecho ambiental en relación con la responsabilidad civil en sentido amplio, sea como parte de las políticas públicas del Estado o por conductas asumidas voluntariamente por los propios agentes económicos que introducen el riesgo en las distintas cadenas productivas o por otras ramas del derecho, pero no por la responsabilidad civil en sentido estricto. Ello en razón de que, al estar relacionado directamente con el derecho privado, y siempre y cuando sea desde un punto de vista eminentemente preventivo, y a su vez discriminando el daño ecológico puro del daño individualizable en la persona y su propiedad, para que pueda considerarse como elemento de la responsabilidad civil en sentido estricto, se necesita de la característica de certeza del daño²⁷; de lo contrario no configuraría un daño jurídicamente relevante.

Precisamente, Lorenzo de la Puente Brunke²⁸ refiere:

zación política del proceso técnico. Por ello, la aplicación del principio precautorio también demanda del fortalecimiento de la institucionalidad responsable de su uso, así como de actores dispuestos a liderar una discusión en el ámbito público sobre los transgénicos y la biodiversidad. Se tratará, en gran medida, en un esfuerzo por hacer transparentes tanto la materia de debate como los intereses en juego». Iván Lanegra Quispe, «La regulación de la incertidumbre: Un Análisis Crítico del Principio Precautorio», *Derecho & Sociedad*, 35, (2010), 103, <https://bit.ly/3j0zhIE>

²⁷ Entiendo por certeza del daño en la responsabilidad civil, como aquel daño palpable, e ineludible, en contraposición a uno eventual, hipotético o meramente conjetural, ya sea presente o futuro, pero siempre en relación con los medios de prueba que acrediten el daño.

²⁸ Lorenzo de la Puente Brunke, «La noción jurídica de daño ambiental y una peculiar argumen-

Lo que para algunos es un daño —el cual puede ser causado por un vertimiento industrial con sustancias tóxicas a un río, por ejemplo— no lo es, necesariamente, para el derecho. Es decir, la noción jurídica de daño ambiental no siempre coincide con la percepción que del daño podemos tener los ciudadanos».

Y añade lo siguiente:

«En esa medida, el cumplimiento de los LMP²⁹ en un vertimiento no quiere decir que no están ingresando sustancias tóxicas al cuerpo natural de agua que lo recibe, lo que quiere decir es que ese nivel de toxicidad, conforme al volumen de descarga y a la capacidad de carga del cuerpo receptor, es tolerable para el derecho. Si para algunos eso es «contaminación», entonces desde un punto de vista jurídico habría que decir que se trata de una «contaminación lícita».

tación del Tribunal de Fiscalización Ambiental», *Derecho & Sociedad*, 42 (2014), 175, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/12473>.

²⁹ Los Límites Máximos Permisibles (LMP): «Es la medida de la concentración o grado de elementos, sustancias, o parámetros físicos, químicos, y biológicos, que caracterizan a un efluente o una emisión, que al ser excedida causa o puede causar daños a la salud, al bienestar humano y al ambiente». Carlos Andaluz Westreicher, *Manual de Derecho Ambiental*. 5.ª edición (Lima: Iustitia, 2016), 511-12. Por su parte, según el Decreto Supremo 038-2003-MTC, modificado por el Decreto Supremo 038-2006-MTC, que establece los límites máximos permisibles de radiaciones no ionizantes en telecomunicaciones, los límites máximos permisibles: «Es la concentración o grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos y biológicos que caracterizan a un efluente o a una emisión, que al ser excedido puede causar daños a la salud, bienestar humano y al ambiente. Su cumplimiento es exigible legalmente».

En tal sentido, soy de la opinión de que la certeza del daño³⁰ no siempre será la solución para el daño ambiental, hay una particularidad que se puede diferenciar del daño de la responsabilidad civil, la vulneración de los intereses difusos; sin embargo, considero que sigue siendo parte de esta. En todo caso, hay una especie de complementariedad que rebasa el enfoque privatista e invita a reflexionar también, desde una óptica macrosistémica, buscando poner énfasis en la atención de la víctima del daño, así como en la prevención del medioambiente, más que en la culpabilidad del causante.

Así, por ejemplo, el jurista italiano Stefano Rodotà³¹ ha manifestado, sobre los modelos y las funciones de la responsabilidad civil: «El

pasaje de un sistema monocéntrico a un modelo que se articula según una multiplicidad de criterios de imputación, acentúa la flexibilidad del modelo, y la propensión de este al cumplimiento de múltiples funciones».

Por ello, si bien este principio precautorio tiene importantes avances en el derecho ambiental, empero sus alcances consideramos que se encuentra, en plena construcción y su vinculación con las funciones de la responsabilidad civil son cada vez más estrechas, por lo que en las próximas décadas podrían brindar sus aportes, en la medida de que los resultados de las nuevas investigaciones en áreas sensibles, como es el caso de la biotecnología, alimentos transgénicos, radiaciones no ionizantes, medicina, etc., arrojen nuevos resultados, y los Estados se vean obligados a ejercer realmente sus atribuciones de regulación y control.

En este orden de ideas, por ejemplo, Aída Kemelmajer de Carlucci³² refiere:

Aún en el ámbito ambiental, el principio de precaución juega, principalmente, en el ámbito de la prevención. En efecto, la mayoría de las sentencias que aplican correctamente el principio de precaución disponen medidas para evi-

³⁰ Por su parte, Héctor Campos García refiere que: «Desde nuestro punto de vista, cuando se hace referencia a la certeza del daño, se está aludiendo exclusivamente a su probanza, lo cual abarca: por un lado, la prueba de la existencia del daño (*quid*); y de otro lado, la prueba de la cuantía del mismo (*quantum*), siendo el primero el requisito indispensable a efectos de la configuración de un caso de responsabilidad civil, ya que el segundo podría ser suplido por la intervención judicial». Héctor Campos García, «Brevisimos apuntes sobre la correlación entre la certeza del daño y la prueba del daño», *Actualidad Jurídica*, 246 (2014), 101.

³¹ Stefano Rodotà, «Modelos y funciones de la responsabilidad civil», trad. Leysser L. León, *Themis*, 50, (2005), 202-5, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8772>. Por su parte, Roger Merino Acuña postula una versión crítica de las funciones de la responsabilidad civil, luego de minimizar la multifuncionalidad de las funciones de la responsabilidad civil abordadas por el profesor Gastón Fernández; así concluye: «Desde mi punto de vista, la responsabilidad civil podría cumplir solo dos funciones: la compensación y la prevención. Obviamente, son funciones que no están presentes siempre y que más bien son conjugadas en diversos supuestos especiales de responsabilidad, a veces privilegiando uno sobre otro, o a veces simplemente ignorando completamente uno de ellos». Roger Merino Acuña, «Los fines de la responsabilidad civil y la retórica del desarrollo de la industria», *Actualidad Jurídica*, 107 (enero de 2010): 215-242.

³² Añade la jurista argentina, haciendo referencia a la legislación ambiental de su país, que: «De cualquier modo, aunque con menor intensidad, también tiene repercusiones en el ámbito de la reparación. Así, por ejemplo, si el daño finalmente acaece y el Estado nada hizo sobre la base de que no había certeza sino incertidumbre, puede ser responsable por el incumplimiento de la obligación de ese actuar previsto en el art. 4 de la ley del ambiente si esa omisión tiene relación causal adecuada con el daño producido». Vid. Aída Kemelmajer de Carlucci, «El principio de precaución en el derecho de la responsabilidad civil. estado de la situación en el derecho argentino», *Revista Jurídica de la Universidad de San Andrés*, 3 (2016), <https://bit.ly/3i8JdKt>.

tar daños posibles. No son decisiones de reparación del daño causado.

Como se puede apreciar, más allá de perfilar una responsabilidad del Estado, hay una preocupación por la reparación del daño, lo cual implica una vinculación entre la responsabilidad civil y el principio precautorio.

Entre nosotros, Roger Vidal³³ sugiere que dentro de las funciones de la responsabilidad civil por daños ambientales, deben incorporarse los siguientes principios: principio de prevención, principio precautorio, principio de internalización de costos y principio de reparación. La aplicación de estos cuatro principios permitirá que cualquier persona, los abogados y los operadores jurisdiccionales, puedan acudir a los órganos judiciales con cierto sustento para obtener una indemnización por daños ambientales individuales o colectivos. Asimismo, el autor añade que la prevención —sería a su entender— la base del sistema de responsabilidad ambiental y el objetivo primordial del derecho de daños. En tal sentido, las funciones de la responsabilidad ambiental obligan al causante de daños al medioambiente (contaminador) a pagar la reparación de los daños, y, para que el régimen de responsabilidad sea efectivo, tiene que ser posible establecer tres condiciones: a) la identidad de los contaminadores; b) cuantificar el daño; y c) establecer una relación de causa-efecto.

En consecuencia y por todo lo expuesto hasta aquí, soy de la opinión de que la emisión de radiaciones no ionizantes de las estaciones de telecomunicaciones y sus terminales presentan un riesgo incierto para

la salud y el medio ambiente, en razón de que las ciencias médicas no lo han descartado, y en tal sentido, desde una mirada de la responsabilidad civil, sí podrían ser considerados como uno de esos supuestos de actos lícitos³⁴ *riesgosos* (como consecuencia de la emisión de RNI para la prestación de servicios de telecomunicaciones al amparo de una licencia, como es el caso de una concesión y dentro de los parámetros de los límites máximos permisibles de exposición) que en grado de probabilidad podrían ser dañosos para el medioambiente y la salud de las personas, y por lo tanto, escenario para la aplicación del principio precautorio en vinculación directa con la responsabilidad civil ambiental, si bien principalmente para efectos preventivos, es decir, para evitar el acaecimiento de un daño conocido, probado, como sería desde

³⁴ Los actos lícitos serán todos aquellos actos con relevancia jurídica que no se opongan a norma jurídica alguna, ni perjudiquen a terceros, que, sin embargo, serán pasibles de ser encuadrados dentro de la responsabilidad civil. Para Héctor Campos García, citado por Juan Espinoza, los actos lícitos son definidos como «todos aquellos actos generadores de responsabilidad civil a pesar de que no constituyan un obrar antijurídico». Juan Espinoza Espinoza, «Sobre los denominados actos ilícitos dañosos», *Ius et Veritas* 51 (2015), 118. Por su parte, Leysser León Hilario, ha dicho, sobre los actos lícitos, que: «La generación de un perjuicio reparable con el amparo de la ley no tiene como imprescindible antecedente un acto ilícito; es posible que los daños se deban a la realización de una conducta que es permitida por el derecho, dentro de ciertos límites, y que, por lo tanto, no debe ser considerada ilícita». Agrega el profesor León Hilario: «Respecto de los actos lícitos dañosos, sería conveniente hablar de «compensación» de daños, y no de «resarcimiento». Esta última expresión debe reservarse para los casos en que media responsabilidad por los daños injustamente causados, mientras que, como se ha visto, las hipótesis mencionadas no se insertan en dicho ámbito». Leysser León Hilario, *La responsabilidad civil: Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. 3.^a edición (Lima: Instituto Pacífico, 2017), 181-82.

³³ Roger Vidal Ramos, *La responsabilidad civil por daño ambiental en el sistema peruano* (Lima: Lex & Iuris, 2014), 158-9.

la óptica del derecho de la responsabilidad civil en sentido estricto (microsistémico), pero esta vez, también desde una categoría distinta, a partir de una *probabilidad riesgosa* —como criterio de imputación— que pueda presentar las radiaciones, a efectos de encuadrar dentro de la responsabilidad civil ambiental o el derecho de daños y en esa medida sea la función preventiva-precautoria (junto con la función desincentivadora y resarcitoria) el fundamento, para que la responsabilidad civil pueda actuar en casos como los descritos, en la medida, claro está, que también otros elementos de la responsabilidad civil tengan que evaluarse, como es el caso de la antijuricidad y la carga de la prueba del derecho procesal, como veremos a continuación.

Antes, quiero dejar en claro mi posición, a efectos de evitar distorsiones. Particularmente no estoy afirmando ni asumiendo que las RNI sean perjudiciales para la salud de las personas y el medioambiente, todo lo contrario. Considero que es un elemento que debe considerarse para la aplicación del principio precautorio por el riesgo que presentan, y espero realmente que las RNI no sean perjudiciales ni riesgosas para la salud ni para el medio ambiente, que con el pasar de los años esta incertidumbre quede disipada de manera favorable a los intereses de los derechos fundamentales y el medioambiente, empero las investigaciones científicas tienen su propio derrotero y sus propias reglas, lo cual va más allá de la voluntad del investigador.

II. Desestimación de la antijuricidad

Sobre este elemento de la responsabilidad civil, comparto la crítica que un sector de la doctrina nacional ha realizado desde un

punto de vista del derecho comparado, no solamente desestimando en considerar la antijuricidad como un elemento de la responsabilidad civil³⁵, sino también desde una posición iusfilosófica³⁶. Toda vez que,

³⁵ Así, Leysser León manifiesta: «La necesidad de verificar la antijuricidad, así sea de paso, en el juicio de responsabilidad civil, es un prejuicio notable también en los planteamientos de la mayoría de exponentes de nuestra doctrina, que da la impresión de padecer una especie de alienación jurídica, que la hace sucumbir, sin ninguna reflexión previa, que los modelos normativos extranjeros y las esquematizaciones de la doctrina elaborada en torno de ellos son automáticamente aplicables en un medio diferente, donde las reglas no coinciden». Y agrega, siguiendo a Jules Coleman «Es suficiente una observación atenta de la realidad circundante, empero, para comprobar que la imposición de la obligación resarcitoria puede prescindir de toda consideración sobre la antijuricidad, y que, por lo tanto, como ha sido destacado sutilmente: o se resarcen daños que no son injustos, o resarcen los daños quienes no han obrado contra la ley o quienes no son propiamente «responsables» de ellos». Vid. Leysser León Hilario, *La responsabilidad civil: Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. 3.^a edición (Lima: Instituto Pacífico, 2017), 88-9. Por su parte y en opinión totalmente contraria, por ejemplo, el extinto profesor Lizardo Taboada manifestó que: «Resulta claro que la antijuricidad es un aspecto fundamental de la estructura de los hechos jurídicos ilícitos que originan una responsabilidad civil [...]». En Lizardo Taboada Cordova, *Elementos de la responsabilidad civil*. 3.^a edición (Editora Jurídica Grijley. Lima, 2013), 47.

³⁶ Por ejemplo, el maestro Fernández Sesarego diáfananamente refiere: «Así, llegamos a la conclusión que lo «antijurídico», contrariamente a lo que se sostiene, no es, a nuestro parecer, una categoría del derecho, es decir, de lo jurídico. Lo expuesto nos lleva a inferir que [...] lo injusto es lo jurídicamente prohibido. Es decir, que lo injusto es, como lo hemos apuntado, el elemento negativo de lo jurídico, si es que consideramos que el incumplimiento del deber y la sanción son maneras de ser de lo jurídico». Y sobre la antijuricidad en relación con la responsabilidad civil, agrega: «Cuando se expresa, en nuestros días, que «hay resarcimiento sin antijuricidad», debemos entender que lo que se pretende decir es que existe reparación de las consecuencias del daño, aunque este provenga de un acto justo, lícito. Ello, dentro de la concepción que, sobre una base humanista, privilegia la atención de las víctimas de las consecuencias del daño sobre la persecución del agente del mismo. En síntesis, es jurídico tanto lo per-

al ser un criterio restrictivo y anclado principalmente en el criterio de imputación de la culpa y traído del derecho penal³⁷, considera como imprescindible la conducta causante del daño, lo cual no ayuda a enfrentar de mejor manera los nuevos daños, propios de una época tecnológica marcada por la presencia de riesgos en los distintos ámbitos del quehacer humano, como criterio de imputación.

mitido, justo, lícito, como lo prohibido, injusto, ilícito. Todas estas situaciones son jurídicas, integran el derecho. Ninguna de ellas son materia de estudio de otra disciplina del saber humano. Solo del derecho». Carlos, Fernández Sessarego, «La «antijuridicidad» como problema», *Dike*, http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_10.PDF.

³⁷ Así, por ejemplo, Francisco Carreón Romero (magistrado en la ciudad de Arequipa), sostiene: «Como ustedes leerán, en el título se plantea la disfunción de la antijuridicidad, es decir, voy a intentar sostener que la antijuridicidad no es un elemento indispensable de la responsabilidad civil y en forma inadecuada algunos sectores de la doctrina y de la jurisprudencia lo utilizan como elemento, como criterio, para resolver situaciones de responsabilidad civil. Entonces uno diría ¿por qué? Considero que existe una confusión. La categoría de antijuridicidad que proviene del derecho penal ha sido traída al derecho civil de la responsabilidad y se confunde con otra categoría con el hecho ilícito. Hay una confusión entre la “antijuridicidad” del derecho penal con “la ilicitud” del derecho de la responsabilidad civil. No nos olvidemos que el ámbito de la antijuridicidad, es el lugar donde se desarrolla, porque en el derecho penal si la acción típica no es antijurídica y luego no es culpable, no hay delito. Pero la antijuridicidad como elemento, ubicable en el derecho penal, cumple una función muy importante. Porque el derecho penal tiene como atención principal a la conducta del agente infractor de la norma, ¿para qué? Para reprimirlo y sancionarlo. Allí cumple una función necesaria, previamente, el juicio de tipicidad. En cambio, la responsabilidad civil tiene como objetivo el resarcimiento de la víctima y su daño. Francisco Carreón Romero «La disfunción de la antijuridicidad en la responsabilidad civil», LP, (consultado el 10 de octubre de 2019), <https://legis.pe/la-disfuncion-de-la-antijuridicidad-de-la-responsabilidad-civil-por-francisco-carreon-romero/>.

Precisamente, el profesor Héctor Augusto Campos García³⁸, en un punto de vista que comparto, concluye: «[...] que la antijuridicidad no forma parte determinante del análisis de responsabilidad civil en el ordenamiento peruano; y que, como lógica consecuencia de lo anterior, «el juicio de resarcibilidad» es dual en tanto un daño será pasible de resarcimiento, tanto si se deriva de un acto lícito como de un acto ilícito».

También añade lo siguiente:

Desde nuestro punto de vista, la visión expuesta a lo largo de las líneas precedentes no es contraria a nuestra

³⁸ Héctor Augusto Campos García, «El ámbito dual del “juicio de resarcibilidad” en el ordenamiento jurídico peruano. La negación de la antijuridicidad como categoría normativa en el análisis de responsabilidad civil y la natural afirmación de la resarcibilidad de los “actos lícitos dañosos” en el Código Civil peruano», *Derecho & Sociedad*, 40 (2013), 272, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/12806>. Por su parte, Juan Espinoza Espinoza, manifiesta que: «Aunque la doctrina mayoritaria conviene en utilizar el término antijuridicidad, en lo personal, prefiero el de ilicitud [...] para indicar la contrariedad del acto humano a los valores jurídicos». Juan Espinoza Espinoza, *Derecho de la responsabilidad civil*, 4.ª edición, (Lima: Gaceta Jurídica 2006), 105. Asimismo, sobre la antijuridicidad, Leysser León afirma que: «El yerro del legislador peruano, como bien puede notarse, llegados a este punto, ha consistido en asimilar como supuestos de ausencia de responsabilidad civil figuras y voces de origen y dimensión histórica distintos. Como quiera que ese yerro puede ser revelado con un análisis realmente riguroso, no hay razón para ahondar las confusiones ligando con la «antijuridicidad», automáticamente, todo lo dispuesto en el artículo 1971 del Código Civil. Ello no se admite –como se indicó en los párrafos anteriores– ni siquiera en el ordenamiento alemán, donde la antijuridicidad es requisito expreso del comportamiento generador de la obligación resarcitoria aquiliana, según lo prescrito en el § 823 del BGB». Leysser León Hilario, *La responsabilidad civil: Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, 3.ª edición (Lima: Instituto Pacífico, 2017), 50.

práctica procesal, sino complementaria pues permite apreciar que el rol de la tutela resarcitoria no se agota en los escenarios de ilicitud, sino que abarca supuestos que incluyen a los actos lícitos, lo cual es coherente con la visión que ve el baricentro de la responsabilidad civil en el daño ocasionado, antes que en las conductas que contravienen al ordenamiento jurídico.

Por lo tanto, somos de la opinión de que existen sectores en los que nuestro legislador se ha asegurado de excluir toda limitación de resarcibilidad que pueda encontrar apoyo en el requisito de la antijuridicidad³⁹. Así tenemos la Ley General del Ambiente, Ley 28611, que en su artículo 142, 2, De la responsabilidad por daños ambientales, dispone, que:

Se denomina daño ambiental a todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes, que puede ser causado *contraviniendo o no disposición jurídica*, y que genera efectos

negativos actuales o potenciales». (Las cursivas son nuestras).

Como se puede evidenciar del régimen de responsabilidad establecido en la Ley General del Ambiente Peruano, no se hace ninguna referencia a la antijuridicidad, y es más, este es un caso de daño ambiental que encajaría perfectamente dentro de la responsabilidad objetiva, en razón de que no es necesaria la contravención de una norma jurídica, de manera que el elemento resaltante es el menoscabo material que sufre el medio ambiente o sus componentes, incluso el daño potencial⁴⁰, donde considero que podrían encajar las radiaciones no ionizantes (sean emitidas en partículas o en ondas electromagnéticas) vertidas al espacio como consecuencia de una actividad industrial, en la medida que estas dañen y queden acreditadas algún componente del medio ambiente o la salud de las personas⁴¹.

³⁹ Por ejemplo, Patrick Wieland Fernandini y Luis Miguel Velarde Saffer, si bien discrepan de la posición asumida por el régimen de responsabilidad asumido por la Ley General del Ambiente, sostienen que: «De esta manera, si una actividad ha sido expresamente autorizada por el regulador correspondiente y quien la ejercita lo hace en estricto respeto de los parámetros que le han sido indicados (ejercicio regular de un derecho), pero aun así se producen daños, quien realizó tal actividad deberá responder por ellos, debiendo asumir el pago de la indemnización correspondiente. En resumidas cuentas, en este caso específico el legislador ha dejado de lado la antijuridicidad como elemento de la responsabilidad, centrandose así su atención en el daño antes que en la conducta o actividad que lo produce». Patrick Wieland Fernandini y Luis Miguel Velarde Saffer, «Quien contamina paga... ¿Existen «daños autorizados» A la luz de las reglas de la responsabilidad ambiental?», *Revista Peruana de Derecho de la Empresa* 65, (2008), 389, <https://bit.ly/2UUh4I>.

⁴⁰ El *daño potencial*, es definido por el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) como aquella «[c]ontingencia, riesgo, peligro, proximidad, eventualidad de que ocurra cualquier tipo de detrimento, pérdida, impacto negativo, perjuicio al ambiente y/o alguno de sus componentes como consecuencia de fenómenos, hechos, circunstancias con aptitud suficiente para provocarlos, que tienen su origen en el desarrollo de actividades humanas». En contraposición al *daño real* o concreto, que comprendería el «[d]etrimento, pérdida, impacto negativo, perjuicio actual probado, causado al ambiente y/o alguno de sus componentes como consecuencia del desarrollo de actividades humanas». En «Lineamientos para la aplicación de las medidas correctivas previstas en el literal d) del numeral 22.2 del artículo 22 de la Ley 29325. Ley del Sistema Nacional de Evaluación Fiscalización Ambiental, publicado el 23 de marzo de 2013, en el diario oficial *El Peruano*, https://www.oefa.gob.pe/?wpfb_dl=6840.

⁴¹ Empero, como en derecho nada es estático y todo es debatible, hay posiciones en contra; así por ejemplo, sobre los elementos del daño ambiental, Lorenzo de la Puente Brunke refiere que, la antijuridicidad sería implícita: «El numeral 142.2 del artículo 142 de la LGA incluye un elemento que no corresponde a la propia definición:

Precisamente sobre el *daño potencial*, el Tribunal de Fiscalización Ambiental en Minería, Energía, Pesquería e Industria Manufacturera de la OEFA ha establecido que:

En la configuración del daño ambiental no es indispensable que los efectos negativos del menoscabo material producido en el ambiente sean actuales, sino que resulta suficiente que dichos efectos negativos sean potenciales, entendiendo como potencial aquello que puede suceder o existir. En tal sentido, el menoscabo material se configura frente a toda acción u omisión que altere, trastorne o disminuya algún elemento constitutivo del ambiente; mientras que lo potencial son los efectos negativos de ese menoscabo, es decir, la probabilidad futura en grado de verosimilitud de que ocurran dichos efectos negativos. En consecuencia, para la configuración del daño ambiental no es indispensable que los efectos negativos del menoscabo material producido en el ambiente sean reales, sino que resulta suficiente la potencialidad de que puede suceder o existir el daño⁴².

que el daño ambiental puede ser causado contraviniendo o no disposición jurídica. Tal referencia no corresponde, propiamente, a una definición de daño ambiental, sino a un elemento de la responsabilidad civil. La antijuridicidad, al igual que el daño, el nexo causal y los factores de atribución, son elementos de la responsabilidad civil extracontractual». Y agrega «Lo que nos está indicando es que la antijuridicidad de una conducta que causa un daño ambiental no depende de la contravención a una disposición legal, sino que por sí misma es antijurídica». En Lorenzo de la Puente, «La noción jurídica de daño ambiental y una peculiar argumentación del Tribunal de Fiscalización Ambiental». En *Derecho & Sociedad*, 42 (2014), 178.

⁴² Resolución del Tribunal de Fiscalización Ambiental, Sala Especializada en Minería, Energía, Pesquería e Industria Manufacturera de la OEFA,

II.III. La probabilidad del daño como elemento de la responsabilidad

Desde luego, este punto de vista, implicaría un cambio de paradigma para la responsabilidad civil, en razón de que no solo se considerará al daño real en sí como el elemento vital de la responsabilidad civil, sino también a su probabilidad de ocurrencia (el daño potencial) como un criterio adicional de imputación.

En este sentido, Albert Ruda González refiere:

El principio de precaución sugeriría que se cambiase el paradigma, de modo que la responsabilidad se fundamentase, no en la producción de un daño, sino en su simple amenaza, más o menos cierta. Porque, como ya se ha visto, el principio de precaución tiene un punto de partida radicalmente opuesto al de la responsabilidad civil, que requiere que el daño ya haya tenido lugar para proceder a su reparación⁴³.

Por su parte, Roger Vidal manifiesta:

Es aquí donde encuentra asidero el principio precautorio del Derecho Ambiental contenido en la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo del año 1992, el cual establece que cuando exista peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza

212-2018-OEFA/TFA-SMEPIM, del 25 de julio de 2018, <https://bit.ly/3y8O5Vx>.

⁴³ Albert Ruda González, «El daño ecológico puro. La responsabilidad civil por el deterioro del medio ambiente» (tesis doctoral, Universidad de Girona, 2005), 59, <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/7676/targ.pdf?sequence=4&isAllowed=y>.

científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del ambiente. De esta forma se rompe con uno de los elementos característicos del derecho de daños: el mismo debe ser siempre cierto y no puramente eventual o hipotético.

Concluye resaltando que «tratándose del daño ambiental, es necesaria únicamente la probabilidad futura en grado de verosimilitud para determinar su existencia y tomar las medidas necesarias con el fin de impedir sus efectos nocivos⁴⁴».

Considero que la Ley General del Ambiente, Ley 28611, va en este sentido, al establecer en su artículo 142.2:

Se denomina daño ambiental a todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes, que puede ser causado contraviniendo o no disposición jurídica, y que genera efectos negativos actuales o potenciales. (Las cursivas son nuestras).

Si bien en desacuerdo con el régimen de responsabilidad establecido por la Ley General del Ambiente, empero, Patrick Wieland Fernandini y Luis Miguel Velarde Saffer concluyen que:

De acuerdo con lo establecido en Ley General del Ambiente, todo daño ambiental será, dependiendo del caso, un daño intolerable o tolerable, aunque nunca será un daño autorizado. Ello debido a que, en virtud de la normati-

va vigente, todo daño ambiental —real o potencial, significativo o no significativo— debe ser reparado, incluso aquellos derivados del ejercicio regular de un derecho, como sería actuar dentro de los límites máximos permisibles o de la certificación ambiental de una obra o actividad, así como aquellos daños potenciales.⁴⁵

El punto está en determinar si con la amenaza o probabilidad de la ocurrencia de un daño, sea al medio ambiente (bien colectivo) o a algún derecho de la persona como la salud (bien individual), podría ser suficiente para imputar una responsabilidad civil ambiental, pero no en el sentido habitual de la responsabilidad civil, donde se tiene que acreditar necesariamente el daño (*ex post*), sino en el sentido anticipatorio (*ex ante*), sin que tuviese que esperarse el menoscabo en los derechos o bienes individuales o colectivos. Es probable que este sea uno de los elementos de mayor discrepancia (incluso rechazo de responsabilidad), toda vez que, para la tesis clásica, es imprescindible acreditar el daño; caso contrario, no existiría ninguna obligación indemnizatoria o reparadora.

En el caso de las radiaciones no ionizantes, no obstante su incertidumbre de no tenerse certeza, en el sentido de si causará o no un daño en el futuro, considero que, con el apoyo del principio precautorio y la función preventiva de la responsabilidad civil, es posible considerar a la amenaza más o menos objetiva o la probabilidad de un daño como un elemento para imputar

⁴⁴ Roger Vidal Ramos, *La responsabilidad civil por daño ambiental en el sistema peruano*, 123.

⁴⁵ Patrick Wieland Fernandini y Luis Miguel Velarde Saffer, «Quien contamina paga... ¿Existen «daños autorizados» a la luz de las reglas de la responsabilidad ambiental?», 399.

responsabilidad con base en la función distribuidora social del riesgo, en razón de que su exposición prolongada de radioactividad (sea por emisión de partículas u ondas electromagnéticas a la atmósfera) es tal y, si bien se ha establecido que se encontrarían por debajo de los niveles máximos permisibles, no ha quedado descartada su dañosidad del todo.

En este sentido, el tema de análisis, en mi opinión, no es tanto determinar si se es o no responsable por generar un riesgo-beneficio, un riesgo creado o un riesgo-empresa, sino de qué manera nuestra sociedad, el Estado, delimita una protección de la persona humana (fin supremo del derecho de acuerdo con el artículo 1.º de nuestra Constitución Política) y del medioambiente, ante la presencia de radiaciones no ionizantes proveniente de fuente artificial como las estaciones de telecomunicaciones o de sus terminales, por su naturaleza incierta.

Por ello, desde una concepción amplia de la responsabilidad civil, la problemática de las radiaciones no ionizantes como elemento determinante para que exista responsabilidad, creo yo, no está en ver más el elemento objetivo de la certeza del daño, que es indiscutible para la concepción restringida de la responsabilidad civil, sino de qué manera un fondo de contingencia en aplicación de la función preventiva y distribuidora social del riesgo puede hacer frente a estos daños lícitos que eventualmente puedan surgir como consecuencia del funcionamiento de estas estaciones radioeléctricas y sus terminales en el ejercicio regular de un derecho, esto es, prestación de servicios de telecomunicaciones. *Nótese que aquí ya no es relevante la culpa como criterio de imputación, ni la certeza del daño como elemento de la responsabilidad, sino lo*

relevante es la probabilidad de un riesgo para la salud por RNI, por lo que, la alternativa bien podría ser la creación de un fondo de contingencia mediante una reserva de ley, sin perjuicio, claro está, si transcurrido un tiempo prolongado de diez o más años, y siempre y cuando la víctima pruebe el daño que ha sufrido —como en el caso italiano que hemos visto⁴⁶—, está en todo su derecho de solicitar la indemnización que corresponda, ahora sí con sustento en la responsabilidad civil estricta, tal como la conocemos.

II.IV. El nexó causal en la emisión de radiaciones no ionizantes

Para la opinión tradicional de la responsabilidad civil, es bastante conocido que el

⁴⁶ En el caso italiano citado, para los magistrados que vieron la causa quedó probado que Roberto Romeo trabajó para Telecom S.p.A (una operadora italiana) durante el periodo 1995-2010, sobre la base de sus labores propias de coordinación. En la hipótesis más prudente, habría usado el teléfono con ellos durante al menos dos horas y media por día (2 llamadas telefónicas x 5 minutos x 15 colegas). En la hipótesis mayor, las horas en el teléfono se volvieron más de siete (3 llamadas telefónicas x 10 minutos x 15 compañeros), a lo que se sumó el tiempo dedicado en hacer llamadas telefónicas para informar a sus superiores y empresas externas que colaboró en el trabajo, y debido al uso anormal de teléfonos móviles, Roberto Romeo sufrió una patología llamada «neurinoma del acústico», un tumor benigno, pero invalidante, así se reconoce la relevancia de un daño biológico permanente del 23 % en su salud. Por una exigencia, que superaríamos ampliamente la cantidad de hojas, no será analizada en el presente artículo la sentencia italiana, dejándolo para otra oportunidad; sin embargo, para quienes se interesen, se puede consultar la sentencia en su versión italiana en: Asociación Vallisoletana de Afectados por las Antenas de Telecomunicaciones (Avaate), «El Tribunal de Apelaciones de Turín confirma la conexión entre el uso del teléfono móvil y los tumores cerebrales», Sentencia 721/2017 R.G.L., del 14 de enero de 2020, Tribunal de Apelaciones de Turín, https://avaate.org/IMG/pdf/urteil_torino_romeo_2019.pdf.

nexo causal es un elemento determinante para que pueda configurarse dicha responsabilidad y por tanto la indemnización o el resarcimiento. Sin embargo, asumir esta lectura del nexo causal es incompleta y debe ser superada, en razón de que el derecho no puede seguir respondiendo únicamente a una lógica mecanicista y anclada en el principio de causalidad de la física newtoniana, por lo que habría que preguntarse, lo siguiente ¿son adecuados los métodos utilizados tradicionalmente por el derecho de la responsabilidad civil para resolver cuestiones como la del nexo causal, en las que la incertidumbre es su particularidad, como podría ser, por ejemplo, en el caso de las radiaciones no ionizantes?

Naturalmente considero que no, porque esta presencia de partículas u ondas electromagnéticas respondería a una contaminación difusa (conurrencia de diversos factores y concausas), en donde el potencial daño presenta especial dificultad para atribuirlo a una única conducta concreta (múltiples concesionarias por ejemplo), por lo que el nexo causal se muestra impreciso e insuficiente, fundamentalmente desde el punto de vista fáctico o natural, que no ayuda brindar una solución razonable por la presencia de nuevos riesgos como el de las radiaciones no ionizantes.

Roger Vidal, precisamente, refiere que «en materia ambiental, el nexo causal constituye la relación de causa y efecto entre la conducta contaminante (humos, ruidos, entre otros) y el daño producido (daños al patrimonio y la salud)⁴⁷.

⁴⁷ Roger Vidal Ramos, *La responsabilidad civil por daño ambiental en el sistema peruano*, 88.

Asimismo, sobre el nexo causal, Guido Alpa⁴⁸ refiere:

Como lo testimonian muchas de las decisiones citadas, el nexo causal se dirige al intérprete no solo para determinar la subsistencia de uno de los requisitos esenciales del acto ilícito, sino también para seleccionar las hipótesis en las que el daño es resarcible.

Y sobre el criterio probabilístico, agrega:

La regla probabilística es de ayuda en los casos en los que el último hecho vinculado con el evento parece no ser el único que lo ha provocado dentro de la cadena causal, y no es fácil establecer en la secuencia una «regularidad» que permitiría calificar el último hecho como única y exclusiva causa del evento.

Por lo tanto, ensayaríamos una respuesta preliminar, donde el nexo causal podría configurarse entre las partículas emitidas por las radiaciones no ionizantes al medioambiente como efecto contaminante y el daño producido en la salud de las personas (como en el caso italiano, enfermedad profesional por exposición ocupacional a radiofrecuencia por telefonía móvil) en clave de probabilidad, como amenaza de un daño, y al riesgo como criterio de imputación, como ampliaremos a continuación.

II.V. El factor o criterio de imputación

Si la finalidad principal de la responsabilidad civil es establecer quién debe resistir

⁴⁸ Guido Alpa, «¿Hacia dónde se dirige la responsabilidad civil?», trad. César E. Moreno More, *Ius et Veritas* 45 (2012), 39-41, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11987>

la obligación de reparar frente al daño sufrido y no dejarlo a la víctima con su desgracia, queda claro que, para tal efecto, se han creado los criterios de imputación⁴⁹, los cuales son el criterio subjetivo (culpa y dolo) y el criterio objetivo (riesgo, peligro). Así, en la responsabilidad objetiva es irrelevante la culpa con la que se haya actuado, pues lo relevante es determinar si debe trasladarse el peso del daño al agente que usó o realizó actividad riesgosa o peligrosa⁵⁰; en tanto que en la responsabilidad subjetiva⁵¹ será necesaria la prueba de la culpa del

agente causante del daño para que la víctima pueda beneficiarse de la reparación.

Por lo tanto, el criterio de imputación de la responsabilidad para las radiaciones no ionizantes siempre ha de ser objetivo, principalmente porque estamos frente a una actividad lícita, que presenta un riesgo por la incertidumbre que la caracteriza, donde no se busca la autoría de un sujeto de derecho que tenga que cargar con la responsabilidad, sino en vía preventiva y distributiva se busca que sea un fondo de contingencia la que pueda cubrir los costos de su reparación.

Si bien el criterio de imputación ha de ser el factor objetivo, no se descarta el criterio subjetivo de la culpa en casos en donde las radiaciones no ionizantes estén expuestas a topes que superen los límites máximos permisibles de su emisión, que, en este caso, —previo informe fundamentado del Ministerio de Transporte y Comunicaciones o del Ministerio del Ambiente—, acrediten que las RNI emitidas han sido superadas por la norma sectorial correspondiente a los LMP, si bien esto no ha sucedido, pero no se descartan.

II.VI. Flexibilización de la carga de la prueba

Por otra parte, desde el prisma del derecho procesal, y considerando su importancia para la realización efectiva de un derecho sustantivo como las que acoge la responsabilidad civil, en relación con el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, considero que es importante referirnos por lo menos brevemente a la carga de la

⁴⁹ Juan Espinoza Espinoza, por ejemplo, plantea: «Este elemento contesta la pregunta ¿a título de qué se es responsable?, vale decir, constituye «el fundamento del deber de indemnizar». Existen factores de atribución subjetivos (culpa y dolo), objetivos (realizar actividades o ser titular de determinadas situaciones jurídicas que el ordenamiento jurídico considera), también forman parte de los factores de atribución el abuso del derecho y la equidad. La doctrina trata a estos dos últimos como subtipos de factores de atribución objetivos (porque no se basan en la culpa)». Vid. Juan Espinoza Espinoza, *Derecho de la responsabilidad civil*, tomo I, 9.ª edición (Lima: Instituto Pacífico, 2019), 260, 61.

⁵⁰ Así la Corte Suprema, en el caso Brunito, sobre la responsabilidad objetiva ha manifestado: «Siendo un tema de responsabilidad objetiva es irrelevante la culpa con la que haya actuado el chofer de la empresa o las propias demandadas. De allí que se haya señalado que: «En aquellos ámbitos en los que el daño es objetivamente imputable al agente, el juicio de previsibilidad deviene en irrelevante a la hora de declarar la responsabilidad»; en esas circunstancias, aunque el agente se haya portado con diligencia «será responsable del daño derivado de su actividad». Sentencia de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, Casación 1714-2018, Lima, 21 de enero de 2019, fundamento primero, ítem 7, <http://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/ar-web/Cas-1714-20189-Lima.pdf>.

⁵¹ «Que, la responsabilidad extracontractual, es un deber jurídico general de no hacer daño a nadie. Los criterios de información en materia de responsabilidad extracontractual se proyectan bajo tres criterios de información: a) La responsabilidad subjetiva, contemplada en el artículo 1969 del Código Civil, siendo sus elementos: la determinación de la culpa por acción u omisión. La determinación del dolo por acción u omisión

[...]. Casación 2192-2012-ICA, 31 de marzo de 2014, Código Civil, «Indemnización de daño o culpa». (Lima: Jurista Editores, 2017), 372.

prueba, que también necesita ser flexibilizada en el contexto de hacer funcional nuestra propuesta; de lo contrario, quedaría seriamente desvalido, y el juzgador en un caso concreto no tendría una herramienta jurídica óptima a efectos de amparar una pretensión inhibitoria, cesatoria o resarcitoria.

Por esta razón, tanto la doctrina como la legislación comienzan a incursionar en nuevas soluciones que tiendan a suavizar los rigores de la carga de probar del nexo causal; entre ellas, *la inversión de la carga de la prueba, la presunción del vínculo causal y la imputación directa de la responsabilidad*⁵².

En este sentido, aparece la teoría de la carga dinámica de la prueba, que presenta un importante aporte, y precisamente, uno de sus mentores, el profesor argentino Jorge Peyrano, en una conferencia realizada en el Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal de 2014⁵³ manifestó: [...] A

finés del siglo XX, un poco antes, a partir de los años 80 empezaron aparecer mecanismos más flexibles, dúctil, y en ese panorama de novedades, la más exitosa, que es la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, que en verdad, lo que ha hecho es cambiar la cabeza, es la punta de lanza de otras muchas cosas, un cambio de paradigma absoluto, donde ya no solo el actor debe probar, debe también el demandado, porque el proceso civil es una empresa común, cuya meta es distribuir el pan de la justicia, en la cual de algún modo quiera o no quiera, por fuerza o por razón ambas partes deben poner su grano de arena... es aquella que establece que en casos excepcionales deben probar también quienes están en mejores condiciones, porque a la contraria, le es difícil probar, excepcionalmente no puede, y se llama carga probatoria dinámica porque se desplaza la carga de quien según las reglas normales, ordinarias debía probar, pero en este caso excepcional se desplaza, por eso de lo dinámica a la contraria... y se extendió al derecho de familia, materia de alimentos, al derecho laboral muchísimo, al derecho bancario, a las relaciones de consumidores y usuarios, al derecho ambiental, para protegerlos de los elementos ambientales perjudiciales, como por ejemplo las antenas de telefonía celular que producen alzhéimer, campos electromagnéticos, tema importantísimo no es solamente responsabilidad

⁵² Roger Vidal Ramos, La responsabilidad civil por daño ambiental en el sistema peruano, 89.

⁵³ Jorge Walter Peyrano, «La conveniencia para el proceso de la carga dinámica de la prueba», XI Congreso Internacional de Derecho Procesal celebrado en ciudad de Panamá en agosto 2014, evento anual que organiza el Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal (ICPDP), <https://www.youtube.com/watch?v=m2PPRilheg4>. El mismo Jorge Peyrano, en otro de sus artículos sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, precisó: «[...] que frente a situaciones excepcionales que dificultan la tarea probatoria de una de las partes, se debe desplazar el esfuerzo probatorio respectivo hacia la contraria, por encontrarse esta en mejores condiciones de acreditar algún hecho o circunstancia relevante para la causa. Entre las referidas nuevas reglas se destaca aquella consistente en hacer recaer el *onus probandi* sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva [...]». Jorge Peyrano concluye, en relación con la falta de su regulación en el ordenamiento procesal, que: «Si bien existen reglas corrientes del reparto del esfuerzo probatorio, excepcionalmente se registran justificados apartamientos de ellas. El apartamiento

que más difusión ha alcanzado es, sin duda, la doctrina de las cargas probatorias dinámicas o de la mayor facilidad probatoria. Como fundamento de ella destaca la aplicación de una de las reglas de la sana crítica que manda que «lo diferente en materia probatoria se debe valorar distinto». Vid. Jorge Walter Peyrano, Escritos sobre diversos Temas de derecho procesal. La carga de la prueba», 972-4, <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/38jorge-w-peyrano.pdf>

civil médica, quirúrgica y fue más allá de la responsabilidad civil [...].

En este orden de ideas, habría que preguntarse ¿por qué es necesario que la carga de la prueba necesite ser flexibilizada en un supuesto de hecho de responsabilidad civil como consecuencia de la emisión de radiaciones no ionizantes?

En nuestra opinión, por la sencilla razón de que toda pretensión no puede ser exonerada de la prueba, en razón que aceptar la liberación total de la carga de la prueba, sería abrir un abanico amplio de injusticias y saturar con carga adicional a nuestro sistema judicial, por lo que, si se ha de flexibilizar, es en la forma de incorporar al proceso sobre quién ha de recaer cierto aspecto de la prueba, cuál de las partes se encuentra en mejores condiciones profesionales y técnicas de aportarla. En el caso de las telecomunicaciones, las operadoras estarían de lejos en mejores condiciones que los usuarios y del mismo Estado en aportar los niveles técnicos de exposición y potencia en las que se emiten las radiaciones no ionizantes, pero serían los centros médicos especializados o de investigación, actuando con ética, podrían también aportar elementos valiosos. Como quiera, este es un tema que apenas comienza a debatirse; se espera que nuevas investigaciones puedan contribuir y, entre tanto, se espera que el derecho y el Estado cuanto menos puedan tomar medidas preventivas.

En consecuencia y por todo lo expuesto, *a priori* no podríamos descartarlo del todo como inofensivos al riesgo de las radiaciones no ionizantes, mientras la ciencia no haya descartado categóricamente sobre sus reales efectos, pero tampoco podemos irresponsablemente satanizarlos como po-

sibles generadores de todos los males que se les atribuyen, como el cáncer, leucemia, dolores, insomnio, tumores de cabeza, estrés, etc., como cierto sector de la sociedad pretende hacerlo. Lo que sí debemos hacer (sea como función preventiva-precautoria y/o de distribución social del riesgo de la responsabilidad civil o como una política pública del Estado si se quiere) mientras se discuta y se conozca sobre sus reales efectos, es contar con un plan de contingencia, y que mediante una ley o la modificatoria de una existente se implemente un fondo económico, o a través del seguro, en razón de que, de ser considerado como una actividad riesgosa, nada asegura que con el transcurrir de los años y las diversas investigaciones de orden biológico, físico y médico que se vienen realizando, quede acreditada su dañosidad, perjudicando aquellos bienes jurídicos como el medioambiente, la salud, la vida y la integridad psicosomática de las personas. En palabras del maestro Fernández Sessarego⁵⁴:

El ser humano es un ente complejo, ya que está constituido por una unidad inescindible de cuerpo o soma y psique, que se sustenta en su ser libertad. Por consiguiente, a la persona se le puede dañar en cualquiera de dichas manifestaciones, por lo que su tratamiento debe tomar en consideración el específico aspecto de la persona que se ha dañado antes de establecer la modalidad de reparación más idónea en función de sus consecuencias.

Asimismo al medioambiente, considerándolo como un bien o categoría jurídica

⁵⁴ Carlos Fernández Sessarego, *El derecho de daños en el umbral de un nuevo milenio* (Trujillo: Normas Legales, 2004), 513.

protegida por el derecho y nuestro hábitat natural, a efectos de asegurar nuestra sobrevivencia en nuestro planeta.

Conclusiones

1. Para el adecuado funcionamiento de los diversos servicios de telecomunicaciones, que es de interés nacional y social, se necesita de mayor infraestructura de telecomunicaciones, más aun cuando se viene implementado la tecnología 5G, con la que es inevitable la emisión de radiaciones no ionizantes a la atmósfera mediante partículas u ondas electromagnéticas.
2. Existe consenso, en la comunidad científica, en que las radiaciones no ionizantes producen cuanto menos un efecto térmico (calor) y un efecto no térmico de naturaleza incierta. Surge entonces naturalmente un riesgo que no ha sido descartado por las ciencias médicas y se necesita incidir en la prevención de la salud y el cuidado del medioambiente.
3. Es necesario que el Estado, las concesionarias y los usuarios de estos servicios, tengan que redistribuir los costos por el riesgo permitido y los beneficios que perciben, de ser el caso a través de las indemnizaciones, seguros o fondos de contingencias que puedan implementarse mediante una reserva de ley o realizando las modificaciones necesarias a una ley existente. Un ejemplo podría ser la Ley 29022 Ley para la Expansión de Infraestructura en Telecomunicaciones, que precisamente en su artículo 9, inciso d, se limita a regular la responsabilidad por los daños y perjuicios como consecuencia de la instalación y operación de este tipo de Infraestructura.
4. En cuanto a las funciones de la responsabilidad civil, podemos concluir que la emisión de radiaciones no ionizantes de las estaciones de telecomunicaciones y del uso de sus terminales (como el celular) presentan un riesgo para la salud y el medioambiente, y que podrían ser considerados como supuestos de actos lícitos riesgosos para el medioambiente y la salud de las personas, y, por lo tanto, aplicable la función preventiva-precautoria y distribución social del riesgo de la responsabilidad civil.
5. Las radiaciones no ionizantes podrían ser consideradas como actos lícitos riesgosos para el medioambiente y la salud de las personas, en cuyo eventual juicio de tutela resarcitoria la antijuricidad debe dejarse de lado; por lo tanto no es necesaria la contravención de norma alguna para buscar medidas que puedan reparar el daño, ya que es suficiente un daño potencial para la activación de la responsabilidad civil objetiva.
6. Sobre el nexo causal, ensayamos una respuesta preliminar. Podría configurarse la emisión de partículas por las radiaciones no ionizantes al medio ambiente como efecto contaminante y el daño producido en la salud de las personas (como en el caso italiano, enfermedad profesional por exposición ocupacional a radiofrecuencia por telefonía móvil) en clave de probabilidad, como amenaza de un daño potencial, y al riesgo como criterio de imputación.
7. El criterio de imputación de la responsabilidad siempre ha de ser objetivo, principalmente porque estamos frente

a una actividad lícita, permitida, que presenta un riesgo por la incertidumbre que caracteriza a las radiaciones no ionizantes. Con ello no se busca más la autoría de un sujeto de derecho que tenga que cargar con la responsabilidad, sino, en vía preventiva y distributiva, se busca que sea un fondo de contingencia o un seguro el que pueda cubrir los costos de su reparación, al amparo del artículo 1970, 1985 y 1988 del Código Civil, así como en el artículo 142.2 de la Ley General del Ambiente.

8. En cuanto a la flexibilización de la prueba, encontramos aplicables las cargas probatorias dinámicas, donde ya, no solo el actor debe probar, debe también el demandado ayudar. Ello debido a que el proceso es común a las partes, que en casos excepcionales —como en el de riesgos por emisión de RNI— deben aportar los medios de prueba también quienes están en mejores condiciones como aquellas entidades del Estado, o las mismas operadoras, que sí cuentan con organismos especializados y expertos, dado que al agraviado le es difícil probar por la evidente asimetría.
9. Desde el derecho vivo, el caso italiano es el primero en «que la justicia italiana reconoce la plausibilidad del efecto oncogénico de las ondas electromagnéticas de los teléfonos móviles»; así como es, «la primera vez que una sentencia establece una relación de causalidad entre un tumor en el cerebro y el uso excesivo del móvil», más precisamente por riesgo profesional y daño biológico permanente, sufrido por un trabajador de una operadora de dicho país, quien por el uso normal de un terminal móvil (celular) por más de quince años, le ha sido diagnosticada una patología, «neu-rinoma del acústico», un tumor benigno, pero invalidante en su salud.
10. Finalmente, desde una mirada de la responsabilidad civil objetiva, estos actos lícitos riesgosos (emisión de RNI para la prestación de servicios de telecomunicaciones al amparo de una licencia, como es el caso de una concesión y dentro de los parámetros de los límites máximos permisibles de exposición) podrían ser dañosos para el medioambiente y la salud de las personas en grado de probabilidad, y por lo tanto, escenario para la aplicación del principio precautorio en vinculación directa con la responsabilidad civil ambiental. Ello si bien se realizaría principalmente para efectos preventivos, también se aplicaría para evitar el acaecimiento de un daño conocido, probado, como sería desde la óptica del derecho de la responsabilidad civil en sentido estricto (micro-sistémico), pero esta vez, también desde una categoría distinta, a partir de una probabilidad riesgosa —como criterio de imputación— que pueda presentar las radiaciones, a efectos de encuadrar dentro de la responsabilidad civil ambiental, y en esa medida sea la función preventiva-precautoria (junto con la función desincentivadora y resarcitoria) el fundamento, para que la responsabilidad civil pueda tutelar en casos como los descritos por riesgos de radiaciones no ionizantes.

Bibliografía

Alpa, Guido. «¿Hacia dónde se dirige la responsabilidad civil?». Trad. César E. Mo-

reno More. *Ius et Veritas* 45 (2012): 39-41. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11987>

Asociación Vallisoletana de Afectados por las Antenas de Telecomunicaciones (Avaate). «El Tribunal de Apelaciones de Turín confirma la conexión entre el uso del teléfono móvil y los tumores cerebrales». https://avaate.org/IMG/pdf/urteil_torino_romeo_2019.pdf (consultado el 30 de marzo de 2020).

Campos García, Héctor Augusto. «Brevísimos apuntes sobre la correlación entre la certeza del daño y la prueba del daño». *Actualidad Jurídica* 246 (2014), 101-102.

Campos García, Héctor Augusto. «El ámbito dual del «juicio de resarcibilidad» en el ordenamiento jurídico peruano. La negación de la antijuridicidad como categoría normativa en el análisis de responsabilidad civil y la natural afirmación de la resarcibilidad de los «actos lícitos dañosos» en el Código Civil peruano». *Derecho & Sociedad* 40 (2013): 257-272. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/12806>

Campos García, Héctor Augusto. «La responsabilidad civil derivada de actos lícitos dañosos en el derecho privado: breves reflexiones desde una perspectiva comparatista de los principales ordenamientos sudamericanos y europeos». *AIS: Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 3, 2 (2015): 75-108. <https://revistas.usal.es/index.php/ais/article/view/14450/14814>

Cruz Ornetta, Víctor. «Evaluación del riesgo de los campos electromagnéticos de la telefonía móvil». *Revista Especializada de*

la UNMSM, 56 (2005): 31-33. <https://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtualdata/publicaciones/consejo/boletin56/a04.pdf>

De la Puente Brunke, Lorenzo. «La noción jurídica de daño ambiental y una peculiar argumentación del Tribunal de Fiscalización Ambiental». *Derecho & Sociedad* 42, (2014): 169-178. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/12473>

Espinoza Espinoza, Juan. *Derecho de la responsabilidad civil*. 4.^a edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2006.

Espinoza Espinoza, Juan. «Sobre los denominados actos ilícitos dañosos». *Ius et Veritas* 51 (2015): 116-122. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15655>

Espinoza Espinoza, Juan. *Derecho de la responsabilidad civil*. Tomo I. 9.^a edición. Lima: Instituto Pacífico, 2019.

Fernández Sessarego, Carlos. *El derecho de daños en el umbral de un nuevo milenio*. Trujillo: Normas Legales, 2004.

Fernández Sessarego, Carlos. «La “antijuridicidad” como problema». *Diké*. http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecaautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_10.PDF

Guidry, Virginia. «Alta exposición a la radiación de radiofrecuencia asociada con el cáncer en ratas macho». (Noviembre de 2018). <https://bit.ly/3y95D3Z> (consulta realizada el 11 de julio de 2021).

Kemelmajer de Carlucci, Aída. «El principio de precaución en el derecho de la responsabilidad civil. Estado de la situación

en el derecho argentino». *Revista Jurídica de la Universidad de San Andrés* 3 (2016). <https://bit.ly/3i8JdKt>

Lanegra Quispe, Iván. «La regulación de la incertidumbre: un análisis crítico del principio precautorio» *Derecho & Sociedad* 35 (2010): 99-103. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13265>

La República. «Es falso que en Miraflores desmontaron una antena 5G por ser riesgosa para la salud». <https://bit.ly/2Vcq5Cg> (consultado el 30 de mayo de 2021).

León Hilario, Leysser. *La responsabilidad civil: Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. 3.ª edición. Lima: Instituto Pacífico, 2017.

Merino Acuña, Roger. «Los fines de la responsabilidad civil y la retórica del desarrollo de la industria». *Actualidad Jurídica* 107 (enero, 2010): 215-242.

More, Javier y Manuel Gavilano. «Estimación del número de estaciones base celular para atender la demanda de servicios móviles en el Perú al año 2025». Osiptel, 2020, 31. <https://bit.ly/3iSA7AO>

Peyrano, Jorge Walter. «Escritos sobre diversos Temas de derecho procesal. La carga de la prueba». <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/38jorge-w-peyrano.pdf>

Peyrano, Jorge Walter. «La conveniencia para el proceso de la carga dinámica de la prueba». Ponencia. XI Congreso Internacional de Derecho Procesal. Agosto de 2014. <https://www.youtube.com/watch?v=m2PPRilheg4>.

Rodota, Stefano. «Modelos y funciones de la responsabilidad civil». Traducido por Leysser L. León. *Themis* 50 (2005): 199-206. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8772>

Ruda González, Albert. «El daño ecológico puro. La responsabilidad civil por el deterioro del medio ambiente». Tesis doctoral. Universidad de Girona. 2005. <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/7676/targ.pdf?sequence=4&isAllowed=y>.

Taboada Córdova, Lizardo. *Elementos de la responsabilidad civil*. 3.ª edición. Lima: Grijley, 2013.

Vidal Ramos, Roger. *La responsabilidad civil por daño ambiental en el sistema peruano*. Lima: Lex & Iuris, 2014.

Westreicher, Carlos Andaluz. *Manual de derecho ambiental*. 5.ª edición. Lima: Iustitia, 2016.

Wieland Fernandini, Patrick. *Introducción al derecho ambiental*. Colección «Lo Esencial del Derecho» N.º 5, Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2019.

Wieland Fernandini, Patrick y Luis Miguel Velarde Saffer. «Quien contamina paga... ¿Existen “daños autorizados” a la luz de las reglas de la responsabilidad ambiental?», *Revista Peruana de Derecho de la Empresa* 65 (2008): 369-399. <https://bit.ly/2UUlh4I>

APUNTES GENERALES SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL GENERADA EN EL MARCO DEL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

General notes on Civil Liability caused in the context of Public Function exercise

Autores: Carlos Renzo Olivera Gonzales*
Pamela Torres Prado**

REVISTA

LP Derecho

**Carlos Renzo Olivera Gonzales
Pamela Torres Prado**

«Apuntes generales sobre la responsabilidad civil generada en el marco del ejercicio de la función pública».

Revista LP Derecho.

1 (2021): 116-134.

Recibido: 21/06/2021

Aprobado: 27/07/2021

* Abogado por la Universidad Nacional de San Agustín. Egresado de la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad Católica de Santa María. Especialista en control gubernamental, delitos contra la Administración pública y anticorrupción. Correo electrónico: cr.oliveragonzales@gmail.com

 <https://orcid.org/0000-0002-4642-5376>

** Abogada por la Universidad Nacional de San Agustín. Egresada de la Maestría en Gestión Pública de la Universidad Católica de Santa María. Especialista en derecho registral y derecho administrativo. Correo electrónico: pamela.tp18@gmail.com

 <https://orcid.org/0000-0001-7118-436X>

Resumen

Toda actividad humana es pasible de producir daño, por lo que este aspecto no escapa a la Administración pública, dado que, como parte medular en el desarrollo de una sociedad, sus agentes (funcionarios y servidores públicos) pueden ocasionar perjuicios patrimoniales al Estado con motivo del ejercicio de sus cargos. Uno de los mecanismos para enfrentar dichas inconductas recae en la figura jurídica de la responsabilidad civil, la cual, a través de determinados caracteres particulares, funge de paliativo frente a malas prácticas funcionales generadas en el propio aparato estatal.

Palabras clave

Responsabilidad civil; función pública

Abstract

All human activity is liable to cause damage, so this aspect doesn't escape the Public Administration, given that, as a core part in the development of a society, its agents (civil servants and public servants) can generate patrimonial damages to the State due to of the exercise of their positions, consequently one of the mechanisms to face said misconduct falls on the legal figure of Civil Liability, which, through certain particular characteristics, acts as a palliative against functional malpractices generated in the state apparatus itself.

Keywords

Civil liability; public function

Preámbulo

En la mayoría de casos, la cátedra y la extensa bibliografía del derecho incorporan, dentro de su valioso rastro cognitivo, historias, fábulas y otros apólogos que suelen convertirse en verdades aforísticas que terminan por trazar caminos profesionales. Así ocurrió, en lo que a nosotros respecta, con la brevísima alusión histórica que yace en el Libro V de las *Historias* de Heródoto de Halicarnaso, la cual versa sobre Sisamnes, quien a mediados del siglo V a. C. fue un juez persa que se dejó sobornar para dictar una injusta sentencia. Frente a este hecho, el rey Cambises II ordenó desollarlo y, con el cuero resultante, hizo recubrir el asiento en el que fue dada dicha sentencia. Luego nombró a Ótanes, hijo del otrora juez, para que asumiera el puesto de su desollado padre y dictase sus sentencias desde dicho asiento como advertencia a las consecuencias que pudieran verterse sobre aquel que deshonró el mandato de impartir justicia.

Sea que se trate de una fabulesca advertencia moral, que el historiador griego pretendió dejar plasmada en sus escritos, sea que resultase una historia cierta, con detalles aún más sombríos que los descritos, no cabe duda alguna de que desde tiempos antiguos subsiste una idea inequívoca de responsabilidad que se desprende de los actos desarrollados por personajes investidos con poder público. Es un aspecto que incluso la pintura dejó plasmado a través de un díptico que representa la historia antes narrada, la cual fue comisionada al pintor Gerard David (1460-1523) para el Cabildo Municipal de Brujas (Bélgica), con lo cual obsequió a la posteridad una sesuda

invitación a pensar sobre la suma responsabilidad que acarrea el ejercicio de la función pública o, a grandes rasgos, que todo acto derivado del ejercicio público que se encuentre desalineado con la ley implica la determinación de responsabilidades.

En épocas contemporáneas es imposible pensar en sanciones coriáceas como la narrada previamente (aunque es de recibo que muchos actos deleznable, germinados en el propio seno del aparato público, pudieran merecer castigos análogos). Sin embargo, encontrándonos en lo que conocemos como Estado constitucional de derecho, la idea de punición derivada del ejercicio de la función pública ha evolucionado y aterrizado a la imposición de diferentes sanciones a razón del tipo de responsabilidad generada, entre las que se encuentra la responsabilidad civil derivada del ejercicio de la función pública.

En tal sentido, la intención del presente artículo no es en lo absoluto agotar el tema de la responsabilidad civil generada por los agentes públicos, sino que, por el contrario, el propósito es apuntalar algunas bases generales que permitan el desarrollo posterior y reforzamiento de esta temática del derecho que no ha sido tan asediada como otros aspectos de talante jurídico de igual importancia.

I. Aspectos generales de la responsabilidad civil y su implicancia en el ejercicio de la función pública

La obligación del resarcimiento por los daños generados ha estado desde siempre en la impronta cognitiva del ser humano. Así, el Código de Hammurabi, la Ley de

las XII Tablas o la Ley Aquilia son solo algunos ejemplos del pasado remoto que nos enseñan que el concepto de responsabilidad es íntimo a la idea de sociedad y desarrollo. Sin embargo, como se ha señalado en párrafos precedentes, la idea de resarcimiento o punición generada con motivo del incumplimiento de un determinado deber ha evolucionado paralelamente a la trascendencia histórica del hombre, por lo que la responsabilidad civil no ha estado exenta a dichos cambios.

Con posterioridad a las grandes revoluciones del siglo XVIII, la idea de responsabilidad civil que conocemos hoy en día germinó en la centuria decimonónica que en derecho es asimilada como la época de las codificaciones¹. Destaca, como preclaro ejemplo, el Código Civil francés (o Código de Napoleón) de 1804, el cual tuvo una innegable influencia en el resto de códigos que se desarrollaron en los sucesivos periodos históricos y que, para los fines que nos competen, se ocupó en dividir el tema de la responsabilidad civil en: a) el derecho de daños generados por el incumplimiento de una obligación (lo que actualmente conocemos como responsabilidad civil contractual), y b) el derecho de daños causados por delitos y cuasidelitos (lo que hoy en día conocemos como responsabilidad civil extracontractual)².

¹ En Europa se erigió el Código Civil italiano de 1865 y el Código Civil español de 1889; mientras que Sudamérica vio la luz del Código Civil peruano de 1852, el Código Civil chileno de 1855 y el Código Civil argentino de 1869.

² El Código de Napoleón consagró el trinomio «culpa, daño, responsabilidad» en los artículos 1382 y 1383. Según el artículo 1382, se establecía que: «Todo hecho del hombre que causa a otro un daño, obliga a aquel por cuya culpa ocurrió a repararlo». Por su parte, el artículo 1383 del mismo código señalaba que: «Cada uno es

Esta división bipartita ha evolucionado en los últimos doscientos años. Aunque en la palestra jurídica peruana hay ecos doctrinarios que se decantan por un sistema unificado de responsabilidad, nuestro ordenamiento jurídico ha asumido la noción bipartita, tal como se encuentra plasmada en el Código Civil (Decreto Legislativo 295), estando a que el apartado de la responsabilidad civil contractual se encuentra señalado en el artículo 1321 y conexos; mientras que lo concerniente a la responsabilidad civil extracontractual se encuentra descrito en el artículo 1969 y siguientes³.

Así pues, la responsabilidad civil puede entenderse —en resumidas cuentas— como aquel instituto jurídico que estudia el fenómeno del daño ocasionado con motivo de la interacción dolosa o culposa que ejerce una persona sobre otra como conse-

responsable del daño que ha causado no solo deliberadamente, sino también por su negligencia o imprudencia». Según la opinión doctrinaria tradicional, el artículo 1382 se refiere al daño causado con intención o dolo; en tanto que el artículo 1383 se refiere a la culpa en estricto, mencionándose tanto a la negligencia o imprudencia. *Vid.* Cristián Aedo-Barrena, «¿Siguió el Código Civil francés el pensamiento de Domat en materia de culpa (*faute*) extracontractual?». *Revista Chilena de Derecho* 44 (2017).

³ «20. Así, en materia de responsabilidad civil contractual, el criterio subjetivo de responsabilidad (culpa) se encuentra regulado en el artículo 1321 del Código Civil, ligado a la inexecución de las obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve; mientras que, en materia de responsabilidad civil extracontractual, se encuentra regulado en el artículo 1969 del mismo cuerpo legal, conforme al cual todo daño producido por dolo o culpa resulta pasible de indemnización. Es así que, en cada caso, el juzgador analiza —dentro de cada criterio— los elementos de la responsabilidad civil a fin de establecer el monto indemnizatorio correspondiente». Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0001-2005-PI/TC.

cuencia del incumplimiento de una obligación, o como resultado de una conducta sin vínculo obligacional, respecto de lo cual subyace una determinada obligación de reparar el perjuicio causado⁴.

Ahora bien, como se ha puntualizado previamente, nuestro ordenamiento normativo desarrolla la responsabilidad civil desde dos ángulos claramente definidos: desde el punto de vista del incumplimiento de obligaciones (responsabilidad civil contractual) y desde la óptica de la generación de daño sin la mediación de un vínculo obligacional (responsabilidad civil extracontractual). En palabras de Taboada⁵, cuando el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, se habla en términos doctrinarios de «responsabilidad civil contractual» y, dentro de la terminología de nuestro Código Civil, de «responsabilidad derivada de la inexecución de obligaciones».

Por el contrario, cuando el daño se produce sin que exista ninguna relación jurídica previa entre las partes, o incluso si existiendo ella el daño es consecuencia no del incumplimiento de una obligación voluntaria, sino simplemente del deber ju-

rídico genérico de no causar daño a otro, entonces nos encontramos frente a la denominada «responsabilidad civil extracontractual».

Así, aun cuando nuestro Código Civil se adhiere al sistema tradicional —vale decir, a una noción bipartita de responsabilidad civil—, esto no es impedimento para que se entienda que este tipo de responsabilidad en nuestro ordenamiento jurídico es uno solo; mientras que su bifurcación responde, más que nada, a un aspecto estrictamente metodológico-normativo, el cual permite establecer las claras diferencias existentes entre ambas en razón de sus *características causales* propias. Esto no significa en absoluto que dichos criterios de responsabilidad civil (contractual o extracontractual) presenten naturalezas contrapuestas, sino que ambos responden, en buena cuenta, a la noción principista del *alterum non laedere*; en otras palabras, el principio general de «no hacer daño a otro», siendo este criterio el principio rector de la institución jurídica de la responsabilidad civil⁶.

⁴ En palabras de Leysser León, la responsabilidad civil es un fenómeno que consiste en que el ordenamiento jurídico haga de cargo de una persona el deber de resarcimiento del daño ocasionado a otro, como consecuencia de la violación de una situación jurídica. Las normas de responsabilidad civil garantizan, pues, la integridad de las situaciones jurídicas, al determinar que los perjuicios causados de manera ilegítima sean asumidos y resarcidos por alguien. *Vid.* Leysser Luggi León Hilario, *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, 2.^a edición (Lima: Jurista, 2007).

⁵ *Vid.* Lizardo Taboada Córdova, *Responsabilidad civil extracontractual* (Lima: Academia de la Magistratura, 2000).

⁶ Lizardo Taboada expresa que debe quedar claramente establecido que la responsabilidad civil es una sola, existiendo como dos aspectos distintos la responsabilidad civil contractual y extracontractual. Ambas tienen como común denominador la noción de antijuricidad y el imperativo legal de indemnizar los daños causados. La diferencia esencial radica, como es evidente, en que en un caso el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación previamente pactada y en el otro, el daño es producto del incumplimiento del deber jurídico genérico de no causar daño a los demás. Esta diferencia justifica las diferencias de matiz en la regulación legal de los dos aspectos de la responsabilidad civil. *Vid.* Lizardo Taboada Córdova, *Elementos de la responsabilidad civil* (Lima: Grijley, 2003).

En puridad, la responsabilidad civil es una institución jurídica dentro de la cual existe la obligación de indemnizar por daños causados en virtud de un incumplimiento de las obligaciones asumidas mediante una relación contractual o por el acontecimiento de un hecho ilícito o riesgo creado (fuente extracontractual), en la cual la reparación deberá consistir en el establecimiento de una situación anterior, o —si ello es imposible— en un pago por concepto de indemnización⁷.

De tal forma, como se ha previsto en los párrafos precedentes, el ámbito de la responsabilidad civil que responde a los fines del presente trabajo es aquel que ha sido generado en el ejercicio de la función pública. Por lo tanto, el eje de atención se centrará en lo que respecta a la responsabilidad civil contractual, dado que existe un vínculo obligacional (contractual, laboral o de cualquier otra índole) entre el funcionario o servidor público involucrado y una determinada entidad⁸.

En mérito a ello, nuestro ordenamiento jurídico ha tenido a bien otorgarle a la Contraloría General de la República (ente rector del Sistema Nacional de Control) una atribución particular en el marco de la persecución de este tipo de inconductas

generadoras de responsabilidad civil en el espectro de la Administración pública. No es esta, desde luego, una atribución exclusiva o excluyente. Así, la novena disposición final (definiciones básicas) de la Ley 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, delimitó la responsabilidad civil de la siguiente manera:

Responsabilidad Civil. Es aquella en la que incurren los servidores y funcionarios públicos que, por su acción u omisión, en el ejercicio de sus funciones, hayan ocasionado un daño económico a su entidad o al Estado. Es necesario que el daño económico sea ocasionado incumpliendo el funcionario o servidor público sus funciones, por dolo o culpa, sea esta inexcusable o leve. La obligación del resarcimiento a la entidad o al Estado es de carácter contractual y solidario, y la acción correspondiente prescribe a los diez (10) años de ocurridos los hechos que generan el daño económico⁹.

Como puede verse, en atención a lo vertido por la citada definición legal, la obligación de resarcimiento a una determinada entidad es de origen contractual. Esta es reputada a los servidores públicos o funcionarios que, con motivo de una acción u omisión del ejercicio funcional, produjeron un daño patrimonial en contra de los intereses del peculio público.

⁷ *Vid.* Sentencia de vista de 7 de mayo de 2019, recaída en el Expediente 07585-2018-0-1801-JR-LA-84, emitida por la Octava Sala Laboral Permanente en la Nueva Ley Procesal de Trabajo de la Corte Superior de Justicia de Lima.

⁸ Según Torres Vásquez, «en la esencia de la responsabilidad civil contractual está el incumplimiento, como obrar antijurídico del deudor, que origina la obligación de indemnizar los daños causados, como una nueva obligación que sustituye a la preexistente creada por el contrato», *Vid.* Aníbal Torres Vásquez, *Teoría general del contrato* (Lima: Pacífico Editores, 2012), II, 1312.

⁹ Aunque de manera más resumida, la norma previa a la Ley 27785, vale decir la Ley 26162, Ley del Sistema Nacional de Control, definió a este tipo de responsabilidad civil de la siguiente manera: «Es en la que incurren los servidores y funcionarios públicos que en el ejercicio de sus funciones hayan ocasionado un daño económico a su entidad o al Estado».

La ilación funcional existente entre el agente público y el Estado puede verse representada de diferentes formas, vale decir, a través de las obligaciones contraídas en mérito a un vínculo de origen contractual, sea por razón de las funciones propias de un vínculo laboral, sea por otro tipo de relación asumida entre el propio Estado y el funcionario o servidor público. Este vínculo funcional se materializa a través de una variada gama de elementos propios de la Administración pública: documentos de gestión figurados en el Reglamento de Organización y Funciones (ROF), el Manual de Organización y Funciones (MOF). También puede tratarse de lineamientos, directivas, memorandos y documentos análogos que evidencien fehaciente e ineludiblemente la existencia de un vínculo funcional servidor-Estado y, de tal forma, sea exigible el cumplimiento de sus obligaciones.

II. Sobre el ejercicio de la función pública

Hablar de responsabilidad civil derivada del ejercicio de la función pública implica, *per se*, filtrar a los sujetos que pueden verse implicados en la generación de dicha responsabilidad y reunirlos íntegramente dentro de la catalogación de agentes que ejercen la función pública. Para tal efecto, resulta trascendente para los fines de este trabajo acudir al artículo 2 de la Ley 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública, a través del cual se entiende por *función pública* a «toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre o al servicio de las entidades de la Administración pública, en cualquiera

de sus niveles jerárquicos»¹⁰. Así, puede entenderse, de manera preliminar, que la función pública es toda actividad regentada por el Estado que es realizada por personas investidas con características particulares y que desarrollan actividades específicas en un determinado estamento de la Administración pública¹¹.

Ahora bien, las personas que ejercen la función pública pueden recibir diversas denominaciones de acuerdo al cargo o desarrollo de funciones que llevan a cabo dentro del aparato estatal. Sin embargo, y a efectos de agrupar dicha denominación en el presente marco, podemos convenir con la definición resguardada en el artículo 4 de la Ley 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública, la cual define como *servidor público* a todo funcionario o empleado de las entidades de la Administración pública en cualquiera de los niveles jerárquicos, sea este nombrado, contratado, designado, de confianza o electo, que desempeñe actividades o funciones en nombre del servicio del Estado. Para tal efecto, no importa el régimen jurídico de la entidad en la que preste servicios, ni el

¹⁰ La norma en cuestión se yergue en clave de desarrollo constitucional en mérito del artículo 39 de la Constitución Política del Perú, el cual establece que: «Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la nación».

¹¹ «Es indiscutible que una de las obligaciones legales impuestas al funcionario es respetar la Constitución, lo que implica respetar los derechos individuales de los administrados, allí establecidos. El funcionario que viola un derecho individual establecido en la Constitución, viola con ello la Constitución, y cumple de esa manera en forma irregular las obligaciones legales a él impuestas, debe, por lo tanto, ser responsable». *Vid.* Agustín Gordillo, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas. Teoría general del derecho administrativo* (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2013), VIII, 568.

régimen laboral o de contratación al que esté sujeto, por lo que puede decirse que el servidor público es la persona que traduce y desarrolla el designio del aparato público a través del ejercicio de la función pública.

En el marco de dicha óptica, a través de las sentencias recaídas en los expedientes 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, el Tribunal Constitucional se refirió a la función pública en los siguientes términos:

Una interpretación constitucionalmente adecuada del concepto «función pública» exige entenderlo de manera amplia, esto es, desde el punto de vista material como el desempeño de funciones en las entidades públicas del Estado. La determinación de este aspecto ha de efectuarse casuísticamente. No obstante, en vía de principio, pueden ser considerados como tales cargos el de los servidores públicos, en general, de conformidad con la ley de la materia, de los profesores universitarios, los profesores de los distintos niveles de formación escolar preuniversitaria, servidores de la salud, servidores del cuerpo diplomático y, ciertamente, jueces y fiscales.

Adicionalmente, en la sentencia recaída en el Expediente 5057-2013-PA/TC, el citado tribunal indicó que la función pública debe ser entendida como el desempeño de funciones en las entidades públicas del Estado, señalando además que la condición de funcionario o servidor público no se identifica, por ejemplo, por un tipo de contrato o vínculo de un trabajador con la Administración pública, sino por el desempeño de funciones públicas en las entidades del Estado.

Como puede verse, el sujeto inmerso en el desarrollo de la responsabilidad civil debe encontrarse revestido de las cualidades propias de un servidor público. Se entiende ello, *lato sensu*, como cualquier persona que guarde *vinculación funcional* con el Estado en atención a un determinado tipo de vínculo material; vale decir, el régimen laboral o contractual que ostenta el involucrado, o cualquier otro modo acreditativo de relación con la Administración pública. En suma, y en el marco del análisis de este tipo de responsabilidad, se trasciende así el concepto de *función pública*, pues es en razón de esta idea como podrá verificarse la existencia o no de una infracción de deberes funcionales en mérito del cargo que ostente un determinado servidor público.

III. Elementos de la responsabilidad civil

Mucho se ha discutido en la doctrina nacional con relación a los elementos de la responsabilidad civil que de manera concurrente deben operar para su configuración. Sin embargo, hay cierto consenso —ciertamente, delimitado por la jurisprudencia— que señala la existencia de cuatro elementos sin los cuales no podría hablarse de responsabilidad civil. Para arribar a ello, puede traerse a colación lo versado en la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0001-2005-PI/TC, la cual, a través de su fundamento 24, señaló lo siguiente:

[...] queda claro que en nuestro ordenamiento jurídico existen dos criterios de responsabilidad civil bajo los cuales toda acción o conducta que genera daños y perjuicios, dependiendo de la existencia de una obligación

o sin ella, así como del cumplimiento de cada uno de los elementos de la responsabilidad civil (*antijuridicidad, daño causado, relación de causalidad y factores de atribución*), trae como consecuencia el resarcimiento indemnizatorio a favor de la víctima, por lo que solo bajo estos criterios se desarrollan fórmulas indemnizatorias¹².

Como puede verse, y tal como se señaló previamente, resulta indistinto para los fines práctico-jurídicos de nuestro ordenamiento normativo que se hable de responsabilidad civil contractual o extracontractual¹³; existe, en efecto, identidad respecto de los cuatro elementos que deben concurrir para la configuración de dicha responsabilidad¹⁴. Resulta didáctico acudir a lo

vertido en la Casación 3470-2015, emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, la cual en su tercer fundamento señala lo siguiente:

[...] se han establecido cuatro elementos conformantes de la responsabilidad civil y estos son: 1) *La antijuridicidad*; entendida como la conducta contraria a ley o al ordenamiento jurídico; 2) *El factor de atribución*; que es el título por el cual se asume responsabilidad, pudiendo ser este subjetivo (por dolo o culpa) u objetivo (por realizar actividades o, ser titular de determinadas situaciones jurídicas previstas en el ordenamiento jurídico), [...]; 3) *El nexa causal o relación de causalidad* adecuada entre el hecho y el daño producido; y 4) *El daño*, que es consecuencia de la lesión al interés protegido y puede ser patrimonial (daño emergente o lucro cesante) o extrapatrimonial (daño moral y daño a la persona)¹⁵.

Así pues, en mérito al consenso doctrinario nacional, y de acuerdo con la jurisprudencia sobre el tema, se tiene que, para la configuración de la responsabilidad civil,

¹² Las cursivas son nuestras.

¹³ «El primer caso es un supuesto de responsabilidad civil extracontractual regulado en los artículos 1969 y 1970 del Código Civil. El segundo, un supuesto de responsabilidad civil por inexecución o ejecución parcial, tardía o defectuosa de obligaciones prevista en el artículo 1314 y siguientes del mismo código. Pese a sus diferencias, en ambos casos sus elementos están bien definidos y deben concurrir para que se produzca la indemnización; tales elementos son el comportamiento dañoso, la consecuencia dañosa o daño causado, la relación de causalidad y los factores de atribución. El comportamiento dañoso implica la existencia de una conducta ilícita, abusiva o nociva que contraviene no solo una determinada norma sino los valores y principios sobre los cuales ha sido construido el sistema jurídico. Sin embargo, la ausencia de esta conducta ilícita, abusiva o nociva tiene como consecuencia, en la responsabilidad contractual, la inexistencia de la reparación». *Vid.* Casación 2360-2017, emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.

¹⁴ «Respecto a los elementos de relación de causalidad y del factor de atribución, no habiéndose determinado la existencia del primer ni del segundo elemento de la responsabilidad civil (conducta antijurídica y daño), no merece exigir análisis a estos elementos de responsabilidad civil, pues todos los elementos de la responsabilidad civil de-

ben concurrir copulativamente». *Vid.* Casación 2360-2017, emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.

¹⁵ En ese mismo sentido, se tiene lo señalado por la Sentencia de Vista del 7 de mayo de 2019, recaída en el Expediente 07585-2018-0-1801-JR-LA-84, emitida por la Octava Sala Laboral Permanente en la Nueva Ley Procesal de Trabajo de la Corte Superior de Justicia de Lima, la cual establece: «Para ello, en caso que una conducta pueda ocasionar una lesión o menoscabo, el cual se deberá analizar dentro de los elementos constitutivos propios de la responsabilidad civil, esto es, *la antijuridicidad, el daño, el nexa causal y los factores de atribución*» (las cursivas son nuestras).

deben concurrir cuatro elementos: *antijuridicidad*, *factor de atribución*, *nexo causal* y *daño*, los cuales serán desarrollados en clave de la figura jurídica de la responsabilidad civil generada en el ejercicio de la función pública.

III.I. Antijuridicidad

La antijuridicidad, también denominada en la literatura jurídica «comportamiento dañoso», «conducta ilícita», «hecho ilícito» o «ilicitud», entre otras denominaciones análogas, es aquella actividad concreta realizada por un determinado servidor público que acarrea un daño o lesión en la esfera patrimonial del Estado. Este elemento es identificable a través del incumplimiento funcional desarrollado por el sindicado.

Al respecto, la jurisprudencia ha señalado, con acierto, que dicho comportamiento implica la existencia de una conducta ilícita, abusiva o nociva, que contraviene no solo una determinada norma sino los valores y principios sobre los cuales ha sido construido el sistema jurídico, por lo que la ausencia de esta conducta ilícita tiene como consecuencia, desde luego, la inexistencia de la reparación¹⁶.

A nivel doctrinario, Taboada señala que uno de los requisitos fundamentales de la responsabilidad civil en general es la antijuridicidad, por cuanto se entiende que solo nace la obligación de indemnizar cuando se causa daño mediante una conducta o comportamiento que no es amparada por el derecho, por contravenir una norma imperativa, los principios que conforman el

orden público o las reglas de convivencia social que constituyen buenas costumbres¹⁷. Igualmente, Torres Vásquez señala que uno de los presupuestos de la responsabilidad civil es el *incumplimiento objetivo de un deber*, el cual se produce cuando el sujeto no ejecuta la obligación que ha asumido mediante un acto jurídico o cuando viola el deber general de no dañar a otro¹⁸.

En esa misma línea de ideas, Espinoza señala que el concepto de *licitud* no debe ser confundido con el de *legalidad*, puesto que esta última significa, en el sentido más amplio y general, la existencia de leyes y el sometimiento a estas; por el contrario, la *licitud* es la conformidad con los valores jurídicos, como, por ejemplo, la justicia. En otras palabras, se puede colegir que la *legalidad* es la conformidad con la ley; mientras que la *licitud* es la conformidad con la justicia, por lo que la acepción material de *licitud* (conformidad al valor «justicia») debe prevalecer sobre la acepción formal (conformidad al dato legislativo)¹⁹.

De tal forma, en cuanto al tema que nos ocupa, el hecho generador de la conducta ilícita, sea esta por acción u omisión, es el que se realiza por un funcionario o servidor público implicando la infracción de sus deberes y que se encuentra en íntima relación con el daño producido. Así, el elemento «antijuridicidad» exige que dicho comportamiento haya vulnerado una obligación específica que es atribuible al funcionario

¹⁶ Fundamento 11 de la Casación 2360-2017 emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.

¹⁷ Lizardo Taboada Córdova. *Elementos de la responsabilidad civil*, 28.

¹⁸ Aníbal Torres Vásquez, *Teoría general del contrato*, II, 1315.

¹⁹ Juan Espinoza Espinoza, *Derecho de la responsabilidad civil*. 8.ª edición (Lima: Instituto Pacífico, 2016), 114.

o servidor público, ya sea que dicha vinculación obligacional se encuentre contenida en una norma legal, reglamentaria, contrato o en cualquier documento análogo del que se desprenda el ejercicio de su función.

Asimismo, el hecho ilícito no solo puede verse configurado ante el quebrantamiento de los deberes generales inherentes a la función del servidor (obligaciones e impedimentos a razón de su cargo), sino que también puede evidenciarse a través de la infracción de los deberes complementarios de protección y diligencia a los que se encuentra sometido todo funcionario o servidor público.

Con relación a ello, cabe precisar que, en el marco de la Administración pública, el comportamiento del funcionario o servidor público no solo atañe al respeto irrestricto del principio de legalidad (que, en su concepción más general, se traduce en la observancia objetiva de la ley), sino que atañe, además, a la vertiente positiva del citado principio, es decir, al subprincipio o criterio de vinculación positiva²⁰, el cual desarrolla de manera más específica el concepto del principio de legalidad en el ámbito de la Administración pública. Dicho subprincipio, en resumidas cuentas, señala que un funcionario o servidor público puede llevar a cabo una determinada actuación solo si hay una norma legal habilitante para ello, por lo que bien puede acudirse al precepto *quae no sunt permissae, prohibita intelliguntur* («lo que no está permitido, está prohibido»).

²⁰ Alfredo Galán Galán, «La consolidación del principio de vinculación negativa en el ámbito local», *Revista CEMCI* 8, julio-setiembre (Barcelona, 2010), 3, <https://revista.cemci.org/numero-8/pdf/articulo2.pdf>

En tal sentido, para determinar la existencia de una conducta antijurídica, el funcionario o servidor público implicado en la configuración de responsabilidad civil debe hallarse en el ejercicio de sus funciones al momento de configurarse la acción u omisión. Por ello, será indispensable la identificación del respectivo documento habilitante para el ejercicio funcional; bajo dicho marco, su actuación —sea a título comisivo u omisivo— debe contradecir el ordenamiento jurídico, situación que se evidencia, en primer lugar, a través de la identificación de los dispositivos legales transgredidos, sean estos generales, específicos o internos, o de cualquier otra disposición normativa sobre una determinada materia aplicable al caso concreto. Y, en segundo lugar, se evidencia a través de las funciones incumplidas, aspecto que se verifica materialmente conforme a las funciones asignadas con motivo del cargo que ostenta el funcionario o servidor público.

Dichas funciones, por lo general, son identificadas a partir de los documentos de gestión de cada entidad, principalmente a partir del MOF, el cual puede ser complementado por el ROF. Las funciones asignadas pueden hallarse también en las cláusulas o fórmulas contractuales que denoten obligaciones, o en cualquier documento análogo a través del cual sea posible la identificación de funciones con relación a un determinado funcionario o servidor público.

III.II. Daño

A partir de un estudio metodológico de los elementos constitutivos de la responsabilidad civil, y conforme a la materia que aborda el presente trabajo, el daño es el segundo presupuesto que conforma esta

figura, dado que el resultado inmediato de la conducta antijurídica desplegada por el funcionario o servidor público deviene en la generación de un daño patrimonial en contra del Estado.

Este elemento es considerado por muchos como el presupuesto central en cuanto a responsabilidad civil se refiere, en la medida que, ante la ausencia de daño, no habría motivo de reparación y, por lo tanto, resultaría innecesaria la elucubración de un determinado caso, dada la inexistencia de responsabilidad civil. Así pues, es tanta su importancia que incluso gran parte de la literatura jurídica apunta con darle a esta rama del derecho el *nomen iuris* de «derecho de daños»²¹.

Puede señalarse que el daño es cualquier situación que resulte desfavorable patrimonialmente al Estado, esto en tanto que el funcionario o servidor público, a través del despliegue de una determinada conducta comisiva u omisiva, ha generado un perjuicio económico como consecuencia de la alteración de los bienes jurídicos protegidos por la Administración pública, perjuicio que debe ser resarcido por el o los sindicatos en la configuración de dicha responsabilidad civil.

Cabe destacar, asimismo, que, en el ámbito de este tipo de responsabilidad generada por funcionarios o servidores públicos, siempre se hablará de un perjuicio patrimonial, no considerándose otros tipos de

daño, como son el personal, el moral u otros, situación que resulta clara en vista de que el sujeto pasivo o afectado por el elemento dañoso es el Estado²².

A nivel doctrinario, León Hilario estima que:

[...] el término «daño» sirve para nominar situaciones negativas. Desde una perspectiva jurídica, el daño es una condición desfavorable para un sujeto de derecho que merece ser resarcida, siempre que el evento que la ha producido afecte una posición protegida por el ordenamiento [...] todo lo cual conforma el fenómeno de la responsabilidad civil²³.

De otro lado, es ampliamente conocido que el daño debe reunir dos caracteres: ser indubitable y ser cuantificable. En cuanto al primero, el daño debe ser cierto, debe existir materialmente, no ser hipotético ni inminente, por lo que no puede presumirse eventualidad en su producción. En cuanto al segundo componente, el daño debe ser expresado objetivamente a través de una determinada cantidad pecuniaria: luego de ser tamizado a través de un determinado análisis, debe ser inequívoco y debe corresponderse íntimamente con la conducta del funcionario o servidor público.

²¹ «El daño es la lesión a un derecho subjetivo o interés de la víctima del incumplimiento del deber. No hay responsabilidad civil sin daño. El daño y la injusticia de su padecimiento por el damnificado es el centro de gravedad de la responsabilidad civil». Vid. Aníbal Torres Vásquez, *Teoría general del contrato*, II, 1316.

²² Beltrán Pacheco entiende el «daño» como el detrimento o menoscabo generado a un interés jurídicamente tutelado por el ordenamiento jurídico. Vid. Jorge Alberto Beltrán Pacheco, «El daño en la responsabilidad civil», *Revista de la Academia Nacional de la Magistratura* (Lima, 2016), 69.

²³ Leysser Luggi León Hilario, *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, 105.

El tipo de daño que nos ocupa, como ya se ha señalado, es el patrimonial, respecto del cual la doctrina es unánime al clasificarlo en dos grandes rubros: i) *daño emergente*, definido como el empobrecimiento concreto y directo generado como consecuencia de la lesión a los bienes que se encontraban en la esfera patrimonial del Estado; asimismo, puede señalarse que es la pérdida que sobreviene en el patrimonio del sujeto afectado por el incumplimiento de un contrato o por haber sido perjudicado por un acto ilícito, o, como sostiene un sector autorizado de la doctrina italiana, *la disminución de la esfera patrimonial* del dañado²⁴; y, ii) *lucro cesante*, entendido como todo aquel concepto económico que el Estado deja de percibir como consecuencia del daño sufrido; vale decir, implica la verificación de que todos los bienes patrimoniales que normalmente ingresaban al erario estatal dejan de hacerlo debido a la producción de un determinado daño. Este tipo de daño se manifiesta por el no incremento en el patrimonio del dañado, es la ganancia patrimonial neta dejada de percibir²⁵.

En tal sentido, el daño, como elemento de la responsabilidad civil en el marco del ejercicio de la función pública, representa el efecto lesivo, menoscabo o detrimento patrimonial —indubitable y cuantificable— que el funcionario o servidor público ha ocasionado al Estado con motivo de su actuación comisiva u omisiva, pudiendo constituirse dicho daño a través de las figuras del lucro cesante o daño emergente. Luego de haberse determinado la existencia concreta del daño, este genera

la obligación del resarcimiento respectivo a través de las instancias jurisdiccionales competentes.

III.III. Relación de causalidad

Como se señaló previamente, a partir del estudio metodológico del instituto jurídico de la responsabilidad civil, corresponde que el elemento figurado como «relación de causalidad» aterrice en esta instancia, dado que hablar de este concepto implica que antes se ha identificado la existencia de los dos elementos precedentes: *conducta antijurídica* y *daño*. De tal forma, la relación de causalidad tiene como objetivo trazar el vínculo o línea de responsabilidad existente entre el funcionario o servidor público y el perjuicio patrimonial generado en menoscabo del peculio estatal. Así, la «relación causal», «nexo causal», «nexo de causalidad», u otra denominación adoptada por la doctrina, busca identificar un hilo lógico-jurídico que implique necesariamente que el daño patrimonial cuantificado haya sido producto del hecho ilícito identificado.

La doctrina extranjera señala que la relación de causalidad es el nexo o vínculo existente entre la acción y el resultado, en virtud del cual el resultado adquiere la calidad de *efecto de la acción*, a la vez que la acción adquiere la calidad de *causa del resultado*, estableciéndose entre ambos una relación de causa-efecto²⁶. Por su parte, en la doctrina nacional se expresa que no hay responsabilidad civil sin relación de causa-efecto entre la acción imputable a una

²⁴ Juan Espinoza Espinoza, *Derecho de la responsabilidad civil*, 301.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ Adriano de Cupis, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*. Traducción de Ángel Martínez (Barcelona: Bosch, 1996), 107.

persona y el daño experimentado por otra²⁷.

Ahora bien, el estudio de la relación causal ha producido una amplia gama de posturas y teorías que, para efectos del presente trabajo, no serán agotadas en lo absoluto. Más bien, aterrizaremos en la teoría que nuestro ordenamiento jurídico adopta en torno a la responsabilidad civil con motivo del ejercicio funcional de funcionarios y servidores públicos. De tal forma, para esquematizar brevemente las teorías vertidas en torno a la relación de causalidad, resulta muy atendible acudir a lo versado por Goldenberg²⁸, quien analíticamente las bifurca en dos grandes grupos: a) teorías individualizadoras y b) teorías generalizadoras. En las teorías individualizadoras se busca —como es evidente— la individualización, entre una amplia gama de situaciones, del hecho que generó un determinado daño; así, las principales teorías que conforman este grupo son: a) la teoría de la causa preponderante; b) la teoría de la causa adecuada; c) la teoría de la causa eficiente; y d) la teoría de la causa próxima. De otro lado, con respecto al grupo de teorías generalizadoras, en ellas se estima que pueden coexistir varios hechos vinculados a un mismo efecto dañoso.

En lo relativo a la responsabilidad civil generada con motivo de la actuación desplegada por funcionarios y servidores públicos, resulta clarificador acudir a la novena disposición final de la Ley 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República,

la cual define a la *relación causal* de la siguiente manera:

Relación causal. Consiste en la vinculación de causa adecuada al efecto entre la conducta activa u omisiva que importe un incumplimiento de las funciones y obligaciones por parte del funcionario o servidor público y el efecto dañoso irrogado o la configuración del hecho previsto como sancionable.

Sobre el particular, nuestro ordenamiento jurídico asume que la teoría de la *causa adecuada* es concebida por el sistema de responsabilidad civil extracontractual (artículo 1985²⁹ del Código Civil, Decreto Legislativo 295). Sin embargo, la concepción del nexo causal es asumida por la Ley 27785, tal como se desprende de la definición establecida en la novena disposición final, esto pese a que el marco de la actuación de los agentes públicos se decanta por desarrollarse en torno al sistema de responsabilidad civil contractual. Esta situación sucede por cuanto, si bien a este último sistema le correspondería acudir a la teoría de la *causa próxima*, la posición asumida por los órganos del Sistema Nacional de Control —para la persecución de conductas de funcionarios y servidores públicos que son generadoras de responsabilidad civil— es decantarse por la teoría de la *causa adecuada*, dado que esta exige que el daño sea

²⁷ Aníbal Torres Vásquez, *Teoría general del contrato*, II, 1316.

²⁸ Isidoro Goldenberg, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil* (Buenos Aires: La Ley, 2000), 25-32.

²⁹ «Contenido de la indemnización

Artículo 1985. La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño».

una consecuencia inmediata y directa de la inexecución de la obligación³⁰.

Para mayor ahondamiento, Espinoza señala que la teoría de la causa adecuada «busca entre todas las condiciones aquella (o aquellas) que ha(n) influido de manera decisiva en la producción del evento dañino. Hay una visión funcional del análisis causal»³¹. Así, habrá causalidad adecuada «entre un acto o actividad y un daño, cuando concluimos, sobre la base de la evidencia disponible, que la recurrencia de ese acto o actividad incrementará las posibilidades de que el daño también ocurrirá»³². En consecuencia, para esta teoría, «no es causa cada condición del evento, sino solo la condición que sea adecuada, idónea para determinarlo. No se consideran, por tanto, causados por la conducta, aquellos efectos que se han verificado de manera disforme del curso normal de las cosas»³³.

Para la configuración de un determinado efecto dañoso, debe lograrse identificar

que la causa represente por sí misma una conducta adecuada e inmediata para la producción del daño generado. Resulta imprescindible, para ello, identificar los factores normales que en una determinada situación generen el daño, por lo que la acción u omisión desplegada por el funcionario o servidor público debe ser por sí misma capaz de ocasionar normalmente el daño.

Ahora bien, llegado a este punto, es crucial señalar que existen situaciones que resultan ser ajenas a la causalidad normal o «adecuada», las cuales interrumpen el hilo o cadena comunicante entre la conducta y el daño generado. Estas son llamadas comúnmente «fracturas del nexo causal», siendo las más trascendentes la *fuerza mayor*, el *caso fortuito* y el *hecho determinante de terceros*. En cuanto al caso fortuito y la fuerza mayor, el artículo 1315 del Código Civil establece lo siguiente: «Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso».

En suma, en el contexto del presente trabajo, la *fuerza mayor* vendrá a ser el acto propio del Estado que de manera directa influye o incide en el hecho generador, situación que imposibilita al funcionario o servidor público a cumplir efectivamente su obligación funcional, por lo que el daño generado no podrá ser atribuible a este último. De otro lado, en cuanto al *caso fortuito*, el hecho es ocasionado por la propia naturaleza, incidiendo de manera directa en el hecho generador del daño, por lo que la actuación del presunto responsable se ve enervada y, por lo tanto, liberada de responsabilidad civil.

³⁰ «[...] es la relación de causalidad o nexo causal en el que debe existir entre el daño producido y la conducta típica o atípica del causante, porque no habría responsabilidad si no existe una relación de causa efecto entre la conducta que genera el incumplimiento y el daño producido; ante esta premisa, esta relación causal consiste en la vinculación de «causa adecuada» al efecto entre la conducta activa u omisiva que importe un incumplimiento de funciones y obligaciones por parte del funcionario o servidor público y el efecto dañoso irrogado o la configuración del hecho previsto como sancionable». Resolución 11 recaída en el Expediente 3503-2007 del Cuarto Juzgado de Paz Letrado Civil Permanente (Trujillo) de la Corte Superior de Justicia de La Libertad.

³¹ Juan Espinoza Espinoza, *Derecho de la responsabilidad civil*, 254.

³² Guido Calabresi, «Acerca de la causalidad y la responsabilidad extracontractual. Un ensayo en homenaje a Harry Kalven, Jr.». *Thémis, Segunda Época* 33 (1996), 192.

³³ Juan Espinoza Espinoza, *Derecho de la responsabilidad civil*, 254.

Ahora bien, en ambos supuestos —conforme a lo señalado por el citado artículo 1315 del Código Civil— deben concurrir tres elementos o características determinantes, que la situación que pugne por irrumpir en el nexo de causalidad sea *extraordinaria, imprevisible e irresistible*³⁴.

Por otra parte, en cuanto al *hecho determinante por tercero*, se tiene que el presunto sindicado habría tenido únicamente una intervención o participación a título circunstancial en el desarrollo del hecho generador del daño, puesto que el sujeto causante pudo ser un tercero o, incluso, la propia víctima. Al respecto, el artículo 1317 del Código Civil señala: «El deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de la obligación, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por causas no imputables, salvo que lo contrario esté previsto expresamente por la ley o por el título de la obligación». De tal forma, el hecho generado por un tercero debe incidir de manera directa en el hecho generador, por lo que se señala

que este debe ser un hecho *determinante o definitorio*.

En tal sentido, y en palabras de Aníbal Torres, para la configuración de responsabilidad civil debe obrar:

[u]na relación de causalidad suficiente entre el hecho y el daño, es decir, que pueda predicarse que el hecho es la causa fuente [...] del daño. No hay responsabilidad civil [...] sin relación de causa a efecto entre la acción imputable a una persona y el daño experimentado por otra. [...] Al nexo causal se le denomina también imputabilidad fáctica, *imputatio facti*, vínculo material³⁵.

Por lo tanto, bajo la clave del presente trabajo, habrá nexo de causalidad entre la conducta antijurídica desplegada por el funcionario o servidor público y el perjuicio económico generado al Estado cuando la causa sea estrictamente adecuada.

III.IV. Factor de atribución

Este elemento —como señala Espinoza— contesta a la pregunta «¿a título de qué se es responsable?». Vale decir, constituye «el fundamento del deber de indemnizar»³⁶. De tal forma, el factor de atribución es aquel fundamento a partir del cual una persona debe responder por los daños que ha generado. Al respecto, la doctrina ha formulado una bipartición de este elemento de la responsabilidad civil en función a dos grandes sistemas: el *objetivo* y el *subjetivo*.

³⁴ «Según el autor Aníbal Torres Vásquez, *extraordinario* debe tratarse de un hecho anormal, raro y repentino, fuera de lo común, que irrumpe en el curso natural y normal de los acontecimientos [...]; de tal forma que el deudor no haya podido precaverse contra él, aunque haya habido, como lo hay para la generalidad de los sucesos, alguna posibilidad de realización; [...] es *imprevisible*, lo súbito e inesperado de un acontecimiento que el deudor, usando una normal diligencia, no ha podido advertir que acaecerá; [...] la *irresistibilidad*, como elemento de la fuerza mayor exonerante de responsabilidad, significa que el hecho imprevisto es fatal e inevitable al extremo que el deudor, haga lo que haga razonablemente, no puede evitar su acaecimiento ni superar sus consecuencias. A nadie se le puede obligar a lo imposible (*ad impossibilia nulla obligatio est*)». Sentencia recaída en la Casación 1764-2015 de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.

³⁵ Aníbal Torres Vásquez, *Teoría general del contrato*, II, 1316.

³⁶ Juan Espinoza Espinoza, *Derecho de la responsabilidad civil*, 183.

El sistema objetivo de responsabilidad civil busca identificar al *riesgo* como un factor de atribución, por lo que, si con motivo del uso o manejo de bienes riesgosos o actividades de igual talante, el sujeto involucrado generara algún tipo de daño, este se encuentra conminado a reparar el daño ocasionado o indemnizar al sujeto pasivo del perjuicio.

De otro lado, el sistema subjetivo de responsabilidad civil toma en cuenta el *comportamiento* del sindicado causante del daño, por lo que el sujeto involucrado en la perpetración de un determinado perjuicio será responsable en los casos en que su actuación sea a título de dolo o culpa. Sobre el particular, este sistema de responsabilidad es el asumido en la novena disposición final (definiciones básicas)³⁷ de la Ley 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República. Según este dispositivo legal, «[e]s necesario que el daño económico sea ocasionado incumpliendo el funcionario o servidor público sus funciones, por dolo o culpa, sea esta inexcusable o leve». En tal sentido, para que un funcionario o servidor público sea considerado civilmente responsable, se debe identificarse el título de su comportamiento, vale decir, si este fue desplegado a través de culpa o dolo.

³⁷ «Responsabilidad civil. Es aquella en la que incurren los servidores y funcionarios públicos que por su acción u omisión, en el ejercicio de sus funciones, hayan ocasionado un daño económico a su Entidad o al Estado. Es necesario que el daño económico sea ocasionado incumpliendo el funcionario o servidor público sus funciones, por dolo o culpa, sea esta inexcusable o leve. La obligación del resarcimiento a la entidad o al Estado es de carácter contractual y solidaria, y la acción correspondiente prescribe a los diez (10) años de ocurridos los hechos que generan el daño económico».

En cuanto al dolo, el artículo 1318 del Código Civil señala que: «Procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación». De tal forma que —siempre en clave de la responsabilidad civil en el marco de la función pública— el dolo constituye aquella decisión, activa u omisiva, que de manera deliberada es incumplida por un funcionario o servidor público en pleno ejercicio de sus funciones. Este comportamiento tiene figurado un componente volitivo y psicológico, por lo que el sindicado no solo desea, sino que, además, entiende que el incumplimiento de sus obligaciones funcionales acarreará un perjuicio en contra de los intereses patrimoniales del Estado.

Por su parte, la culpa es aquella conducta negligente desplegada por el funcionario o servidor público, conducta que, a su vez, congrega dos tipologías: a) la culpa grave o inexcusable, y b) la culpa leve.

Con relación a la primera de ellas, el artículo 1319 del Código Civil establece lo siguiente: «Incorre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación». De tal forma, nos hallaríamos frente a una situación de culpa inexcusable en los casos en que el funcionario o servidor público haya actuado de manera totalmente descuidada en atención al mínimo de conocimientos que sus funciones le exigen; es considerada como el grado más alto de la culpa, conocida también como «negligencia grave», debido a la omisión de deberes de diligencia³⁸. Así, Santy Cabrera explica que la negligencia grave obedece a que existe una norma, contra-

³⁸ Vid. Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre, *Compendio de derecho de obligaciones*

to o documento de gestión que regula una determinada función; sin embargo, quien ejerce esa función ha obviado o no ha vigilado —cuando estaba obligado— evitar la producción de un daño (perjuicio) y, no obstante, permite que este daño se manifieste, incurriendo así en negligencia grave. En consecuencia, la negligencia grave se presenta cuando aquel sujeto responsable hace menos de lo que debe hacer por norma o por alguna función u obligación señalada en algún contrato o documento de gestión interna de la entidad³⁹.

De otro lado, en cuanto a la culpa leve, el artículo 1320 del Código Civil establece: «Actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar». En tal sentido, le será imputada la culpa leve a aquel funcionario o servidor público que, al momento de llevar a cabo o ejecutar alguna obligación asignada a su cargo o función, despliega actuaciones sin el estándar o parámetros mínimos exigibles. En adición a ello, el artículo 1329 del Código Civil señala: «Se presume que la inexecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor».

Por lo tanto, salvo que no concurran situaciones adicionales que permitan verificar que el funcionario o servidor público haya incurrido en culpa inexcusable, se tendrá por sentada la presunción a favor del Estado de

que dicho sujeto incurrió en culpa leve. Se aprecia que nuestro ordenamiento jurídico ha invertido la carga de la prueba, lo que implica que, en supuestos de culpa leve, no es exigible al demandante la existencia del factor de atribución, sino únicamente de la concurrencia del daño y el nexo de causalidad existente entre este y la conducta antijurídica desplegada. Por el contrario, en supuestos de culpa inexcusable, se aplicará la regla general de probanza; es decir, que, en lo que concierne a la culpa inexcusable, el demandante es quien debe acreditarla⁴⁰.

En suma, el factor de atribución cierra el grueso de elementos que, de manera copulativa, deben concurrir para la configuración de la responsabilidad civil en el marco del ejercicio de la función pública. Este elemento, a decir de Taboada, determina finalmente la existencia de responsabilidad civil, una vez que se han presentado, en un determinado supuesto, los elementos de antijuridicidad, daño y nexo de causalidad⁴¹.

Conclusión

El eje de atención sobre lo desarrollado en este artículo responde a la responsabilidad

(Lima: Palestra Editores, 2008), 851.

³⁹ Luiggi Santy Cabrera, «La responsabilidad civil en el Sistema Nacional de Control (SNC)». *Actualidad Gubernamental*, 59 (Lima, setiembre de 2013), IX-5.

⁴⁰ «En la culpa leve —a diferencia del dolo— no hay intención de no cumplir, no hay mala fe de parte del deudor. Y, a diferencia de la culpa inexcusable, no hay negligencia grave, sino tan solo la falta de diligencia ordinaria. La negligencia consiste en una acción (*culpa in faciendo*) u omisión (*culpa in non faciendo*) no querida pero que obedece a la torpeza o falta de atención del deudor o, generalmente a la omisión de la diligencia ordinaria que exija la naturaleza de la obligación y que corresponda a todas las circunstancias, ya sea que se trate de las personas, del tiempo y del lugar». *Vid.* Gustavo Palacio Pimentel, *Las obligaciones en el derecho civil peruano*. 4.^a edición (Lima: Editorial Huallaga, 2002), 496.

⁴¹ Lizardo Taboada Córdova, *Elementos de la responsabilidad civil*, 25.

civil contractual generada en el ejercicio de la función pública, o, dicho de otro modo, la responsabilidad civil funcional, dado que existe un vínculo obligacional (contractual, laboral o de cualquier otra índole) entre el funcionario o servidor público involucrado y una determinada entidad.

En consecuencia, para que pueda constituirse la obligación de resarcimiento —valga decir, patrimonial— contra un determinado funcionario o servidor público, resulta imprescindible que concurren copulativamente los elementos de la responsabilidad civil, como son la antijuridicidad, el daño, la relación de causalidad y el factor de atribución. Así, la ilación de estos elementos conllevará determinar que la conducta funcional desplegada por un agente de la Administración pública repercutió negativamente contra el patrimonio estatal y, por tanto, la entidad agraviada es pasible de ser resarcida económicamente por el involucrado.

El objetivo del presente trabajo no ha sido, en lo absoluto, agotar la inconmensurable gama de aspectos que se ciernen sobre el instituto jurídico de la responsabilidad civil generada con motivo del ejercicio de la función pública. Más bien, se apuntalan en este estudio las ideas centrales, tanto legales y jurisprudenciales como doctrinarias, que permitan germinar en el lector un interés por este tema que no ha sido tan asediado como otros.

V. Bibliografía

Aedo-Barrena, Cristián. «¿Siguió el Código civil francés el pensamiento de Domat en materia de culpa (*faute*) extracontractual?». *Revista Chilena de Derecho*, 44 (2017): 629-651.

Beltrán Pacheco, Jorge Alberto. «El daño en la responsabilidad civil». *Revista de la Academia Nacional de la Magistratura* (2016): 69.

Calabresi, Guido. «Acerca de la causalidad y la responsabilidad extracontractual. Un ensayo en homenaje a Harry Kalven, Jr.». *Thémis. Segunda Época*, 33 (1996):92.

Cupis, Adriano de. *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*. Traducción de Ángel Martínez (Barcelona: Bosch, 1996).

Espinoza Espinoza, Juan. *Derecho de la responsabilidad civil*. 8.ª edición (Lima: Instituto Pacífico, 2016).

Galán Galán, Alfredo. «La consolidación del principio de vinculación negativa en el ámbito local». *Revista CEMCI*, 8, julio-septiembre (2010), 3. <https://revista.cemci.org/numero-8/pdf/articulo2.pdf>

Goldenberg, Isidoro. *La relación de causalidad en la responsabilidad civil* (Buenos Aires: La Ley, 2000).

Gordillo, Agustín. *Tratado de derecho administrativo y obras selectas. Teoría general del derecho administrativo* (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo. 2013), VIII.

León Hilario, Leysser Luggi. *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. 2.ª edición (Lima: Jurista, 2007).

Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Compendio de derecho de obligaciones* (Lima: Palestra Editores, 2008).

Palacio Pimentel, Gustavo. *Las obligaciones en el derecho civil peruano*. 4.ª edición (Lima: Editorial Huallaga, 2002).

Santy Cabrera, Luiggi. «La responsabilidad civil en el Sistema Nacional de Control (SNC)». *Actualidad Gubernamental*, 59 (Lima, setiembre de 2013), IX-IX-6.

Taboada Córdova, Lizardo. *Responsabilidad civil extracontractual* (Lima: Academia de la Magistratura, 2000).

Taboada Córdova, Lizardo. *Elementos de la responsabilidad civil* (Lima: Grijley, 2003).

Torres Vásquez, Aníbal. *Teoría general del contrato* (Lima: Pacífico Editores, 2012), II.