



REVISTA

LP Derecho

AÑO 2 • NÚMERO 3 • AGOSTO 2022

Director:

Juan Carlos Valdivia Cano

Director Fundador:

Carlos Ramos Núñez (+)



Pasión por el
DERECHO

REVISTA LP Derecho

AÑO 2 • NÚMERO 3 • AGOSTO 2022

DIRECTOR

Juan Carlos Valdivia Cano

DIRECTOR FUNDADOR

Carlos Ramos Núñez (+)

COMITÉ EDITORIAL

Mario Castillo Freyre
Pontificia Universidad Católica del Perú
Iván Meini Méndez
Pontificia Universidad Católica del Perú
Estela Ospina Salinas
Pontificia Universidad Católica del Perú
Edgardo Rodríguez Gómez
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Fort Ninamanco Córdova
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
César Aburto Revilla
Pontificia Universidad Católica del Perú
Jorge Dandó Ochofiez
Pontificia Universidad Católica del Perú
Giammpol Taboada Pilco
Universidad Antenor Orrego
María Quispe Ponce
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Jaime Coaguila Valdivia
Universidad Nacional de San Agustín
Iván Montes Iturrizaga
Pontificia Universidad Católica del Perú
Cels Mendoza Ayma
Universidad Nacional de San Agustín
Carlos Polanco Gutiérrez
Universidad San Agustín
Beatriz Ramírez Huaroto
Pontificia Universidad Católica del Perú
Luis Alfaro Valverde Pontificia
Universidad Católica del Perú
Ronald Hanco Lloclle
Universidad Tecnológica del Perú
Mariano Fernández Ameghino (Argentina)
Universidad de Buenos Aires
Alain Castro Alfaro (Colombia)
Universidad de Cartagena
Fernando Salazar Silva (Colombia)
Universidad Nacional de Colombia
Ana María Núñez Henao (Colombia)
Universidad Católica de Colombia
Eric Eduardo Palma González (Chile)
Universidad de Chile
Ricardo Marcelo Fonseca (Brasil)
Universidad Federal de Paraná
José Ramón Narváez (México)
Universidad Nacional Autónoma de México

COORDINADORA GENERAL

Sandra Gutiérrez Iquise

ASISTENTES DE COORDINACIÓN

Enrique Joel Cárdenas Condori

Luis Manuel Marcelo Ramírez Bravo

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

Revista LP Derecho n.º 3

Agosto 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

Diseño y diagramación

Fiorella Neyra Vera Tudela



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.

Índice general

AÑO 2 • NÚMERO 3 • AGOSTO 2022

Presentación

Juan Carlos Valdivia Cano 5

FILOSOFÍA DEL DERECHO

Contra los jusmoralismos y otros contras

Juan Carlos Valdivia Cano 10

CONSTITUCIONAL

Democracia poliédrica: una propuesta integrativa de los modelos constitucional, deliberativo y monitorizado de democracia, en aras de una idónea defensa del sistema constitucional en Iberoamérica

Rodrigo René Cruz Apaza 35

Entre el precedente y la ley. Algunas reflexiones alrededor del proceso de cumplimiento

Stefano André Rodríguez Begazo 64

ADMINISTRATIVO

El CAS y la Ley 31131: la improcedencia del Tribunal Constitucional al pedido de aclaración formulado por el Poder Ejecutivo

Mario Nilton Escriba Tineo

85

PENAL

La denuncia anónima: ¿puedo realizar una denuncia penal sin consignar mis datos de identificación?

Edward Daniel Lecca Bendezú

97

Ciberblanqueo de capitales: el problema de la intangibilidad de las monedas virtuales para la configuración típica del delito

Bertho Arturo Menacho Ortega

108

LABORAL

Los repartidores por *delivery*: un análisis de la existencia o no de rasgos de laborabilidad según la legislación y la jurisprudencia internacional

Diego Leonel Cornejo Cachay

123

Presentación

En este tercer número de la revista *LP Derecho* ofrecemos a nuestros lectores una serie de contribuciones sobre asuntos jurídicos que, en su gran mayoría, inciden de manera directa en la realidad peruana actual, gracias al juvenil olfato de nuestros colaboradores. La única excepción es el ensayo del director, que puede considerarse más bien intempestivo, o «inactual», en el sentido de Nietzsche. Tal vez ello sirva para guardar cierto equilibrio y compensar la imprescindible actualidad y utilidad de las colaboraciones de dicha mayoría, que configuran y son acordes con el estilo de esta revista.

En la primera colaboración, ensayo de Rodrigo Cruz Apaza, la democracia constitucional (las palabras de la Constitución); la democracia deliberativa (que las normas jurídicas, constituciones y leyes no sean el producto de la voluntad de autócratas y dictadores que sustituyan a la voluntad popular, ni de mayorías tiránicas sino de la discusión racional, libre y democrática entre los participantes en las deliberaciones de interés público); y la democracia tutorizada (que fiscaliza, sugiere y colabora de muchas formas con la buena marcha de los procesos jurídico constitucionales, legales y políticos) son factores que lejos de oponerse entre sí se amalgaman en la reflexión del autor, para lo cual este realiza un excelente despliegue de fuentes jurídicas, autores, textos, tendencias que no tiene la pretensión de partir de cero, porque los fenómenos que alude esta propuesta poliédrica ya se dan anónima, incipiente e implícitamente en las realidades del constitucionalismo hispanoamericano; pero, parafraseando a Richard Rorty, el autor recontextualiza la práctica cotidiana vigente y las nuevas realidades tecnológicas por medio de nuevas palabras con las que se pueden expresar nuevas alternativas democrático constitucionales, más ricas y eficientes.

En el artículo «Entre el precedente y la ley: algunas reflexiones sobre el proceso de cumplimiento» de Stefano Rodríguez Begazo, se describe con remarcable y exhaustiva claridad la intrincada controversia sobre el proceso

constitucional de cumplimiento que parecía resuelto con el precedente Villanueva, donde el TC limitó su alcance poniendo condiciones muy precisas para declarar procedente una demanda de este tipo, donde se daba cierta confusión entre los actos contenciosos administrativos y los estrictamente constitucionales, que dicho tribunal esclareció. Sin embargo, el artículo 66 del Nuevo Código Procesal Constitucional, que con un espíritu discutiblemente más “garantista” con respecto a la discusión sobre dicho proceso constitucional, abrió mayores posibilidades de procedencia y, al generar nuevos problemas, el articulista logra proponer una salida que armoniza y hace compatible las posiciones que parecían antagónicas.

Por medio de su colaboración, Mario Escriba Tineo analiza las implicancias prácticas de la STC 00013-2021-PI/TC en el ámbito laboral y el auto de improcedencia al pedido de aclaración del Poder Ejecutivo, toda vez que el Tribunal Constitucional, al analizar la Ley 31131, no alcanzó los votos necesarios para declarar la inconstitucionalidad del primer y tercer párrafo del artículo 4º y la Única Disposición Complementaria Modificatoria de la mencionada ley. Por tanto, el autor revisa el carácter y las funciones de naturaleza permanente de las actividades laborales, la garantía frente al despido y la naturaleza reparadora del despido incausado en el régimen del contrato administrativo de servicios (CAS).

En cuanto al artículo «La denuncia anónima: ¿puedo realizar una denuncia sin consignar datos de identificación?» de Javier Lecca, este plantea un problema que, a primera vista, podría considerarse de poco relieve: la denuncia anónima. Sin embargo, la lectura completa de dicho artículo no solo muestra exactamente lo contrario —además de nuestra prejuiciosa primera impresión—: la vigencia y actualidad del problema subyacente que plantea. Lo que felizmente lleva al articulista a poner sobre el tapete la complejidad, la profundidad y la extensión de nuestra longeva e importantísima disciplina: el derecho. Y este también es un pedagógico y muy loable aporte del autor.

Las criptodivisas carecen de carácter efectivo por su intangibilidad en las plataformas digitales, lo cual posibilita su adquisición y traslado con dinero procedente de ciberdelitos, con el consiguiente perjuicio al sistema económico del país. El objetivo del artículo de Arturo Menacho Ortega es, precisamente, establecer si las monedas virtuales pueden transportarse o trasladarse por un medio distinto al dinero en efectivo u otro instrumento

financiero negociable de manera legítima. El autor concluye que dichas monedas pueden trasladar su valor económico a través de las plataformas tecnológicas de intercambio, evitando el control por parte de las autoridades.

Desde el inicio de la pandemia, los aplicativos de *delivery* crecieron rápidamente debido a la necesidad de conseguir productos sin salir del hogar. Empero, durante los últimos años, señala el autor del segundo artículo, Julio Leonel Cornejo, algunas empresas quebrantaron derechos y desconocieron relaciones laborales en sus políticas de trabajo recurriendo a la explotación de personas, en particular de jóvenes que no superaban los 30 años; todo esto en el afán de cumplir con el mayor número de pedidos y obtener indebidamente mayores ganancias. Precisamente, esta situación motiva la investigación que aquí se propone y los apartados que coadyuvan a un desarrollo eminentemente crítico del problema.

Esperamos que este tercer número de nuestra revista cuente con la misma calurosa acogida que nuestros respetables lectores brindaron a las entregas anteriores.

El director

REVISTA
LP Derecho

Artículos



CONTRA LOS JUSMORALISMOS Y OTROS CONTRAS

Against jusmoralisms and other cons

Autor: Juan Carlos Valdivia Cano*

REVISTA
LP Derecho

Juan Carlos Valdivia Cano

«Contra los jusmoralismos y otros contras».

Revista LP Derecho.

3 (2022): 10-34.

Recibido: 27/07/2022

Aprobado: 23/08/2022

* Abogado, doctor en derecho y exdecano de la Universidad Privada de Tacna. Actualmente es profesor de derecho en la Universidad Católica San María y en la Universidad Nacional de San Agustín, escritor con diversas publicaciones que combinan la filosofía y el derecho, tales como “*Cultura y Derecho*”, “*La Caja de Herramientas*”, “*Fundamentos de los derechos humanos (una visión heterodoxa)*”, “*Now, historia, poder y resentimiento*”, “*El caso de Adán: Ética moderna y moral tradicional en el Derecho Peruano*”, entre otras publicaciones.

 <https://orcid.org/0000-0003-0879-6149>

Resumen

El objetivo de este ensayo es mostrar que en el ámbito jusfilosófico hispanoamericano se vincula indebidamente la moral al derecho, sin aclarar el sentido de aquella, a pesar de que, en el derecho moderno, sobre todo republicano, es decir, laico, esos ámbitos deberían estar separados. Algunas opiniones de renombrados juristas hispanos, explícitas o no, sobre el papel de la moral en relación con el derecho nos sorprendieron *sin duda* por esa razón. Por eso en este ensayo (un género literario filosófico concebido como la exposición de un punto de vista fundamentado) nos ocupamos de esas posiciones y del fondo de la discusión, o por lo menos de lo que para nosotros lo es. Pero la dificultad para darle una estructura, una cierta unidad sistemática a este, nos llevó a adaptarnos, a medida que redactábamos, a la forma que el propio contenido del texto nos iba proponiendo. El resultado es el que el lector tiene a la vista: la relación entre derecho, moral tradicional y eso que aquí llamamos ética moderna o «ética jurídica» como la denomina Neil MacCormick.

Palabras clave

moral tradicional, ética moderna, jusmoralismo, positivismo, neoconstitucionalismo.

Abstract

The objective of this essay is to show that in the Hispanic-American legal-philosophical field, morality is unduly linked to law, without clarifying its meaning, despite the fact that in modern law, especially republican law, that is, secular law, these fields should be

separated. Some opinions of renowned Hispanic jurists, explicit or not, on the role of morality in relation to the law surprised us, no doubt for that reason. That is why in this essay (a philosophical literary genre conceived as the exposition of a grounded point of view) we deal with those positions and the substance of the discussion, or at least what it is for us. But the difficulty in giving it a structure, a certain systematic unity to it, led us to adapt, as we wrote, to the form that the content of the text itself was proposing to us. The result is what the reader has in view: the relationship between law, traditional morality and what we call here modern ethics or «legal ethics» as Neil MacCormick calls it.

Keywords:

moral, ethics, legality.

I. Introducción

Un fantasma vuelve a recorrer el mundo jurídico hispanoamericano: el fantasma de «la moral», la moral en general, así, sin especificaciones. El problema es que esta palabra es retorcidamente polisémica y, a pesar de eso, o por eso mismo, no baja del plano de la ambigüedad o de la generalidad que, por ese carácter, es vacía de sentido específico. A veces se advierte expresamente la existencia de la mencionada polisemia, pero no se sacan las consecuencias como debería, y aquí, como en otras partes, es necesario ser consecuentes si se reconoce que la polisemia implica variados sentidos de una palabra: hay que dar a conocer cuál es el que adoptamos y aplicamos en la discusión y eso significa hacerlo expresamente, como lo intentamos aquí. Nuestra estrategia es muy simple: consiste en convocar a los que consideramos los mejores juristas de habla hispana (y a Robert Alexy por ser el jurista europeo más citado y reconocido en nuestra región y por haberse ocupado expresamente de

nuestro asunto) para mostrar que, en nuestro campo de estudio, aún subsisten elementos muy importantes del derecho prerrepblicano (como la moral tradicional), lo que impone una revisión crítica que hay que hacer patente en la perspectiva de contribuir a la construcción de los cimientos de un verdadero derecho republicano.

II. Metodología

El enfoque a partir del cual se ha elaborado este trabajo es la crítica a la concepción tradicional del derecho, entendido como una especialidad científica, cuando no es ni siquiera una actividad cognitiva, sino una disciplina normativa o prescriptiva, reguladora de la conducta, fundada en valores y principios jurídicos y consecuentemente, utiliza procedimientos básicamente argumentativos e interpretativos (es decir, creadores de sentido) y no causales o empíricamente probatorios, pertinentes en las ciencias físicas o naturales u otras disciplinas cognitivas. Nuestras variables se sustentan en tres palabras clave: jusmoralismos, moral tradicional y ética moderna. Este trabajo, por tanto, responde a un estudio crítico de un tema en particular: la impertinente intromisión de la moral en el derecho republicano.

III. Núremberg

Después de la Segunda Guerra Mundial, y en particular a partir del juicio de Núremberg, en razón de la insuficiencia del positivismo jurídico y en crítica casi siempre certera contra el paradigma del estado legal de derecho y, sobre todo, del formalismo kelseniano, se dio un fenómeno de reivindicación de los principios y valores jurí-

dicos modernos y el carácter normativo y vinculante de las normas constitucionales, el control constitucional, los tribunales respectivos, etc. En Núremberg no se aplicó la ley, como se suponía que debía ser, sino los principios generales que existían desde la Revolución Francesa, pero con un carácter meramente programático, de buenos deseos jurídicos, algo distinto a lo que ocurre hoy después de la posguerra. Aquella dejó de ser un documento entre lírico y utópico y, en lo académico, en algunas facultades el curso de Derecho Constitucional, uno de esos que se consideraba en la malla curricular porque así se venía haciendo, adquiere algo de la importancia que merece, que es enorme si se la enfoca de manera crítica.

Desde esos días se ha venido consagrando la fuerza obligatoria de los principios y valores jurídicos, es decir, de los derechos constitucionales o humanos. Y eso está muy bien; lo que no está bien es el contrabando ideológico que se ha producido en forma simultánea. Para el positivismo kelseniano —se recuerda críticamente— es suficiente con que la norma esté bien creada formalmente para valer, o sea, que se cree de acuerdo con otras normas que prescriben cómo debe crearse dicha norma, hasta llegar a la *Grundnorm* («la gran norma») que solo es una «hipótesis científica que atribuye a la primera Constitución de un Estado el carácter de un sistema de normas válidas»¹. Se supone que la Norma Fundamental es una norma válida. Se supone, pero, sin embargo, la *Grundnorm* es solo una... hipótesis normativa.

Kelsen creía que un sistema jurídico solo puede fundarse en normas e inventó la *Grundnorm* para no tener que hablar de principios y valores, para no salirse de las puras normas, porque para él el derecho es solo eso: normas estatales. Cualquier contenido puede ser norma y no importan los valores y los principios; por ejemplo, la norma que en la Alemania nazi dispuso el traslado de millones de judíos a los hornos crematorios era válida para ese «sistema». Para la ideología positivista, la justicia, los principios, valores y los juicios éticos son irracionales, emotivos, etc.: parecen decir que no pueden ser considerados jurídicamente idóneos porque esto implica una actividad racional que para los racionalistas es excluyente. Sin embargo, sin ser jusnaturalista o positivista, uno puede estar convencido de que no cualquier contenido puede ser legítimo: tiene que ser conforme a los valores o principios del sistema jurídico democrático.

Las valoraciones no son solo «racionales» sino volitivas y afectivas, y es la actividad principal en derecho. No concierne a la razón puramente formal, hecha de la abstracción de los factores irracionales; por ejemplo, la intuición, las emociones, las pasiones, la imaginación («la loca de la casa» se la ha llamado). Se olvida, o no se tiene en cuenta o se ignora, lo que Luis Díez Picazo (1973) recuerda claramente: «en el derecho opera una intuición de naturaleza extralógica que nos hace comprender que determinadas soluciones, aun adoptadas con la más absoluta corrección formal, pueden ser absurdas o injustas». La capacidad de valoración, de estimación, de apreciación no es solo asunto de razón sino también de sentimiento, afecto, deseo, vo-

1 Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*. (Lima: Ediciones Wisla, 1987), 39.

luntad, etc. El racionalismo hace abstracción de esos poderosos ingredientes.

IV. Malentendido

Los que hablan de «moral» generalmente se refieren —aunque no lo declaran— a la moral social, sin mencionarla expresamente, es decir, a la moral establecida, a la moral tradicional, a la moral judeocristiana mayoritaria. ¿A cuál otra podrían referirse, sino a esa que tiene un origen familiar, que se internaliza en la vida mental y que el psicoanálisis llama «superyó»? Otro nombre de la moral. Y se cree que esa moral es la única, la verdadera, la eterna, y de ahí los moralismos y la moralina. Y el afán de supeditación del derecho a esa moral. Sin embargo, existe una ética jurídica o moderna que no tiene que ver con «la moral» tradicional, tal como existe una ética samurái que no tiene que ver con el cristianismo.

V. Inmigrante turco

Alejandro Nava² ejemplifica la idea de valores universales, pero poniendo en el mismo saco la moral y el derecho, expresándola con la idea de que los inmigrantes turcos deben respetar las leyes y valores de la cultura alemana, y agregando que un turco no puede ser machista en Alemania, por ejemplo. Lo cual prueba esa confusión y, por otra parte, no demuestra la necesidad de la moral en la solución de problemas jurídicos y ni la universalidad de las normas alemanas. Solo menciona, sin definir, el vocablo «moral». No es novedoso, sin embargo, sostener que al residir en un país extranjero se deben

respetar sus leyes, su Constitución, pero no las de carácter moral, que no le conciernen al derecho, si se trata de un Estado democrático y no un gobierno «modo ayatola».

El gobierno alemán no puede detener a un inmigrante turco y procesarlo por machista. Tendría que hacer lo mismo con los machistas alemanes. Pero el machismo no es un delito, salvo que termine en violencia o crimen. El Estado alemán solo puede sancionar la conducta de un extranjero que vaya contra el derecho alemán cuando se trate de un acto ilícito en el derecho alemán. No tiene poder para entrometerse en la conciencia de los inmigrantes, en «su» moral, precisamente porque no hay una moral universal: todas son particulares, específicas (y todas dignas de reconocimiento, salvo las que predicán o practican el terrorismo).

Los valores occidentales no se pueden imponer, justamente por ser democráticos, creyentes en la tolerancia de los diversos puntos de vista, el pluralismo, etc. Solo el derecho puede aspirar a esa universalidad porque parte de lo que considera común a todos los seres humanos independientemente de su religión, su moral y sus creencias particulares. Y aun si llega ese día en que todos los países y Estados del mundo adopten y respeten los derechos humanos, no significa que se ha descubierto la verdad objetiva, o la moral objetiva, lo que es una contradicción. Una moral independiente de los seres humanos y por encima de ellos, una moral no subjetiva, no es posible. Además, se trata de derecho, no de moral; de acuerdos o consensos, no de verdades; es decir, de correspondencia con la realidad (salvo en relación a hechos). Y la moral es creación de los sujetos (aun si se le conside-

2 Jurista mexicano, discípulo de Robert Alexy, su mentor, con quien trabajó su tesis doctoral.

ra como revelación de Dios); son normas, no conocimientos.

VI. El problema

Lo primero que queremos recordar es que, desde su nacimiento en la Roma republicana, el derecho romano, que es el nuestro (por eso somos latinos, aunque no solo por eso), nació a partir de la diferencia y separación de la moral de la religión, como en la filosofía griega. Ni siquiera había aparecido el cristianismo. La moral es un orden distinto, cualitativamente distinto. Y nos preocupa el vocablo moral porque cuando se trata de países subdesarrollados mayoritariamente católicos, con una educación predominantemente acrítica, dogmática, repetitiva y tradicionalista —incluidas las facultades de derecho— la palabra moral no tiene, en este contexto, vinculación con el derecho, con los principios y valores jurídicos, sino con la religión judeocristiana novohispana.

Y no se debería confundir lo que la gran mayoría entiende por moral; lo que en esta parte del mundo se llama mayoritariamente «moral», que pretende un solo sentido general que se supone válido para todos: la moral judeocristiana. Lo que no significa que por ello los seguidores o creyentes la respeten y sean consecuentes. Lo que se ha internalizado muy bien colectivamente son sus prejuicios y supersticiones: la idea de infierno, culpa, pecado, castigo eterno, etc. La inmensa mayoría acata «la moral» aunque no la cumpla. Todos sabemos a qué le llamamos «moral» en esta parte del mundo cristiano. Aún vivimos volcados al pasado, la tradición, la Iglesia, el papa romano, las creencias de los antepasados; peleando por

los abusadores como si se tratara de los salvadores, parafraseando a La Boétie (p. 164). Por estas razones creemos que genera confusión que, en relación con el derecho, se siga usando la palabra moral como una prótesis, como una muleta del derecho democrático y republicano en relación con una supuesta insuficiencia jurídica que requeriría del apoyo de «la moral» para ser completo, porque los valores y principios jurídicos son muy relativos, muy históricos, muy subjetivos, muy variables, muy terrenos, muy humanos. Quien promueve la intervención de la moral en la vida jurídica considera, lo reconozca o no, insuficiente al derecho. No cree en el derecho: cree más en «la moral».

VII. La pregunta

Se dice, por ejemplo, que la legitimidad, la equidad, la justicia, son valores morales, o que eso demuestra la moralidad del derecho (Vigo, Atienza, Nava, etc.). Estábamos seguros de que la legitimidad, la equidad, la justicia, eran valores jurídicos fundamentales y que no tenían nada que ver con ninguna moral externa o internalizada en el derecho, precisamente porque los seres humanos no podemos crear una moral universal para todos los hombres y épocas, una moral objetiva que exista independientemente de los seres humanos. Podemos ponernos de acuerdo; pero un acuerdo no es una verdad sino conciliación de puntos de vista diferentes, aunque no todos lo vean así. ¿Qué otra alternativa tenemos que no sea el objetivismo moral católico, cuyo único fundamento es la fe y la autocalificación y una prueba más del inevitable subjetivismo ético? Una vuelta al absolutismo moral premoderno, más que

al «constructivismo objetivista». Y en este punto concordamos con el positivista pos-kelseniano, por así llamarlo, Juan Antonio García Amado:

Si el consenso racional que hipotéticamente avala la moral objetivamente verdadera o correcta está condicionado por las coordenadas culturales respectivas, por el correspondiente mundo de la vida, podemos tener racionalmente por norma moral verdadera hoy la que en otro tiempo y lugar es racionalmente considerada como falsa; y a la inversa. Entonces, puesto que la moral objetivamente correcta condiciona el derecho que pueda ser derecho y, por eso, un derecho contrario a la moral correcta no es derecho o no lo es perfectamente, tenemos que la moral condicionante de la juridicidad es una moral relativa a cada tiempo y lugar: aquella que en cada tiempo y lugar hipotéticamente alcanzaría el consenso del auditorio universal. Pues o hay tantos auditorios universales como culturas, con lo que los auditorios universales son relativamente universales, o la moral avalada por el auditorio es una moral objetiva al modo del objetivismo tradicional, no del constructivismo³.

¿Cómo es que el derecho moderno, que suponemos autónomo o autosuficiente, que tiene sus propios principios, sus propios valores, sus propias reglas, sus propias instituciones, sus propias fuentes, etc., requiere de otro ordenamiento diferente, como la moral, como si no fueran suficientes los principios, reglas y valores

jurídicos? Y si «la moral» significa solo principios y valores jurídicos o derechos humanos y nada más, como también se afirma, ¿para qué entonces hablar de moral dentro del derecho?, ¿para qué mencionarla siquiera, como palabra, en el ámbito jurídico democrático y republicano si provoca confusión?

VIII. Demasiado general

¿A qué moral se refieren? ¿Por qué la palabra moral si solo hablamos de derecho? No está claro. Parece como si el afán fuera contradecir a los positivistas y competir con el catolicismo que quiere mantener el monopolio de la «moral objetiva», que es la más subjetiva de todas. El derecho democrático, republicano o moderno es autónomo y autosuficiente, no requiere de «la moral» ni de otro código de conducta que no sea el derecho mismo, lo cual es una garantía para el ciudadano de a pie. Pero si no se refieren a la moral social, a la moral de la mayoría, que en nuestro contexto es la moral cristiano-católica que se acata, pero no se cumple, ¿a qué moral se refieren? La discusión se hace más compleja de lo que es por falta de presupuestos comunes y por culpa de las nociones ambiguas o indeterminadas e indefinidas.

IX. Una cuestión de método

No hay que exagerar, sin embargo, la poliseñia y la indeterminación respecto al sentido de las palabras *moral* o *ética*. Si aceptamos la idea de que toda moral o ética están hechas de reglas o principios que intentan regular la conducta social de muchas formas, podemos exonerarnos de entrar en una discusión que tenga en cuenta todas

³ García Amado, 2016.

las morales o códigos de conducta que hay en el planeta. Por ejemplo, la ética samurái, o la moral social de los congolese, o la hospitalaria ética de los esquimales, etc. Es una cuestión de fines y métodos.

Necesitamos tener en cuenta en la discusión solo lo que nos concierne directamente, o indirectamente, pero con alta incidencia en nuestra realidad: nos referimos a la moral católico-cristiano-andina que es abrumadoramente mayoritaria, por un lado, y, por otro, a la ética jurídica que configuran los valores o principios de nuestra Constitución por ser nuestra Constitución: se le puede llamar ética jurídica⁴ o ética moderna, como me gusta llamarla. Se expresa en los llamados «derechos humanos», que no podríamos dejar de lado.

Desde la Independencia no hemos podido convertir en realidad la república democrática, representativa, descentralizada, etc., aquella que postula nuestra Constitución y que sigue siendo un anhelo legítimo y necesario en nuestros países. Creemos en valores y principios en el derecho y creemos que eso es lo fundamental. Por eso mismo lo jurídico excluye «la moral» en su sentido más conocido socialmente en las naciones iberoamericanas, inseparable de la influencia que configuró el particular catolicismo judeoislamizado en el mundo hispanoamericano. Por eso, para hablar o discutir acerca de la relación entre derecho y moral, basta con lo que aquí llamamos «moral tradicional» (católico-cristiana, o solo cristiana) y «ética jurídica» o «moderna», que está expresa y tácita en nuestra Constitución:

⁴ MacCormick, p. 164.

libertad, dignidad, igualdad ante la ley, en primer lugar. Discutir teniendo en cuenta todos los variados códigos de conducta que hay es generar más confusión, innecesariamente. Por eso, examinamos únicamente esas dos. Por supuesto que se trata solo de un punto de vista, y todo punto de vista es subjetivo; esto quiere decir aquí «relativo a un sujeto», lo cual no significa que sea falso y debamos lamentarnos porque dicho punto de vista no es objetivo, verdadero, científico, etcétera.

X. Ambigüedad

Hicimos algún esfuerzo por entresacar lo que cada jurista (considerando algunos de los mejores en el mundo hispanohablante) entiende por «moral» y lo que hemos encontrado es cierta ambigüedad y una omisión. Es esta ambigüedad el centro de nuestra preocupación en este ensayo, la indeterminación y la indefinición del vocablo moral en la discusión sobre su relación con el derecho. Es quizá el único punto discordante con los juristas que citamos aquí, con quienes coincidimos y seguimos como nuestros maestros en muchos aspectos puntuales o genéricos.

Si lo que hay es ambigüedad respecto de lo que es la moral y del papel que juega en el derecho, esa ambigüedad abona a favor de la mentalidad conservadora y reaccionaria predominante en el mundo hispano-andino, por ejemplo, que parece creer que esa única moral «objetiva» debe gobernar al derecho. Eso llega a las cabezas con o sin educación jurídica como una pura defensa de la moral tradicional, que nos puede retrotraer al siglo XIII, si es que ya salimos de él. Nos referimos a las conclusiones que

podemos extraer de esta cita de Andrés Martínez Lorca:

Para Tomás de Aquino la política se sitúa dentro de la filosofía moral, y ahí alcanza la hegemonía por la superioridad de su fin, el bien común [...]. Pero su visión cristiana del mundo y su vinculación con la ontología aristotélica en especial su teleología, hacen impensable en él la consideración de la política como actividad autónoma al margen de la moral y la religión. La política, precisará en su comentario a la *Ética a Nicómaco*, es la ciencia principal solo en la realidad humana, no en términos absolutos. La teleología o *scientia divina* es hegemónica respecto de todas las demás ciencias pues considera el fin último de todo el universo⁵.

Esta idea de la unidad de la política, la religión y la moral como teoría, terminó con Maquiavelo. La política se hizo autónoma. Lo cual se puede aplicar al derecho, que es sustancialmente político, asunto de poder, aunque no sea solo eso. En la concepción de Tomás de Aquino, el derecho humano positivo está subordinado a la palabra revelada de Dios. Por supuesto que el derecho moderno, además del elemento «poder», no carece de principios y valores tan sustanciales como el poder, pero eso no tiene que ver con la moral o la religión. Como se sabe, el derecho moderno se llama así porque deja de lado el fundamento religioso moral del derecho tomista medieval y pasa a fundarse exclusivamente en la razón humana, emancipándose de la Iglesia, de la moral eclesíástica y adquiriendo auto-

nomía plena: el principio republicano. Lo cual lo hace precisamente moderno.

La moral es premoderna; la ética jurídica democrática, moderna. Insistirán en que no se refieren a esa moral que llamamos tradicional, o a la «interioridad del yo», a la moral del maestro Alzamora. Pero no queda claro, a mi entender, a qué se refieren y por qué usar esa palabra (*moral*) si estamos todos en terreno jurídico. El derecho moderno no requiere de una moral externa para valer, ni de una moral intrusa que se internaliza en lo jurídico aun manteniendo su diferencia y preponderancia (como ocurre con el superyó freudiano en los individuos). Y no pueden recurrir a ninguna moral específica, y por ello el derecho tiene siempre más posibilidades de universalidad que cualquier moral, sin olvidar que las posibilidades no son aún realidades.

XI. Sentidos de la palabra *moral*

Aun los juristas con conciencia de la poliseimia respecto de la palabra moral describen algo asépticamente sus diversos sentidos. Como Alejandro Nava, no señalan explícitamente y en forma clara cuál de esos sentidos es el que ellos utilizan cuando hablan de «moral», vinculando algo ambiguamente esa palabra a los principios jurídicos o a los derechos humanos, sin definirla clara y distintamente. Como cuando Alejandro Nava señala que la legitimidad vincula al derecho con la moral, o que la legitimidad demuestra la vinculación o necesidad de la moral en el derecho, sino interpreto mal. ¿Cuál es el aspecto moral de la legitimidad, valor jurídico por excelencia, asociado a la validez del derecho? ¿En qué sentido es moral? Esto no termina de estar claro.

5 Andrés Martínez Lorca, *La filosofía medieval. De al-Farabi a Ockham* (Buenos Aires: Bonallettera Alcompas, 2015), p. 114.

Adoptando la clasificación de Alejandro Nava, veamos los sentidos que usualmente se atribuyen a la palabra moral, haciendo la advertencia de que solo las frases en cursivas y entrecorridas son de él. No insinuamos que él suscriba las ideas contenidas en esas frases; simplemente las describe y nosotros estamos básicamente de acuerdo con esa descripción, que tal vez no es exhaustiva, me imagino. Los comentarios son nuestros:

- a) *«La moral como exigencia de justicia».* Desde que ingresamos a la Facultad de Derecho teníamos entendido que la justicia es una exigencia y un valor esencialmente jurídico, no moral. Nos referimos exclusivamente a la justicia humana —la del poder jurisdiccional— y no a la justicia divina u otras no humanas. Y si fuera así, ¿por qué vincular esa exigencia de justicia con «la moral»? ¿No es la exigencia de justicia un asunto exclusivamente jurídico y no «moral» en el sentido tradicional de la palabra? Tendría que aclararse el sentido que se le da, con las disculpas por la insistencia. Polisemia obliga. Valores jurídicos son la libertad, la dignidad, la no discriminación, etc. Valores morales, en nuestra cultura, son la humildad, la caridad, la bondad, la pobreza. Quienes vinculan al derecho con «la moral» ¿se refieren a uno de estos dos sentidos o a ninguno de ellos? ¿A cuál entonces?
- b) «La moral positiva». Creo que se refiere a la moral social que se encarna efectivamente en la mayoría de la población en una etapa histórica (que es a lo que parece referirse Alejandro Nava); en nuestro caso, la moral judeocristiana trasplantada a lo que ahora son nuestros países.

Si pensamos, por ejemplo, en México y Perú, a quienes Octavio Paz llamaba certeramente «hijos de la Contrarreforma» (de cepa católico-hispana), esa «moral» no se debería confundir con los valores jurídicos y con los derechos humanos, aunque algunos se empeñen en promover y difundir esa confusión. Nos referimos, una vez más, a la moral mayoritaria que se acata, pero no se cumple; que, en el terreno de las puras declaraciones (si no es en el de las poco cristianas realidades), sirve muy bien para oponerse y combatir con saña a los derechos humanos, por ejemplo, de las mujeres, homosexuales y demás sexos discriminados, por no ser «normales», «naturales», «morales» o «inferiores».

Un ejemplo: en el mismo seminario sobre Alexy que Alejandro Nava dictó con loable calidad y simpatía en el Instituto de Investigación Jurídica de la UNAM⁶, intervino un representante de esa «moral positiva» que es la de millones de latinoamericanos, preguntando (solo retóricamente, muy convencido de su respuesta) si permitir la adopción de niños por parte de parejas homosexuales, o legalizar la marihuana con fines lúdicos «¿no nos lleva a un libertinaje?». Hay que resbalarse o debatirse, entonces, entre el libertinaje y la represión estatal, adoptando sabiamente la moral de la mayoría, la moral de la grey. Dejamos de lado la flagrante

6 Alejandro Nava, «Alexy en serio». En «La filosofía jurídica contemporánea a través de sus autores». Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México. Publicado el 3 de noviembre de 2015. Vídeo de YouTube, 86 minutos, <https://www.youtube.com/watch?v=KicfCN7JuQ>

falacia en la que cae y que el maestro Manuel Atienza llama «de la pendiente resbaladiza». Una falacia para ocultar el miedo a la libertad. Lo del libertinaje es engañar muchachos; la falaz advertencia apunta contra la libertad.

Es claro que para el susodicho no había la más remota duda de que no se podía admitir esa adopción, ni esa legalización, pero por pura moralina, sin argumentos o razones jurídicas. El punto de discusión no es la posibilidad o factibilidad del libertinaje (libertinaje que, por lo demás, no es posible si no se posee una cultura refinada —como la de la nobleza francesa del siglo XVIII—, ninguna necesidad de trabajar, un castillo bien equipado y discreto y un buen número de empleados y sirvientes para llevar a cabo las filosóficas experiencias libertinas que no duraban solamente una noche de juerga), sino el respeto por los derechos de los demás, su dignidad y libertad, o sea, nuestros deberes jurídicos.

Como siempre ocurre en estos casos (en el Perú es la regla) el susodicho no se molestó en dar explicaciones jurídicas, solo porque para él la adopción por parejas homosexuales, o la legalización de la inocua y gaya marihuana, son, a priori, axiomáticamente malos, es decir, «pecados», es decir, conductas inmorales que un Dios único, omnipotente, omnisciente y absoluto castigará con el achicharramiento eterno en el cálido, demasiado cálido, ambiente infernal. Parece que, en la premoderna moral del citado, la adopción por parejas homosexuales es absolutamente

inadmisible. Lo cual se entiende viniendo de un «hijo de la Contrarreforma». A esa moral —que se adopta sin reflexión crítica— debe subordinarse el derecho, aunque colisione con los derechos fundamentales a la igualdad (derecho de adopción) y a la libertad (fumar un digestivo y lúdico «porro»).

En el de la vacancia por «incapacidad moral» al expresidente Martín Vizcarra⁷, se prefirió la literalidad de la palabra moral, perennizando la vieja exégesis posnapoleónica y no su sentido a partir de la ineludible interpretación histórica y sociológica: es decir, grave incapacidad física o mental que impide gobernar al presidente. Esto sirve también para constatar una circunstancia que habíamos mencionado antes respecto a lo que la mayoría entiende por «moral»: eso que los lleva a rechazar la adopción homosexual de niños y el consumo lúdico del cannabis. Con relación a la satanizada planta, sabemos que, si es por enfermedad, el Estado admite el consumo de aceite, pero no el cultivo de la planta, lo cual no es menos hipócrita y absurdo: el prejuicio moral es más poderoso que el derecho a la salud de la población.

¿Cómo explicar semejante incongruencia? Por «la moral», evidentemente: la planta es buena para curar, pero mala si se trata de hacerlo por placer. Porque el placer es malo moralmente, incluso típicamente pecaminoso, por así decirlo.

7 El 9 de noviembre del 2020 el Congreso debatió y aprobó la vacancia por incapacidad moral contra el presidente Martín Vizcarra y fue respaldada por 105 votos.

En otras palabras, no es «malo» curarse de una enfermedad con aceite de dicha planta, pero sí consumirla estando sanos. ¿Por qué? ¿Cuál es la razón jurídica? ¿Una persona verdaderamente sana puede apetecer lo que no le conviene? Entonces, no está sana. O la planta no es obra del demonio, que no es amante de la naturaleza sino creación de Dios, si se puede hablar así. Todo lo cual muestra también las diferencias y antagonismos que pueden darse respecto de lo que vale «la moral» misma, de lo que es bueno o malo. Por cosas como estas Spinoza, Nietzsche y Wilde, por ejemplo, la acusan de inmoral, cada uno a su manera, aunque con un aire crítico muy semejante.

- c) Una «moral crítica» es casi simétricamente opuesta a la moral entendida como «moral positiva», efectiva o positivamente existente en una sociedad determinada: el citado ciudadano está convencido de que el derecho a la adopción de las parejas homosexuales (entre otras) es, *a priori*, de una inmoralidad tan grave que la hace inaceptable de *jure y de facto*. Es pecado ante Dios y el derecho no puede o no debe avalarla. Punto. Claro que no lo dice con esa franqueza ni con esa claridad. Pero el criterio moral no es un criterio jurídico—dicho sea perogrullescamente—, lo que lo hace inaceptable jurídicamente.

La homosexualidad, para ellos, es un virus; no debe contagiarse o transmitirse al adoptado. Este es un juicio moral, no jurídico, o mejor, un prejuicio muy sintomático y revelador de nuestra cultura, y no la verdad objetiva, si la hubiera. No se trata de los hechos

sino de la interpretación de los hechos. El sentido está en el punto de vista del intérprete que lo crea, a partir de un referente real. Una «moral crítica» es una forma de inmoralidad o, tal vez con más exactitud, de inmoralismo. El inmoralismo se equipara equívocamente a la amoralidad, que, como se dijo, es la carencia total de código de conducta social. El inmoralista no carece de código de conducta, pero ese código no es la moral tradicional.

El inmoralismo es una actitud mental que no acepta ideas, conceptos, cosmovisiones, ideologías, creencias, sin beneficio de inventario, sin juicio crítico, sin reflexión, por más sagradas o mayoritarias que sean; especialmente las creencias adoptadas por la inercia de la tradición o el imperio de la costumbre. Se expresa mediante una actitud frontalmente crítica, incompatible con la «moral positiva» en nuestro contexto, la de la mayoría, la tradicional, la moral establecida, «la única verdadera».

No podemos aceptar ese punto de vista de los políticos que, incluso si no hay Dios, consideran deseable que la mayoría de la gente sea creyente porque tal creencia anima a una conducta virtuosa. En lo que concierne a los niños, muchos librepensadores adoptan esa actitud ¿cómo puede uno enseñar a los niños a ser buenos, preguntan, si no se les enseña religión? Y cómo les vamos a enseñar a ser buenos, respondo yo, si habitual y deliberadamente se les miente acerca de un asunto de la mayor importancia. ¿Y cómo puede ninguna conducta genuinamente deseable nece-

sitar creencias falsas como motivo? Si no tenéis argumentos válidos en favor de lo que consideráis «buena» conducta, lo que falla es vuestra concepción de lo bueno. Bertrand Russell (Savater, *El valor de educar*, p. 211).

d) «*La moral como interioridad del sujeto*»

Es la misma «moral positiva», o tradicional o mayoritaria, que se internaliza, se introyecta, se incorpora, se hace cuerpo y alma —mala conciencia, culpa, remordimiento— en los individuos, vía educación infantil en una primera etapa. ¿A esta moral se refieren los juristas que abogan por su injerencia en el derecho? Lo cual para nosotros es, cuando menos, confuso: la justicia como asunto moral, como valor moral. Más bien con respecto al significado de «interioridad del sujeto», como la llama Alejandro Nava. Paul Strathern nos ahorra mayores explicaciones, hablando de la obra de Kafka:

Los sentimientos de culpa de K. son los del autor como de una parte significativa de la humanidad occidental. Cabe hallar los orígenes de esta culpa tanto en la «caída original» judeocristiana, como en las representaciones del psicoanálisis; de hecho, parece formar parte de nuestra condición humana en aspectos muy profundos. Nuestra sicología occidental, nuestra religión, gran parte de nuestra filosofía, incluso de nuestra sociología y de ciertos aspectos de nuestros impulsos políticos parecen basarse en la existencia de la culpa, generada por la represión o la falta de gracia⁸.

8 Paul Strathern, *Kafka en 90 minutos*. (Madrid: Siglo XXI, 2016), 79.

e) «*La moral como fundamento ético del derecho*»

El derecho es sustancialmente ético y político, una relación entre ética y política, como lo denomina Julien Freund. Pero esta ética jurídica moderna se funda en valores democrático-liberales y no en la moral judeocristiana, con la cual es incompatible y no solo distinta. Es necesario insistir en esto en un contexto cristiano-católico donde «moral» quizá no significa lo mismo que en el ámbito jurídico europeo moderno. La dignidad y la libertad pueden llegar a ser incompatibles con la creencia en ideas absolutas y dioses omnipotentes y omniscientes que lo crean todo y lo deciden todo: único fundamento de la moral. Todos los fundamentalismos funcionan igual, tienen los mismos fines y medios. Lo que no niega nuestra occidentalidad, sino que revela nuestra falsa modernidad: la «modernidad tradicionalista» (Fernando de Trazegnies). Tenemos, como se sabe, fuertes dificultades para modernizarnos, más fuertes mientras menos las queremos ver. Sea dicho porque sobre esto estamos lejos de la unanimidad. Y dado el sentido más específico que le damos al término moral (tradicional) y al término ética (jurídica o moderna).

XII. Rodolfo Luis Vigo

Rodolfo Luis Vigo también utiliza la palabra moral sin definirla clara y distintamente, aunque se ocupa varias veces de ella en sus conferencias o entrevistas, aclarando, en parte, que asocia esa palabra a derechos humanos y como sinónimo de ética. Por ejemplo, cuando se ocupa de ética judicial

hablando del valor de la sinceridad, pero sin hacer definiciones expresas. Da la impresión de que ética y moral para él son sinónimos y comparten un ámbito común con el derecho. Sabemos que el maestro habla de una «moral racional», pero no sabemos por qué es moral siendo racional y de qué moral y de qué racionalidad se trata.

La racionalidad de la moral tradicional, por ejemplo, su lógica, es el poder: «dominación de la (sub)conciencia sobre el cuerpo y las pasiones» (el paréntesis es nuestro)⁹. Quizá no se refiere a ese sentido, pero más de una vez sostiene que «hay conexiones entre derecho y moral». Significa que son dos cosas, dos asuntos, no uno. Si fueran lo mismo no habría posibilidad de «conexiones» (de relaciones), sino identidad o sinonimia entre ellos. Se dice también que «los criterios morales están incorporados en la Constitución». ¿Qué criterios morales? ¿Son distintos a los jurídicos, entonces? ¿Ha dejado de ser moral, la moral, para incorporarse al derecho, o no? ¿Significa que el ingrediente «moral» deviene en intrínseco al derecho, o no?

¿En qué criterios o valores se piensa cuando se defiende la presencia de la moral en el derecho? Responden: la justicia, la equidad, la legitimidad, los principios y valores jurídicos, los derechos humanos; es decir, nada distinto al derecho. Entonces, ¿cuál es esa moral innombrable, invisible, pero siempre presente? «Tienen un ingrediente moral, inevitablemente moral, no pueden prescindir de la moral», afirma. Si se refiere a la internalización de normas cristiano - católicas por vía dogmática o catequística

en el mundo hispanoamericano, eso no puede ser «racional». Es la irracionalidad misma. Es la fe. Lo malo es que ha sido impuesta, y la imposición se da desde la primera infancia en nuestros países, con buena fe y cariño seguramente, pero sin respetar la libertad de conciencia y de creencia de los niños.

No se trata de los derechos de los padres, sino de sus deberes frente a los derechos de los hijos, como el de libertad de conciencia y de creencia, como el de elegir una religión o el de no tener ninguna. Lo irracional es rechazar una transfusión de sangre y dejar morir a un pariente. Es moral pura. No es un acto religioso, sino supersticioso. La religión no es una superstición, es algo mucho más respetable que eso. La religión no mata; lo que mata es el fanatismo, la moral como autoridad absoluta. ¿Qué tiene de «objetivamente» malo hacer una transfusión de sangre cuando se puede salvar una vida? ¿No es más bien «objetivamente» bueno y razonable? Se le llama «objeción de conciencia». Pero en esa muerte no hay conciencia, sino inconsciencia y dogmatismo tanático.

XIII. Moral racional

¿Qué es una «moral racional» para Rodolfo Luis Vigo y en qué moral se funda o a qué moral se refiere? ¿Se funda en una moral específica? Si algo es razonable, se sostiene en argumentos. La fe es insuficiente o impertinente, por un lado y, por otro, tampoco es suficiente con la lógica formal por más fríamente racional que fuera, o por ello mismo. En ella no importan los hechos de la realidad (si son verdaderos o no) ni los valores (si son correctos o no),

⁹ Deleuze, p. 28 (1981).

sino solo los principios aristotélicos. Lo razonable es más que eso. Por ejemplo, los conceptos de dignidad, libertad, etc., «no son empleados como expresión de algo que sea como enunciativo de hechos, sino como criterios normativos, como pauta estimativa para una tarea a realizar. Se trata de algo que se estima como debiendo ser, de algo que debe hacerse», como advierte Recassens¹⁰ cuando habla de la justicia. Nuestros juristas la llaman un «valor moral», algo que no está en su identidad, en su carácter jurídico, y el carácter es lo más propio y esencial de algo o alguien; en este caso, de una disciplina humanística como el derecho.

Parece que sobre «la moral» —misteriosa generalidad que se presenta con su mejor cara cuando se le asocia al derecho— solo hay una versión: la versión apologética, no crítica. Ejemplo de actitud crítica frente a la moral la tenemos en los libros del famoso filósofo español Fernando Savater. Siendo uno de los mejores filósofos europeos, es interesante conocer a través de él otra versión de la palabra *moral*:

Hay también caracteres a los cuales todo lo que les queda de moralidad es precisamente la fe en la moral; estos se conducen de la misma manera respecto de los escépticos y, si se quiere, con más encono aún. Cabe la fundada sospecha de que la fascinación prestigiosa de la moral se cimenta, como tantos otros prestigios, en la falta de examen crítico. El escéptico es un aguafestas porque levanta los faldones de la mesa-camarilla ética, para ver el brasero con el que los virtuosos se calientan los pies y las pa-

tadas de aviso que se cruzan fuera de la vista del público. Lo que revela ese gesto irreverente puede resumirse en una sola palabra: hipocresía¹¹.

La idea de Fernando Savater podemos condensarla en lo de «acata pero no cumple», que, si no son lo mismo, son análogos y muy propios de nuestra tradición: es casi un rasgo de identidad: el «bendito» formalismo, el olvido de los fines y el contenido valorativo. Hacer como que se cumple y no cumplir jamás, salvo cuando se acerca el jefe. Pero los derechos humanos son, para el maestro argentino, «contenido moral y forma jurídica». Ante tamaña afirmación, aun duros caimanes escépticos como el suscrito se escandalizan como viuda ultrajada que, después de serios esfuerzos por contener las lágrimas (de caimán), pregunta: ¿por qué el contenido de los derechos humanos es moral y no jurídico? ¿Por qué solo es jurídica la forma? ¿Cómo? ¿No es jurídico el contenido? ¿Cómo justificar este dualismo ante quien cree en la unidad del derecho? ¿Cómo es que un derecho sin contenido jurídico, sustituido por el contenido moral, sigue siendo derecho?

Si la justicia es moral y cuando no hay justicia no hay derecho, no basta entonces que un acto, una conducta con relevancia jurídica sea considerada ilícita, ilegítima, antijurídica, abusiva, arbitraria, etc., desde el punto de vista jurídico. Si no es justo desde el punto de vista moral, simplemente no existe para quien asocia moral y derecho. Dejando de lado por el momento el duro problema de quién decide lo que es justo o no, o lo que es extremadamente injusto, como trae a colación el maestro Vigo

10 Recassens 1993, p. 130.

11 Savater, p. 39 (1997).

recordando a Radbruch (el gran jurista). Si se aplica este criterio a la realidad, desaparecería el derecho, porque el criterio jurídico sería inútil cuando de lo que se trata es de aplicar la prueba de moralidad para decidir si algo es de derecho o no, si algo es jurídico o no, si es justo o no. ¿Cómo se justifica que la moral «le imponga límites al derecho» como él señala? Por eso hablamos de subordinación del derecho a la moral.

XIV. Juridicidad moral

Al acudir a la moral para limitar al derecho, no queda claro cómo se justifica su injerencia y su eminencia si no sabemos siquiera a ciencia cierta de qué moral se trata. Y si, como se dijo, se identifica con los derechos humanos, ¿para qué hablar de moral? ¿Se pueden aplicar principios o reglas no jurídicas por encima del derecho moderno democrático y republicano? Puede que sean nuestras limitaciones, pero no vemos lo que justifica la superioridad y la presencia de «la moral» en el ámbito jurídico, en el derecho, cualquiera de los sentidos que se le atribuya a dicha palabra, salvo que se refiera a su propia ética y a sus propios valores jurídicos. Aunque el derecho y la moral están constituidos por reglas de conducta, eso no elimina las diferencias y las incompatibilidades, que es lo que hay que tener en cuenta.

Y menos se puede hablar de moral objetiva solo porque hay un cierto consenso en considerar, por ejemplo, una masacre injustificada (J. L. Vigo). Esa consideración es histórica, no natural, ni metafísica. No siempre se ha considerado así. Millones de alemanes apoyaron las «hazañas» de Hitler

en el siglo XX. El consenso no garantiza ni moralidad ni objetividad. Ambos puntos de vista opuestos son propios de sujetos, es decir, subjetivos, sin importar la cantidad, y no pueden ser objetivos porque siempre serán solo puntos de vista, opiniones (sin carga peyorativa), aun cuando se utilicen argumentos muy brillantes y por tanto convincentes (que no es lo mismo que objetivos). Y tienen que fundarse en valores y principios jurídicos, no en la realidad empírica a la que se aplican. Por eso en nuestra época será imposible justificar jurídicamente una masacre y no habrá necesidad de la moral para rechazarla, teniendo el derecho para resolverla.

Rodolfo Luis Vigo hace una afirmación que toma de Alexy: «sin metafísica no hay derechos humanos». Y es esa metafísica quizá lo que lo lleva a sostener que la pena de muerte es «injusticia extrema», teniendo en cuenta que esa injusticia tiene para él contenido moral o «natural». Pero sea extrema o no, la injusticia es un asunto de relevancia jurídica. Lo que es justo, o no, lo determina el derecho a partir de sus propios valores y principios, instituciones y autoridades. La moral sale sobrando, no importa cómo se la entienda.

Si la injusticia extrema no es asunto de derecho, ¿quién determina lo que es injusticia extrema y la distingue de lo que es simple injusticia? ¿La moral general de Robert Alexy? También es indefinida. ¿Y por qué de la «injusticia extrema» solo se puede ocupar la moral y no el derecho? ¿Hasta qué grado de injusticia será de competencia del derecho para que se inicie la de la moral? ¿Y por qué recurrir a la moral para responder a estas cuestiones que el derecho muy bien puede considerarlas antijurídicas

o ilícitas o abusivas o injustas, o delictuosas, o extremadamente injustas, sin recurrir a la moral? Quiere decir además que los peruanos vivimos en la injusticia extrema permanente porque en el Perú se admite la pena de muerte.

Lo que para el maestro Vigo es «injusticia extrema», para el Estado peruano (que incluye la opinión pública, que es fan de la pena de muerte) es perfectamente justo. Supongo que si la sociedad civil o el Estado peruano la consideraran injusta (aunque no llegara a serlo extremadamente) eliminarían la pena de muerte por los cauces jurídicos y legales. Y parece que no hay la intención de hacer eso por ahora. En el Perú la pena de muerte sí es derecho válido, aunque sea para muchos inmoral o (extremadamente) injusta. No dejan de ser criterios subjetivos unos y otros aun si son atendibles o razonables. ¿Por qué no objetivos? No son conocimientos. Un conocimiento puede ser objetivo, una opinión no.

XV. Insuficiencia

Creo en el derecho que se puede percibir una insinuación de insuficiencia entre los juristas que mencionamos, más tácita que expresa, por lo que requeriría de una moral externa o internalizada a la que tendría que subordinarse. La confusión y el malentendido que se derivan tal vez se deben a que al insinuar esa insuficiencia se suponía que su blanco de ataque era el derecho positivista, el paradigma del Estado legal o formal de derecho en el que sí sería aplicable, y no a todo el derecho con sus valores, reglas, principios y demás. Esa supuesta insuficiencia explica la necesidad

de la moral. El formalismo positivista y, en general, el paradigma del Estado legal de derecho expulsa principios y valores jurídicos, emociones, sentimientos e intuiciones y, por supuesto, a «la moral».

Se extiende la insinuación de insuficiencia del derecho de tradición legalista decimonónica al Estado constitucional de derecho, en el que ya se reconocen esos principios y valores y su importancia, como el papel de los derechos humanos, el carácter normativo vinculante de la constitución, la función de control, etc., por lo menos formalmente. Aunque insuficiente, es un elemento de la legitimidad. El derecho, sin embargo, sigue siendo insuficiente para quienes Juan Antonio García Amado llama «jusmoralistas», lo que, en mi opinión, es más descriptivo que peyorativo. Hay que recurrir necesariamente a «la moral», que (parecen decir) no tiene las carencias del derecho humano, demasiado humano, el derecho positivo: histórico, relativo, subjetivo, mudable, etc. Limitaciones de las cuales carecería una moral universal, general, abstracta, ahistórica, acultural, es decir «objetiva».

¿Qué sentido tendría una moral con las carencias y limitaciones que se atribuyen, tácitamente, al derecho? No resolvería el problema de fundamentación, que la quieren absoluta, y la consecuente seguridad jurídica para quienes no la aceptan «solo» relativa. ¡Se requiere moral! «Hay un límite al derecho que lo fija la moral», «dentro del derecho está la moral», señala el maestro Vigo comentando la objeción de conciencia, que es una figura creada por el derecho que tiene en cuenta la moral de los ciudadanos en ciertos casos. Lo cual, sin embargo, no convierte en moral al derecho,

que no deja de actuar jurídicamente por el hecho de tener en cuenta la moral o la religión de los objetores de conciencia.

El fundamento es análogo al del Estado laico: la garantía para que las diversas iglesias y religiones practiquen sus cultos y rituales no niega la neutralidad ideológica que debe mantener un Estado republicano; más bien la supone: no privilegiar ni cooperar, ni colaborar, ni tampoco perseguir a ninguna iglesia o institución ideológica. El fundamento es jurídico, no religioso moral: la libertad de cultos, la libertad de conciencia y de creencia, cuyo libre ejercicio debe garantizar el Estado, por lo cual es necesaria la neutralidad. La objeción de conciencia, discutible en algunos casos, no demuestra que el derecho deba ser o sea moral, ni que el derecho se somete a la moral al admitir la objeción. ¿Es verdad que «dentro del derecho está la moral»? No para un espíritu democrático y republicano.

Pero, como hay varias maneras de entender y de atribuirle sentido a «la moral», resulta limitante quedarse en la generalidad. Y, como no se refieren a ninguno de los sentidos más conocidos de esta palabra, entonces se puede lanzar otra hipótesis: que se trate de la misma moral de la mayoría, pero que no se la reconozca como tal. Todos parecen necesitar algo más seguro, más constante, menos «relativo», menos «subjetivo». Pero ocurre que eso que se llama «moral social» hoy por hoy en nuestro ámbito jurídico cultural peruano, está más cerca de la amoralidad, del todo vale y del moralismo que de «la moral». Evidentemente, esa moral-amoral tiene que ver y se expresa en la corrupción como fenómeno generalizado social e institucionalmente, vinculado a la cosmovisión mayoritaria.

XVI. Manuel Atienza

Sorprende que, en una videoconferencia, para demostrar que la objetividad en las decisiones u opiniones jurídicas es posible, el maestro Atienza diga que la distancia entre Toledo y Madrid es objetivamente la misma, aunque los individuos discutan sobre cuál es esa distancia y no se pongan de acuerdo. Vistas así las cosas, nadie podría estar en desacuerdo con él, porque en este caso se trata de un acto cognitivo, de conocimiento de la realidad: la distancia entre Toledo y Madrid. Esa distancia se obtiene a partir de un acto que puede ser «objetivo» si se mide la distancia entre Toledo y Madrid con el instrumento idóneo. Pero en el caso de una opinión jurídica que, por ejemplo, pueda dar un juez en una sentencia, o un fiscal en un dictamen, o un abogado en un alegato, etc., la cosa es otra. Aquí no se puede hablar de objetividad porque no se trata de actos de conocimiento.

En este caso se trata de algo cualitativamente diferente e intrínsecamente subjetivo, que apunta a lo que debe ser jurídicamente, no a lo que es en la realidad. Una opinión jurídica es un juicio de valor, no un juicio de hecho, como el que mide la distancia entre Toledo y Madrid. Y eso ocurre con la relación derecho-moral: «No se puede hacer una separación tajante entre el derecho y la moral», afirma el maestro. Eso depende de la moral a la que se refiera. ¿Quiere decir entonces que derecho y moral son uno? ¿O dos? ¿La moral es, o no, algo externo al derecho? «La argumentación jurídica tiene un componente moral», agrega, lo que quiere decir que no es originalmente parte del componente jurídico, que lo moral y lo jurídico no son ni idénticos ni sinónimos. ¿Cuál es ese componente

moral, distinto al derecho, al que se refiere, entonces? Solo sabemos que es distinto al derecho y que lo engulle de tal manera que, si no sigue a la moral, ese derecho no es derecho.

La moral, parecen decirnos, es un orden externo o interno, pero distinto, que está para dar lo que el derecho no tiene: una especie de «integración» moral para llenar una supuesta laguna axiológica ¿Eso sería «mantenerse dentro del derecho», como quiere el maestro Atienza? La auténtica manera de «mantenerse dentro del derecho» ¿no sería más bien recurrir a medios jurídicos y solo jurídicos (no solo legales)? Y más aún: defender la autonomía y autosuficiencia del derecho democrático y, en nuestro caso, republicano. Si no entendí mal, «derecho» y «moral» son diferentes, pero conceptualmente inseparables. ¿Qué significa «conceptualmente inseparable»? ¿Eso quiere decir que en la definición de derecho no puede faltar la moral?

Siendo así, ¿cómo «mantenernos dentro del derecho, de los límites que fije el derecho» si se invoca un código externo que no es jurídico sino conceptualmente necesario? ¿Esto no niega la ética, los valores y principios jurídicos modernos? Y es a estos a los que a veces parecen referirse; pero, sin embargo, simultáneamente lo asocian con «la moral», con algo distinto del derecho. Si es derecho, ¿para qué la moral? De ahí la hipótesis de la ambigüedad. Si se refirieran exclusivamente a los principios y valores jurídicos sin ninguna moral asociada a él, estaríamos de acuerdo con esta posición, sin dejar de comprobar que ese nombre, aunque fuera solo un nombre, provoca confusión en esta parte del mundo.

Las morales generales, universales, objetivas, válidas para todos los pueblos se parecen mucho a las morales eternas y absolutas, y eso no deja de ser peligroso. Las regresiones o involuciones ya no son una posibilidad sino la realidad contemporánea. Y como es genérica, vacía de especie, puede llenarse, y se llena, con los criterios personales del intérprete. Siguen siendo subjetivas, y esto no es un pecado. Pero, como se sobrevalora cartesianamente la «objetividad» y se infravalora la «subjetividad», se dice también que «los derechos humanos son lo más cercano a la objetividad» como un piropro. La verdad es que resulta un poco difícil de entender la objetividad de una sentencia, o de los derechos humanos que pretenden regular la conducta, no conocer la realidad, salvo en cuanto a los hechos, cuando hay hechos en un asunto jurídico, y no siempre los hay en este tipo de problemas.

Los derechos humanos son normas o principios que intentan ciertos objetivos, aceptados en el orbe occidental u occidentalizado, que tienen que ver con la conducta humana y su regulación a partir de ciertos valores. La creación y la aplicación de esos derechos no es una actividad científica, de conocimiento de la realidad, lógico-formal o matemática; no se trata de operaciones cognitivas. En consecuencia, los derechos humanos, en su aplicación práctica, no pueden acercarse ni llegar a la objetividad, como un juez no puede ser objetivo en su sentencia, cuando lo que tiene que ser es ser justo, equitativo, razonable. Una cuestión de criterio, no de conocimiento, no cognitiva sino estimativa, valorativa. Esto sigue siendo subjetivo.

Una sentencia del juez nacional o de la Corte Interamericana de Derechos Humana-

nos puede existir objetivamente transcrita en el papel, pero el contenido de la sentencia, el planteamiento, la argumentación y el fallo son opinión fundamentada de los jueces que conforman los tribunales. Una vez más: son subjetivas sin connotación peyorativa. Una sentencia está bien motivada o fundamentada, o no; pero no es objetiva, verdadera o falsa. Salvo con respecto a los hechos, cuando los hay, como ya se dijo.

No porque un grupo de magistrados o juristas se pongan de acuerdo en una discusión este acuerdo convierte mágicamente su opinión, su punto de vista de sujetos, en objetiva. No es ni puede serlo, aun si fuera muy razonable, equitativa, etc. El maestro señala que «[l]a moral penetra el derecho, pero no son lo mismo». Es una frase que reconoce, a la vez, la relación o inseparabilidad del derecho con la moral como su distinción. Y también sostiene que «la solución moralmente justa no es lo mismo que la solución jurídicamente válida». ¿Qué significa esta «solución jurídicamente válida» con relación a la «moralmente justa»? Creo que se puede leer cierto tono despectivo respecto a «lo jurídicamente válido» y cierta reverencia a «lo moralmente justo», cierta eminencia.

Parece decirnos que el derecho, «lo jurídico», es insuficiente, ya que puede no ser «moralmente justo», suponemos. Pero tal vez haya que distinguir entre lo meramente legal y lo plenamente jurídico. Porque también da la impresión de que «lo jurídicamente válido» fuera solo lo formalmente correcto, haciendo abstracción momentánea de principios y valores jurídicos para forzar una insuficiencia que luego justificará la presencia y la autoridad de la moral en el derecho. El derecho es bastante más

que la legislación, por eso no vemos la insuficiencia.

Suponemos que «lo válido jurídicamente» implica una solución conforme a los valores o principios jurídicos. ¿Por qué serían insuficientes? Afirma también: «si solo usan el derecho y no la moral están mal» ¿Por qué está mal usar solo el derecho —el derecho completo— y dejar de lado la moral? ¿No es esto ya la expresión de la moral? Y también: «La argumentación jurídica tiene un componente moral». ¿Cuál es específicamente ese componente? ¿Cuál es la diferencia entre argumentación jurídica y argumentación moral? No estamos seguros de lo que aquí significa la palabra, pero es evidente que no es sinónimo de derecho. Luego, parece que hay algo más que valores y principios jurídicos o derechos humanos en el derecho. ¿Qué será? Esa moral es algo misteriosa.

XVII. Carlos Santiago Nino

Se dice que cuando hablan de moral objetiva los creyentes objetivistas no se refieren a la moral tradicional sino al «objetivismo constructivista», sobre el cual Juan Antonio García Amado hace un comentario a propósito de la posición de Carlos Santiago Nino:

El objetivismo constructivista no afirma que estén preconstituidas, preestablecidas las verdades morales, salvo en lo que tiene que ver con el igual derecho de todo ser humano adulto por participar en los discursos y debates morales que le conciernen, sino que las normas morales objetivamente verdaderas en cada tiempo y lugar son las que se dan en el marco de una deliberación

social libre e igualitaria. Como esa deliberación tiene lugar sobre el trasfondo del «mundo de la vida», de los datos o conocimientos de la sociedad concreta de que se trate, las verdades morales pueden cambiar en la medida en que también cambien los consensos a partir de modificaciones en ese mundo de la vida o infraestructura cultural de la deliberación libre y de los acuerdos¹².

Una moral es subjetiva por antonomasia. Las condiciones de objetividad planteadas por el objetivismo son tan subjetivas como cualquiera otra; requieren que todos razonemos en coincidencia con quienes proponen que «la moral objetiva es la moral social recreada en condiciones epistémicas generales, que si todos participamos en esas condiciones epistémicas generales llegaremos a la misma conclusión», como señala el maestro Atienza. Esa sería la moral objetiva. Ahí estaría la objetividad, en una producción grupal, en una construcción. Sin embargo, se trata de un acuerdo, o de un consenso, no de una verdad. Por más razonable y consensual que sea, no puede ser objetiva porque no es un conocimiento. ¿Y quién o quiénes deciden cuáles son esas condiciones epistemológicas generales, quiénes las cumplen y quiénes no, y quiénes participan en la deliberación? ¿No serían siempre criterios de sujetos?

Siempre habrá varias respuestas «únicas» respecto a un mismo problema y las habrá mejores o mejor fundamentadas, y otras no tanto. Pero no porque se llegue a una solución razonable, con fundamentos convincentes para muchos, significa que sea objetiva: un

criterio, una opinión, individual o colectiva, no puede ser objetiva sino mal o bien fundada, consistente y convincente o no. Y los juristas ¿no son también sujetos que tienen opiniones y no verdades divinas, aunque estén estupendamente fundadas? Desde nuestra perspectiva, Juan Antonio García Amado tiene razón, en sus comentarios al reconocido Carlos Santiago Nino, respecto a la relación entre derecho y moral que adopta el jurista argentino, muy semejante a la que estamos comentando en este trabajo.

El hecho es que, en el contexto jurídico, siempre se habla o escribe con tono apologetico o positivo más que crítico respecto de «la moral». Si los juristas utilizan la palabra moral y son leídos por mucha gente, habría que tener en cuenta, en nuestro medio jurídico hispano-andino por lo menos, lo que esa gente entiende por la palabra moral cuando la escucha o lee. Obviamente, es la moral religiosa que llegó con la Conquista: la moral judeo-cristiano-católica; no se conocen otras, salvo excepcionalmente entre individuos. Al escuchar o leer la palabra moral nuestros ciudadanos entienden por «moral» la moral con la que han sido educados, incluida la mayoría de los profesores de derecho. A esa moral se atienden, y acatan, aunque no cumplan.

Por eso la ambigüedad puede causar confusión y bloquear su esclarecimiento. El que escucha de estudiante que el derecho debe subordinarse a la moral, o que considera a la justicia un valor moral, creará, sin duda, que se trata de la moral católico-cristiana, porque es dudoso que conozca o quiera conocer alguna otra moral que no sea la suya (por ejemplo, la ética epicúrea). Si se refiriera a algo que está fuera del derecho, están dando autoridad a algo que no es

12 «El jusmoralismo de Carlos Santiago Nino», www.garciamado.blogspot.com.

derecho; entonces, el derecho no es autónomo ni primero, no se basta a sí mismo. Entonces, no es moderno. Por eso no somos modernos, y la modernidad ya pasó.

La moral a la que aluden nuestros juristas puede no ser diferente de aquella en la que los menos letrados creen, aunque no sean tan sofisticados para sistematizarla teóricamente. Esto es lo que ellos entienden por «moral»; no parece que piensen en la libertad, la dignidad, la no discriminación, o cosas por el estilo. En nuestro contexto cultural por lo menos. Juan Antonio García Amado comenta también a Carlos Santiago Nino, ese gran jurista argentino en el que, por momentos, la moral parece desplazar al derecho:

¿Por qué tanto insiste Nino en que solo la obligatoriedad moral puede fundamentar la obligatoriedad jurídica? Porque emplea un concepto de obligatoriedad como obligatoriedad moral exclusivamente. En realidad, es casi tautológico: si partimos de que obligatoriedad propiamente dicha no hay más que obligatoriedad moral, o con base en o por delegación de la moral. No es que la vinculación conceptual necesaria entre derecho y moral queda así demostrada, sino que ha quedado de mano excluida la tesis opuesta, la de la separación. Si no hay con propiedad normatividad que en últimas no sea normatividad moral, cómo van a existir sistemas normativos, que sean jurídicos u otros, que no sean sistemas morales.

Y los sistemas morales se imponen porque son obligatorios y, como todo lo obligatorio, una cuestión de poder. Se trata de obedecer y nada más que de obedecer...

XVIII. Luis Prieto Sanchís

Luis Prieto Sanchís recuerda que, como lo mencionamos antes, según Manuel Atienza, «la moral objetiva es la moral social recreada en condiciones epistémicas generales, que si todos participamos en esas condiciones epistémicas generales llegaremos a la misma conclusión». Y ¿cuáles serían esas condiciones epistémicas? ¿Y dónde y cuándo podrá darse esa concordia? Nadie sabe, porque es solo una elucubración hipotética o ideal, no una realidad. Y suponiendo que se dé el milagro de la concordia, y todos lleguemos «a la misma conclusión» después de un esfuerzo comunicativo, ¿por qué llamarla «objetiva» si no es conocimiento de la realidad sino un consenso o un acuerdo de opiniones? ¿Eso puede ser objetivo, verdadero o falso? ¿Cómo evitar que esto sea subjetivo o relativo para quienes comparten esa opinión? En la época setentera ya se podía escuchar por Antonio Gramsci cosas en relación con el dualismo objetividad-subjetividad que vale recordar:

El reproche que debe hacerse al *Ensayo popular* (Bujarin) es haber presentado la concepción subjetivista tal como aparece según la crítica del sentido común y haber elegido la concepción de la realidad objetiva del mundo exterior en su forma más trivial y acrítica, sin sospechar siquiera que se puede hacer a esta la objeción de caer en el misticismo como efectivamente se ha hecho. Ocurre, además, que al analizar esta concepción no resulta tan fácil justificar un punto de vista de la objetividad exterior entendida de forma tan mecánica. Parece que puede existir, al parecer, una objetividad extra histórica

y extrahumana. ¿Pero quién juzgará de esta objetividad? ¿Quién podrá ponerse en esta especie de «punto de vista del cosmos en sí» y qué significó este punto de vista?¹³

Según la teoría de la acción comunicativa, que Alexy y muchos juristas toman de Habermas, la verdad jurídica es el producto de un acuerdo o suma de puntos de vista que coinciden a partir del cumplimiento de ciertas condiciones de participación, en una discusión lo más limpia y democrática posible sobre un asunto, en un momento histórico determinado. Pero, aunque se cumplieran todas las condiciones ideales de comunicación habermasianas entre seres ideales, civilizados y respetuosos, no puede ser objetiva o verdadera sino, en el mejor caso, sensata, razonable; no dejaría de ser una opinión subjetiva (en sentido descriptivo) de un grupo de sujetos que en nuestros países no sabemos de dónde vamos a sacar con las condiciones que se requieren.

La apuesta por condiciones ideales de comunicación, en situaciones ideales que no se han dado y que tal vez no se puedan dar sirve como meta, como horizonte, como motivación, como modelo, etc. Solo que se puede confundir el modelo abstracto con la compleja realidad concreta. ¿Cómo aplicar la acción comunicativa en la vida jurídica concreta de nuestros caóticos y primitivos pueblos? El problema es más grave en países como el Perú, donde la «moral social» está hecha de amoralidad y la corrupción se ha generalizado socialmente.

¹³ Antonio Gramsci, *La política y el estado moderno*. Ediciones Península, Barcelona. 1971, 2da. edición p. 34.

¿Cómo tomar de referencia a esa moral social y «recrearla epistémicamente» para construir con ella una «moral racional» o una «moral objetiva»? De la amoralidad reinante ¿cómo puede brotar la moralidad objetiva? Del fango ético, político y social ¿cómo puede brotar la flor jurídica más fragante y bella? Por supuesto que se puede llegar a acuerdos y consensos a pesar de las diferencias de puntos de vista, pero, aun cuando grupalmente lleguemos a la utópica situación comunicativa ideal, ¿por qué el acuerdo o la coincidencia de un grupo, minoría o mayoría se convertiría en una «moral objetiva», una única respuesta correcta, una verdad, por más lúcidos que sean los componentes de dicho grupo? Ese acuerdo no los hace objetivos, aunque puedan ser muy útiles, sin importar la cantidad de participantes en la convención. Un acuerdo mayoritario o minoritario es de carácter prescriptivo, regula conductas, no puede ser objetivo, no tiene carácter gnoseológico, no es un conocimiento.

«La moral es subjetiva o no es sincera», agrega Luis Prieto Sanchís. La pretensión de objetividad tampoco es objetiva o universal sino subjetiva, Una opinión no es una descripción ni una explicación de la realidad, sino la expresión personal de un ser humano que no se pretende verdadera sino sincera, auténtica, clara, precisa, etc. Una moral objetiva es una imposibilidad lógica e histórica: es aceptar unas reglas creadas por nadie, por ningún sujeto o grupo de sujetos, una moral fuera del tiempo y del espacio, una moral metafísica que, sin embargo, hay que obedecer o cumplir. Y todo porque los creyentes no se conforman con los imperfectos acuerdos históricos relativos entre seres huma-

nos, que hacen posible el derecho y le dan vida.

El derecho solo necesita absolutos desde la perspectiva de los absolutistas supérstites. Recordemos, a propósito, al ingenioso y desparpajado José Bergamín, a quien en su tiempo algunos colegas acusaban de ser «muy subjetivo» no necesitó muchas palabras para expresar algo que, para nosotros, está requiriendo un largo discurso «Como no soy un objeto no puedo ser objetivo; como soy un sujeto soy subjetivo».

Conclusiones

Después de la Segunda Guerra, a partir de una cierta derrota del positivismo jurídico (que se definió en Núremberg, si bien empezó antes) y la recuperación del peso de los valores y principios jurídicos rezagados por el positivismo, diversos jusnaturalismos y moralismos aprovecharon para colarse a la fiesta de regreso principista, para reinstalar la moral en la vida jurídica, la moral sin apellido, silenciosa y muda: la moral tradicional. A ello ha contribuido tal vez la ausencia de ciertos autores que viven expulsados del mundo jurídico occidental y cristiano, a pesar de su pertinencia y necesidad, tratándose en este caso del sacro problema de la moral vinculada al derecho, como la obra de Schopenhauer y Nietzsche, por ejemplo.

Digamos que, en aras del esclarecimiento plural y democrático de ciertos conceptos clave como el de moral, parece necesario que en la discusión digamos lo que entendemos por «moral», en especial en su relación con el derecho. No es suficiente con advertir la existencia de la

polisemia. Da la impresión de que, en el ámbito jurídico hispanoamericano, por lo menos, cuando se trata de la discusión entre positivistas y no positivistas, neopositivistas o jusnaturalistas, etc., hay más malentendidos que desacuerdos con respecto a la palabra moral. Se debe tal vez a que no se señala expresamente el sentido específico que se da a esa palabra sin ambigüedad. Ni se justifican la omisión o el silencio.

Se la menciona, pero no se la define y se la ubica por encima del derecho, como en el caso peruano sobre vacancia presidencial por incapacidad moral permanente, donde el término pasó de significar ‘incapacidad física o mental para gobernar’, como significó desde su origen europeo y como se entendía en algunas de nuestras Constituciones. Hasta que el sentido de la palabra moral cambió de hecho (pero no de derecho) en nuestro país, para adoptar el sentido literal del término moral: no como incapacidad física o mental sino como transgresión de la moral que todos conocemos por haber sido educados con ella: la moral judeocristiana. Y como el presidente de turno se portó mal moralmente, hubo que vacarlo.

Un simple método de interpretación jurídica, el ex antecedente, o histórico, nos revela que el término moral era entendido en el tiempo napoleónico, que es el de su origen, como sinónimo de mental, y no en sentido religioso, al que está asociada la moral en nuestra cultura hispano-andina. Por eso, desde esa misma época se habla de «daño moral», que no tiene que ver con los evangelios o con Tomás de Kempis, sino con el sufrimiento y el dolor humano como experiencia mental o psicológica, no

en el sentido religioso de la moral cristiana. O «persona moral», como sinónimo de persona jurídica, que tampoco tiene que ver con el cristianismo sino con una creación o ficción jurídica, o sea, creada por el derecho: una sociedad anónima, por ejemplo.

Si el sentido fuera el que le dan los congresistas y otros —la moral en el sentido judeocristiano de la palabra—, el más común y conocido, sería inadmisibles en una república que tiene como principio la separación de los asuntos eclesiásticos y los asuntos jurídico-estatales. Si la interpretación religiosa o eclesiástica de la palabra moral que le dan casi todos fuera correcta ¿qué haríamos cuando un presidente se incapacite física o mentalmente en forma grave (estado de coma o locura)? Esa interpretación moralista y simplona crearía artificialmente una laguna normativa: no habría norma para resolverla. Y quizá por ello el Tribunal Constitucional —pudorosamente conservador— no ha tenido el valor de esclarecer el artículo constitucional respectivo (el artículo 113o), prolongando hasta hoy el problema de la ambigüedad del término incapacidad moral, que, como hemos visto reiteradamente, no tiene nada que ver con «la moral» si se la entiende como algo ajeno al derecho.

Bibliografía

- Beladiez, Margarita. *Los principios jurídicos*. Madrid: Tecnos, 1994.
- De la Boétie, Etienne. *Discours de la servitude volontaire*. París: Flammarion, 1983.
- Deleuze, Gilles. Spinoza: *Philosophie pratique*. París: Les Editions de Minuit, 1981.
- Díez Picazo, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. Ciudad: Editorial Ariel, 1999.
- Gramsci, Antonio. *La política y el estado moderno*. 2.^a edición. Barcelona: Península, 1971.
- Nietzsche, Friedrich. *El anticristo*. Barcelona: Fontana-Ediciones Brontes, 2017.
- Nietzsche, Friedrich. *Más allá del bien y del mal*. Madrid: Alianza Editorial, 2014.
- Ortega y Gasset, José. «El tema de nuestro tiempo». *Revista de Occidente*, Madrid, 1963.
- Ingenieros, José. *Las fuerzas morales*. Lima: Almen Editores, 2004.
- Recassens Siches, Luis. *Introducción al estudio del derecho*. México: Porrúa, 1993.
- Strathern, Paul. *Kafka en 90 minutos*. Madrid: Siglo XXI, 2016.
- Savater, Fernando. *El valor de educar*. Bogotá: Ariel, 2001.
- Savater, Fernando. *Invitación a la ética*. Barcelona: Anagrama, 1997.
- Schopenhauer, Arthur. *El mundo como voluntad y representación*. Madrid: Akal, 2011.
- Schopenhauer, Arthur. *El arte de envejecer*. Madrid: Alianza Editorial, 2016.

Vargas Llosa, Mario. *Medio siglo con Borges*. Lima: Alfaguara, 2020.

Vargas Llosa, Mario. *La llamada de la tribu*. Lima: Alfaguara, 2018.

Vásquez, Rodolfo. *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*. Barcelona: Gedisa, 1998.

DEMOCRACIA POLIÉDRICA: UNA PROPUESTA INTEGRATIVA DE LOS MODELOS CONSTITUCIONAL, DELIBERATIVO Y MONITORIZADO DE DEMOCRACIA, EN ARAS DE UNA IDÓNEA DEFENSA DEL SISTEMA CONSTITUCIONAL EN IBEROAMÉRICA

Polyhedral Democracy: An integrative proposal of the Constitutional, Deliberative and Monitored models of Democracy, for the sake of a suitable defense of the constitutional system in Ibero-America

Autor: Rodrigo René Cruz Apaza*

REVISTA

LP Derecho

Rodrigo René Cruz Apaza

«Democracia poliédrica: una propuesta integrativa de los modelos constitucional, deliberativo y monitorizado de democracia, en aras de una idónea defensa del sistema constitucional en Iberoamérica».

Revista LP Derecho.

3 (2022): 35-63.

Recibido: 16/05/2022

Aprobado: 02/08/2022

* Abogado y maestrando en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad Mayor de San Simón, investigador independiente en materia constitucional y procesal constitucional, autor de libros y artículos publicados en revistas nacionales de Derecho de la Escuela de Abogados del Estado, Escuela de Jueces del Estado, Revista Con-Sciencias Sociales y Revista de Derecho de la U.C.B. – U.C.B. Law Review, y miembro de la Asociación peruana IUXTA-LEGEM.

Resumen

La democracia, aquel sistema político estimado como el mejor optimizador de los principios y valores fundamentales constitucionales, o el menos nocivo para la convivencia humana, ha sido el instrumento predilecto que los pueblos de esta región adoptaron para materializar sus desiderátums. No obstante, el modelo democrático liberal no es suficiente si observamos con seriedad el contexto vigente (incumplimiento de la Constitución, ausencia de espacios de dialógicos y dialécticos, e ineficiente vigilancia); ergo, es menester fortalecer y adoptar los postulados e instituciones provenientes de la democracia constitucional, la democracia deliberativa y la democracia monitorizada, para reforzar la cobertura a nuestras Constituciones. Consideramos que la interacción de estos tres paradigmas coadyuvará a la erección de un modelo de democracia poliédrica, una forma democrática con mayores oportunidades de escrutinio social y escenarios de deliberación con idóneo diseño proxiémico.

Palabras clave:

democracia poliédrica, democracia constitucional, democracia deliberativa, democracia monitorizada.

Abstract

Democracy, that political system considered as the best optimizer of the fundamental constitutional principles and values, or the least harmful to human coexistence, has been the preferred instrument adopted by the peoples of this region to materialize their desiderata. However, the liberal democratic model is not enough if we seriously observe the current context (non-compliance with the Constitution, absence of dialogic and dialectic spaces, and inefficient surveillance); ergo, it is necessary to strengthen and adopt the postulates and institutions coming from Constitutional Democracy, Deliberative Democracy, and Monitored Democracy, in order to reinforce the coverage of our constitutions. We believe that the interaction of these three paradigms will contribute to the erection of a Polyhedral Democracy model, a democratic form with greater opportunities for social scrutiny and deliberation scenarios with suitable proxemic design.

Keywords

Polyhedral Democracy, Constitutional Democracy, Deliberative Democracy, Monitored Democracy.

I. Introducción

En los primordios del siglo XIX, la democracia pudo haber sido considerada un sistema político de hacendeda aplicación, si se precisa que las instituciones principales de aquella época se centraban en la emisión del voto y los cargos representativos (democracia representativa). Empero, hoy el referido sistema es un asunto que excede la concurrencia a las urnas para la constitución de instancias de gobierno. La nuclearidad de estos dos aspectos no ha mermado, pero la democracia ahora presenta mayores dimensiones.

Por lo apuntado, diversos Estados de Iberoamérica exhiben modelos democráticos complejos que accionan mecanismos de diversos enfoques; por ejemplo, se combinan instituciones de la democracia representativa con la democracia participativa.

Dado que es factible la convergencia de múltiples enfoques en un solo sistema constitucional, el presente artículo constituye una investigación de índole cualitativa y aplicada, que pretende bucear en tres modelos democráticos contemporáneos: dos provenientes del siglo XX y uno del siglo XXI (respecto al empleo de su terminología).

Los primeros capítulos tienen por objetivo precisar la predilección política de los pueblos iberoamericanos y advertir la trascendencia de los Estados («leviatanes») contemporáneos; son una introducción previa al desarrollo de los explicandum: la democracia constitucional, democracia deliberativa y democracia Monitorizada.

Una vez que los explicandum sean traducidos a explanandum (de forma sinóptica), se procederá a precisar sus respectivos telos y techos axiológicos. No obstante, se advierte al lector que el enfoque monitorizado será el que tendrá el mayor desarrollo, por cuanto es una locución novicia (2009), de índole pragmática e ignota en esta región (los estudios sobre democracia monitorizada son escasos).

Culminada la labor descriptiva y reflexiva se procederá a verter nuestra propuesta democrática polimórfica o integrativa. Esgrimiendo como explanans el paradigma constitucional, deliberativo y monitorizado, se sostiene que los tres enfoques acusan indicadores de identificación (paralelismos) y, por tanto, es

posible formar con ellos un trípode para la confección de una «democracia poliédrica» que promueva la adopción (o afianzamiento) de instituciones dialógicas y dialécticas como instituciones de monitoreo, para la salvaguarda efectiva del principio de supremacía y fuerza normativa de la Constitución. (En el transcurso del artículo se empleará la expresión «sistema constitucional» para aludir con preferencia a la cohorte de principios, valores, derechos y garantías fundamentales).

La asunción de este mosaico democrático enfatizará la tutela de principios como la supremacía normativa de la Constitución, la participación ciudadana, la vigilancia, entre otros, que en conjunto tienen por propósito configurar diques al obrar despótico del poder (provenga este del aparato estatal o de agentes privados).

Como tal, no es una propuesta que tenga que aplicarse pieza por pieza: un gran porcentaje de los Estados del globo profesan que sus constituciones son la norma suprema y fundamental de su sistema, y las unidades estatales de Iberoamérica no son ajenas a esta corriente. Se tendría entonces transitado el primer engranaje: la democracia constitucional. Los otros dos engranajes (democracia deliberativa y democracia monitorizada) tienen una realidad relativa; prueba de ello son los constantes conflictos y protestas sociales que se han suscitado a partir de octubre de 2019 en países como Bolivia, Chile, Colombia o Perú.

Ergo, lo sugerido no es un ideal quimérico. Incluso podría afirmarse que es una realidad sobreviniente debido al incremento de la participación ciudadana en los escenarios políticos en las últimas cinco décadas.

II. El juego democrático en Iberoamérica

Fenecidas las contiendas de la Independencia, cuyo fuste discursivo filosófico-político fue —principalmente— el derecho de autodeterminación, los pueblos iberoamericanos se dotaron, por medio de sus respectivas Constituciones, de un sistema democrático de carácter representativo. ¿De dónde provino el estímulo para tal proceder? Del influjo de la Revolución Francesa y el ejemplo de Estados Unidos, que predicaban los beneficios de dicho régimen. Sobre la inevitabilidad de la asunción de este modelo, Alexis de Tocqueville afirmaba lo siguiente: «Querer contener a la democracia sería entonces como luchar contra el mismo Dios, y a las naciones no les quedaría más que acomodarse al estado social impuesto por la Providencia»¹.

El modelo de democracia mencionado fue previsto en algunos textos constitucionales. Señalemos algunos ejemplos: el artículo 9 de la Constitución colombiana de 1821; el artículo 10 de la Constitución salvadoreña de 1824; el artículo 10 de la Constitución hondureña de 1825; el artículo 40 de la Constitución nicaragüense de 1826; el artículo 7 de la Constitución boliviana de 1826; el artículo 1 de la Constitución dominicana de 1844, entre otras². Del superficial buceo normativo efectuado se constata que, en los albores de la historia política de esta región, las naciones asumieron el «reto» de articular

1 Citado en Francisco Miró Quesada Rada, *Introducción a la ciencia política*. 2.ª edición (Lima: Grijley, 2006), 41.

2 Nelson Chávez Herrera (Comp.), *Primeras Constituciones. Latinoamérica y el Caribe*. (Caracas: Biblioteca Ayacucho, 2011).

un sistema político democrático de índole representativa.

La expresión *reto* es resaltada por cuanto estimo que operativizar los complejos engranajes del sistema democrático es toda una empresa, que requiere la participación de múltiples actores sociales. La entonces clase gobernante, como la gobernada, carecieron de prudencia política y cultura constitucional para afrontar el desafío; fruto de estos defectos fueron los lúgubres episodios que exhiben los anales políticos de Iberoamérica durante los siglos XIX y XX.

Triunfantes las revoluciones de independencia en su misión de desterrar a la metrópoli, los gobiernos que se instituyeron no tuvieron la vis para lidiar contra la anarquía; he aquí la razón por la cual se levantaron caudillos que personalizaron —y, por ende, concentraron— el poder estatal cuando fungían como presidentes. Se percibe así que los presidentes emularon a Luis XIV respecto a su célebre apelativo: *Le Roi Soleil* (no consignamos «el Estado soy yo», debido a que esta última es tenida por espuria)³. Desde una perspectiva funcional, esto significaba, según el profesor Carrasco, que el «gobernador absoluto [...] resucitaba bajo el rótulo de presidente de la República»⁴.

En otros términos, se desplazó al monarca europeo para instituir constitucionalmente monarcas americanos a los que llamaron «presidentes». Esta afirmación tiene su

base en la frase —apócrifa— que Alberdi atribuye a Bolívar: «Los nuevos Estados de la América antes española necesitan reyes con el nombre de presidentes»⁵. Por lo expuesto, una vez constituidos como Estados independientes, diversos caudillos letrados y bárbaros (locuciones acuñadas por el historiador Alcides Arguedas) gobernaron el territorio de forma irrespetuosa de los principios democráticos.

En la segunda mitad del siglo pasado, la democracia padeció cierto marasmo por las dictaduras de larga data: la dictadura militar de Pinochet en Chile, que duró de 1973 a 1990; Jorge Rafael Videla en Argentina, de 1976 a 1981; en Brasil, el golpe de Estado se prolongó de 1964 a 1985; en Bolivia, fue desde 1964 a 1982⁶. A esta tradicional inestabilidad política que no coadyuva al sistema democrático se sumó la indebida prolongación y uso de los estados de excepción (estado de sitio, estado de emergencia, etc.); por ejemplo, en Paraguay el estado de sitio dictado por Alfredo Stroessner duró de 1954 a 1987⁷.

En respuesta al poder absorbente y despótico de la institución presidencial, algunos Estados como Argentina y Colombia pretendieron atenuar su presidencialismo, pero nugatorios fueron los resultados, ya que, como mencionamos en otra oportunidad, «los institutos atenuantes diseñados por Argentina y Colombia para sustituir

3 Arturo Pellet Lastra, *Teoría del Estado*. (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1999), 37.

4 José Carrasco, *Estudios constitucionales*, T. III. (La Paz: Gonzales y Medina Editores, 1920), 4.

5 Juan Bautista Alberdi, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. (Buenos Aires: In Octavo, 2012), 71.

6 Alejandro Arratia, «Dictaduras latinoamericanas», *Revista Venezolana de Análisis de Coyuntura*, vol. XVI, n.º 1 (2010): 37-38.

7 Pablo Dermizaky Peredo, *Derecho constitucional*. 11.ª edición (Cochabamba: Kipus, 2011), 317.

el presidencialismo han servido de mutágenos, que insuflados en el sistema constitucional han provocado que el Presidente mute, es decir, se adapte y acreciente sus potestades, transitando de un presidencialismo a un hiperpresidencialismo»⁸.

Por el esbozo histórico trazado es posible afirmar que la democracia en Iberoamérica ha pugnado con diversos avatares políticos (aunque también económicos y sociales). El siglo XXI no es la excepción, y lo acusan las grandes manifestaciones y consecuentes represiones en el último decenio: protestas en Chile de octubre 2019 a marzo de 2020; en Bolivia, principalmente de octubre y noviembre de 2019; en Colombia, de noviembre a febrero de 2020, entre otros acontecimientos. No obstante, estos pueblos aún bregan por afianzar y alcanzar mayores niveles de democracia, porque, como bien asevera el profesor Mario Bunge, en la democracia encuentran «el mejor medio para distribuir y controlar el poder»⁹.

III. El leviatán contemporáneo

El Estado, aquel complejo entramado de instituciones políticas y sociales que gobiernan a una colectividad humana en determinado espacio geográfico, que algunos pensaron que se extinguió en los años ochenta (cuando, en realidad solo estaba evolucionando), aún campea a nivel global como la forma de organización político-social recomendable para la convivencia en sociedad.

8 Rodrigo René Cruz Apaza, *Ensayos de derecho constitucional y procesal constitucional*. (Cochabamba: Estandarte de la Verdad, 2021), 129.

9 Mario Bunge, *Filosofía política*. (Barcelona: Gedisa, 2009), 81.

Los grandes brazos de este coloso político, los órganos ejecutivo, legislativo, judicial (en la triada clásica) y electoral (en el sistema estatal boliviano), junto con sus demás extensiones constitucionales autónomas, lo presentan como una amenaza en potencia o instrumento benefactor para el progreso de la democracia como principio constitucional.

Por la ambivalencia precisada, plausible es la afirmación del profesor Juan Carlos Monedero cuando afirma que el Estado puede actuar como el gentil doctor Jekyll, de modales refinados y que entabla conversaciones amenas con los demás, o como el desconcertante míster Hyde, que sin reparos puede hollar a una niña en la calle. Este carácter polimorfo del Estado se debe a que su desenvolvimiento se realiza en escenarios variegados; movilizándose en policontextos, su faz es disímil de un continente a otro; y, dentro de uno, también se distinguen entre unidades estatales. Para parificar la desemejanza de la pluralidad de contextos en los que un Estado actúa, resulta ilustrativa la descripción que Charles Dickens hace de Inglaterra y de la Francia revolucionaria en su obra *Historia de dos ciudades*: mientras Francia empapada de sangre padecía los porrazos de la anarquía, Inglaterra se regocijaba de sosiego.

Concretizando el análisis, y como sostuvimos previamente, Iberoamérica ha tenido a espuestas gobiernos autoritarios conducidos por presidentes del tinte de míster Hyde; otrora, hacerles frente a gobiernos tiránicos, e incluso pensar en el tiranicidio, como proponía Franz Tamayo en Bolivia¹⁰,

10 Vladimir Roger Torrez Monasterios, «Iusnaturalismo, positivismo y realismo jurídico en el

se concebía como una hazaña probable, pero, debido al avance de la tecnología militar, la esperanza se desdibuja. Tan solo pensemos en el daño que puede ocasionarse de tener bajo poder un par de tanques o aviones de combate como los desarrollados por Estados Unidos o Israel.

La cuestión se agudiza si consideramos la complejización de las labores estatales, que promovió el acrecentamiento de las funciones políticas. Esta vigorización del ente estatal, que le permite inmiscuirse en —y controlar— la vida de los ciudadanos, refleja lo que el profesor Helmut Willke denomina *Supervisionsstaat* o «Estado de supervisión», una forma estatal que hace su debut entre el siglo XX y XXI. A criterio del profesor Bob Jessop: «Connota tanto un Estado que supervisa, como resultado de su monopolio relativo sobre la inteligencia colectiva, como un Estado que ejerce el control mediante sus capacidades supervisoras y disciplinarias»¹¹.

El poder infraestructural, la anatomopolítica y la biopolítica nos presentan la capacidad de control que los actuales aparatos estatales ostentan en relación con sus antepasados, y, en razón de ello, estimo que no se equivocaba Hobbes cuando rotulaba a la organización civil que debía monopolizar el poder coactivo (Estado) bajo el nombre de «Leviatán»¹², aquella criatura que el li-

bro sagrado de Job describe como un ser irresistible¹³.

El poder coactivo (militar y policial), que está subordinado a la autoridad civil por medio de la Constitución, es de tal calibre que, de erigirse dictaduras que las instrumentalice en *pro domo sua*, el pueblo no tendría oportunidad de rebatirlo; intentarlo sería una locura equiparable a la emprendida por Don Quijote cuando desafió a los «gigantes» (los molinos de viento).

Pero, ¿es acaso el vocablo *leviatán* aplicable únicamente al Estado cuando este procede arbitrariamente a través de sus órganos? La respuesta es negativa. En la actualidad es posible identificar dos tipos de «leviatanes» que habitan en nuestra región: el leviatán constitucional y el leviatán despótico.

Dechado del primero son aquellos gobiernos que ajustan su actuación a los cánones constitucionales y guardan los principios democráticos; los segundos se caracterizan por ser Estados en los que sus autoridades trascienden los marcos constitucionales y mellan los valores de la democracia (por ejemplo, Venezuela y Cuba). Sobre la primera clasificación es necesario realizar una parénesis práctica, porque, según Josep M. Vallès, en la actualidad la mayoría de los Estados proclaman ser democráticos: «Pero esta condición les es negada a menudo por otros observadores, que les acusan de ser monocracias o dictaduras, alejadas de las características democráticas. En una estimación benévola, algunos observadores

pensamiento de Franz Tamayo: el Proyecto de Ley Capital de 1930 y la legalización de la guerra civil», *Revista de Derecho de la UCB-UCB Law Review*, vol. 5, n.º 9 (2021): 75.

11 Bob Jessop, *El Estado, pasado presente y futuro*. (Buenos Aires: Prometeo Libros, 2019), 70.

12 Thomas Hobbes, *Leviatán*. 2.ª edición (Madrid: Editora Nacional, 1980).

13 *La Santa Biblia. Reina Valera 1960*. (Ciudad: Sociedades Bíblicas Unidas, 1986). Job 41, 1-9.

estiman que no más de una tercera parte de los estados actuales pasarían un control de calidad democrática»¹⁴.

Sea un «leviatán» de carácter constitucional o despótico, la arquitectura institucional no varía radicalmente, por lo que ambos tienen la fuerza necesaria para imponer su voluntad por sobre otros actores políticos; y es que «hay que admitir que no hay sistema democrático que pueda prescindir del uso de la coacción, por mesurada y regulada que sea»¹⁵.

Para concluir este acápite permítasenos formular unas cuantas precisiones. La sucinta descripción de la tradición democrática en Iberoamérica nos ha permitido cavilar sobre el sentimiento de predilección de los pueblos de esta región por su adopción, así como sus oscilaciones. En ese orden de ideas, analizar al leviatán contemporáneo nos lleva a comprender la potencia que tiene el aparato estatal para ejercer dominio sobre el elemento poblacional.

En conclusión, la frágil cultura democrática en Iberoamérica, debida —entre otras razones— a un manejo arbitrario del aparato estatal, fuerza a estos pueblos a adoptar modelos de democracia que refuerzan la teleología tuitiva de los componentes estelares del sistema constitucional. A continuación, nos ocuparemos de estos y emitiremos nuestra propuesta amalgamadora.

14 Josep M. Vallès, *Ciencia política. Una introducción*. 8.ª edición. (Barcelona: Ariel, 2007), 99-100.

15 *Ibidem*, 36.

IV. Democracia constitucional

La democracia y la Constitución fueron estrechando sus relaciones en la segunda mitad del siglo XX como respuesta a las debacles bélicas de la época. Como producto de esta proximidad se desarrolla la locución «democracia constitucional», un concepto esgrimido a partir de la segunda posguerra mundial por autores como Loewenstein o Linares Quintana, y que en la actualidad campea como el sistema político menos nocivo para la democracia y la Constitución. Esta posición es compartida por el profesor Luigi Ferrajoli, para quien la democracia constitucional nace «de las ruinas de la Segunda Guerra Mundial [...], estableciendo en normas de derecho positivo, rígidamente supraordenadas a la legislación ordinaria, los límites y los vínculos [...] hasta entonces solo políticos, de los que el fascismo había renegado»¹⁶. Empero, según otras lecturas (Badeni y Bidart Campos), este sistema político surge en el curso del siglo XIX.

Pero ¿qué es una democracia constitucional? Desde nuestra percepción, es un paradigma de organización de las múltiples relaciones de poder que predica el sometimiento de estas a un plexo de nexos sustanciales y procedimentales cuya morada es la Constitución. Concebida de esta forma, la democracia constitucional tiene afinidad con la historia del constitucionalismo, que «no es sino la búsqueda por el hombre político de las limitaciones al poder absoluto ejercido por los detentadores del poder»¹⁷.

16 Luigi Ferrajoli, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. (Madrid: Trotta, 2011), 32.

17 Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*. (Barcelona: Ariel, 1979), 150.

Del concepto de democracia constitucional vertido es posible inferir que la noción de «norma suprema» (Constitución) afina en el terreno político (democracia) con la pretensión de instituir mayores vínculos sustanciales al ejercicio del poder político en los ramales principales, particularmente en el legislativo, con la pretensión de impedir su obrar arbitrario. Ergo, en este paradigma, la Constitución enfunda el proceso democrático y por tal razón resultan pertinentes las palabras del profesor Carlos Santiago Nino: «La democracia constitucional sería no por el reconocimiento de derechos [...], sino porque el procedimiento democrático está dado por reglas de juego legítimas incorporadas a la Constitución, que proveen el marco común de convivencia»¹⁸.

Por la caracterización presentada, se colige que la democracia constitucional guarda cierto paralelismo con el contemporáneo Estado constitucional, que no tolera bajo su seno poderes *legibus solutus*, ni siquiera el del pueblo. En consecuencia, existiendo en este modelo de democracia materia constitucional que ninguna mayoría puede soslayar, determinado sector de la doctrina ha empezado a hablar de «Constitución sin soberano»¹⁹. Esta idea es válida en cuanto que «[l]a voluntad popular fuera de los cauces constitucionales y legales resulta tan despótica y tiránica como el arbitrio ilimitado de un dictador»²⁰.

18 Carlos Santiago Nino, *Fundamentos de derecho constitucional*. 4.^a reimpresión. (Buenos Aires: Astrea, 2013), 203.

19 Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 10.^a edición. (Madrid: Trotta, 2011), 13.

20 Segundo V. Linares Quintana, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*.

Sobre las dimensiones o postulados de este modelo de democracia existe profuso pronunciamiento de la doctrina:

Para Luigi Ferrajoli, la democracia constitucional tiene que reunir cuatro dimensiones para poder ser identificada: dos son de orden formal y responden a la democracia política y a la democracia civil; las otras dos tienen tónica sustancial y son la democracia liberal y la democracia social.

Se destaca, por los basales que exhibe cada dimensión, que las dimensiones formales son pertinentes en materia de elección de decisiones políticas que producen material jurídico; y las sustanciales son una serie de límites y vínculos (negativos y positivos) a la actividad nomogenética.

Ahondando en el desarrollo, para Ferrajoli, lo referido genera también dilemas de legitimación formal y sustancial. A criterio suyo, y aludiendo a la legitimidad formal, afirma: «Los problemas planteados por este tipo de legitimación son dos: ¿quién está legitimado para actuar, esto es, para realizar los actos jurídicos productivos de efectos prescriptivos? ¿Cuáles son, en consecuencia, las *formas*, y, por tanto, las normas de reconocimiento que permiten reconocer mejor en tales actos la voluntad, y por eso el poder, del sujeto legitimado para ellos?»²¹. Respecto a la legitimación sustancial, sostiene que se generan dos problemas: «qué no puede y qué no puede dejar de ser decidido, para tutela de todos, aun en las formas legiti-

do. Sistemas políticos. T. VII. 2.^a edición. (Buenos Aires: Plus Ultra 1985), 202.

21 Luigi Ferrajoli, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, *op. cit.*, 27. (Favor confirmar esta referencia)

mas de autodeterminación de la democracia formal»²².

La concepción de la democracia constitucional descrita nos perfila un modelo que no merma la participación de los agentes políticos y sus posibilidades de decisión en cuanto estén sujetos al plexo de nexos sustanciales procedimentales negativos y positivos dispuestos en la norma fundamental (a los cuales no hay mayoría que pueda eludir); o en palabras suyas: «El paradigma de la democracia constitucional no es otro que la sujeción del derecho al derecho generado por esa disociación entre vigencia y validez, entre mera legalidad y estricta legalidad, entre forma y sustancia, entre legitimación formal y legitimación sustancial o, si se quiere, entre la weberiana racionalidad formal y racionalidad material»²³.

En ese orden de ideas, Ferrajoli considera que existen dos poderosas ideologías de legitimación del poder que amenazan a este sistema: la omnipotencia de las mayorías (aparato legislativo del Estado) y la idea de libertad de mercado (como nueva *Grundnorm* en el orden globalizado). Se concluye que la democracia constitucional extiende sus límites y vínculos a todo tipo de poder en aras de la tutela de los derechos fundamentales²⁴.

Sobre la imprescindible confluencia de dimensiones formales y sustanciales en la

democracia constitucional también se pronunciaron diversos profesores, entre ellos: Luis Prieto Sanchís²⁵ y Gregorio Badeni²⁶.

Sin embargo, hasta aquí hemos detallado la faz predominantemente teórica de la democracia constitucional, más no la práctica. La historia de los pueblos de Iberoamérica ha demostrado que la mera enunciación de prohibiciones u obligaciones constitucionales es insuficiente para materializar los ideales constitucionales. Siendo insuficiente la protección teórica que este modelo ofrece, es menester complementarlo con una cobertura real, que se sustantiva en la actividad de la justicia constitucional ejercitada por un tribunal constitucional (por ejemplo, Bolivia) o corte suprema (por ejemplo, Estados Unidos), que a su vez son expresión del principio de supremacía normativa de la Constitución²⁷.

Como corolario, la democracia constitucional presentará mejores resultados para la cobertura del sistema constitucional en cuanto converjan en ella sus dos facetas tuitivas: a) la teórica, que implica al conjunto de vínculos constitucionales formales y sustanciales; y b) la pragmática, a cargo de un tribunal constitucional o corte suprema que vele por el respeto de aquellos nexos, y, en caso de su conculcación, despliegue el control constitucional en el marco de los

22 *Ibidem*, 28. (Favor confirmar esta referencia)

23 Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. 4.^a edición. (Madrid: Trotta, 2009), 37.

24 Luigi Ferrajoli, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. (Madrid: Trotta, 2014), 62.

25 Luis Prieto Sanchís, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*. (Madrid: Trotta, 2013), 70.

26 Gregorio Badeni, *Tratado de derecho constitucional*. T. I. 2.^a edición. (Buenos Aires: La Ley, 2006), 41.

27 Pablo Dermizaky Peredo, «Justicia constitucional y democracia», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 3 (2009): 209.

procedimientos previstos para tal acción. Ergo, el propósito de este modelo democrático no es sino instituir frenillos constitucionales sustanciales y formales (tuición teórica) a las diversas manifestaciones del poder (sea democrático o privado), encargando en última instancia a un organismo jurisdiccional superior su vigilancia y protección (tuición pragmática): la Constitución no es una pueril fornitura del Estado. Extraigamos el *telos* y techo axiológico de la noción vertida.

- **Telos:** Afianzar y salvaguardar los nexos constitucionales sustanciales y procedimentales que se erigen como diques de contención de la dinámica democrática (en especial, de la mayoría parlamentaria o congresal) o del poder de potencias económicas.
- **Techo axiológico:** Supremacía normativa de la Constitución.

V. Democracia deliberativa

Esta locución, considerada un pleonismo por el profesor Bunge²⁸, fue empleada y popularizada en el debate académico estadounidense por el profesor Joseph M. Besette en la década de los ochenta del siglo pasado para caracterizar la forma democrática empotrada en la Constitución de su Estado; posteriormente, esta sería reelaborada en 1994.

Siendo más precisos en la cuestión terminológica, lo cierto es que Besette no fue quien primero acuñó la expresión «democracia deliberativa». En 1963, el profesor

Pierre Aubenque utilizó la noción *Démocratie délibérative* para aludir al mundo griego clásico²⁹.

Acuñador o no, a partir de sus aportes una pléyade de autores de variopinta nacionalidad han teorizado respecto a esta propuesta democrática, aunque desde distintos enfoques: a) republicano, b) liberal, y c) discursivo. Desde la teoría republicana encontramos al profesor Benjamin Barber; en la liberal, a John Rawls; y en la discursiva, a Jürgen Habermas, James Bohman y otros.

A causa de esta variedad de doctrinas y enfoques, se considera que no es posible verter un concepto unívoco de democracia deliberativa. No obstante, coincidimos con el profesor Roberto Niembro Ortega respecto a que existe un núcleo de rasgos comunes caracterizador de este modelo: «Así, todas concuerdan en que el concepto incluye la toma colectiva de decisiones en público con la participación de todos los que han de ser afectados por la decisión o por sus representantes (parte democrática), y que han de ser tomadas por medio de argumentos ofrecidos por y para los participantes que están comprometidos con los valores de racionalidad e imparcialidad (parte deliberativa)»³⁰.

Complementando las ideas transcritas sobre esta forma democrática, también se pronunció el profesor Carlos Santiago Nino, para quien «la democracia delibera-

²⁹ Juan Carlos Velasco, «Democracia y deliberación pública», *Revista de Pensamiento Político*, n.º 6 (2009): 74.

³⁰ Roberto Niembro Ortega, «La justicia constitucional de la democracia deliberativa». (Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2017), 5.

²⁸ Mario Bunge, *Filosofía política*, op. cit., 47.

tiva es el mejor procedimiento para entender y lograr la real vigencia de los derechos individuales»³¹.

Por lo hasta aquí abordado, se colige que este modelo democrático pretende dos fines u objetivos: a) promover y estimular la participación de los ciudadanos y otros organismos sociales en los asuntos de normatividad que pudieran afectarlos; y b) afirmar como imperativo que el Estado sea el principal agente proveedor de escenarios o foros de discusión racional³² equitativos y públicos.

Las dos premisas precisadas bregan con la tradicional concepción democrática representativa, que limita la participación de los ciudadanos al mero acto de depositar su voto en las urnas. La democracia descrita mediatiza la participación de la sociedad y enmudece su opinión en cuanto la confección de uno de los principales dispositivos normativos que rigen en un Estado constitucional: la ley.

Además de rozar con la democracia representativa clásica, entra en tensión con el dogma de la mayoría invocado frecuentemente en la política agonal, ya que el referido criterio ahoga el concurso en la redacción legislativa de las demás fuerzas partidarias.

31 Carlos Santiago Nino, *La Constitución de la democracia deliberativa*. (Barcelona: Gedisa, 1997), 259.

32 Esta cualidad es, a criterio del profesor Bunge, propia de toda democracia: «La discusión racional no es privativa de la vida académica: también es una característica de la democracia. En efecto, la contienda política y la administración del bien común suponen debates racionales acerca de medios y fines» (Mario Bunge, *Filosofía política, op. cit.*, 37).

Al ser los parlamentos y congresos los órganos que dinamizan la principal función legislativa en un Estado, su producto estelar y de mayor implicancia debe ser redactada en escenarios con mayores dimensiones de participación. En consecuencia, juzgo que en la nomografía legislativa deben permitirse más voces para arribar a una simetría de intereses. Bajo esta óptica, democrático-deliberativa, los potencialmente afectados se convierten en copartícipes legislativos y la ley, por ende, emana de un proceso de coproducción.

De emitirse leyes sin consultar —aunque superficialmente— el parecer de los sectores sociales afectados por sus disposiciones, se generará indefectiblemente insatisfacción y, como consecuencia, manifestaciones en pro de su derogación o abrogación.

Por lo apuntado, es dable percibir en este modelo la centralidad del valor «participación», el cual posibilita un ejercicio consensuado del poder. Y es que «solo a través de la participación de los ciudadanos y ciudadanas en el debate público es que se cumple el cometido de la democracia deliberativa de que las decisiones políticas sean determinadas por todos los afectados y que más voces sean contempladas»³³.

Dado que en el ejercicio del poder de elaborar leyes intervienen diversos actores, el modelo democrático-deliberativo presenta cierta afinidad con el enfoque estratégico-relacional del Estado profesado por autores como Bob Jessop. En el prisma de análisis citado, el Estado es un «conjunto

33 Roberto Niembro Ortega, «La justicia constitucional de la democracia deliberativa», *op. cit.*, 115.

institucional complejo» más que un sujeto real, y a causa de ello «no ejerce el poder ni puede ejercerlo»; ergo, «[l]a materialización de los poderes estatales depende de vínculos estructurales entre el Estado y el sistema político integral [...]. El poder estatal es una relación social compleja que refleja el equilibrio variable de las fuerzas sociales en una coyuntura determinada»³⁴. Este fenómeno debería recibir mayor atención en las poliarquías.

Considero diáfana la correspondencia. Concebida la operatividad del poder estatal como un plexo relacional intrincado, la postulación y deliberación legislativa no puede ser monopolizada y ejercida aisladamente; un parecer antagónico sería figurar que los parlamentarios o congresistas trabajan en un edificio sin canales de comunicación, elaborando en consecuencia leyes que tendrán vigencia normológica, pero que estarán desprovistas de vigencia sociológica³⁵.

Ergo, aunando las cualidades advertidas del enfoque buceado, nos es permitido aseverar que la democracia deliberativa es un paradigma democrático que prioriza el valor nuclear «participación», con la finalidad de permitir el acceso de los sectores sociales susceptibles de ser afectados normativamente (quienes actuarán como coparticipantes legislativos) a plataformas de diálogo y discusión racional del proceso nomogénico legal con entornos equitativos y públicos. Se deduce por la noción

expuesta que este modelo de democracia enfatiza la heterarquía y coordinación de intereses en los procesos de confección legislativa, relegándose la mera relación de jerarquía que entraña la subordinación propia del dogma de la mayoría. Además, considero que, a este enfoque, apropiado para una poliarquía, es extrapolable la noción de «respeto» vertida por el profesor Richard Stith: «El respeto nos enseña a esperar, mirar y escuchar al otro»³⁶. En consecuencia, para construir una ley es menester aguardar a los diversos actores involucrados por su fuerza, observar sus actitudes de afecto o desafecto, y, por último, considerar los diversos juicios que estos puedan formular. Inferimos entonces el *telos* y el techo axiológico del concepto formulado:

- **Telos:** instituir plataformas (espacios) de deliberación racional, ecuanimes y públicos entre el órgano legislativo y los sujetos sociales potencialmente afectados por determinada disposición legal.
- **Techo axiológico:** participación discursiva idónea.

VI. Democracia monitorizada³⁷

En el año 2009 el profesor John Keane publicaría su célebre obra *The Life and Death of Democracy*, traducida al castellano en 2018 bajo el rótulo de *Vida y muerte de la*

34 Bob Jessop, *El Estado, pasado presente y futuro*, op. cit., 322-323.

35 Las expresiones utilizadas provienen de Germán Bidart Campos, *Teoría general de los derechos humanos*. (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989), 120.

36 Richard Stith, «La prioridad del respeto. Cómo nuestra humanidad común puede fundamentar nuestra dignidad individual», *Persona y Derecho*, n.º (2010): 208.

37 Para el desarrollo de este capítulo fue de gran utilidad la orientación del profesor Ramón A. Feenstra, a quien manifestamos nuestro agradecimiento.

democracia, que constituye un tratado sobre la historia de la democracia que abarca más de 2600 años. El libro es exhaustivo y ampliamente reflexivo, y registra interesantes datos apoyados en evidencias arqueológicas para remover ciertos dogmas sostenidos por constitucionalistas y políticos: que la democracia no surge en Grecia (Atenas) sino en Siria-Mesopotamia, y que Inglaterra no sería la cuna del parlamentarismo sino España, con las Cortes de León de 1188.

Empero, estas no son las aseveraciones más importantes que contiene el libro, ya que, a criterio del autor, se plantea una afirmación más audaz: «es que una nueva forma histórica de la democracia está en ascenso. Desde 1945, los años han atestiguado la creación de una veintena de nuevos cuerpos de vigilancia y rendición de cuentas diseñados para mantener bajo control a aquellos que ejercen el poder, en especial en los ámbitos empresariales y gubernamentales, aunque también en entornos fronterizos»³⁸.

Posteriormente, Keane agrega:

Una de las cuestiones fundamentales en las que insiste la presente obra es que la democracia está adquiriendo un nuevo significado histórico, que en la actualidad debería entenderse como el autogobierno de los ciudadanos y sus representantes designados por medio de elecciones periódicas *además* del escrutinio público continuo y la contención del poder en donde sea que este se ejerza (ya sea en la alcoba, en la sala de

juntas, a puerta cerrada o en el campo de batalla). La democracia se está volviendo un asunto dinámico, ruidoso y afectado por fugas. Hemos entrado en la era de lo que este libro denomina la *democracia monitorizada*.³⁹

Entonces, la *democracia monitorizada* —concepto extraño para su promotor—, a diferencia del modelo constitucional y deliberativo, sería una propuesta conceptual acuñada por Keane en los albores del siglo XXI, 2009 para ser más lacónicos. Esto no implica que su desarrollo en la dimensión fáctica se haya suscitado de forma reciente; como bien apunta el profesor australiano, es un modelo o forma democrática que empieza a perfilarse desde 1945.

Ingresando al análisis de este paradigma, Keane realiza una reseña de los términos *monitorizado* y *monitorio*, afirmando que provienen del vocablo medieval *monitoria*, que a su vez deriva del latín *monere*: ‘advertir’. Se colige que, en un primer momento, en la Iglesia medieval, *monitorio* y *monición* significaban una amonestación para que el individuo se abstuviera de realizar ciertos actos (en concreto, eran las cartas que emitía un obispo, papa o tribunal eclesiástico que actuaban como monitor); posteriormente las palabras *monitor*, *monición* y *monitorio* adquieren sentido secular en el ámbito escolar, designándose con ellas al alumno de grado superior que disponía el orden o fungía como profesor en clases inferiores; asimismo, se las utilizaba para referirse a un dispositivo o pantalla de control; en los campos de la comunicación, se utilizó el término *monitor* para aludir a receptores que servían para verificar la

38 John Keane, *Vida y muerte de la democracia*. (México: Fondo de Cultura Económica, 2018), 7-8.

39 *Ibidem*, 8.

calidad o contenido de una transmisión electrónica como: altavoces o pantallas de televisión; en el área computacional y de la informática, el término es esgrimido para aludir a una pantalla de vídeo o a un programa mediante el cual se controlaba o vigilaba la actuación de otros; en un plano zoológico, la expresión *monitor* sirvió en África, Australia y Nueva Guinea para nombrar a una especie de lagartija⁴⁰.

Para concluir, refiere que recientemente las palabras *monitorear* y *monitorizar* «se han empleado para designar la acción de comprobar sistemáticamente el contenido o la calidad de algo, como cuando se dice que la autoridad de una ciudad monitorea la calidad del agua potable para garantizar que no contiene impurezas, o que un grupo de científicos monitorea la población de una especie amenazada»⁴¹. Es esta la noción que nos interesa para proseguir con el abordaje del presente capítulo.

Aclarada la cuestión etimológica y semántica, las siguientes palabras de Keane nos dejan en vilo, porque sostiene que los usos mentados serían los que «inspiraron la teoría de “democracia monitorizada” formulada por el estudioso estadounidense Michael Schudson (entrevista, Nueva York, 4 de diciembre de 2006)»⁴²; esto daría a entender que no fue él quien acuñó la expresión, como sostuvimos líneas atrás, sino Schudson⁴³.

A fin de clarificar la situación, el profesor Ramón A. Feenstra asevera en su tesis doc-

toral que Keane es el postulador de nuevos conceptos como *cosmocracia* y *democracia monitorizada*⁴⁴; el último estaría inspirado en la teoría de los *monitorial citizens* (‘ciudadanos que monitorean’) de Schudson⁴⁵, quién la empleó por primera vez en 1998 en un artículo titulado «Changing Concepts of Democracy».

Por lo referido, Feenstra considera que «al primer autor se le puede atribuir el uso original del concepto “monitorial” aplicado sobre la ciudadanía pero en cuanto al concepto de *monitorial democracy* es Keane quien lo desarrolla a partir de 2009»⁴⁶. Queda esclarecida la autoría del neologismo.

En consecuencia, ¿qué se entiende por democracia monitorizada? Para su postulador:

es una nueva forma histórica de democracia, una variedad de política «posparlamentaria» caracterizada por el rápido crecimiento de muchas clases de mecanismos extraparlamentarios de escrutinio del poder [...]. La democracia ha llegado a significar más que las elecciones, aunque nada menos. Dentro y fuera de los Estados, los monitores independientes del poder empiezan a tener efectos tangibles. Sometiendo a una vigilancia permanente a políticos, partidos y gobiernos elegidos, les com-

40 *Ibidem*, 678.

41 *Ibidem*.

42 *Ibidem*.

43 La versión en inglés señala «the theory of “monitorial democracy”».

44 Ramón A. Feenstra, «Sociedad civil: democracia monitorizada y medios de comunicación en John Keane». (Tesis doctoral, Universitat Jaume I, 2010), 10.

45 Ramón A. Feenstra, «Una reflexión sobre la democracia monitorizada: potencialidades y límites», *Foro interno*, n.º 13 (2013): 141.

46 Correspondencia electrónica con Ramón A. Feenstra, 27 de diciembre de 2021.

plican la vida, cuestionan su autoridad, los obligan a cambiar su orden de prioridades... y en ocasiones los hunden en el descredito.⁴⁷

Para su autor, este modelo democrático no es inevitable, no tuvo que producirse, pero se suscitó. Debe ahora discutirse si vivirá o morirá.

Algo que la diferencia de las anteriores formas planteadas son sus contornos institucionales y dinámica interna, que la convierten en compleja con respecto a sus semejantes: «Han pasado los tiempos en que la democracia podía describirse (y al siguiente momento atacarse) como “el gobierno por la voluntad ilimitada de la mayoría”. La obstinada creencia de que la democracia no es sino la elección periódica de los gobiernos por mayoría absoluta se está desmoronando»⁴⁸. En la era de la democracia monitorizada que comienza en 1945, las reglas de representación, la responsabilidad, la rendición de cuentas y la participación pública son esgrimidos en contextos mucho más amplios que en el pasado (por ejemplo, se propende a dar voz a las minorías excluidas de la política y se tiende a suprimir el monólogo de los partidos políticos). Por esta razón afirma:

No es de extrañar que las nuevas instituciones vigilantes del poder hayan cambiado el lenguaje de la política contemporánea. Suscitan muchas conversaciones sobre «empoderamiento», «democracia de alta energía» [...]. La democracia monitorizada es la era de

las encuestas, los grupos de sondeo, las consultas deliberativas, las peticiones en línea y la votación del público y los consumidores [...]. El número y espectro de instituciones monitoras aumentan en tal medida que apuntan a un mundo donde la regla «una persona, un voto, un representante» —exigencia central en la lucha de la democracia representativa— es sustituida por el nuevo principio de la democracia monitorizada: «una persona, muchos intereses, muchas voces, múltiples votos, múltiples representantes».⁴⁹

Una lista resumida de las instituciones de monitoreo heterogéneas que se perfilan a partir 1945 es la siguiente: jurados populares, asambleas biorregionales, presupuestos participativos, consejos de asesoramiento, grupos de discusión, *talkaoke*, *think tanks*, conferencias de consenso, *teach-ins*, conmemoraciones públicas, planes de consulta comunitaria local, exhibiciones informativas y de servicio consultivo y apoyo abiertas al público, asambleas ciudadanas, auditorias democráticas, conferencias de *brainstorming*, consejo de conflicto de intereses, asociaciones globales de parlamentarios contra la corrupción y safaris constitucionales, entre otras⁵⁰.

En conclusión, la democracia monitorizada es una propuesta democrática que prioriza la fiscalización del ejercicio del poder sea de la índole que fuere, y por ende la

47 John Keane, *Vida y muerte de la democracia*, op. cit., 678.

48 *Ibidem*, 679-680.

49 *Ibidem*, 681.

50 John Keane, «¿Democracia monitorizada? La historia secreta de la democracia desde 1945», conferencia pública para la Universitat Jaume I, acceso el 2 de mayo de 2022, http://www.johnkeane.net/wp-content/uploads/2015/02/johnkeane_Democracia_monitorizada_5_feb_2009.pdf.

participación de los ciudadanos en las labores de monitoreo, instituyendo atalayas que pueden provenir de instancias gubernamentales, de la sociedad civil o de factura mixta; se erige todo un entramado de vigilancia para anegar las arterias del despotismo.

Se pueden colegir del concepto expuesto dos premisas: primero, que este enfoque democrático rechaza la idea de *demoentre-guismo*⁵¹, característico de pueblos perezosos en lo atinente al control del ejercicio del poder; y segundo, que el tipo de personas que este enfoque democrático requiere para operativizarse es el concebido por el profesor Schudson, a saber, el ciudadano que monitoriza; un tipo de ciudadano en el que confluye la noción de libertad y monitoreo, y que está plenamente consciente de que «el precio de la libertad es la eterna vigilancia» (Thomas Jefferson), porque «la libertad es el pan que los pueblos deben ganar con el sudor de su rostro» (Esteban Echeverría)⁵².

VI.1. Homo telematicus y democracia monitorizada

La era digital que se suscitó entre las décadas de los cincuenta y los setenta del siglo pasado ha producido una profusa cantidad de plataformas virtuales a las cuales diversas generaciones tienen acceso, desde los infantes hasta los ancianos. Pero,

a pesar de los beneficios que pueda reportar para los servicios de educación, salud e información, tiene su contrapartida: el grupo adolescente y juvenil de las sociedades ha sido el más cautivado —e incluso diríamos hipnotizado— por las redes sociales, su hábitat natural.

Por el tiempo que les dedica a estos espacios virtuales se hizo presente el *homo telematicus*, persona que desenvuelve sus actividades de interacción, publicación y recepción de información, entre otras, en el ciberespacio.

Por las características advertidas, estos sujetos tendrían cierta vinculación con la labor de monitorización, ya que el actuar de las autoridades políticas y el de otros actores con potencial económico es ampliamente difundido en las plataformas sociales virtuales por diferentes medios de prensa. La persona que navega en las redes telemáticas tendría acceso a un ingente cúmulo de periódicos nacionales e internacionales para formular sus propios juicios de valor.

El poder de las redes sociales es un factor decisivo al momento de monitorear a nuestras autoridades. Por ejemplo, en Bolivia, el expresidente Evo Morales Ayma es un actor político con gran apoyo y estima popular de diversos sectores sociales; a tal grado fue su fama que propuso un referéndum para reformar el artículo de la Constitución referente a la reelección presidencial, mas no contaba con que lo que ahora se conoce como «el caso Zapata» fuera publicitado. Los hechos fueron difundidos con tanta celeridad en las redes sociales como decayó la popularidad del exdignatario. El resultado fue 51,3 % por el «no», y 48,7 % por el «sí», que refleja

51 Expresión acuñada, según el historiador Augusto Céspedes, por el periódico boliviano *La Calle*, probablemente entre los años 1940-1941, en Augusto Céspedes, *El presidente colgado*. (La Paz: Juventud, 1971), 44.

52 En Segundo V. Linares Quintana, «Federalismo y libertad», *Repositorio Digital Institucional de Buenos Aires. Lecciones y Ensayos*, 26 (1957): 26.

una victoria estrecha pero compatible con los principios democráticos y republicanos de no eternización en la comandancia del poder (aunque existen interpretaciones divergentes de los resultados: el exvicepresidente Álvaro García Linera afirmó que fue un «empate técnico»).

Obsérvese cómo sitios virtuales que reúnen a diversos grupos sociales pueden contribuir en la tarea de control del control político: al sistema de control interórgano e intraórgano clásicos se anida o potencia el control extraórgano, que requiere la participación de los ciudadanos y grupos sociales. Para afianzar esta postura, los profesores Feenstra y Casero-Ripollés afirman sobre este tema que «[e]l entorno digital crea nuevas oportunidades para la participación política de los ciudadanos. Entre ellas destaca el control de los centros de poder político y económico». Y concluyen: «Las tecnologías digitales y el nuevo entorno de las comunicaciones, incluidos los viejos y nuevos medios, han permitido la aparición del monitoreo como una nueva dinámica política relacionada con la participación de la sociedad civil»⁵³. Por tanto, el desarrollo de la denominada «democracia telemática» (Miró Quesada Rada) o «república electrónica» (Grossman)⁵⁴, favorece a la constelación de agentes de monitoreo del poder.

53 Ramón A. Feenstra y Andreu Casero-Ripollés, «Democracy in the Digital Communication Environment: A Typology Proposal of Political Monitoring Processes», *International Journal of Communication*, vol. 8 (2014): 2448-2449.

54 Francisco Miró Quesada Rada, *Introducción a la ciencia política*, op. cit., 491.

VI.2. ¿Un modelo democrático ignoto?

El lector habrá podido percatarse de que el paradigma monitorizado de democracia es sobre el que más se ha ahondado en el presente trabajo; el móvil que nos incentivó para este obrar es el desconocimiento que se tiene de él a nivel global.

Sobre la democracia constitucional y la democracia deliberativa, propias del siglo XX, existe un ingente número de artículos, monografías y tesis de diversos grados; por tanto, son categorías conceptuales de uso fluido en las tertulias de juristas, politólogos y otros científicos sociales. Historia antagónica tiene la democracia monitorizada, ya que, como reiteradamente se ha señalado, estamos tratando con una locución novísima del siglo XXI; poseer esta cualidad incide en su publicidad, especialmente en Iberoamérica, donde el índice de personas que dominan el idioma inglés es ínfimo. Verbigracia, la obra de Keane estuvo disponible desde el año 2009, pero el público que se restringe en cuestión de idiomas a lo hispano tendría que esperar hasta 2018 para poder leerla. Esto se refleja en algunos países como Bolivia, donde, a través de un buceo de fuentes de conocimiento, se ha podido constatar que no existen trabajados académicos acerca de esta propuesta democrática.

La traducción al castellano es producto de una colaboración del INE (Instituto Nacional Electoral) y el Fondo de Cultura Económica de México. A partir de entonces, se estima que el tratado del profesor australiano —y, por lógica consecuencia, su neologismo— tendría mayor difusión para el resto de los países iberoamericanos. Empero, el concierto de trabajos doctrina-

les sobre su estudio en este ámbito geográfico es raquítico, no es posible hallar escritos sobre la materia con similar cantidad que sobre las restantes propuestas democráticas.

Uno de los personajes que más se ha abocado a estudiar este fenómeno político en la doctrina comparada, y el pensamiento de John Keane en general, es el profesor español Ramón A. Feenstra; prueba de lo aseverado son los diversos artículos sobre la democracia monitorizada y su tesis doctoral. Su esfuerzo es loable y apreciable, porque coadyuva a introducir el concepto en el vocabulario de los constitucionalistas y politólogos de habla hispana.

Sostengo que es menester introducirlo, por cuanto la democracia monitorizada es un modelo que será de asaz utilidad para limitar y vigilar el ejercicio del poder, particularmente el de las autoridades públicas. Aunque es necesario precisar que el fenómeno de la monitorización democrática ya se encuentra presente, de forma implícita y anónima, en algunas prácticas políticas de las sociedades civiles de esta parte del mundo.

Es apremiante indagar sobre esta categoría complementaria a las ya estudiadas para afianzar la defensa del contenido nuclear del sistema constitucional, así como para sortear exégesis cándidas y peyorativas de su significado y alcances. El adjetivo «monitorizado» anidado a la expresión *democracia* podría despertar cierta hesitación de no saber en qué consiste el planteamiento del profesor Keane: se formularía como un concepto negativo que puede implicar una democracia controlada o vigilada, pero con ramificaciones deletéreas. En fin, sobre la

base de lo expuesto, nos es posible precisar el *telos* y el *techo axiológico* de este paradigma:

- **Telos:** Institución de roques de monitoreo de las diversas manifestaciones del poder (político, económico, etc.) a fin de impedir inclinaciones de tinte autoritario.
- **Techo axiológico:** Vigilancia y responsabilidad del ejercicio del poder, y participación de los ciudadanos y otros agentes sociales.

VII. Hermanación: hacia un modelo democrático poliédrico

Ingresando a la tercera década del siglo XXI, un abordaje de las Constituciones vigentes en Iberoamérica nos reporta el siguiente dato: el régimen democrático por el que se optó en diversos Estados no es monocolor, sino policromo.

Estados como Ecuador, Colombia, Perú y Bolivia incorporaron en sus Constituciones mecanismos de la democracia representativa, participativa y, algunos como el último, de la democracia comunitaria.

Aludir a este dato es menester porque nos permite avalar la idea de que en un Estado pueden coexistir diversos enfoques democráticos que afianzan una mayor participación de los ciudadanos.

Sobre la base de lo referido, sostengo que es factible concebir un modelo democrático en el cual confluyan los tres paradigmas de democracia escrutados en los capítulos precedentes. La democracia constitucional, la democracia deliberativa, y la democracia monitorizada tienen proximidades sustan-

ciales que posibilitan una coexistencia armónica entre ellas; no se repelen.

Entonces, antes de explicar la propuesta ecléctica de democracia, se realiza la siguiente parénesis: a partir del presente capítulo se utilizará con preferencia el ejemplo del sistema constitucional boliviano, para así posteriormente poder formular directrices aplicables a los demás Estados de la región.

VII.1. Indicadores de convergencia

En función del sinóptico estudio realizado a los tres modelos democráticos, se pueden precisar cualidades comunes entre ellos (aunque claro, es posible incluso presentar coincidencia con otros enfoques).

Primero, la reprobación del ejercicio irrefrenable de las mayorías. Es una premisa de la democracia constitucional la reprobación de este fenómeno en cuanto existen vínculos sustanciales que entrañan materias que eluden ser decididas por cualquier mayoría; criterio análogo observamos en la democracia deliberativa, que rechaza la imposición de las decisiones de las mayorías, porque estas impiden espacios públicos dialógicos y dialécticos entre los distintos sectores sociales interesados en un proyecto legal; por último, la democracia monitorizada no concuerda con el actuar ilimitable de las mayorías, sino que las somete a constante vigilancia por medio de diversos agentes de monitoreo para que su obrar sea compatible con los intereses de la nación y no de un solo partido o agrupación.

Segundo, límites al poder en sus diversas manifestaciones. De la tipificación del poder dada por la doctrina, se identifica al

político y al económico como los de mayor trascendencia. En las democracias constitucionales ambos tipos encuentran restricciones a su actuar en los marcos constitucionales (división de funciones, atenuación de la propiedad privada por el interés general); el modelo deliberativo también genera cortapisas, porque, participando del debate mayores agentes, algunos de ellos no comulgan con los intereses de partidos ni de empresas; por su parte, la democracia monitorizada hostiga a los actores del poder político y económico para que no puedan obrar de forma autoritaria —busca que se mantengan en un margen razonable y legítimo—.

Tercero, ampliación de la participación ciudadana. En este punto, los tres enfoques coordinan con el modelo de democracia participativa, que tiene por propósito acrecentar los mecanismos de actuación popular. La democracia constitucional invita a la población a manifestarse cuando las cláusulas de la Constitución, en particular las que abrigan derechos fundamentales, son vulneradas por algún órgano de poder, o cuando el guardián de aquella es indiferente a las situaciones de conculcación; en la democracia deliberativa, la construcción de escenarios de diálogo y debate permite mayores índices de participación de sectores que potencialmente podrían ser afectados; para el funcionamiento de la democracia monitorizada se requiere de roques de vigilancia accionados por diversas personas o grupos sociales.

Sobre la última compaginación, cabe realizar acotaciones en razón de su concurrencia funcional; la democracia monitorizada puede servirse de las instituciones de la democracia participativa para desplegar

sus labores de vigía y límite del poder. Verbigracia, en Bolivia toda reforma constitucional debe ser refrendada por referéndum; cuando este se activa no solo es útil como canal de participación ciudadana, sino que también permite que el electorado ejerza cierto control sobre la pretensión de enmendar el texto constitucional; asimismo, los cabildos, que son instrumentos para la reunión de sectores sociales y asunción de determinaciones de índole política, pueden ser utilizados para exhibir la posición contraria de agrupaciones sociales a los intereses del gobierno y generar en estos dubitación sobre la adopción de determinada política. Ergo, algunos mecanismos constitucionales tienen doble funcionalidad: de participación y de monitoreo.

Se colige por lo versado que el enfoque democrático constitucional, deliberativo, y monitorizado pueden confluír en un solo sistema constitucional por el paralelismo que guardan con respecto a las premisas que los informan.

VII.2. Un coctel o mosaico democrático: democracia poliédrica

El esfuerzo de fundir los engranajes que operativizan la democracia constitucional, la deliberativa y la monitorizada en un solo paradigma para la protección idónea del sistema constitucional es toda una empresa. Pero lograrlo perfilaría una democracia con mayores dimensiones de abrigo al contenido medular de toda Constitución: principios, valores, derechos y garantías constitucionales.

Este modelo tricéfalo de democracia amplía el espectro de mecanismos de protección, generando una tutela multinivel

a priori o *a posteriori* complementario del plexo sustancial que fundamenta la Constitución. Parifiquemos lo propuesto.

a) **Democracia constitucional y democracia monitorizada.** Los contornos prescriptivos constitucionales enlistados en la norma suprema se constituyen en la primera barrera contra la dinámica autoritaria del poder; de lograr soslayarlos, los agentes de monitoreo, que ya estuvieron observando su desenvolvimiento, enfatizarán sus reclamos al torreón de la Constitución (tribunal constitucional o corte suprema); de no ser atendidos, priorizarán sus protestas para que el poder retorne al marco constitucional legítimo.

b) **Democracia deliberativa y democracia monitorizada.** El Gobierno proyecta una ley que podría afectar los intereses de diversos sectores sociales; entonces, lo adecuado sería organizar mesas de diálogo entre legisladores y representantes de los referidos grupos y poder arribar a una ley informada y consensuada en su contenido. De sortear los espacios de participación e imponer la visión de los gobernantes sin posibilitar la comunicación con los posibles afectados, estos podrán emplear o estimular las instituciones de vigilancia para exigir la reforma, derogación o abrogación de la ley.

c) **Democracia constitucional, democracia deliberativa y democracia monitorizada.** La Constitución es una norma *sui generis* abocada a la diagramación de la materia fundamental del Estado: no pretende ni puede agotar toda la realidad constitucional. Por la característica aludida, la norma supre-

ma deber ser coadyuvada por el órgano legislativo para el desarrollo de algunas de sus cláusulas. Ahora bien, la ley, como norma subconstitucional, tiene que articular las cláusulas programáticas en concordancia con la finalidad de la norma constitucional, sin tergiversarlas. Pero esto puede suscitarse. Los congresistas o parlamentarios pueden, mediante ley, conculcar las normas de la Constitución, y si esta es elaborada en espacios restringidos a la población, ocasionará su desconocimiento e imposibilidad de control.

Adviértase la importancia de instituir las ideas motrices de los tres modelos democráticos estudiados. La mayor participación de sectores sociales en el momento nomogénico legal aumentará la vigilancia en la compaginación *a priori* (durante la redacción) y *a posteriori* (durante la aplicación) de la ley con respecto a la Constitución.

¿Por qué es sugerente que las democracias de los Estados iberoamericanos adopten un modelo que se asienta sobre un trípode tutelar? Por la ineficacia de la operatividad individual. Los anales de esta región nos acusan acontecimientos que acreditan la insuficiencia de la defensa unidimensional de los principios, valores, derechos y garantías constitucionales.

Por ejemplo, recuérdese la subordinación de la Constitución a decretos provenientes de la rama ejecutiva de gobierno. En Bolivia, por el Decreto Supremo 11947 del 9 de noviembre de 1974, dictado por el entonces presidente Hugo Banzer Suárez⁵⁵;

⁵⁵ José Antonio Rivera Santiviáñez, *Temas de derecho constitucional*. (Cochabamba: Olimpo, 2012), 269.

y en Perú por el Decreto Ley 25418 del 7 de abril de 1992, emitido por el entonces presidente Alberto Fujimori Fujimori. En estos dos episodios la democracia constitucional sucumbió ante el poder político de los mandatarios; ideal habría sido poder contar en aquel entonces con instituciones de monitoreo vigorosas para contrapesar el poder presidencial.

En el año 2021 se elaboró en Bolivia la Ley 1386, «Estrategia Nacional de Lucha Contra la Legitimación de Ganancias Ilícitas y Financiamiento del Terrorismo» —también llamada «ley madre»—, la cual generó asaz polémica y promovió que diversos sectores sociales ejercieran el derecho a la protesta para pedir su abrogación, entre ellos, el Conade (Comité Nacional por la Defensa de la Democracia), la Concobol (Confederación de Cooperativas de Bolivia) y la COB (Central Obrera Boliviana)⁵⁶. Entre tantas manifestaciones algunos criticaron el obrar de los asambleístas nacionales por desconocer la realidad económica boliviana y no socializar el contenido de esta. El segundo aspecto advertido es el que nos interesa: la Asamblea Legislativa Plurinacional pudo evitar las numerosas protestas que se suscitaron en el país de haberse establecido espacios de diálogo y debate con los diversos sectores a los que la ley afectaba. Pero, como esto no ocurrió, la sociedad civil organizada se manifestó contra esta ley incordia por diversos canales de monitorización (protestas públicas, y campaña digital de desprestigio). En este hecho

⁵⁶ BBC News Mundo, «Protestas en Bolivia: qué es la “ley madre” que ha desatado marchas masivas (y por qué algunos las comparan con las que llevaron a la caída de Evo Morales)», *BBC News Mundo*, 8 de mayo de 2022, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-59243756>.

podemos percibir la lesión a los principios de participación de los colectivos sociales propios de la democracia deliberativa y potencialmente interferidos, razón por la que tuvo que presentarse la democracia monitorizada para frenillar a la referida norma legal.

Sobre este último punto, en Argentina se han formulado severas críticas a la legislación por las famosas «leyes secretas» —que han sido más de un centenar—. Cabe aclarar que un 90 % de ellas fueron emitidas en regímenes militares: «El récord se dio en la breve presidencia de Alejandro Lanusse (1971-1973), con 45 medidas. Lo sigue la última dictadura (1976-1983), con 36 medidas. Y el período de Onganía (1966-1970), con 32»⁵⁷. Este tipo de leyes no se compaginan con el principio de publicidad propio de las democracias y republicas, y, además, no es compatible con la democracia deliberativa, en cuanto impide a las agrupaciones participar en su elaboración. Según el profesor Néstor Pedro Sagüés, este tipo de normativa se confecciona en sesiones secretas de ambas cámaras del Congreso; asimismo, son promulgadas y registradas en secreto⁵⁸.

Quizás en Bolivia el concepto de democracia monitorizada no haya sido aún avistado, pero esto no obstó a que la sociedad civil organizada se decantara por los mecanismos propios de la democracia participativa en el terreno de las labores de monitoreo: una reconducción fun-

cional. En octubre de 2019 eclosionaría algo que podemos denominar la «era de los cabildos en Bolivia», un período iniciado por el estímulo de los comités cívicos de los tres principales departamentos del país (Santa Cruz, La Paz y Cochabamba), que, hermanando esfuerzos con grandes sectores populares, conseguirían la renuncia del entonces presidente Morales.

La monitorización o control social que diversos sectores sociales, encabezados por comités cívicos, desplegaron se debió a las supuestas irregularidades que exhibieron los comicios presidenciales de 20 de octubre —particularmente en el cómputo de votos—; las sospechas serían corroboradas por la Organización de los Estados Americanos (OEA) en su informe final de auditoría a las elecciones, en el que concluyó que existió manipulación dolosa e irregularidades graves que impedían validar los resultados⁵⁹.

En este capítulo de democracia monitorizada, Bolivia estuvo enfocada por la prensa y los medios de comunicación nacionales y foráneos. Diversos países y organismos interestatales estuvieron a la espera de su desenlace. El vernáculo asunto político estuvo asediado por comentarios y opiniones provenientes de fuentes disímiles: una misión electoral de la Unión Europea confirmó las irregularidades ad-

57 Lisandro Erregerena, «Las leyes secretas», *Revista Argentina de Humanidades y Ciencias Sociales*, vol. 3, n.º 2 (2005).

58 Néstor Pedro Sagüés, *Derecho constitucional. Estatuto del poder*. T. 2. (Buenos Aires: Astrea, 2017), 333-334.

59 Organización de los Estados Americanos, «Informe final de la auditoría de las elecciones en Bolivia: Hubo manipulación dolosa e irregularidades graves que imposibilitan validar los resultados», 2 de mayo de 2022, https://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-109/19.

vertidas por la OEA⁶⁰; dos prestigiosos abogados argentinos, Eugenio R. Zaffaroni y Raúl Gustavo Ferreyra, prestaron defensa al expresidente Morales (aunque con interpretaciones equívocas y miopes del sistema constitucional boliviano); el presidente de México López Obrador otorgó asilo político al ex dignatario y afirmó que este fue víctima de golpe de Estado, etcétera.

Ejemplos como los narrados es posible avistarlos no solo en Bolivia. Entre 2019 y 2021, en países como Chile, Colombia y Perú se han movilizado ingente cantidad de ciudadanos en protesta por el actuar del Gobierno.

Lo relatado nos alecciona. El ejercicio del poder político, gracias al modelo monitorizado de democracia, ya no es un asunto restringidamente nacional. Puede existir pronunciamiento de diversas partes del mundo gracias a las redes telemáticas.

Se percibe, entonces, cómo estos tres perfiles democráticos se complementan. De arribar a ese maridaje, nuestras democracias tendrían mayores proyecciones de tutela. Se postula así una democracia poliédrica, una propuesta integrativa atiborrada de linderos constitucionales formales y sustanciales, negativos y positivos, provista de plataformas dialógicas y dialécticas, y pertrechada de roques de monitoreo. Por supuesto, no podría faltar la identificación del *telos* y techo axiológico de esta propues-

ta democrática:

- **Telos:** Cobertura, participación, y fiscalización idónea del poder para la efectiva salvaguarda del sistema constitucional.
- **Techo axiológico:** Supremacía y fuerza normativa de la Constitución, participación en espacios públicos equitativos, dialógicos y dialécticos en el proceso nomogenético legal, y monitorización del ejercicio del poder.

VII.3. ¿Mucho que transitar?

No. El modelo mixtiforme perfilado tiene ya diversos postulados de alguno de los paradigmas integrantes, en funcionamiento en las Constituciones de los países de esta región.

Verbigracia, Estados como Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Perú, República Dominicana, México y Bolivia profesan la supremacía y fuerza normativa de la Constitución; sus normas son vinculantes para todos los órganos de poder, incluyendo al órgano legislativo y las mayorías que en él puedan residir. La estima por la Constitución ha ido *in crescendo*, y, motivados por este fenómeno, algunos autores como Eduardo Jorge Prats endosan la expresión *soberanía* a la norma suprema: «Aunque la soberanía en el Estado reside exclusivamente en el pueblo, lo cierto es que, en un Estado constitucional, el pueblo que se ha dotado de una Constitución está sometido a ella. Y es que, en verdad el concepto de constitución como norma suprema es totalmente incompatible con el reconocimiento de una soberanía al margen de la Constitución. Por eso, en

60 DW Made for Minds, «Misión de la UE halla “irregularidades generalizadas” en elecciones de Bolivia», DW Made for Minds, 2 de mayo de 2022, <https://www.dw.com/es/misi%C3%B3n-de-la-ue-halla-irregularidades-generalizadas-en-elecciones-de-bolivia/a-51757141>.

un Estado con constitución normativa el único soberano es la Constitución»⁶¹. Esta tesis, sin embargo, no es novedosa en puridad; en los albores del siglo XX, el profesor Carrasco ya la pregonaba: «La soberanía fija e incommovible, reside en la Constitución que establece derechos y garantías»⁶².

Hasta este primer trayecto, se evidencia que se ha recorrido bastante para la adopción de una democracia poliédrica. Respecto a la implementación de la democracia deliberativa y monitorizada la situación es distinta, porque aún es posible encontrar algunos textos constitucionales con normas anacrónicas-óbices que podrían dificultar el accionar de sus mecanismos; por ejemplo, el artículo 22 de la Constitución argentina de 1994: «El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de este, comete delito de sedición».

Realidad distinta exhibe la norma fundamental de Bolivia de 2009. Este dispositivo previó una figura novedosa en su historia digna de imitar: la «participación y control social». De interpretarse esta locución con un prisma amplio y sistemático, las ramificaciones para el sistema constitucional boliviano serán hondas.

El texto boliviano regula la figura de la participación y control social de forma espe-

cífica en breves artículos, el 241 y el 242. Desarrollo exiguo manifestarán algunos; suficiente diremos nosotros (una Constitución no debe ser puntillosa).

Los preceptos identificados disponen que el pueblo soberano, por medio de la sociedad civil organizada, pueda desenvolverse en dos ámbitos importantes: participación y control. Ambas parcelas están estrechamente ligadas, por lo que es difícil separarlas. Pero para nuestro estudio las dividiremos en a) participación como colaboración o apoyo, y b) control, entendido como vigilancia y fiscalización:

- a) **Participación.** En esta dimensión, la sociedad civil organizada podrá colaborar con el diseño de las políticas públicas, coadyuvar a la construcción colectiva de las leyes al órgano legislativo, y apoyar al órgano electoral para transparentar las postulaciones de candidatos.
- b) **Control.** En este gajo, el universo de actividades abunda: se faculta a la sociedad civil organizada para ejercer control de la gestión pública en todos los niveles del Estado (niveles del gobierno y entidades territoriales autónomas, autárquicas, descentralizadas y desconcentradas.); vigilar empresas e instituciones públicas, mixtas y privadas (que administren recursos fiscales); fiscalizar la calidad de servicios públicos; generar un manejo transparente de la información (de requerirla el control social, no podrá negársela), y adecuado uso de los recursos de la gestión pública; formular informes para fundamentar la solicitud de revocatoria de mandato; acceso a los informes de gestiones de los órganos del Estado (pudiendo pronunciarse sobre

61 Eduardo Jorge Prats. «Artículo 6», en *La Constitución comentada*, 3.^a edición. (Santo Domingo: Finjus, 2012), 63.

62 José Carrasco, *Estudios constitucionales*, op. cit., t. IV, 95.

los mismos); coordinar la planificación y control con los órganos del Estado; accionar la investigación y procesamiento los casos que considere conveniente, y colaborar en labores de observación pública para la designación de cargos.

También es posible hallar el control social en otras disposiciones de la constelación de disposiciones constitucionales: 18· III, 20· II, 224, etcétera.

Por lo descrito, es asertivo aseverar lo siguiente: Bolivia es un suelo fértil para el brote de instituciones democráticas deliberativas y monitorizadas, porque la Constitución prioriza las labores de participación y monitorización de la sociedad civil organizada, y estatuye, además: «Las entidades del Estado generarán espacios de participación y control social por parte de la sociedad» (artículo 241. VI)⁶³.

El poder formular políticas públicas y concurrir a la elaboración colectiva de las leyes, sumado al deber del Estado de promover espacios de participación ciudadana, genera mayores oportunidades dialógicas y dialécticas entre las autoridades legislativas (nacionales, departamentales o municipales) y otros agentes sociales. De esta forma es posible arribar a regulaciones con coordinación de intereses y acordes a la realidad social.

63 A criterio nuestro, este avance participativo y, en cierta forma, de monitorización del Estado boliviano no sería novicio en puridad. La Constitución de 1826 ya preveía un Poder Electoral que fuera accionado por los ciudadanos de forma inmediata nombrando electores (uno por cada cien). Para mayor abundamiento revítese: Gaceta Oficial de Bolivia, *Constituciones Políticas del Estado 1826-2009*. (La Paz: Gaceta Oficial de Bolivia, 2019), 8-10.

La potestad de controlar la gestión pública del Estado y a empresas económicas privadas, exigir informes de actuaciones, pronunciarse y solicitar la investigación y en su procesamiento, son labores que caracterizan al modelo monitorizado de democracia. Por tanto, el ambiente político-constitucional sería propenso a asumir este enfoque plasmado implícitamente en la norma fundamental.

Prima facie, Bolivia tendría cierta ventaja normativa con respecto a los demás Estados de Iberoamérica para asumir un modelo democrático tutelar proteico; esto, sin embargo, no solo requerirá de lo dispuesto en la Constitución: se necesita de una cultura política en los ciudadanos gobernados y los gobernantes para aplicarlo idóneamente. Además, la habilitación de espacios deliberativos y de monitoreo puede provenir de los órganos de un Estado a través de prácticas constantes que podrían producir una costumbre constitucional *praeter constitutionem* (espoledas por sus sociedades).

Desarrollado el temario programado juzgo pertinente verter un último argumento a favor y en defensa de nuestra propuesta. Es probable que se formulen críticas del talante siguiente: ¿por qué continuar aglutinando mayores enfoques democráticos en un solo sistema constitucional? Mi respuesta se encuentra en la denominada «perla de sabiduría» de Woodrow Wilson: «La cura para las enfermedades de la democracia es más democracia, no menos»⁶⁴.

64 Mario Bunge, *Filosofía política*, op. cit., 756.

Conclusiones

Habiendo llegado al colofón del presente escrito corresponde verter algunos breves comentarios conclusivos.

La luctuosa tradición de la dinámica gubernamental de Iberoamérica y el perfil del leviatán contemporáneo impelen a asumir con premura la propuesta democrática polimórfica: la democracia poliédrica, producto de una ósmosis y coincidencia funcional entre los modelos constitucional, deliberativo y monitorizado de democracia. Este es un enfoque democrático tutelar proteico, por cuanto las instituciones de tuición, deliberación participativa y monitorización configuran una cobertura multinivel del contenido sustancial del sistema constitucional (de soslayarse una primera faceta o barrera, se activan resortes para que el poder retorne a su sendero legítimo).

Entonces, la democracia constitucional, la democracia deliberativa y la democracia monitorizada no son paradigmas que se repelen, sino que pueden engranarse armónicamente para que sus herramientas confluyan en un mismo sistema democrático y, en consecuencia, se articulen simultáneamente para una mejor protección.

Empero, es menester formular externar la siguiente parénesis: la democracia poliédrica, como argamasa de modelos democráticos con cualidades tuitivas, participativas y fiscalizadoras, no es de asidera asunción; para que esta pueda operativizarse es menester e imprescindible que el Estado esté dotado de *monitorials citizens* (Schudson), ciudadanos activos en las labores de participación y monitoreo orientando por una

cultura política cívica o participativa (Almond y Verba).

A pesar de lo manifestado, no es un paradigma inalcanzable, en cuanto no hay mucho tramo que recorrer. Diversos Estados de la región se declaran democracias constitucionales, estiman sus Constituciones como norma suprema y fundamental y erigen para su cobertura tribunales constitucionales o cortes supremas de justicia.

Para parificar lo expuesto, sostuvimos que el sistema constitucional boliviano es adecuado para sugerir la adopción de este paradigma. Bolivia, como democracia constitucional, ostenta una Constitución que afianza y promueve las labores de «participación y control social» por medio de la sociedad civil organizada, o, en otros términos, que posibilita el desarrollo de espacios dialógicos y dialécticos en foros legislativos, y el actuar de agentes de monitoreo del *establishment*. Refuerza estas oportunidades disponiendo el deber del Estado de posibilitar o ampliar las conductas e instituciones mentadas.

Entonces, el Estado boliviano ya habría recorrido bastante tramo en parangón con sus coterráneos del continente (como Argentina), por medio de la reconducción funcional de las instituciones de participación a instituciones de monitoreo. Sin embargo, esta ventaja normativa, y en cierta forma institucional, puede ser equilibrada mediante la promoción de canales de deliberación y monitoreo de la sociedad y por la práctica de los gobernantes de cada Estado.

¿Por qué asumir este perfil democrático triádico? Porque permite brindar una tu-

tela idónea con mayor proyección a los principios, valores, derechos y garantías fundamentales que, en conjunto, son la parte dogmática —por tanto, nuclear— de toda Constitución. Por medio de este, los ciudadanos tendrán amplias opciones de participación y control sobre los que ejercen el poder, sobre quienes dirigen el rumbo del Estado.

Ergo, bajo este visor, la democracia queda guarecida permanentemente y puede extender su protección con mayor alcance sobre todo el sistema político. Esto implica aproximar, con intenciones de participación y monitoreo, a la sociedad civil organizada a los asuntos de gobierno: debemos cuidar la democracia para que ella cuide de nosotros.

Referencias bibliográficas

Alberdi, Juan Bautista. *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Buenos Aires: In Octavo, 2012.

Arratia, Alejandro. «Dictaduras latinoamericanas». *Revista Venezolana de Análisis de Coyuntura*, vol. XVI, n.º 1 (2010): 33-51.

Badeni, Gregorio. *Tratado de derecho constitucional*. T. I., 2.ª edición, Buenos Aires: La Ley, 2006.

BBC News, «Protestas en Bolivia: qué es la “ley madre” que ha desatado marchas masivas (y por qué algunos las comparan con las que llevaron a la caída de Evo Morales)», *BBC News Mundo*, 8 de mayo de 2022, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-59243756>.

Bidart Campos, Germán. *Teoría general de los derechos humanos*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.

Bunge, Mario. *Filosofía política*, Barcelona: Gedisa, 2009.

Carrasco, José. *Estudios constitucionales*, T. III, La Paz: Gonzales y Medina Editores, 1920.

Céspedes, Augusto. *El presidente colgado*, La Paz: Juventud, 1971.

Chávez Herrera, Nelson (Comp.). *Primeras Constituciones. Latinoamérica y el Caribe*. Caracas: Biblioteca Ayacucho, 2011.

Cruz Apaza, Rodrigo René. *Ensayos de derecho constitucional y procesal constitucional*, Cochabamba: Estandarte de la Verdad, 2021.

Dermizaky Peredo, Pablo. «Justicia constitucional y democracia», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 13 (2009): 207-222.

Dermizaky Peredo, Pablo. *Derecho constitucional*. 11.ª edición, Cochabamba: Kipus, 2011.

DW Made for Minds. «Misión de la UE halla “irregularidades generalizadas” en elecciones de Bolivia», *DW Made for Minds*, 2 de mayo de 2022, <https://www.dw.com/es/misi%C3%B3n-de-la-ue-halla-irregularidades-generalizadas-en-elecciones-de-bolivia/a-51757141>.

Erreguerena, Lisandro. «Las Leyes secretas», *Revista Argentina de Humanidades y Ciencias Sociales*, vol. 3, n.º 2 (2005).

Feenstra, Ramón A. «Sociedad civil: Democracia monitorizada y medios de comu-

nicación en John Keane». Tesis doctoral, Universitat Jaume I, 2010.

Feestra, Ramón A. «Una reflexión sobre la democracia monitorizada: potencialidades y límites», *Foro Interno*, n.º 13 (2013): 139-160.

Feenstra, Ramón A. y Andreu Casero-Ripollés. «Democracy in the Digital Communication Environment: A Typology Proposal of Political Monitoring Processes», *International Journal of Communication*, vol. 8 (2014): 2448-2468.

Ferrajoli, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. 4.ª edición, Madrid: Trotta, 2009.

Ferrajoli, Luigi. *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid: Trotta, 2011.

Ferrajoli, Luigi. *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, Madrid: Trotta, 2014.

Gaceta Oficial de Bolivia. *Constituciones Políticas del Estado 1826-2009*, La Paz: Gaceta Oficial de Bolivia, 2019.

Hobbes, Thomas. *Leviatán*. 2.ª edición, Madrid: Editora Nacional, 1980.

Jessop, Bob. *El Estado, pasado presente y futuro*, Buenos Aires: Prometeo Libros, 2019.

Keane, John. *Vida y muerte de la democracia*, México: Fondo de Cultura Económica, 2018.

Keane, John. «¿Democracia monitorizada? La historia secreta de la democracia desde

1945», conferencia pública para la Universitat Jaume I, acceso el 2 de mayo de 2022, http://www.johnkeane.net/wp-content/uploads/2015/02/johnkeane_Democracia_monitorizada_5_feb_2009.pdf.

La Santa Biblia, Reina Valera 1960, Ciudad: Sociedades Bíblicas Unidas, 1986.

Linares Quintana, Segundo V. «Federalismo y libertad», *Repositorio Digital Institucional de Buenos Aires, Lecciones y Ensayos*, 26 (1957): 5-26.

Linares Quintana, Segundo V. *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado. Sistemas Políticos*. T. VII, 2.ª edición, Buenos Aires: Plus Ultra 1985.

Loewenstein, Karl. *Teoría de la constitución*, Barcelona: Ariel, 1979.

Miró Quesada Rada, Francisco. *Introducción a la ciencia política*. 2.ª edición, Lima: Grijley, 2006.

Niembro Ortega, Roberto. «La justicia constitucional de la democracia deliberativa». Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2017.

Nino, Carlos Santiago. *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona: Gedisa, 1997.

Nino, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional*. 4.ª reimpression, Buenos Aires: Astrea, 2013.

Organización de los Estados Americanos. «Informe final de la auditoría de las elecciones en Bolivia: Hubo manipulación dolosa e irregularidades graves que imposibilitan validar los resultados», 2 de mayo de 2022, https://www.oas.org/es/centro_

noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-109/19.

Pellet Lastra, Arturo. *Teoría del Estado*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1999.

Prats, Eduardo Jorge. «Artículo 6», en *La Constitución comentada*, 3.^a edición, Santo Domingo: Finjus, 2012.

Prieto Sanchís, Luis. *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Madrid: Trotta, 2013.

Rivera Santiváñez, José Antonio. *Temas de derecho constitucional*, Cochabamba: Olimpo, 2012.

Sagüés, Néstor Pedro. *Derecho constitucional, estatuto del poder*. T. 2, Buenos Aires: Astrea, 2017.

Stith, Richard. «La prioridad del respeto: cómo nuestra humanidad común

puede fundamentar nuestra dignidad individual», *Persona y Derecho*, n.º 62 (2010): 181-210.

Torrez Monasterios, Vladimir Roger. «Iusnaturalismo, positivismo y realismo jurídico en el pensamiento de Franz Tamayo: el Proyecto de Ley Capital de 1930 y la legalización de la guerra civil», *Revista de Derecho de la UCB-UCB Law Review*, vol. 5, n.º 9 (2021): 73-95.

Vallès, Josep M. *Ciencia política*. Una introducción. 8.^a edición, Barcelona: Ariel, 2007.

Velasco, Juan Carlos. «Democracia y deliberación pública», *Revista de Pensamiento Político*, n.º 6 (2009): 70-79.

Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 10.^a edición, Madrid: Trotta, 2011.

ENTRE EL PRECEDENTE Y LA LEY. ALGUNAS REFLEXIONES ALREDEDOR DEL PROCESO DE CUMPLIMIENTO

Between precedent and law

Autor: Stefano André Rodríguez Begazo*

REVISTA
LP Derecho

**Stefano André
Rodríguez
Begazo**

«Entre el precedente y la ley. Algunas reflexiones alrededor del proceso de cumplimiento».

Revista LP Derecho.
3 (2022): 64-84.

Recibido: 30/06/2022

Aprobado: 13/08/2022

Resumen

El presente artículo, utilizando un método cualitativo de investigación, intenta reseñar un marco conceptual alrededor del proceso de cumplimiento. El objetivo del presente trabajo es realizar un análisis introductorio, pero sustancial, con respecto al proceso bajo análisis; para luego señalar cómo es que la regulación normativa del proceso de cumplimiento en el NCP-Co, si es leída de manera literal, resulta ser contradictoria con el precedente Villanueva; y, por tanto, la causante de la desnaturalización del proceso. Finalmente, el autor plantea una fórmula interpretativa a tomar en cuenta como una solución a la disputa «entre el precedente y la ley».

Palabras clave

proceso de cumplimiento, precedente, Nuevo Código Procesal Constitucional.

Abstract

This article, using a qualitative method of research, attempts to outline a conceptual framework around the compliance process. The objective of this work is to carry out an introductory, but substantial, analysis with respect to the process under analysis, to then point out how the normative regulation of the compliance process in the NCPCo, if read literally, turns out to be contradictory to the precedent Villanueva; and, therefore, the cause of the denaturation of the process. Finally, the author proposes an interpretative formula to be taken into account as a solution to the dispute «between the precedent and the law».

* Estudiante de noveno semestre de la facultad de Derecho de la facultad de derecho de la Universidad de San Martín de Porres - Filial Sur.

Keywords:

prerogative orders of mandamus, precedents, new constitutional procedural code.

I. Introducción

Allá por el año 2018, en las aulas de la facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres, en la vieja casona ubicada en la calle La Merced, en Arequipa; Ana María Calderón, docente de Derecho Constitucional desde la época en la que no estaba de moda serlo; nos introducía a todos los estudiantes de los primeros ciclos académicos a los procesos constitucionales. Al referirse sobre el proceso de cumplimiento inició: «El proceso de cumplimiento es el “patito feo” de los procesos constitucionales».

Resulta ser que, en efecto, ningún proceso constitucional ha causado tanto revuelo en la doctrina y jurisprudencia en sí mismo, por su mera existencia. Es decir, todos los procesos resultan tener puntos sustanciales que se prestan a debate; pero la controversia en esos casos, suele ser sobre su aplicación y desarrollo. Sin embargo, en el de cumplimiento la polémica es total; ya sea por su origen y el eterno debate entre si constituye un proceso constitucional como tal o si resulta ser un proceso constitucionalizado. O también, más recientemente, se encuentra al rojo vivo la discusión surgida con la entrada en vigor del Nuevo Código Procesal Constitucional y la aparente desnaturalización del precedente Villanueva Valverde (en adelante precedente Villanueva). En este contexto, el presente trabajo se inserta en el debate con el objetivo de trazar,

en primer lugar, un contexto general sobre el proceso de cumplimiento; abordándolo de manera descriptiva y sucinta, revisando sus antecedentes, la experiencia comparada, su llegada a nuestro país, su regulación y aspectos generales de aplicación. Y, en segundo lugar, se pretende mantener una posición crítica a la nueva regulación de este proceso en el Nuevo Código Procesal Constitucional (en adelante NCPCo), directa y específicamente, a su artículo 66.

El artículo 66 de dicho cuerpo normativo, como se desarrollará más adelante, habilita la procedencia de la demanda de cumplimiento aun cuando el mandato a «cumplir» sea genérico, poco claro o esté sujeto a controversia compleja o a interpretaciones dispares, contraviniendo directamente las características que debería tener un mandato según lo desarrollado por el Tribunal Constitucional en el precedente Villanueva del año 2005.

En este trabajo planteamos centralmente la tesis de que, desnaturalizar el precedente Villanueva es, en realidad, desnaturalizar el proceso de cumplimiento, tal como ha sido diseñado por el constituyente de 1993 e interpretado por el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia. Puesto que, como se ampliará más adelante, si un mandato resulta ser genérico, poco claro o está sujeto a controversias complejas o interpretaciones dispares, el funcionario encargado de ejecutarlo, no sería renuente a cumplirlo estricta e inexcusablemente (como lo presupone el texto constitucional vigente), puesto que, en primer lugar, el mandato tendría que ser primeramente aclarado o interpretado y luego recién podría ser cumplido en puridad. No existe, desde nuestra posición en este supuesto planteado, una real renuencia

por parte del funcionario correspondiente. En ese sentido el impacto que pretende el presente trabajo es señalar que, si bien es cierto la solución aparente a la alegada desnaturalización podría ser una reforma parcial a la norma, planteamos en realidad una fórmula interpretativa que, según los objetivos de este trabajo, armonizaría la divergencia entre el criterio jurisprudencial del Tribunal y el criterio normativo reciente del legislador.

II. Parte descriptiva: el proceso de cumplimiento

1. Antecedentes

El caso constitucional más famoso a nivel mundial, estudiado en toda facultad de derecho medianamente respetable, es el famoso caso «Marbury vs. Madison»; resulta ser, lo que hoy conoceríamos como un proceso de cumplimiento.

Dicho caso es un *Writ of Mandamus* o, más recientemente conocido, como la *prerogative orders of mandamus*. Este es un proceso de origen anglosajón que aparece en el siglo XIV. Tuvo como objetivo obtener un mandato en sede jurisdiccional; y que, en virtud a este mandato, se les ordene a las autoridades estatales cumplir con sus obligaciones funcionales.¹

Este proceso, cabe apuntar, no procedía contra todas las autoridades estatales. Por supuesto, típico de la época, no respondía ante este mandato emitido por el juez (en nombre del Estado); por ejemplo, el presi-

dente de la nación, los secretarios de Estado o el Congreso.²

2. Experiencia comparada

Por este lado de la región, al igual que con el proceso de hábeas data, los latinoamericanos también pusimos nuestro grano de arena para traer al papel, el hoy conocido como proceso de cumplimiento.

En Latinoamérica este proceso se constituyó por primera vez en Colombia. En su norma fundamental de 1991 se introdujo en el artículo 87 la llamada por esa época «acción constitucional»; la cual estaba diseñada con el objetivo de hacer efectivo al *mandamus* contenido en una ley o un acto administrativo. En dicho caso, al igual que en nuestro país, se dirige la «acción» contra el funcionario renuente a cumplir dicho mandato.³

La experiencia argentina, influenciada de una manera mucho más directa en el derecho anglosajón; si bien es cierto no a nivel federal, pero sí a nivel provincial, reconoció el llamado «mandamiento de ejecución», reconocido en la Constitución provincial de Entre Ríos, en la de Formosa, Santa Cruz, Jujuy, Chaco, La Rioja, Chubut y la de Río Negro⁴.

1 Héctor Fix Zamudio, *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*. (Madrid: UNAM-Civitas, 1982), 90.

2 Edgar Carpio Marcos, «La acción de cumplimiento en el derecho comparado». En *El proceso de cumplimiento en la actualidad*. (Lima: Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, 2021), 121.

3 Luis Benjamín Herrera Bustinza, «La naturaleza procesal del proceso de cumplimiento». En *El proceso de cumplimiento en la actualidad*. (Lima: Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales. 2021), 166.

4 *Ibidem*, 162.

La experiencia brasileña resulta particular. Aunque en el debate del Congreso Constituyente Democrático peruano se haya mencionado por el constituyente Ferrero; que la «acción» de cumplimiento tenía su antecedente directo (para el caso peruano) en la regulación brasileña⁵; esto no resulta del todo exacto, puesto que nuestra influencia directa fue la experiencia colombiana. Esto porque en realidad, el caso brasileño es el menos parecido al *Writ of Mandamus* anglosajón.

En la legislación brasileña se tiene regulado el llamado *Mandado de Injunção*, el cual no opera ante la renuencia u omisión de la administración pública; sino, específicamente, por una omisión del legislador. Dicha omisión resulta censurable puesto que se omite una disposición constitucional directa. En nuestro país quizás, resulta más afín a dicha configuración la llamada «inconstitucionalidad por omisión», supuesto que, como es obvio, se tramita a través del proceso de inconstitucionalidad.

Por último, mencionaremos la experiencia boliviana. Aunque tienen una clara influencia colombiana y peruana; se tiene que, el proceso de cumplimiento en Bolivia, está destinado a obtener el cumplimiento de una norma legal o disposición constitucional. Como se aprecia, omite mencionar expresamente su procedencia ante la renuencia de cumplir un acto administrativo. Está regulado como «acción de cumplimiento» en el artículo 134.1 de la Constitución boliviana y se reconoce como un proceso constitucional como tal, en el

artículo 64 del Código Procesal Constitucional boliviano.

3. El caso peruano

El proceso de cumplimiento llega al Perú en la Constitución Política de 1993, donde, por vez primera, específicamente en el artículo 200°, inciso 6 de la norma fundamental, es regulado. Del texto constitucional se aprecia lo siguiente:

La acción de cumplimiento que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

De este enunciado podemos remarcar: a) el proceso de cumplimiento, es el único proceso constitucional de tutela de derechos que solo procede contra funcionarios públicos; es decir, no puede interponerse contra particulares; b) Existe una exigencia de renuencia, por tanto, como se desarrollará más adelante, será necesario que, de manera previa a la interposición de la «acción», se le hubiese tenido que solicitar formalmente al funcionario el cumplimiento requerido; c) El constituyente establece una necesidad especial de cumplimiento de las normas legales y los actos provenientes de la administración pública.

Su llegada al Perú no fue pacífica, pues en el propio debate constituyente, se sostuvieron argumentaciones de rechazo a su constitucionalización. Por ejemplo, la constituyente Flores Nano, sostuvo que, en realidad, su incorporación hubiese resultado inútil; puesto que, podría tranquilamente considerársele implícito a través

⁵ Congreso Constituyente Democrático, *Libro de Debates 1992*. Tomo II. (Lima: Congreso de la República, 2000), 1968.

del amparo⁶. Aun así, con los puntos a favor y en contra de su incorporación, fue la garantía menos discutida en el Congreso Constituyente Democrático (por la cantidad de tiempo que estuvo sobre la mesa). Podemos encontrar su discusión en el diario de debates del CCD, sustancialmente, en el tomo III, entre la página 1965 a la 2518.

Saltándonos —quizás injustamente— algunos años de manera posterior a su regulación legal simple⁷ llegó a nuestro ordenamiento el Código Procesal Constitucional del 2004 (el cual, por propio mandato del artículo 200 de la Constitución, resulta ser una ley orgánica).

Dicho Código, marcando un precedente mundial tras el trabajo de un grupo de académicos liderados por el padre del derecho procesal constitucional peruano, el profesor Domingo García Belaunde, reguló de manera conjunta los hoy llamados con propiedad «procesos constitucionales»; entre ellos, el proceso de cumplimiento.

Sin embargo, pese a tener reconocimiento constitucional y a estar regulado por el Código Procesal Constitucional del 2004 de manera conjunta con los demás procesos de tutela de derechos; lejos de existir un sentir pacífico en la doctrina y jurisprudencia, el proceso de cumplimiento era objeto de crítica constante por todos los flancos posibles.

Como se ha señalado líneas arriba, no solo la necesidad de su constitucionalización no

fue armoniosa, sino que, una vez alcanzada esta, también resultaba de suma complejidad abordar la naturaleza del proceso. Con la distancia que nos ofrece el año 2022, podemos señalar que, en la actualidad, se concibe al proceso de cumplimiento como uno de tutela de derechos. El legislador ha ubicado —tanto en el Código Procesal Constitucional del 2004, como en el NCPCo del 2021— al proceso de cumplimiento, de manera conjunta con los llamados «procesos de la libertad». Siendo su objetivo y razón de ser, tutelar la parte dogmática de la Constitución, protegiendo (por más curioso que parezca), un derecho no enumerado, pero recogido por el Tribunal Constitucional en virtud al artículo 3 de la norma fundamental. Guardamos, al menos por ahora, cautela y misterio con respecto a ese «derecho fundamental», puesto que lo abordaremos con detalle líneas más abajo.

Sin perjuicio de lo anterior, hay posiciones en la doctrina que sostienen en realidad que, dicho proceso estaría mejor ubicado como uno orgánico; en el sentido que, según esta postura, el cumplimiento debería tener como principal objetivo el aseguramiento del principio de legalidad, garantizando, al mismo tiempo, la supremacía de la Constitución⁸. Sin embargo, no nos detendremos a analizar dichos postulados, puesto que, además de no ser objeto del presente trabajo, reservamos su análisis para algún futuro escrito de nuestra autoría.

Sin que bastase la polémica y controversia alrededor del cumplimiento en lo relacio-

6 *Ibidem*, 2002.

7 Ley 26301, modificada parcialmente por la Ley 26545.

8 Leny Palma Encalada, *El proceso de hábeas data y de cumplimiento en el diseño del Código Procesal Constitucional*. (Lima: Derecho & Cambio Social 003. 2005), cap. II, p. 7.

nado a la necesidad de su constitucionalización o su naturaleza jurídica; se sumó al debate una tercera. Se intentaba dar respuesta a la difícil tarea de decidir si el cumplimiento es un proceso constitucional como tal, o si en realidad, resultaba ser un proceso «constitucionalizado».

4. ¿Proceso constitucional o constitucionalizado?

Digamos que existían dos grandes bandos; el mayoritario, el cual estaba compuesto por grandes académicos, como por ejemplo Alberto Borea Odría, quien sostuvo que, decir que este es un proceso constitucional significaría difuminar las fronteras entre procesos constitucionales y procesos meramente legales⁹; también se encontraba defendiendo esta posición Gerardo Eto Cruz¹⁰, Samuel Abad¹¹, o Edgar Carpio, quien sostuvo postulados que analizaremos líneas más abajo. Sin embargo, adelantando, el profesor Carpio, citando a Domingo García Belaunde sentenció: «esto se trata de un «proceso constitucionalizado» según la feliz expresión de Domingo García Belaunde»¹². Los postulados de este lado de la tribuna se presentaban por dos motivos principalmente.

En primer lugar, por razones lógicas. Es decir, el hábeas corpus está destinado para

tutelar el derecho a la libertad individual y derechos conexos a ella; el hábeas data tutela el derecho a la autodeterminación informativa y el derecho al acceso a la información; y, el proceso de amparo tutela todos los demás derechos. Entonces, al no apreciar derecho tutelable no parecía muy lógico que el cumplimiento sea un proceso de tutela de derechos, ¿no?

En segundo término, el profesor Edgar Carpio sostuvo:

lo que caracteriza a un proceso como constitucional es la presencia conjunta de los siguientes elementos: a) su configuración o creación a nivel constitucional, y no simplemente mediante una ley; b) existencia autónoma, esto es, con entidad propia, y no sólo como un elemento accesorio que forme parte de un proceso distinto, como puede ser el caso de los «incidentes constitucionales»; y, c) su objeto, esto es, un proceso destinado a resolver controversias en materia constitucional, y no de otra clase.¹³

Sin embargo —sostenía el profesor— el cumplimiento era un proceso constitucionalizado, puesto que carecía del último requisito. Es decir, su objeto, propiamente, no resolvía controversias de materia estrictamente constitucional; sino, por lo contrario, de relevancia legal o administrativa, que tranquilamente —según su posición— podrían ser sometidas únicamente ante la judicatura ordinaria con el proceso contencioso administrativo. Dicho sea de paso, precisamente por ello, Borea, como citamos *supra*, señalaba que este proceso

9 Alberto Borea Odría, *Evolución de las garantías constitucionales*. (Lima: Grijley, 1996), 505.

10 Gerardo Eto Cruz. *Necesaria reforma (overruling) al precedente vinculante del proceso de cumplimiento*. *Pensamiento Constitucional*, n.º 19 (2014): 299-330.

11 Samuel Abad Yupanqui, «El modelo de jurisdicción constitucional reformas y retrocesos». *Ius et Veritas*, n.º 7 (1993): 107.

12 Edgar Carpio Marcos, «La acción de cumplimiento en el derecho comparado», *op. cit.*, 143.

13 *Ibidem*, 139.

difuminaba los límites constitucionales y los legales.

Dicho criterio fue incluso reconocido por el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia. En la sentencia recaída en el Expediente 191-2003-AC/TC (f. j. 2,5); se sostuvo que el proceso de cumplimiento no tutelaba un derecho o principio constitucional; sino que protegía derechos de relevancia legal y de orden administrativo.

Por otro lado, en la tribuna del frente se sostuvo que el proceso materia de análisis, en realidad sí tenía una naturaleza constitucional como tal. Aunque en la doctrina hubo defensores de esta posición¹⁴, fue la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, principalmente la del año 2005, la que tomó partida por esta postura.

El órgano de control de la constitucionalidad, cambiando de criterio, señaló en el precedente Villanueva que, en realidad, el cumplimiento sí tutela un derecho fundamental contenido de manera implícita en la Constitución; y, por tanto, aunque el tema podría seguir siendo debatido desde la doctrina —al menos para criterios prácticos— el último intérprete de la norma fundamental le puso un punto final a la controversia.

5. El precedente Villanueva Valverde

El Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente 168-2005-PC/TC, señaló un precedente que ha sido ampliamente discutido y conocido en nuestro

¹⁴ Landa Arroyo, César. «La acción de cumplimiento en el Proyecto de Constitución de 1993». *Revista del Foro*. (1993): 55.

país. Pues, basándose en ciertos principios constitucionales y el *numerus apertus* del artículo 3 de la norma fundamental, señaló¹⁵:

[...] conforme a los artículos 3.°, 43.° y 45.° de la Constitución, **el Tribunal Constitucional reconoce la configuración del derecho constitucional a asegurar y exigir la eficacia de las normas legales y de los actos administrativos**. Por tanto, cuando una autoridad o funcionario es renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo que incide en los derechos de las personas o, incluso, cuando se trate de los casos a que se refiere el artículo 65.° del Código Procesal Constitucional (relativos a la defensa de los derechos con intereses difusos o colectivos en el proceso de cumplimiento), **surge el derecho de defender la eficacia de las normas legales y actos administrativos a través del proceso constitucional de cumplimiento** [...] (el resaltado es propio).

Es decir, la importancia del precedente Villanueva es que reconoció el derecho a la eficacia de las normas legales y de los actos administrativos¹⁶. Por tanto, fijaba el proceso de cumplimiento como uno constitucional y no constitucionalizado.

Esto último, a mi consideración, tiene sen-

¹⁵ Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el Exp. 168-2005-PH/TC. Fundamento 9.

¹⁶ Como ya se ha hecho mención, esta es la solución práctica encontrada por el Tribunal Constitucional; lo cual no compromete la opinión del autor con respecto a si este realmente puede ser considerado un derecho fundamental o no. Esto será analizado en un trabajo posterior de nuestra autoría.

tido en un Estado constitucional de derecho como en el que vivimos; en el que resulta imposible creer que las normas o los propios actos de la administración pública no se cumplan. Si resulta ser en puridad un derecho fundamental o no será materia de una discusión que abordaremos en otra oportunidad.

Es decir, tiene sentido ello y la consideración del constituyente de que, dicha efectividad propia del Estado constitucional de Derecho con instituciones fuertes y confiables, merezca tutela especializada y —en teoría— eficaz.

Nos preguntamos, ¿por qué no, como en el caso mexicano, «amparizamos» todos los procesos? Es decir, ¿por qué esa distinción especializada del constituyente? Pues porque se considera que, existen ciertos derechos que tienen tal relevancia, que deben ser tratados con «pinzas de cirujano experto»; es decir, es necesaria la especificación y especialización, son necesarias las reglas de juego diferenciadas en pro de una especial eficacia en casos concretos. Por ejemplo, la libertad y el dato cobran especial relevancia para el constituyente, es por ello que se protegen a través del hábeas corpus y hábeas data, respectivamente. De la misma manera, la efectividad de las normas legales y de los actos emitidos por la administración resulta ser de especial consideración en un sistema propio del Estado constitucional de derecho.

Ahora bien, el caso bajo análisis también resulta relevante porque le da fuerza vinculante a un criterio que ya venía sosteniendo el Tribunal con anterioridad¹⁷ como producto de la influencia jurisprudencial co-

lombiana. Me refiero a que, en Villanueva, el Tribunal aprovecha la oportunidad para remarcar los requisitos mínimos que debe contener el *mandamus*. Estos son ser un mandato vigente, cierto y claro, no estar sujeto a controversias ni a interpretaciones dispares, ser de ineludible y obligatorio cumplimiento, ser incondicional (o que lo sea en tanto y en cuanto su dilucidación no necesite actuación probatoria y su satisfacción no sea compleja), que reconozca un derecho incuestionable del demandante y permita individualizar al beneficiario (estos dos últimos requisitos aplicables solo para la efectividad de actos administrativos).

Estos requisitos y su justificación merecerán mayor profundidad en la parte crítica del presente trabajo. Sin embargo, a modo de conclusión de este punto concreto, debe recalarse la importancia del precedente Villanueva, pues en su día significó concluir, en la práctica, un debate incesante y, a la distancia, apasionante para el lector. Como se dijo líneas arriba, este caso constituyó un punto final. ¿O punto aparte?

6. Cuestiones puntuales de aplicación

Antes de pasar a la parte crítica de este escrito procederemos a señalar algunos puntos de aplicación concretos a tener en cuenta en el ejercicio de la profesión.

Aunque esta no pretende ser una lista exhaustiva, sino más bien, declarativa; procederemos a presentar algunos puntos de relevancia práctica que podrían ser de interés del lector.

- a) El proceso de cumplimiento tiene como objeto ordenar que la autoridad pública cumpla la norma legal o ejecute

¹⁷ Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en el Exp. 2387-2003-AC/TC, f. j. 2.

un acto administrativo firme, como ya se ha señalado *supra*. Sin embargo, también puede ser interpuesto para que, dicha autoridad pública, se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento (esto regulado tanto en el Código Procesal Constitucional del 2004, en su artículo 66; como en el Nuevo Código Procesal Constitucional del 2021, en su artículo 65).

- b) Actualmente, bajo la regulación expresa del NCPCo, resulta motivo de desestimación de la demanda el que esta tenga como objeto el pago o reconocimiento de devengados u obligaciones que deban ser determinadas por órganos jurisdiccionales especializados. Esto ya sea por la necesidad de una estación probatoria con la que no cuentan los procesos constitucionales o, precisamente, porque como producto de la especialidad en la materia, resulte: a) materia compleja que no puede ser dilucidada a través del cumplimiento; y porque, b) resultaría una intervención sumamente invasiva a la competencia de dicho órgano resolutor.
- c) El proceso de cumplimiento procede no solo para exigir el cumplimiento de normas de rango legal; sino también, y de hecho con mayor sentido, para exigir el cumplimiento de normas constitucionales o de rango constitucional, como los tratados internacionales en materia de derechos humanos.¹⁸ Por supuesto, esto tiene sentido; es decir, si se

le da mayor injerencia y relevancia a la necesidad de hacer cumplir normas con rango de ley, tiene aún mayor sentido intentar que, las disposiciones de rango constitucional, también se cumplan y se hagan realidad.

- d) Cuando de derechos difusos o colectivos se trate, como se observa del artículo 67 del NCPCo, la Defensoría del Pueblo está legitimada para interponer la demanda; siempre y cuando, debe entenderse, no se esté inmerso en una causal de improcedencia de la demanda y se cumpla con los requisitos presentados en el precedente Villanueva.
- e) Para su procedencia se debe cumplir con el requisito especial de la demanda; es decir, el requerirle a la administración, previamente, lo pendiente de cumplimiento a través de un documento de fecha cierta y que, el funcionario público haya reafirmado su renuencia o no haya dado una respuesta en los diez días útiles siguientes a la presentación de la solicitud. Esto en virtud de que la autoridad pública debe tener la oportunidad de subsanar su omisión o renuencia previa.
- f) Procede, en casos excepcionales, el «amparo contra cumplimiento». En efecto, teniendo en cuenta que, en el campo de las posibilidades, resulta perfectamente viable considerar que los jueces constitucionales también son humanos; y, por tanto, pueden equivocarse y vulnerar derechos fundamentales; y que no existe ámbito exento de control constitucional, procedería admitir el supuesto excepcional de amparo contra cumplimiento ante una manifiesta vulneración *iusfundamental*. Esto ya fue

¹⁸ Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en el Exp. 5427-2009-AC/TC. Fundamento 10.

desarrollado por el Tribunal Constitucional, por ejemplo, en la sentencia recaída en el Expediente 2415-2011-PA/TC. En este mismo sentido, el profesor Omar Sar ha recalcado que mientras se dé el trámite del proceso de amparo debe ejecutarse el mandato ordenado en el proceso de cumplimiento; salvo se disponga lo contrario en una medida cautelar.¹⁹

g) Cabe tutelar, a través del cumplimiento, de manera indirecta, otros derechos fundamentales. Es decir, en un mismo acto vulnerador se pueden afectar distintos derechos; se presupone que, en primer lugar, debería afectarse el «derecho» tutelado por el cumplimiento, es decir, la eficacia de los actos administrativos y de las normas legales; pero también (siempre y cuando se mantenga relación con dicho derecho tutelado) pueden ser protegidos a través del cumplimiento, otros derechos constitucionales de manera indirecta. Por ejemplo, el Tribunal ha observado una afectación indirecta al derecho a la salud en un proceso de cumplimiento.²⁰

h) Son causales de improcedencia de la demanda las contenidas en el artículo 70 del NCPCo donde señala que:

[...] no procede el proceso de cumplimiento:

1) contra las resoluciones dictadas por el Poder Judicial, el Tribunal Constitucional y el Jurado Na-

cional de Elecciones;

- 2) contra el Congreso de la República para exigir la aprobación o la insistencia de una ley;
- 3) para la protección de derechos que puedan ser garantizados mediante los procesos de amparo, habeas data y habeas corpus;
- 4) cuando se interpone con la exclusiva finalidad de impugnar la validez de un acto administrativo
- 5) cuando se demanda el ejercicio de potestades expresamente calificadas por la ley como discrecionales por parte de una autoridad o funcionario;
- 6) en los supuestos en los que proceda interponer el proceso competencial;
- 7) cuando no se cumplió con el requisito especial de la demanda previsto por el artículo 73 del presente código; y,
- 8) si la demanda se interpuso luego de vencido el plazo de sesenta días contados desde la fecha de recepción de la notificación notarial.

III. Parte crítica. La intención de desnaturalización del precedente Villanueva

1) El artículo 66 del NCPCo, regulación y problemática

Como hemos repasado líneas arriba, el precedente Villanueva exigía como requisitos especiales que el mandato sea vigen-

¹⁹ Omar Sar Suárez, «Aspectos sustantivos y procesales de la acción de cumplimiento». *Gaceta Constitucional*, n.º 56 (2012): 22.

²⁰ Tribunal Constitucional del Perú. STC 2002-2006-PC/TC, de fecha 12 de mayo de 2006.

te, cierto y claro; no debía estar sujeto a controversias ni a interpretaciones dispares; debía ser de ineludible y obligatorio cumplimiento; debía ser incondicional (o que lo fuese en tanto y en cuanto su dilucidación no necesitara de actuación probatoria y su satisfacción no fuera compleja); debía reconocer un derecho incuestionable del demandante, y debía permitir individualizar sus efectos sobre el beneficiario (estos dos últimos requisitos aplicables solo para la efectividad de actos administrativos).

Sin embargo, en el NCPCo, con una clara intención de desnaturalización del precedente por parte del legislador, se ha señalado en el artículo 66:

1) **Cuando el mandato sea genérico o poco claro**, el juez, previa interpretación de la norma legal o del acto administrativo firme, **entra a resolver el fondo del asunto**, debiendo observar las siguientes reglas:

1.1) Para la interpretación de la norma legal, el juez utiliza los métodos clásicos de interpretación jurídica; debiendo su resultado respetar lo que establecen las leyes de la materia y la propia Constitución.

1.2) La interpretación del acto administrativo firme debe respetar los principios generales del Derecho Administrativo; la jurisprudencia de los órganos administrativos correspondientes, así como la del Tribunal Constitucional.

2) **Cuando el mandato esté sujeto a**

controversia compleja o a interpretaciones dispares, el juez, previo esclarecimiento de la controversia, **entra a resolver el fondo del asunto**. Para ello, deberá observar las siguientes reglas:

2.1) El juez aplica una mínima actividad interpretativa para superar la controversia, atendiendo a los métodos clásicos de interpretación jurídica, y aplicando los criterios de especialidad, cronológico y jerárquico.

2.2) Asimismo, y de ser necesario, el juez aplica una mínima actividad probatoria que, sin comprometer la finalidad urgente y perentoria del proceso de cumplimiento, permita confirmar la veracidad del mandato.

3) Cuando, para determinar la obligatoriedad o incuestionabilidad del mandato contenido en una norma legal o acto administrativo firme resulte necesario entrar al fondo del asunto, el juez admite a trámite la demanda, y **esclarecerá la controversia** (el resaltado es nuestro).

Como se observa, la nueva regulación del proceso relativiza completamente los requisitos con los que debería cumplir el mandato según el Tribunal Constitucional. Podemos deducir que la reforma tenía como posible intención reducir la gran cantidad de demandas desestimadas por causales de improcedencia (por considerar que el mandato no tenía las características básicas de procedencia a las que ya hemos hecho referencia). Sin embargo, esto no es más que una suposición.

Si observamos la exposición de motivos de lo que finalmente terminó siendo la Ley 31307 (NCPCo.), observaremos que el texto de la autógrafa, presentado el 4 de marzo de 2021 con número de proyecto 07271, rotulado con el nombre de «Ley orgánica sobre reforma al Código Procesal Constitucional», señala únicamente que las modificatorias referidas al proceso bajo análisis habrían sido diseñadas por el grupo de trabajo conformado por los profesores administrativistas Jorge Danós Ordoñez y Ramón Huapaya Tapia. Sin embargo, no se hace referencia a la razón o motivo por el cual se decidió modificar el artículo 66 del Código. Es decir, la exposición de motivos de la norma (la cual sí hace referencia a las modificatorias de alcance general a los procesos de tutela de derechos) no da explicación en lo más mínimo a la principal modificatoria en el proceso de cumplimiento. Y, pese a que el Poder Ejecutivo observó la autógrafa el día 2 de julio de 2021, señalando que el texto modificatorio del NCPCo contravenía el precedente Villanueva y, por tanto, proponía eliminar dicha modificatoria específica, el Poder Legislativo insistió en la iniciativa legislativa y mantuvo el texto modificatorio original. (Toda la información señalada puede ser consultada por el lector visualizando el expediente virtual de la norma, a través de la página en línea del Congreso de la República).

La doctrina también se ha ocupado de criticar la referida modificatoria, en el sentido de que el legislador no habría tomado en cuenta que el proceso de cumplimiento resultaría ser un proceso ejecutivo y no cognitivo; y, además, residual (como todos los procesos constitucionales de la libertad) y sin etapa probatoria. Se advirtió también

que la modificatoria significaría un incremento negativo en la carga procesal del Poder Judicial. De hecho, Elard Bolaños Salazar es lapidario al señalar que el actual artículo 66 del NCPCo no solo desnaturaliza el precedente Villanueva, sino que —usando sus propias palabras— lo que hace es «mutilarlo»²¹.

Entonces bien, tenemos una problemática. Ante la regulación aparentemente contradictoria entre la voluntad del legislador y la interpretación del último intérprete de la Constitución ¿qué criterio prevalece?

2) Jurisprudencia post modificatoria normativa

El Tribunal Constitucional, hasta donde se ha podido revisar a la fecha en que se escriben estas líneas, no ha emitido un pronunciamiento contundente que esclarezca la controversia. Sin embargo, sí lo ha hecho de manera sutil, lo que nos puede dar una pequeña idea al respecto.

- a) En el expediente 2503-2019-AC/TC, el caso «Universidad San Ignacio de Loyola», en el cual la demanda es declarada improcedente, el doctor Espinosa-Saldaña desarrolló en su voto singular:

En efecto, debo hacer notar que **el precedente «Villanueva Valverde» (STC N° 0168- 2005-AC/TC) estableció una serie de reglas adicionales** a las ya dispues-

²¹ Elard Ricardo Bolaños Salazar, «Aspectos procesales del proceso de cumplimiento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». En *El proceso de cumplimiento en la actualidad*. (Lima: Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales. 2021), 221.

tas en la misma Constitución y en el Código Procesal Constitucional (del 2004) **a fin de determinar en qué casos procede una demanda. Dichas reglas posibilitaron diferenciar al proceso de cumplimiento de un proceso contencioso administrativo.** Así, las reglas allí establecidas permitieron que el *mandamus* debiera tener una serie de características mínimas que lo hicieran por sí mismo ejecutable inmediatamente en un proceso constitucional de tutela urgente [...]. **La diferencia radicaría en el tipo y las características que debía tener el mandato incumplido por el funcionario o autoridad de la Administración Pública,** pues el mandato dispuesto en la norma legal o en el acto administrativo para ser admitido en el proceso de cumplimiento debía ser vigente, cierto y claro, no estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares, ser de ineludible y obligatorio cumplimiento y ser incondicional (fundamento 14 del precedente), **mientras que en el proceso contencioso administrativo se exigiría únicamente la renuencia de la autoridad o funcionario a acatar una norma legal o ejecutar un acto administrativo** (el resaltado es propio).²²

En efecto, a lo largo de los últimos años, a nivel del Poder Judicial, la gran

mayoría de procesos de cumplimiento eran declarados improcedentes por considerar que se encontraba, en el proceso contencioso administrativo, una vía igualmente satisfactoria²³ para satisfacer el derecho invocado. Pues, en este proceso, regulado por el Texto Único Ordenado de la Ley 27584, en el artículo 5.4 se menciona que es una pretensión tutelable vía proceso contencioso administrativo el ordenarle a la administración pública la realización de una determinada actuación a la que se encuentre obligada por mandato de la ley o en virtud de un acto administrativo firme.

Entonces bien, ¿qué era lo que diferenciaba el contencioso administrativo del proceso constitucional? Además de la evidente observancia de los criterios subjetivos para fijar la vía igualmente satisfactoria (fijados por el precedente Elgo Ríos), era precisamente lo que señala el doctor Espinosa-Saldaña, es decir, el mandato exigido en el proceso constitucional debía ser cierto, claro, vigente, etc. Mientras que, en el contencioso administrativo, solo se señala como exigencia de procedencia relevante la renuencia del funcionario.

En consecuencia, si ese no es el caso bajo la nueva regulación legislativa, estaríamos, ahora sí, difuminando los límites entre la tutela legal y la tutela constitucional, como lo señalaba el profesor Borea.

22 Tribunal Constitucional del Perú. Exp. 2503-2019. Voto singular de Eloy Espinosa-Saldaña. Fundamentos 6 y ss.

23 Gerardo Eto Cruz, «Necesaria reforma (*overruling*) al precedente vinculante del proceso de cumplimiento». En *El proceso de cumplimiento en la actualidad*. (Lima: Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, 2021), 428.

b) En otro pronunciamiento, esta vez a nivel de Sala y no de pleno, el exmagistrado Miranda Canales, en el expediente 1239-2021-PC/TC, señaló en su fundamento de voto contenido en la página 8:

1. Y es **que, una de las causas por las que debe rechazarse la demanda involucra la existencia de controversia compleja, lo que según el numeral 2 del artículo 66 del nuevo Código Procesal Constitucional implica construir un pronunciamiento de fondo, sin embargo, no en todos los casos proceder a aplicar tal regla sin más, pues habrá situaciones como la de autos en las que exista tal controversia, pero no sea competencia del juez constitucional dilucidarla** (léase casos de nulidad de oficio de actos administrativos). *(El resaltado es propio)*.

En dicho proceso, Miranda Canales dio luces de una posible interpretación de la normativa procesal constitucional vigente. Es decir, que cabe la posibilidad de que el precedente Villanueva y el artículo 66 del NCPCo, coexistan (no pacíficamente, pero sí en tolerancia) realizando un análisis casuístico. Sin embargo, mencionó que dicho punto debía ser abordado por el pleno del Tribunal y no por la Sala que integró en aquel momento.

Cabe resaltar que, en ese mismo proceso, los exmagistrados Ledesma y Espinosa-Saldaña aplicaron el precedente Villanueva por estimar que el caso concreto presentaba una controversia compleja; sin embargo, no realizaron

mayor precisión con respecto a la aparente contradicción normativa y jurisprudencial.

- c) Exp. 2811-2021-PC/TC. El Tribunal ha señalado en el fundamento número 5 lo siguiente:

De otro lado, es importante mencionar **que la regulación contenida en el nuevo Código Procesal Constitucional respecto al proceso de cumplimiento debe ser comprendida en comunión con lo estatuido como precedente por este Tribunal en la STC 0168-2005-PC/TC, en tal sentido todo mandato cuyo cumplimiento que se pretenda debe reunir los requisitos indicados en tal sentencia. Mención aparte merecen los referidos a claridad, controversia compleja y obligatoriedad, y es que estos deberán ser analizados caso a caso**, no siendo este uno en el que sea relevante efectuar el mismo, pues, como será expuesto a renglón seguido, *el mandamus que se pretende materializar no adolece de tales requisitos. (El resaltado es propio)*.

En ese mismo expediente, el profesor Ernesto Blume, con su siempre particular pluma, ha señalado su disconformidad y apartamiento del criterio interpretativo referido; y señala en la página 8 de la resolución, en su voto singular:

Mi apartamiento se basa en que las reglas contenidas en dicho precedente han sido, en parte, **dejadas sin efecto por las nuevas reglas aplicables para resolver la demanda**, contenidas el mencionado Nuevo Código Procesal Constitucional, el que, **para evitar la**

avalancha de improcedencias liminares producidas por el citado precedente, tiene una regulación más garantista o tutelar, pues además de eliminar la improcedencia liminar, específicamente en relación con el proceso de cumplimiento, impone la obligación a los jueces constitucionales de dar trámite a la demanda así el mandato sea genérico o poco claro, o esté sujeto a controversias o interpretaciones dispares. (El resaltado es propio).

En efecto, podemos deducir dos conclusiones de lo señalado en el expediente bajo análisis: i) el Tribunal ha decidido ondear la bandera blanca de la paz y no entrar en discrepancias o criterios interpretativos disruptivos o directos en defensa de su precedente; y ii) uno de los puntos fundamentales para sostener el «dejar sin efecto el precedente» es sostener que dicha interpretación es más garantista; cabe resaltar que, dicho criterio, también ha sido sostenido por la doctrina²⁴.

3) Crítica

Muy respetuosamente y, por supuesto, guardando las distancias con los profesores Blume Fortini y Eto Cruz, nos apartamos de las posturas reseñadas sobre la base de las siguientes consideraciones. Consideramos que, a viva voz del ser un colegiado «garantista», se puede llegar al extremo de degradar de tal forma la justicia constitucional que, sin un embudo o filtro, hagamos igual de inefectivo el proceso constitucional en general que los procesos seguidos ante la judicatura ordinaria y nos olvidemos de aquel artículo 25 del Pacto

de San José que regula el derecho de los particulares a una protección judicial con un recurso rápido y sencillo. (No se pretende señalar, por supuesto, que el Tribunal Constitucional no deba ser un órgano garantista; está claro que debe serlo. Sino que, con el mero hecho de usar esa carta bajo la manga, el Tribunal no puede desentenderse de la realidad judicial).

Consideramos que la jurisdicción constitucional debe ser siempre celer, efectiva y urgente. Precisamente debe serlo, por los puntos que se debaten en un proceso constitucional (derechos fundamentales).

Se trate de una sala o juzgado especializado en derecho constitucional o no, todos son, en realidad, jueces constitucionales (en virtud de que todos los jueces deben preferir la Constitución a la ley); todos, por tanto, deben defender y proteger derechos fundamentales. Sin embargo, la justicia especializada constitucional debe estar para dar una solución rápida, celer y efectiva a asuntos urgentes. Es por ello que somos tan exquisitos para admitir a trámite una demanda. Por ello, los procesos de tutela de derechos son residuales, porque hay asuntos tratables en la vía judicial ordinaria y otros que, necesariamente, deben ser tutelados en vía constitucional. No podemos permitirnos difuminar estos límites sin pensar en la carga procesal que trae consigo el ampliar la protección y tutela del proceso de cumplimiento.

Es decir, el alegato de que resultaba importante eliminar el precedente Villanueva (total o parcialmente) para ser más «garantistas» resulta, desde nuestro punto de vista, confundir ser garantista con difuminar los límites entre la justicia ordinaria y la

²⁴ *Ibidem*, 427.

constitucional; además, resulta ser sumamente irresponsable, pues no toma en consideración la carga procesal de los juzgados y salas constitucionales a nivel del Poder Judicial.

Ahora bien, por otro lado, sostenemos que el texto vigente del artículo 66 del NCPCo relativiza la renuencia a la que hace referencia la Constitución cuando establece que el cumplimiento se interpone contra el funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo. Para explicar ello, ya entrando un poco más en materia, se deben señalar las siguientes consideraciones:

- El Tribunal Constitucional, en el precedente Villanueva, sostuvo que la justificación para establecer los requisitos mínimos del mandato era que, dado el carácter sumario y breve del proceso, este no resulta el adecuado para discutir los contenidos de normas generales cuyos mandatos no tienen las características mínimas exigidas (fundamento 15 del precedente).
- Siguiendo esa misma línea, se puede afirmar que, precisamente por ser un mandato vigente, cierto y claro, que no está sujeto a controversias ni a interpretaciones dispares, y que es de ineludible, obligatorio e incondicional cumplimiento, el funcionario encargado tiene un **deber absoluto de acatamiento**. Es decir, como el mandato tiene las características antes señaladas, no era posible la discrecionalidad por parte del funcionario; es por ello que es **renuente**.
- Es decir, si partimos del supuesto de que el proceso de cumplimiento tiene

sentido como proceso constitucional porque protege el derecho a la efectividad de las leyes y actos administrativos firmes, y esta eficacia se ve afectada porque existe renuencia de cumplimiento, es decir, existe un funcionario reacio a ejecutar, este funcionario es renuente porque, precisamente, solo tiene que ejecutar (pues el mandato es vigente, cierto y claro, no está sujeto a controversias ni a interpretaciones dispares, es de ineludible y obligatorio cumplimiento e incondicional); porque, si no tuviese estas características, ¿el funcionario es realmente renuente? Si no es claro lo que se tiene que ejecutar, si la materia se puede someter a interpretaciones dispares, si es materia compleja, etcétera, ¿hay algo que ejecutar? ¿O en realidad hay algo que dilucidar y luego recién ejecutar? Y, si hay negativa o inactividad ante esta ejecución, ¿no es cierto que recién ahí podríamos hablar de la renuencia exigida por nuestra Constitución?

- Consideramos que desnaturalizar el precedente Villanueva significa también, en cierta medida, desnaturalizar el proceso de cumplimiento porque: a) no podríamos hablar de manera estricta de una renuencia; y b) se eliminaría esta precisa separación entre los campos legales competentes de la judicatura ordinaria a través del contencioso administrativo y los campos de relevancia constitucional, competencia de la justicia constitucional especializada.

4) Posible solución al problema

Como se ha señalado líneas arriba, este trabajo plantea la posición según la cual se sostiene que desnaturalizar el precedente

Villanueva es, también, desnaturalizar el proceso de cumplimiento. Sin embargo, pese a ello, la solución que se propone no plantea aplicar control difuso de manera generalizada, puesto que, en virtud del principio de preservación de la ley y de la posición uniforme al respecto de que el control difuso constituye una medida de *ultima ratio*, corresponde buscar un criterio de interpretación que armonice las disposiciones en tensión.

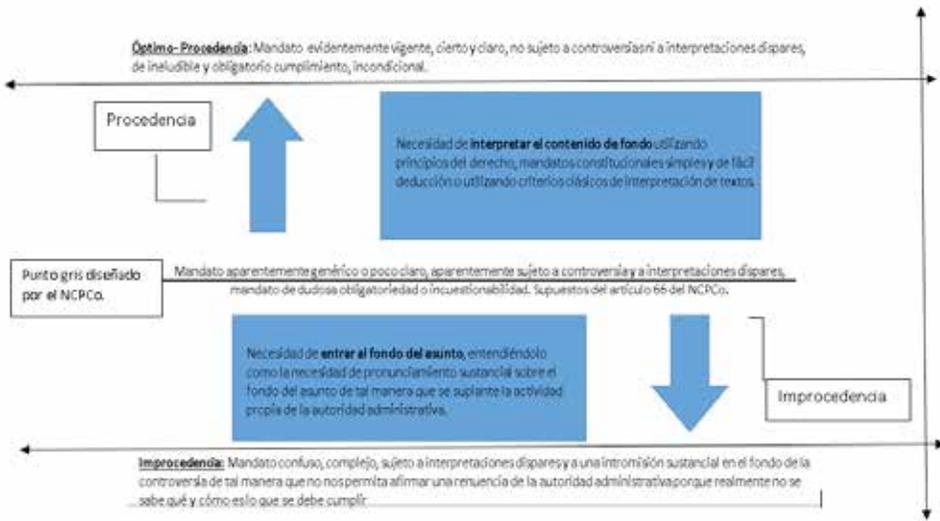
Consideramos que, en realidad, primero debemos partir de un punto común. Se debe entender que, cuando el legislador utiliza en el artículo 66 la frase «el Juez entra al fondo del asunto», se refiere a entrar al fondo del asunto constitucional. Puesto que, en el debate diario y en el campo de las posibilidades, seguramente no faltará la interpretación referida a la consideración de que, cuando el legislador hace referencia a la necesidad de entrar al fondo del asunto, se referiría al fondo del asunto sobre el cual se pide el cumplimiento (dilucidar el acto administrativo o la ley respectiva); aun así, esa sea la interpretación, deberíamos poder ceder en algún punto. Debemos creer — en ese supuesto interpretativo en principio erróneo— que, cuando el legislador utiliza en el artículo 66 la frase «el Juez entra al fondo del asunto», no se refiere en realidad a que el juez constitucional deba resolver, por ejemplo, la procedencia de la nulidad del acto administrativo o si este en reali-

dad es válido; esto sería una intromisión a las facultades y competencias de la justicia contenciosa administrativa. Por tanto, debemos entender que quiso decir «el Juez **interpreta** el fondo del asunto».

Si partimos de ese supuesto, me parece que la solución está más próxima. Existen casos en los que solo es necesario ser mínimamente sagaz para darse cuenta de que, en realidad, no existe materia controvertida, sino que lo que ha pasado es que, simplemente, no se ha leído con minuciosidad la ley o acto administrativo firme.

Es decir, por ejemplo, nuestros legisladores no siempre tienen una pluma fina, sino que, muchas veces, la redacción resulta confusa o poco clara. En casos como esos, es posible utilizar criterios de interpretación clásicos (literal, integral, teleológico, entre otros) para determinar lo que el legislador dijo, pero no se entendió. En ese supuesto, declarar improcedente la demanda resultaría —ahora sí— irrazonable y poco garantista. Y, en este caso, el juez no es que entre al fondo del asunto a resolver una controversia como tal, sino que lo que hace es interpretar el fondo del asunto, el cual ya era real y contenía un mandato cierto y claro, solo que mal entendido.

Como se ha mencionado líneas arriba, el análisis debe ser casuístico; sin embargo, se propone aplicar un rango como el siguiente:



Autor: Stefano Rodríguez Begazo. Permitida su difusión citando la fuente.

De tal manera que nos quedaría una regla como la siguiente: «Si dentro de los límites entre el óptimo de la procedencia y la evidencia de la improcedencia, nos encontramos con un acto administrativo firme o una ley, como actos de los cuales se solicite su cumplimiento en vía constitucional, corresponde emitir pronunciamiento a través del proceso constitucional de cumplimiento si dicho mandato, aparentemente genérico o poco claro, aparentemente sujeto a controversias y a interpretaciones dispares o aquel mandato de dudosa obligatoriedad e incuestionabilidad, si y solo si, para ordenar el mandato de ejecución y, por tanto, dilucidar dicho punto ciego medio, solo es necesario interpretar el contenido ya formado en el propio acto o ley utilizando criterios clásicos de la interpretación de textos jurídicos, principios o mandatos constitucionales apli-

cables a simple vista. Por lo contrario, si para ordenar el mandato de ejecución es necesario entrar al fondo del asunto, pronunciándose sustancialmente sobre el fondo ante la existencia de una controversia o materia gris, de tal manera que, sin este pronunciamiento hubiese sido imposible para la autoridad administrativa entender qué era lo que tenía que cumplir, corresponde declarar la improcedencia de la demanda para que dicha cuestión sea dilucidada a través del proceso contencioso administrativo».

Es decir, cuando estemos ante un caso que, sin duda alguna, cumpla con los requisitos del mandato establecidos por el precedente Villanueva, estaríamos en un supuesto óptimo, el cual significaría la procedencia de la demanda. En la antípoda a dicha posición tenemos el supuesto en el que no le sea exigible al funcionario demandado el cumplimiento del mandato, puesto que

este clara e inobjetablemente incumple los requisitos del mandato ya desarrollados; en ese supuesto, estaríamos ante una manifiesta improcedencia de la demanda.

Sin embargo, en el medio podemos estar en una especie de materia gris nebulosa. En ese supuesto tenemos dos opciones: i) si, pese a que el mandato no sea del todo claro, preciso, o el fondo pueda estar sujeto a cierta controversia interpretativa, si estas imprecisiones que no nos permiten ubicarnos en el óptimo de la procedencia pueden ser aclaradas interpretando la manera en la que han sido redactados la norma o el acto administrativo, el juez deberá, habiendo realizado la respectiva interpretación en los términos reseñados, admitir la demanda; ii) sin embargo, si, para hacer cumplir el supuesto mandato, se deben interpretar cuestiones sustanciales de fondo, analizando cuestiones meramente jurídicas o valorando circunstancias fácticas, el juez deberá declarar la improcedencia de la demanda; pues, si es necesario interpretar el fondo del asunto para clarificar el mandato, no podríamos asumir que el funcionario haya sido renuente. Puesto que, como ya se ha señalado *supra*, el funcionario es inexcusablemente renuente puesto que, el mandato era tan claro, cierto, individualizado, etc., que lo único que tenía que hacer era cumplir (ejecutar). No, por el contrario, primero interpretar, resolver, y luego recién cumplir.

Esta fórmula interpretativa armonizaría la actual regulación normativa del proceso de cumplimiento con los términos en los cuales fue ideado por el constituyente. Pues, más allá de todas las controversias suscitadas alrededor del cumplimiento, desde si su naturaleza es ser un proceso de tutela

de derechos o un proceso orgánico, o si resulta ser un proceso constitucional o constitucionalizado, pudiendo discutir incluso si el derecho a la efectividad de las normas legales y los actos administrativos firmes es un derecho fundamental en puridad, o si en realidad constituye una mera manera de justificar al proceso de cumplimiento como uno de tutela de derechos..., lo que nunca estuvo en tela de juicio es que este proceso se interpone contra el funcionario renuente, resistente, reacio a cumplir... No deberíamos, entonces, desnaturalizar o relativizar este punto concreto.

IV. Conclusiones

Primero, el proceso de cumplimiento es de suma relevancia y de amplia data. Si bien es cierto que fue regulado por primera vez en nuestro país en la Constitución de 1993, tiene su antecedente en el *Writ of Mandamus* anglosajón; y nuestro antecedente regional e influencia principal es, sin duda, la regulación del proceso de cumplimiento en la Constitución colombiana de 1991.

Segundo, la naturaleza del proceso de cumplimiento es, por lo menos en los términos en los cuales ha sido desarrollado jurisprudencialmente, la de un proceso constitucional de tutela de derechos, el cual tiene como objetivo garantizar, junto a los demás procesos de la libertad, la parte dogmática de nuestra Constitución.

Tercero, luego de una larga controversia, el Tribunal Constitucional, **por lo menos en la práctica**, le puso un punto final al debate y decidió, a través del precedente Villanueva, que el proceso de cumplimiento es en realidad un proceso constitucional y no un proceso constitucionalizado, puesto

que tutela el derecho a la eficacia de las leyes y de los actos administrativos firmes.

Cuarto, desnaturalizar el precedente Villanueva es, en realidad, desnaturalizar el proceso de cumplimiento en sí mismo. Este proceso tutela el derecho a la efectividad de las leyes y los actos administrativos, el cual se veía afectado porque existía un funcionario renuente, reacio, resistente a cumplir el mandato; sin embargo, dicha renuencia podía ser verificada solo porque dicho funcionario únicamente tenía que ejecutar el mandato previo (pues el mandato ya era cierto, claro, vigente, no estaba sujeto a interpretaciones dispares, etc.). No obstante, cuando el legislador permitió que el juez constitucional ingrese al fondo del asunto ante mandatos que resultan ser poco claros, genéricos, sujetos a interpretaciones dispares o que tuviesen dudosa obligatoriedad, se estaría aceptando la procedencia de la demanda cuando, en realidad, no existiría un deber absoluto de acatamiento por parte del funcionario, y, por tanto, no se podría hablar de la existencia de una renuencia a cumplir o ejecutar, pues el funcionario tendría que, primero, interpretar el mandato y luego recién ejecutarlo, lo cual no le es exigible a todo tipo de funcionario.

Quinto, corresponde aplicar un análisis casuístico para intentar una convivencia entre los requisitos vinculantes del mandato según el precedente Villanueva y la regulación del artículo 66 del NCPCo. Para lo cual, el autor presenta un posible parámetro a tener en cuenta en cada caso concreto, el cual pretende establecer un criterio interpretativo mediante el que el juez constitucional pueda conocer cuándo debería —según nuestra postura— decre-

tar la procedencia o improcedencia de la demanda.

Sexto, es el mismo Tribunal Constitucional el que carga con la gran tarea de poner punto final a la controversia. Este mes ha entrado en funciones un nuevo colegiado del Tribunal; por tanto, corresponde estar expectantes a la jurisprudencia y aplicación por parte del guardián de la Constitución y vocero del poder constituyente.

V. Bibliografía

Abad Yupanqui, Samuel, «El modelo de jurisdicción constitucional reformas y retrocesos». *Ius et Veritas*, n.º 7. Lima, 1993.

Bolaños Salazar, Elard Ricardo. «Aspectos procesales del proceso de cumplimiento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». En *El proceso de cumplimiento en la actualidad*. Lima: Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales. 2021.

Borea Odría, Alberto. *Evolución de las garantías constitucionales*. Lima: Grijley. 1996.

Carpio Marcos, Edgar. «La acción de cumplimiento en el derecho comparado». En *El proceso de cumplimiento en la actualidad*. Lima: Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales. 2021.

Congreso Constituyente Democrático. *Libro de debates 1992*. Tomo II. Lima: Congreso de la República, 2000.

Eto Cruz, Gerardo. «Necesaria reforma (*overruling*) al precedente vinculante del proceso de cumplimiento». *Pensamiento Constitucional*, n.º 19 (2014): 299-330.

Eto Cruz, Gerardo. «Necesaria reforma (*overruling*) al precedente vinculante del proceso de cumplimiento». En *El proceso de cumplimiento en la actualidad*. Lima: Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, 2021.

Fix Zamudio, Héctor. *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*. Madrid: UNAM-Civitas, 1982.

Herrera Bustinza, Luis Benjamín. «La naturaleza procesal del proceso de cumplimiento». En *El proceso de cumplimiento en la actua-*

lidad. Lima: Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales. 2021.

Landa Arroyo, César. «La acción de cumplimiento en el Proyecto de Constitución de 1993». *Revista del Foro*. Lima, 1993.

Palma Encalada, Leny. *El proceso de hábeas data y de cumplimiento en el diseño del Código Procesal Constitucional*. Lima: Derecho & Cambio Social 2003, 2005.

Sar Suárez, Omar. «Aspectos sustantivos y procesales de la acción de cumplimiento». *Gaceta Constitucional*, n.º 56. Lima, 2012.

EL CAS Y LA LEY 31131: LA IMPROCEDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL AL PEDIDO DE ACLARACIÓN FORMULADO POR EL PODER EJECUTIVO

*The CAS and law 31131: the inadmissibility of the
Constitutional Court to the request for clarification
formulated by the Executive Power*

Autor: Mario Nilton Escriba Tineo*

REVISTA

LP Derecho

Escriba Tineo, Mario Nilton

«El CAS y la Ley 31131: la improcedencia del Tribunal Constitucional al pedido de aclaración formulado por el Poder Ejecutivo».

Revista LP Derecho.

3 (2022): 85-96.

Recibido: 30/03/2022

Aprobado: 30/08/2022

* Maestro en Ciencias Penales por la Universidad Nacional San Cristóbal de Huamanga. Especialista jurídico de la Procuraduría Pública de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria. Con estudios internacionales de Derechos Humanos, Litigación Oral y Derecho Procesal Penal. Excomisionado de la Defensoría del Pueblo y exabogado I de la Oficina Desconcentra de Control Interno del Ministerio Público.

 <https://orcid.org/0000-0002-7694-832X>

Resumen

Por medio del presente artículo, analizamos las implicancias prácticas de la STC 00013-2021-PI/TC y el auto de improcedencia al pedido de aclaración del Poder Ejecutivo, toda vez que, en el Tribunal Constitucional, al analizar la Ley 31131, no se alcanzó los votos para declarar la inconstitucionalidad del primer y tercer párrafo del artículo 4 y la Única Disposición Complementaria Modificatoria. Por tanto, revisamos el carácter permanente, las funciones de naturaleza permanente de las labores, la garantía frente al despido y la naturaleza reparadora del despido incausado en el régimen CAS.

Palabras clave

Régimen CAS, Ley 31131, despido, Tribunal Constitucional, aclaración.

Abstract

Through this academic article, we analyze the practical implications of the STC N.º 00013-2021-PI/TC and the order of inadmissibility of the request for clarification from the Executive Branch, since the Constitutional Court, when analyzing Law N.º 31131, did not reach the votes to declare the unconstitutionality of the first and third paragraph of article 4 and the Only Modifying Complementary Provision. Therefore, we review the permanent nature, the functions of the permanent nature of the work, the guarantee against dismissal and the remedial nature of the dismissal prosecuted in the CAS regime.

Keywords:

CAS Regime, Law 31131, dismissal, Constitutional Court, clarification

I. Introducción

El presente artículo se realiza sobre la base de mi experiencia personal como servidor público que ha prestado labores continuas con contratos de servicios no personales (en adelante SNP), contrato administrativo de servicios (en adelante CAS), contrato del Decreto Legislativo 728 (en adelante D. L. 728) y demás regímenes.

Se estima que al año 2021 habría aproximadamente 286 797 servidores bajo el régimen CAS, cuyos contratos eran renovados por períodos, sin un amparo que los proteja de los despidos, sin instaurarse procedimientos en torno al motivo de la no renovación y demás violaciones a sus derechos esenciales como servidores públicos. Este --en principio-- sería el motivo por el cual el 9 de marzo de 2021 el Congreso de la República dictará, por insistencia, la Ley 31131, Ley que establece disposiciones para erradicar la discriminación en los regímenes laborales del sector público. Esta norma tuvo como objeto legal incorporar a todos los servidores sujetos a CAS al régimen laboral de los Decretos Legislativos 276 (en adelante D. L. 276) y 728.

Posteriormente, este asunto fue llevado, vía proceso constitucional de inconstitucionalidad, ante el Tribunal Constitucional, el cual emitió la STC 00013-2021-PI/TC y auto de improcedencia del pedido de aclaración presentado por el Poder Ejecutivo.

II. El contexto procesal: proceso de inconstitucionalidad contra la Ley 31131

El 9 de marzo de 2021 el Congreso de la República emitió la Ley 31131, Ley que establece disposiciones para erradicar la discriminación en los regímenes laborales del sector público. El 10 de mayo del mismo año, el Poder Ejecutivo presenta una demanda de inconstitucionalidad contra dicha ley. Se alegó que la Ley 31131 es inconstitucional por cuanto vulnera los artículos 40, 43, 78, 79 y 118, incisos 3 y 17, de la Constitución Política del Estado. El 25 de junio de 2021, el Congreso de la República contesta la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos.

En la sesión de Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 30 de noviembre de 2021, se votó la STC 00013-2021-PI/TC, la cual fue notificada a las partes procesales el 15 de diciembre del mismo año. En dicha sentencia se declaró fundada en parte la demanda, estimándola respecto de los artículos 1, 2, 3, 4 (segundo párrafo), 5 y las disposiciones complementarias finales de la Ley 31131. Por el contrario, los restantes extremos de la ley sometida a control no fueron declarados inconstitucionales, a saber, el primer y tercer párrafo del artículo 4 y la Única Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley 31131, que mantienen su vigencia en el ordenamiento, toda vez que no se alcanzaron los cinco votos conformes, requisito que impone el segundo párrafo del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Posteriormente, con fecha 27 de enero de 2022, el Tribunal Constitucional emitió un auto en respuesta al pedido de

aclaración presentado por el Poder Ejecutivo.

III. Implicancias del pedido de aclaración: carácter indeterminado, labores permanentes y despido en el CAS

El 17 de diciembre de 2021 el Poder Ejecutivo presentó un pedido de aclaración de la STC 00013-2021-PI/TC¹. En el escrito correspondiente, el Poder Ejecutivo, solicitó:

1. Si los criterios establecidos en el párrafo transcrito (116) resultan de observancia obligatoria para las entidades del sector público, es decir, si la modificación de los artículos 5 y 10 del Decreto Legislativo 1057, relacionados a la duración y extinción del contrato administrativo de servicios (CAS), se aplican únicamente a los contratos que se suscribieron a partir de la entrada en vigencia de la Ley 31131 (10 de marzo de 2021);
2. Si en caso la respuesta a la primera aclaración fuese afirmativa, entonces se solicita se aclare si los contratos suscritos antes de esa fecha no tienen carácter indeterminado.

Debemos recordar que conforme a la STC 00013-2021-PI/TC², el Tribunal declaró la inconstitucionalidad de los artículos

siguientes de la Ley 31131:

1. Artículo 1 (incorporar al CAS al régimen laboral del Decreto Legislativo 728/276)
2. Artículo 2 (requisitos)
3. Artículo 3 (aplicación progresiva)
4. Artículo 4 (segundo párrafo)
5. Artículo 5 (aplicación progresiva)
6. Primera (fiscalización) y segunda (reglamento) Disposiciones Complementarias Finales de la Ley 31131.

Sin embargo, junto con el primer y tercer párrafo del artículo 4, quedó también subsistente la Única Disposición Modificatoria del régimen CAS, a saber:

Artículo 4.- Eliminación de la temporalidad sin causa y prohibición de contratación bajo el régimen CAS

Desde la entrada en vigencia de la presente ley hasta que se produzca la incorporación a que se refiere el artículo 1, los contratos administrativos de servicios son de carácter indefinido, motivo por el cual pueden ser despedidos solo por causa justa debidamente comprobada.

[...]

Quedan exceptuados de los alcances de la presente ley los trabajadores CAS que hayan sido contratados como CAS de confianza.

1 Tribunal Constitucional del Perú. Auto de improcedencia recaído en el expediente 00013-2021-PI/TC. Poder Ejecutivo contra el Congreso de la República. 27 de enero. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2022/00013-2021-AI%20Aclaracion2.pdf>

2 Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el expediente 00013-2021-PI/TC.

Poder Ejecutivo contra el Congreso de la República. 10 de mayo. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/00013-2021-AI.pdf>

Disposición Complementaria Modificatoria

ÚNICA.- Modificación de los artículos 5 y 10 del Decreto Legislativo 1057

Modifíquense los artículos 5 y 10 del Decreto Legislativo 1057, Decreto Legislativo que Regula el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios, en los siguientes términos:

«Artículo 5.- Duración

El contrato administrativo de servicios es de tiempo indeterminado, salvo que se utilice para labores de necesidad transitoria o de suplencia.

Artículo 10.- Extinción del contrato

El contrato administrativo de servicios se extingue por:

[...]

f) Decisión unilateral de la entidad con expresión de causa disciplinaria o relativa a la capacidad del trabajador y debidamente comprobada. Si el despido no tiene causa o no se prueba durante el proceso de impugnación, el juez declara su nulidad y la reposición del trabajador.

[...].».

En la práctica ¿qué efectos jurídicos produce el que se encuentren subsistentes el primer y tercer párrafo del artículo 4 y la Única Disposición Modificatoria de la Ley 31131?

Primero, que a partir del 10 de marzo de 2021 todos los contratos cuyo objeto laboral sea de carácter permanente y que se suscribían con renovaciones periódicas,

autónomicamente se consideran o tienen la naturaleza de contratos laborales a plazo indeterminado, siempre que ellos no sean contratos de confianza (denominados por la ley como CAS de Confianza), transitoria o de suplencia a los que podríamos denominarlos «CAS a plazo determinado».

La interrogante que surge de inmediato fue cómo saber si la labor que realizamos es o no de carácter permanente. Bueno, dicho asunto sería resuelto tan solo recordando lo que en su oportunidad señaló la Primera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República en el fundamento jurídico 15 de la Casación 5383-2016/Tacna³ del 13 de marzo de 2018, a saber:

Décimo Quinto. Al contrario de las labores temporales o eventuales reguladas en los contratos temporales a plazos fijos; son consideradas labores de naturaleza permanente, aquellas que son constantes por ser inherentes a la organización y funciones de la entidad pública, así como a los servicios que brinda la misma, lo cual implica que el servidor debe haberse desempeñado en áreas de la entidad tales como las pertenecientes a su estructura orgánica básica o funcional, relativa a la prestación de servicios públicos que brinda a la comunidad en el ámbito de su competencia u otras similares o que importen el desarrollo de las mismas labores por un tiempo prolongado y continuado, que evidencien la necesidad permanente del

3 Primera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria. Sentencia del 13 de marzo de 2018. Casación 5383-2016/TACNA. https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/01/Casaci%C3%B3n-5383-2016-Tacna-Legis.pe_.pdf

servicio prestado por el trabajador. (El subrayado es nuestro).

En suma, lo que se está diciendo es que se entenderá por «labor de naturaleza permanente» a la actividad principal de la entidad, al núcleo del «objeto institucional». Por ejemplo, la actividad estatal principal del Poder Judicial es la administración de justicia; de la SUNARP será la inscripción registral; de la Defensoría del Pueblo, la defensa de los derechos constitucionales del ciudadano y comunidad; de la SUNAT, la administración de los tributos aduaneros y tributos internos; de las municipalidades, la prestación de servicios básicos e inmediatos a la ciudadanía.

Segundo, que, como consecuencia de la naturaleza jurídica del contrato laboral a plazo indeterminado, se impone la garantía sobre el servidor ante cualquier tipo de despido que no sea expresión de causa disciplinaria o relativo a la capacidad del trabajador, y que esté debidamente comprobada. Aquí debemos anotar que existen dos condiciones legales: una condición material (es decir, que el despido debe ser expresión de causa disciplinaria o relativa a la capacidad del trabajador) y una condición procesal (que la causa invocada como motivo de despido deber ser acreditada en el marco de un procedimiento disciplinario rodeado de todas las garantías constitucionales).

Creemos que este es un derecho, de los más importantes, que se ha logrado reconocer explícitamente a los trabajadores CAS, pues en la práctica todos los organismos de la administración pública, de forma unilateral y sin expresión de causa, emitan cartas de conclusión de vínculo laboral.

Evidentemente, esta práctica contravenía no solo el artículo 27° de la Constitución, que señala que «La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario», sino también el deber de motivación de los actos administrativos (véase, por ejemplo, la STC 04123-2011-PA/TC, fundamento 4⁴).

Entonces, el paraguas de protección contra el despido de un trabajador CAS supone que ahora se exige que aquel solo podrá realizarse por causa justa debidamente comprobada. Pero ¿qué tipo de despido es la que se impide?, pues en artículo 27° de la Constitución no se señala qué protección es la que se debería entender. Aquella cuestión fue revisada por el Tribunal Constitucional en la STC 976-2001-AA/TC, fundamento 11⁵, que *ad litteram* decía:

El artículo 27 de la Constitución prescribe: «La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario». Mediante dicho precepto constitucional no se consagra el derecho a la estabilidad laboral absoluta, es decir, el derecho «a no ser despedido arbitrariamente». Solo reconoce el derecho del trabajador a la «protección adecuada» contra el despido arbitrario.

4 Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el expediente 04123-2011-PA/TC. Mercedes Pisconte de Ramos contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP). 30 de noviembre de 2011. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/04123-2011-AA.html>

5 Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el expediente 976-2001-AA/TC. Eusebio Llanos Huasco contra Sala Civil de la Corte Superior de Huánuco. 13 de marzo de 2001. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00976-2001-AA.pdf>

El referido artículo no indica en qué términos ha de entenderse esa «protección adecuada». En su lugar, señala que la ley tiene la responsabilidad de establecerla, es decir, que su desarrollo está sujeto al principio de reserva de ley. En la medida que el artículo 27° de la Constitución no establece los términos en que debe entenderse la “protección adecuada” y prevé una reserva de ley para su desarrollo, el derecho allí reconocido constituye lo que en la doctrina constitucional se denomina un «derecho constitucional de configuración legal».

Es así que, si nos remitimos a la Única Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley 31131, que modifica el artículo 10 del Decreto Legislativo 1057, apreciaremos que se prescribe lo siguiente:

Artículo 10.- Extinción del contrato

El contrato administrativo de servicios se extingue por:

[...]

f) Decisión unilateral de la entidad con expresión de causa disciplinaria o relativa a la capacidad del trabajador y debidamente comprobada. Si el despido no tiene causa o no se prueba durante el proceso de impugnación, el juez declara su nulidad y la reposición del trabajador.

[...].

Esta regulación normativa es acorde con la doctrina desarrollada por el Tribunal Constitucional, que precisa que la protección adecuada contra el despido arbitrario prevista en el artículo 27 de la Constitución ofrece dualmente una opción reparadora (readmisión en el empleo) o indemnizatoria (resarcimiento por el daño causado), según sea el caso. Y, como puede leerse en la Única Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley 31131, en el caso de los trabajadores CAS, al producirse un despido incausado, correspondería la reposición del trabajador, mas no la indemnización.

Para entender la tipología del despido, recordaremos que, en atención al fundamento 15 y siguientes de la STC Nro. 976-2001-PA/TC⁶, el Tribunal configuró un plexo de tipos de despido. Para fines pedagógicos podríamos resumirlos así:

⁶ Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el expediente 976-2001-AA/TC. Eusebio Llanos Huasco contra Sala Civil de la Corte Superior de Huánuco. 13 de marzo de 2001. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00976-2001-AA.pdf>

Tabla N.º 1
Tipología de despido según el Tribunal Constitucional

TIPO DE DESPIDO	SUPUESTO DE HECHO
Despido nulo	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Se despide al trabajador por su mera condición de afiliado a un sindicato o por su participación en actividades sindicales. ✓ Se despide al trabajador por su mera condición de representante o candidato de los trabajadores (o por haber actuado en esa condición). ✓ Se despide al trabajador por razones de discriminación derivados de su sexo, raza, religión, opción política, etcétera. ✓ Se despide a la trabajadora por su estado de embarazo (siempre que se produzca en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 días posteriores al parto). ✓ Se despide al trabajador por razones de ser portador de sida (<i>Cfr.</i> Ley 26626). ✓ Se despide al trabajador por razones de discapacidad (<i>Cfr.</i> Ley 27050).
Despido incausado	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Se despide al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique.
Despido fraudulento	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, por ende, de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales; aun cuando se cumple con la imputación de una causal y los cánones procedimentales, como sucede cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios o, asimismo, se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad, como lo ha señalado, en este último caso o se produce la extinción de la relación laboral con vicio de voluntad o mediante la "fabricación de pruebas".

Nota: La elaboración se realiza en virtud de los tipos de despido configurados por el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia.

Ahora bien, el objeto del pedido de aclaración del Poder Ejecutivo ante el Tribunal Constitucional fue saber si los criterios establecidos en el párrafo 116 de la STC 00013-2021-PI/TC resultan de observancia obligatoria para las entidades del sector público, es decir, si la modificación de los artículos 5 y 10 del D. L. 1057, relacionados a la duración y extinción del contrato administrativo de servicios (CAS), se aplica únicamente a los contratos que se suscribieron a partir de la entrada en vigencia de la Ley 31131 (esto es, desde el 10 de marzo de 2021).

El fundamento 116 de la mencionada sentencia señala lo siguiente:

116. Este Tribunal considera que es posible interpretar conforme a la Constitución las modificaciones hechas por la ley impugnada a los artículos 5 y 10, literal f), del Decreto Legislativo 1057. Así, dichas modificaciones no serán inconstitucionales **si se las interpreta** de la siguiente manera:

- I. Son aplicables a los CAS que se suscriban a partir de la entrada en vigencia de la Ley 31131, esto es, desde el 10 de marzo de 2021.
- II. Corresponde a la entidad estatal contratante determinar las labores de **carácter permanente** y las de necesidad transitoria o de suplencia. Sólo podrán ser consideradas labores permanentes las relacionadas con la **actividad principal** de la entidad pública contratante.
- III. Para que un CAS sea de plazo indeterminado, es necesario que el trabajador haya superado un **concurso público** para una plaza con carácter permanente.

IV. La reposición a que se refiere el literal f) del artículo 10 del Decreto Legislativo 1057, puede darse **únicamente** al régimen CAS, no a otro régimen laboral existente en el Estado.

V. Para la reposición de un trabajador en un CAS de tiempo indeterminado, el juez previamente deberá comprobar:

- a) Que el trabajador CAS ingresó por concurso público para una plaza con carácter permanente.
- b) Que las labores que realiza corresponden a la actividad principal de la entidad y son de carácter permanente.

VI. La reposición de un trabajador del régimen CAS con labores de necesidad transitoria o de suplencia, sólo podrá ordenarse dentro del plazo del correspondiente contrato. (Los resaltes son nuestros).

Entonces, al amparo del artículo 103° de la Constitución, «La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo» Por consiguiente, todos los contratos laborales CAS que se suscriban a partir del 10 de marzo de 2021 tienen naturaleza indeterminada; esto incluye, como es obvio, a los contratos que venían renovándose de forma periódica.

No olvidemos que hasta el 9 de marzo de 2021 la forma de suscripción de los contratos CAS era mediante renovaciones mensuales, trimestrales, semestrales o anuales;

empero, desde que se publicó la Ley 31131, las oficinas de recursos humanos ya no solicitan ni solicitarán la suscripción de las renovaciones, sino que, por efecto del primer párrafo del artículo 4 de dicha ley, estos pasan a ser de plazo indeterminado.

IV. Sobre la meritocracia: cuestionamiento fáctico al fundamento

Se advierte de los fundamentos 35, 39, 40, 41 y siguientes de la STC 00013-2021-PI/TC que se ponen en cuestión (de forma condicional y no concluyente como debería tratarse sobre hechos probados en una sentencia) los concursos públicos y abiertos CAS, a los que se señala como procedimientos sin rigor, a diferencia de los concursos públicos de acuerdo con el D. L. 728, el D.L. 276 o Servir.

Por ejemplo, en el fundamento 41 de la tantas veces citada sentencia, se expresa: «En lo que respecta a la exigencia del concurso público que hace la ley impugnada, debe advertirse que en los procesos de selección a los que postula el personal CAS existe un estándar de **evaluación que puede ser más bajo**, por cuanto no necesariamente se configuran las exigencias propias de un concurso público de méritos, donde, además de evaluar el perfil curricular del postulante, se evalúan sus **conocimientos técnicos a través de un examen**». Por lo que concluyen: «En consecuencia, la Ley 31131 contraviene la naturaleza del servicio civil meritocrático, el mismo que constituye uno de los pilares centrales de la política de modernización de la gestión pública, por lo que es inconstitucional».

Se trata de una postura de la cual discrepamos. Es cierto que, mediante el Decreto

Supremo 065-2011-PCM, se modificó, entre otros, el artículo 3 del Reglamento del Régimen de Contratación Administrativa de Servicios aprobado por el Decreto Supremo 075-2008-PCM, cuyo numeral 3 señala lo siguiente:

3. elección: Comprende la evaluación objetiva del postulante. Dada la especialidad del régimen, se realiza, necesariamente, mediante evaluación curricular y entrevista, siendo opcional para las entidades aplicar otros mecanismos, como la evaluación psicológica, la evaluación técnica o la evaluación de competencias específicas, que se adecuen a las características del servicio materia de la convocatoria. (El subrayado es nuestro).

Empero, existen concursos públicos abiertos en instituciones públicas como la Sunat, por ejemplo, donde los criterios de evaluación de contratación del personal CAS se realiza con mayor rigor. Es así que se realiza una fase de evaluación de conocimiento, competencias, integridad, evaluación curricular y, finalmente, entrevista personal. Esto es, con exigencias mayores a la dispuesta por el Decreto Supremo 065-2011-PCM o iguales a las requeridas en la Resolución de Presidencia Ejecutiva 330-2017-SERVIR-PE. Como expresión de ello, veamos la convocatoria CAS 082-2022, que requiere un o una ANALISTA DE OPERACION DE INFRAESTRUCTURA TECNOLÓGICA, en las carreras: ING. SISTEMAS, ING. INDUSTRIAL, ING. INFORMÁTICA, MENCIONES AFINES, ING. DE SOFTWARE Y CIENCIAS DE LA COMPUTACION. Y, según el detalle de la convocatoria, estos son los criterios a evaluar en el concurso público abierto:

Figura N.º 1
Criterios de evaluación de convocatoria
CAS en la Sunat

División de Incorporación y Administración de Personal Gerencia de Gestión del Empleo									
VI. CRITERIOS DE EVALUACIÓN: Los factores de evaluación del proceso de selección tienen un puntaje mínimo aprobatorio en escala vigesimal (20 puntos), distribuyéndose de esta manera:									
EVALUACIONES	PESO	PUNTAJE MÍNIMO	PUNTAJE MÁXIMO						
Verificación de Información Declarada	-	APTO(Cualitativo)							
Evaluación de Conocimientos	25%	13.00	20.00						
Evaluación de Competencias	-	APTO(Cualitativo)							
Evaluación de Integridad	-	APTO(Cualitativo)							
Evaluación Curricular: El puntaje se asigna sobre la experiencia específica.									
<table border="1"> <tr> <td>Cumple con el tiempo mínimo requerido.</td> <td align="center">13.00 puntos</td> </tr> <tr> <td>Tiene como mínimo 2 años adicionales al tiempo requerido</td> <td align="center">17.00 puntos</td> </tr> <tr> <td>Tiene como mínimo 4 años adicionales al tiempo requerido</td> <td align="center">20.00 puntos</td> </tr> </table>	Cumple con el tiempo mínimo requerido.	13.00 puntos	Tiene como mínimo 2 años adicionales al tiempo requerido	17.00 puntos	Tiene como mínimo 4 años adicionales al tiempo requerido	20.00 puntos	35%	13.00	20.00
Cumple con el tiempo mínimo requerido.	13.00 puntos								
Tiene como mínimo 2 años adicionales al tiempo requerido	17.00 puntos								
Tiene como mínimo 4 años adicionales al tiempo requerido	20.00 puntos								
Entrevista	40.00%	13.00	20.00						
PUNTAJE FINAL	100%	13.00	20.00						

Nota: Información obtenida portal web de la SUNAT - Convocatorias 2022: https://unete.sunat.gob.pe/es/unete/form_proceso_convocatoria_nueva/search

No cuestionamos que la meritocracia asegure preservar la carrera administrativa de calidad como bien jurídico constitucional, pero sí que se sostenga que los concursos CAS tengan estándares menores a los concursos de otros regímenes laborales. Y que, por tanto, se haga mella en el ejercicio de los profesionales y técnicos que actualmente vienen laborando al servicio de la administración pública con altísima idoneidad. Habrá seguramente algunos casos en que los filtros no aseguren tal propósito; sin embargo, ello no sucede en la inmensa mayoría.

Este comentario guarda relación con datos importantes que debemos resaltar del informe titulado «Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios»⁷; veamos:

1. A diciembre del año 2016 existían aproximadamente 275 000 servidores públicos bajo el régimen CAS en los tres niveles de gobierno, que representa el 22 %.
2. Los servidores según el régimen de

⁷ Servir. “Informe Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios”. *Gerencia de Políticas de Gestión del Servicio Civil*. Mayo de 2017, <https://www.datosabiertos.gob.pe/dataset/r%C3%A9gimen-de-contrataci%C3%B3n-administrativa-de-servicios-cas/resource/87eff4fb-f1fe-4233-a06c>

contratación representaban: D. L. 728, el 13 %; D. L. 276, el 21 %; Carreras especiales, el 44 %, y D. L. 1057 (CAS), el 22 %.

3. No existen brechas de género en el acceso a posiciones en el sector público bajo el régimen CAS, considerando que el 47,7 % son ocupadas por mujeres y 52,3 % por hombres, con tendencia a la mejoría.
4. Las remuneraciones mensuales promedio de los servidores bajo el régimen CAS han venido creciendo tanto para los hombres como para las mujeres en el período 2013-2016: en el caso de los primeros en 9 % al año en promedio y en el de las segundas en 11 %. Esto indica que los salarios de las mujeres tienden a ser más cercanos a los de los hombres, rompiendo así las brechas salariales que sí existen en los otros regímenes laborales.
5. Se indica en el Informe y en la sentencia en comentario, que la contratación CAS ha venido en aumento a una tasa del 8 % anual; así, del período 2009-2016, que contabilizaba a 275 000 servidores, al 2021 habría aproximadamente 286 797 servidores.

En suma, la presencia de servidores en la administración pública a través del régimen CAS, permiten cubrir diversos servicios públicos con la más alta calificación para dichos cargos (en su gran mayoría), al tiempo que también constituye discriminatorio en relación con los beneficios de otros regímenes laborales. Debería ser una acción conjunta del Poder Ejecutivo, el Congreso y los sindicatos lograr la pron-

ta eliminación del régimen CAS, en vista de la necesidad de que las instituciones públicas convoquen a concursos públicos para que ingresen al régimen de la Ley del Servicio Civil. Esto a fin de no contribuir a la dispersión laboral de los trabajadores sujetos a los D. L. 728 y 276.

Conclusiones

De lo señalado podemos proponer las siguientes consideraciones:

- a) Que a partir del 10 de marzo de 2021 todos los contratos cuyo objeto laboral sea de carácter permanente y que se suscribían con renovaciones periódicas, autónomicamente se consideran o tengan la naturaleza de contratos laborales de plazo indeterminado, siempre que aquellos no sean contratos de confianza (denominados por la ley como «CAS de confianza»), transitorios o de suplencia.
- b) Se entenderá por «funciones de naturaleza permanente» aquellas que son constantes por ser inherentes a la organización y funciones de la entidad pública, así como a los servicios que brinda esta.
- c) Se impone la garantía al servidor ante cualquier tipo de despido que no sea expresión de causa disciplinaria o relativa a la capacidad del trabajador, debidamente comprobada. Aquí debemos notar que existen dos condiciones legales: una condición material (es decir, que el despido debe ser expresión de causa disciplinaria o relativa a la capacidad del trabajador) y una condición procesal

(que la causa invocada como motivo de despido debe ser acreditada en el marco de un procedimiento disciplinario rodeado de todas las garantías constitucionales y legales).

- d) En la doctrina desarrollada por el Tribunal Constitucional, la protección adecuada contra el despido arbitrario prevista en el artículo 27º de la Constitución ofrece dualmente una opción reparadora (readmisión en el empleo) o indemnizatoria (resarcimiento por el daño causado), según sea el caso. Y, como advertimos de la Única Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley 31131, en el caso de los trabajadores CAS, al producirse un despido incausado correspondería la reposición del trabajador, mas no la indemnización.

Referencias

Servir. Informe «Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios».

Gerencia de Políticas de Gestión del Servicio Civil. Mayo de 2017. <https://www.datosabiertos.gob.pe/dataset/r%C3%A9gimen-de-contrataci%C3%B3n-administrativa-de-servicios-cas/resource/87eff4fb-f1fe-4233-a06c>

STC 00013-2021-PI/TC. Caso de la incorporación de los trabajadores del régimen CAS al Decreto Legislativo 276 y Decreto Legislativo 728. 30 de noviembre de 2021.

STC 04123-2011-PA/TC. Caso amparo contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP). 30 de noviembre de 2011.

STC 976-2001-AA/TC. Caso Eusebio Llanos Huasco interpone acción de amparo contra Telefónica del Perú S.A. 13 de marzo de 2003.

Casación 5383-2016/Tacna. Caso Aracelli Carolina Chata Cohaila contra Municipalidad Distrital de Ilabaya sobre reincorporación al amparo de la Ley N.º 24041.13 de marzo de 2018.

LA DENUNCIA ANÓNIMA: ¿PUEDO REALIZAR UNA DENUNCIA PENAL SIN CONSIGNAR MIS DATOS DE IDENTIFICACIÓN?

Anonymous reporting: can I file a criminal report without giving my identification data?

Autor: Edward Daniel Lecca Bendezú*

REVISTA
LP Derecho

Edward Daniel Lecca Bendezú

«La denuncia anónima: ¿puedo realizar una denuncia penal sin consignar mis datos de identificación?».

Revista LP Derecho.

3 (2022): 97-107.

Recibido: 10/02/2022

Aprobado: 12/07/2022

Resumen

La denuncia anónima es una figura de la que se ha hablado poco en la actualidad. Además, no se encuentra regulada dentro de nuestro ordenamiento jurídico penal. Al observar los requisitos de la denuncia como tal, se concluye que no puede interponerse una denuncia anónima de manera formal; sin embargo, si existiese la posibilidad de denunciar anónimamente, ello podría resultar contraproducente en un estado democrático basado en la presunción de inocencia, es decir, en lo que respecta a los derechos del denunciado. En contraposición a ello, la denuncia anónima podría ser beneficiosa cuando las circunstancias del caso lo ameriten, es decir, si al identificarse el denunciante podría sufrir consecuencias graves por parte de los presuntos criminales, entonces ¿es justificante su regulación?

Palabras clave

Denuncia penal, anonimato, justificación

Abstract

The anonymous complaint is a figure that has been little talked about today. Furthermore, it is not regulated within our criminal legal system and when observing the requirements of the complaint as such, it is concluded that an anonymus complaint cannot be filed formally; however, its regulation if there is the possibility of denouncing anonymously, this could be counterproductive in a democratic state based on the presumption of innocence, that is, with regard to the rights of the accused. In contrast to this, the anon-

* Estudiante de la Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión, miembro del tercio superior de la misma casa de estudios, autor del artículo «objeto de protección del derecho penal: bien jurídico o vigencia de la norma» publicado en la revista LP Derecho.

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

ymous complaint could be beneficial when the circumstances of the case warrant it, that is, if the complainant could suffer serious consequences from the alleged criminals by identifying himself, then, is its regulation justified?

Keywords:

Criminal complaint, anonymity, justification

I. Introducción

Ante la incesante ola de delitos de todo tipo y la inseguridad ciudadana que patente en diferentes puntos del país, no es novedad la alta cantidad de denuncias penales que se tramitan a lo largo de los días, meses y años. En su mayoría, se conoce la denuncia tradicional, en la que te diriges a la dependencia policial competente, relatas lo que ha sucedido, te identificas y tu denuncia se formaliza. No obstante, el problema surge cuando te hallas en la complicada posición de no saber si acudir a realizar una denuncia, por miedo a las represalias que podrían ocurrir si los presuntos delincuentes se llegasen a enterar de que tú has sido el denunciante. Y, por si fuera poco, también desconfías del sistema de protección y, por lo tanto, suprimes la posibilidad de denunciar. El ejemplo indicado no es hipotético: al contrario, se materializa con datos estadísticos que indicaremos en el desarrollo del presente artículo.

Cuando se realiza una denuncia penal, sea cual sea el tipo, esto es, verbal o escrita, ante la Policía o ante el Ministerio Público (tipos de los cuales hablaremos más adelante), es indispensable que el denunciante consigne sus datos de identificación, debido a distintos motivos garantistas que detallaremos a lo

largo del presente artículo. Sin embargo, y de acuerdo a lo mencionado anteriormente, cabe preguntarnos lo siguiente: ¿es posible realizar una denuncia de manera anónima?, ¿el ordenamiento jurídico penal peruano regula este tipo de denuncias?, ya que, si fuera posible, el denunciante en potencia tendría una alternativa más para dar a conocer hechos delictivos ante la autoridad competente.

Por otro lado, si fuera o no posible denunciar anónimamente, ¿qué tanto perjuicio tendría ello en los derechos de los denunciados o investigados y en las denuncias de mala fe? El problema que les presentamos tiene que ver con la posibilidad de realizar una denuncia penal de forma anónima de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico procesal y el impacto que tiene en el sistema acusatorio que reviste a nuestro modelo procesal.

Como fundamento del problema planteado, es preciso señalar de manera somera una de las intenciones que existen sobre la procedencia de la denuncia anónima. Por ejemplo, el caso de la Central Única del Mininter, la cual atiende denuncias y permite que estas sean comunicadas de manera anónima si así lo desea el denunciante. Sin embargo, ¿qué tan posible es el hecho de dirigirse a la Policía Nacional del Perú y realizar una denuncia sin identificarse? Es decir, si Juan tiene conocimiento de un asesinato, pero tiene miedo de los delincuentes, ¿puede dirigirse a la dependencia policial e interponer una denuncia, pero sin identificarse? Las preguntas expuestas pueden ser respondidas si analizamos la normativa vigente relativa al tema.

Estando al tanto de lo indicado en párrafos anteriores, en el presente artículo pretendemos, en primer lugar, desarrollar la figura de la denuncia como tal, de forma que com-

prendamos en qué terreno estamos ingresando, para que con ello sea posible analizar la presencia y posibilidad de interponer una denuncia anónima formalmente hablando. Asimismo, desarrollaremos ideas según las cuales su posibilidad sería perjudicial y, además, argumentos por los cuales su admisión promete un beneficio para los denunciantes y el sistema de justicia en general. Todo ello no sin antes aclarar ciertos puntos que son importantes para no confundir la «denuncia anónima» con otras figuras regladas en nuestra normativa procesal penal, la cuales tienen cierta similitud con la figura analizada, pero con un fundamento totalmente distinto.

II. La denuncia

Antes de ingresar de manera concreta al tema en cuestión creemos importante empezar con el concepto y los tipos de denuncias que se regulan dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Conviene aclarar que, con respecto a las clases de denuncia, nos estaremos refiriendo siempre a las que existen dentro del ámbito penal, ya que también existen figuras como la denuncia administrativa (art. 116 de la Ley 27444) o la denuncia civil (art. 102 del Código Procesal Civil), las cuales son estudio de sus áreas correspondientes.

Ahora bien, una denuncia es aquella expresión de conocimientos con respecto al dato, referencia o información en cuanto a la comisión de un delito, la cual se realiza ante la autoridad que corresponde¹. En este sentido, podemos afirmar que la denuncia se entiende como el acto de brin-

dar datos que signifiquen la realización de un hecho consignado como delito dentro del Código Penal peruano y, además, esta correspondencia de información es realizada ante el Ministerio Público o la Policía Nacional del Perú, la cual está obligada a remitir la denuncia al Ministerio Público luego de haber sido recibida.

En esta línea de ideas, San Martín Castro² expresa que la denuncia «se define como una declaración de conocimiento por la que se transmite a la fiscalía o a la Policía Nacional la noticia de un hecho constitutivo de delito». Entonces, la denuncia es la *notitia criminis* que llega a manos de la fiscalía o la Policía Nacional del Perú.

Bien, ya sabemos lo que es básicamente una denuncia y ante quien se realiza, pero también es importante conocer de qué formas podemos realizarlas. Las formas de denunciar son básicamente dos: la denuncia verbal y la denuncia escrita³, esto sin olvidar que, a pesar de que no haya una denuncia formalmente realizada, el fiscal puede iniciar de oficio la investigación sin presentarse ninguna de las formas antes mencionadas.

2.1. La denuncia verbal

En este caso, el denunciante se dirige ante la autoridad policial o directamente ante

2 San Martín Castro, César. *Derecho procesal penal. Lecciones*. Lima: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, 2015.

3 Frente a estos tipos de denuncia nos referiremos simplemente a los regulados en nuestro ordenamiento jurídico penal, si bien es cierto que han surgido tipos de “denuncias” que nacen de la propia sociedad, por ejemplo, la “denuncia pública”, en la cual una persona detalla hechos presuntamente materia de un delito en una red social o medio de comunicación.

1 Neyra Flores, José. *Manual del nuevo proceso penal & de litigación oral*. Lima: Editorial Moreno, 2010.

el Ministerio Público para exponer de manera oral los hechos materia del delito. Sea la Policía o el fiscal quien recibe al denunciante, lo expuesto por el denunciante será recopilado en el acta respectiva.

Es de aclarar, pues, que si el denunciante recurre ante la dependencia policial del lugar en que ocurrieron los hechos, entonces la Policía tendrá el deber de comunicar los hechos al fiscal luego de haber redactado el acta correspondiente. Ello con el fin de que el titular de la acción penal dé inicio a las diligencias preliminares para una posible formalización de la investigación preparatoria o, en todo caso, ordene el archivamiento.

2.2. La denuncia escrita

El Nuevo Código Procesal Penal también hace referencia a la denuncia escrita, mencionando, además, que en ella el denunciante consignará su firma e impresión digital (art. 328.2). Asimismo, esta podrá ser presentada ante la Policía Nacional del Perú o directamente ante el fiscal de turno.

Algo interesante que no debemos dejar pasar es con respecto a si la denuncia escrita debe tener alguna formalidad al ser presentada. Aunque no se detalle expresamente una formalidad específica, creemos que sí es imperativo que contenga lo requerido por el artículo 328.1 del Código Procesal Penal, esto es: identidad del denunciante, una narración detallada y veraz de los hechos y, si fuera posible, la identificación del presunto responsable.

Es más, la norma tampoco exige que la denuncia escrita esté firmada por un abogado. Frente a ello, nos permitimos proponer una posible explicación del no requeri-

miento de la firma de un abogado dentro del escrito: si bien es cierto que la firma de un abogado brinda seguridad con respecto al contenido del escrito⁴ (nos referimos frente a la relevancia de los hechos detallados, la tipicidad y entre otros aspectos que permitirán el progreso de la denuncia), no creemos que la firma de un abogado sea necesaria, dado que la simple interposición de una denuncia escrita no significa su formalización en la investigación, es decir, cuando una denuncia escrita llega a manos del fiscal, este tiene la posibilidad autónoma de continuar con la investigación hasta formalizarla o simplemente archivar el caso por insuficiencia de pruebas. Ante una denuncia vaga e imprecisa, el fiscal puede archivar el caso de manera liminar, es decir, sin haber puesto en práctica ningún tipo de investigación. Normalmente los archivos liminares están referidos a denuncias que tienen una carencia total de éxito o cuando son hechos penalmente irrelevantes⁵.

III. Sobre la posibilidad de interponer una denuncia de manera anónima

Ya conocemos qué es una denuncia, los requisitos prescritos en el Código Procesal Penal y los tipos básicos de una denuncia. La pregunta es: ¿está regulada la denuncia anónima en nuestro ordenamiento jurídico penal? La respuesta es no, por un motivo que el lector atento ya habrá advertido.

4 Valgan aclaraciones: con esto no queremos decir que solo un abogado (y no una persona común) pueda realizar una denuncia escrita debidamente detallada y sustentada, sino que es mucho más probable que sea realizada de esta manera por una persona que tuvo estudios en el campo respectivo.

5 Arana Morales, William. *Manual de derecho procesal penal*. Lima: Gaceta Jurídica, 2014.

Como se mencionó en párrafos anteriores, el Código Procesal Penal en el artículo 328.1 prescribe ciertos requisitos para que este escrito tenga la calidad de denuncia: el primer requisito, con el cual respondemos nuestra pregunta, es la identificación del denunciante. Obviamente, si la norma exige la identidad de la persona denunciante, entonces resulta inviable una «denuncia anónima» como tal.

Pongámonos en una situación que no se aleja de nuestra realidad social: en un vecindario pequeño alejado del centro de la ciudad existen robos constantes a las personas que residen en aquel lugar; es más, los delincuentes de aquel vecindario tienen amenazadas de muerte a las personas con el fin de que no acudan a la autoridad policial a denunciar los hechos. Juan, quien es parte del vecindario, tiene pruebas contundentes de la comisión de los delitos, además de la individualización de los autores; sin embargo, tiene miedo de realizar una denuncia, ya que sabe que le pedirán su identificación. Frente a ello, Juan decide redactar un escrito en el que detalla los hechos y consigna todas las pruebas necesarias con el fin de detener los actos delictivos, escrito que introduce de manera estratégica por debajo de la puerta de la dependencia policial correspondiente al territorio del vecindario. Consecuentemente, la policía comunica sobre el escrito al fiscal de turno.

Podemos concluir que, según nuestra normativa vigente, el escrito redactado por Juan no tiene la calidad de denuncia, debido a que no cumple con el requisito de la identificación del denunciante. Pero omitamos ello y vayamos un poco más allá. En el ejemplo que hemos propuesto se men-

ciona que el escrito redactado por Juan llega a manos del fiscal. Es en este punto en el que el fiscal puede iniciar de oficio la investigación de los hechos materia del presunto delito, es decir, no se necesita una denuncia (formalmente hablando) para que el fiscal inicie una determinada investigación, sino que, sobre la base del artículo 329.2 del Código Procesal Penal, el fiscal inicia de oficio la investigación «cuando llega a su conocimiento la comisión de un delito de persecución pública».

Ahora bien, cabe resaltar un aspecto importante que surge del ejemplo anterior y es con respecto al futuro del caso. Supongamos que llega a manos del fiscal de manera no formal un escrito que relata un hecho aparentemente delictivo; no obstante, aquel escrito aporta poco o nada a la investigación de la labor fiscal y, peor aún, tampoco es posible acudir al denunciante para recabar su declaración con el fin de aclarar ciertos puntos de su denuncia. De acuerdo con lo indicado, creemos importante señalar que, aunque la denuncia anónima de manera no formal pueda ser una posibilidad, su clandestinidad va a significar una menor posibilidad de que el caso progrese y acabará en un archivo liminar del caso; peor aún, no se podría ingresar a otras etapas del proceso penal siendo que el nivel de sospecha es muy bajo.

En concordancia con la función que se ha encomendado al fiscal, este no debe continuar un caso del que conoce, de acuerdo con su experiencia, que no tendrá futuro alguno: sería un desperdicio de tiempo y recursos que limitaría la atención a casos que sí poseen altas probabilidades más altas de sospecha. De esta forma, en el Pleno Casatorio 1-2017-CIJ-413 se desarrollan

los niveles de sospecha a los que se debe llegar para pasar de una etapa a otra dentro de nuestro proceso penal. En lo que nos respecta, una denuncia no formal tiene muchas más probabilidades de permanecer en una sospecha simple y finalizar con el archivo del caso, a menos que la información detallada haga posible continuar con la investigación y su consiguiente formalización.

Para terminar con este punto, corresponde aclarar que tampoco se estaría hablando de una denuncia anónima si esta es realizada por una persona identificada plenamente, pero cuya identidad es reservada por una medida de protección dispuesta por el fiscal, ya que, obviamente, el fiscal sí conoce su identidad⁶. Por ejemplo, en el caso de que un individuo sea plenamente identificado, pero se reserva su identidad a fin de ser resguardado y que el caso no se vea comprometido totalmente procedente de acuerdo con el artículo 248 del Código Procesal Penal; sin embargo, ello no puede entenderse como una denuncia anónima, ya que el sujeto denunciante sí ha sido identificado, con la salvedad de que solo el titular de la acción penal conoce su identidad.

En el mismo sentido, el denunciante anónimo no es un colaborador eficaz; sin embargo, se pueden observar ciertas similitudes como, por ejemplo, tal como señala Vargas Ysla⁷, el colaborador eficaz corre peligro en su integridad, la de su familia

o de sus bienes por colaborar con la justicia y, si al final ese peligro termina en una afectación, la investigación carecería de un gran aporte que podría significar la pérdida del caso. Asimismo, en el caso de la denuncia anónima, cuando esta es de buena fe, el anonimato se debe al miedo que afecta al denunciante sobre los peligros hacia él, su familia o bienes. Véase, pues, que existe similitud en el surgimiento de las figuras; no obstante, cabe hacer una aclaración al respecto: el fiscal, en un primer momento, conoce la identidad del colaborador eficaz, pero, sobre la base del artículo 248 del Código Procesal Penal, puede reservarse su identidad a fin de resguardar su integridad. En sentido contrario, en la denuncia anónima absolutamente nadie conoce la identidad del denunciante, es decir, en este caso el titular de la acción penal tampoco conoce la identidad de aquel individuo. He allí la diferencia.

IV. Albores de la denuncia anónima en la legislación peruana

En nuestra legislación sí existe cierta presencia de una presunta regulación de la denuncia anónima. Sin embargo, consideramos que es escueta y con muy poco debate por parte del legislador.

Cierta manifestación de la denuncia anónima se encuentra en el Decreto Legislativo 1327, Decreto Legislativo que Establece Medidas de Protección para el Denunciante de Actos de Corrupción y Sanciona las Denuncias Realizadas de Mala Fe. Es preciso indicar que, si bien este Decreto Legislativo está más orientado a los procedimientos administrativos disciplinarios, y no al proceso penal propiamente dicho, no impide que de ella pueda derivarse una

⁶ *Ibidem*.

⁷ Vargas Ysla, Roger Renato. *El proceso de colaboración eficaz: ¿una manifestación del derecho procesal penal del enemigo?* Lima: Gaceta Jurídica, 2021.

investigación de índole penal.

Ahora bien, ¿cuál es la presencia de la denuncia anónima a la que nos referimos con respecto al decreto legislativo mencionado? El artículo 7.3 de la norma indicada hace referencia a que no son necesarios los datos de identificación cuando la comunicación de actos de corrupción haya sido a través de una denuncia anónima; sin embargo, aquí viene el sinsentido del intento de regular esta figura: el artículo 14 del mismo decreto legislativo prescribe ciertas consecuencias, al señalar algunas responsabilidades de naturaleza civil, penal y administrativa a las que hubiese lugar para aquellas personas que denuncien de mala fe. No obstante, ¿cómo se pretende «castigar» a los individuos que realizan denuncias de mala fe si la misma ley permite que la denuncia sea anónima? En otras palabras, ¿cómo puedes aplicarle consecuencias penales, civiles o administrativas a una persona de la que no conoces su identidad?

Ello nos lleva a comentar sobre la eficacia del Estado para castigar conductas supuestamente ilícitas, ya que, de la propia eficacia para imponer consecuencias depende la confiabilidad que le otorgará la población. En ese sentido, en el ámbito penal el castigo debe entenderse como una consecuencia que va a comunicar que el Estado se encuentra presente para defender bienes jurídicos, teniendo en cuenta que ello influirá notablemente en la percepción de capacidad de gobernanza que posee⁸.

La reducida manifestación que posee di-

cha figura en normas como la mencionada evidencia el poco debate que ha tenido su incorporación, siendo que los propios artículos se contradicen al pretender castigar ciertas conductas y siendo materialmente imposible hacerlo al no conocer la identificación del infractor.

En el ámbito procesal penal, como hemos mencionado en párrafos anteriores, la denuncia anónima está proscrita por imperativo de los propios requisitos que reviste la denuncia penal; sin embargo, si en algún momento se pretendiera regular esta figura lo más acertado sería hacerlo en el Código Procesal Penal, ya que, esta normativa recoge integralmente la forma, requisitos, contenido y otros aspectos de la denuncia penal.

V. Opinión del autor

¿Por qué debe hacerse todo lo posible para que la denuncia no sea anónima? Recordemos que nos encontramos en un sistema respaldado por la presunción de inocencia, el cual tiene un fundamento constitucional, específicamente en el artículo 2, inciso 24, literal e), el cual prescribe que «toda persona es inocente hasta que se pruebe lo contrario». Por lo tanto, si partimos de esa idea, entonces el investigado por una denuncia anónima ¿cómo podría defenderse de una persona de la cual no conoce ni su nombre? O, en otras palabras, ¿cómo podría querellar a una persona que me denuncia falsamente (calumnia) sin siquiera conocer su identidad? Obviamente, aquí se exceptúan las investigaciones iniciadas de oficio por el fiscal, pero, volviendo a la “denuncia anónima”, es materialmente im-

8 Prado Saldarriaga, Víctor Roberto. *Derecho penal y política criminal. Problemas contemporáneos*. Lima: Gaceta Jurídica, 2019).

posible denunciar a una persona por el delito de calumnia sin conocer su identidad. Es por dicha razón que esta clase de denuncia no puede regularse con total liberalidad, a menos que existan circunstancias graves que la justifiquen y se regule restrictivamente de tal manera que la vulneración de los principios del proceso penal sea ínfima.

Bueno, seamos imparciales y veamos las dos caras de la moneda. Lo que hemos mencionado en el párrafo anterior debería ser la regla, pero si observamos la realidad social actual, en la cual solo el 15,5 % de víctimas de hechos delictivos prefiere denunciar⁹, entonces se puede concluir que existe una desconfianza evidente en el sistema de justicia. ¿No es acaso la propia población el agente por excelencia para proclamar o no si el sistema de justicia es confiable? La respuesta de hecho es sí, ya que es el ciudadano de a pie es el que busca una tutela jurisdiccional efectiva dentro del proceso penal, el cual se inicia con actos de investigación a través del fiscal, para luego alcanzar justicia en el tribunal. Sin embargo, dada la desconfianza en el sistema de justicia, los ciudadanos prefieren no denunciar, con el fin de que su integridad o la de sus seres cercanos no se vea perjudicada. Es en este punto en el que coincidimos con Gonzales y De Filippi¹⁰, quienes se pregun-

tan que, si el Estado no puede garantizar la integridad de los denunciantes, entonces ¿las denuncias anónimas son legítimas?

Por otro lado, la tutela jurisdiccional efectiva también debe verse desde la óptica del investigado, ya que esta también implica, tal como expresa Mendoza Ayma¹¹, que «no debe traspasar los límites de proporcionalidad y finalidad pretendida, precisamente por su condición de Derecho Fundamental». Trasladándonos a la regulación de la denuncia anónima, esta no puede justificarse totalmente en la tutela jurisdiccional efectiva de los denunciantes, ya que este derecho debe tratarse de acuerdo con la proporcionalidad y principios fundamentales del proceso. Entonces, si bien los denunciantes merecen una tutela jurisdiccional efectiva, esta no debe aplicarse de tal manera que involucre una afectación a los principios que inspiran el proceso penal.

Creemos que este debate es complejo, pero no es justificación la ineficacia de un sistema de justicia (tanto si nos referimos a la seguridad ciudadana como a la eficacia con la que se imparte justicia) para la regulación de la denuncia anónima, por lo menos no con total liberalidad. El progreso debe ser en cuanto a la protección de los denunciantes, con el fin de que se genere más confianza en ellos a la hora de comunicar hechos delictivos a la autoridad competente.

A nuestro parecer, no hay más que dos alternativas de solución: a) se mejora el sistema de protección de denunciantes y la eficacia de impartir justicia con el fin de

9 *Diario Oficial El Peruano*. «INEI: Solo el 15,5 % de las víctimas de un hecho delictivo hacen la denuncia». *El Peruano*, 30 de junio del 2021, <https://elperuano.pe/noticia/123704-inei-solo-el-155-de-las-victimas-de-un-hecho-delictivo-hacen-la-denuncia>.

10 Gonzales, Marcela y Virginia de Filippi. «Denuncias anónimas, ¿de la excepción a la regla?». *Sistema Argentino de Información Jurídica*, 28 de marzo de 2014. http://www.saij.gob.ar/doctrinal/dacf140165-de_filippi-denuncias_anonimas_excepcion_regla.htm.

11 Mendoza Ayma, Francisco Celis. *Proceso penal. Apuntes críticos*. Lima: Idemsa, 2022.

generar confianza en los ciudadanos que desean comunicar hechos delictivos, o b) se regula la denuncia anónima de forma limitada para no vulnerar principios fundamentales del proceso penal y con el fin de brindar otra alternativa a los ciudadanos para que puedan denunciar sin temor a que su integridad se vea perjudicada al ser identificados. Sea cual fuere la alternativa a la que nos inclinemos, es obvio que no debe dejarse de optimizar el sistema de justicia. Esta optimización va desde el mejoramiento de aspectos administrativos hasta la eficiencia con la que se imparte justicia partiendo de las distintas instituciones involucradas, incluso desde la propia investigación del delito. Como señala Lovatón Palacios¹², no puede existir respeto a la legalidad si no hay un sistema de justicia eficiente y confiable para la mayor parte de la población.

Ahora bien, dar puerta abierta a una regulación total de la denuncia anónima sería aumentar las posibilidades de que se presenten denuncias de mala fe, que no tienen otra intención que manchar la reputación de un individuo. En ese sentido, véase que el denunciante anónimo que denuncia de mala fe logra evadir su responsabilidad al negarse ser identificado. De esta manera, es de concluir que el futuro de su regulación se traducirá en un aumento indiscriminado de denuncias anónimas que nada aportarán a la persecución pública del delito. De hecho, la solución aquí sería que las denuncias anónimas se mantengan en secreto hasta verificar por medio de actos de investigación la elevación de la sospe-

cha, lo cual nos conduce de nuevo a una regulación limitada y no total de la denuncia anónima. En esta línea de ideas, si se pretende regular las denuncias anónimas y que estas se conviertan en un medio formal de denuncia, entonces es indispensable, en primer lugar, repensar el impacto que tendrá en la sociedad y las consecuencias que tendrá su correspondiente positivización.

Si queremos adelantarnos a las consecuencias de la regulación indiscriminada de esta figura creemos acertado citar a Coari Ramos¹³, quien, haciendo referencia a los juicios paralelos, indica que son aquellas afirmaciones comunicadas por un individuo competente para generar controversia en la colectividad sobre el desenvolvimiento de un proceso, con el objetivo de presionar a los sujetos que participan en ella. En ese sentido, la regulación indiscriminada de la denuncia anónima haría posible que los denunciantes de mala fe generen una condena social en el sujeto que tienen por objetivo y a la vez evadan su responsabilidad por los hechos falsos atribuidos.

Mientras tanto, una de las alternativas para comunicar hechos delictivos sin identificarse es, si las circunstancias graves lo ameritan, utilizar la “estrategia” que se detalló en el ejemplo del segundo punto del presente artículo. Ello teniendo en cuenta que la investigación quedará en manos del fiscal con respecto a la iniciación de oficio de la investigación, siendo que la comunicación de los hechos delictivos viene a conocimiento de él a través de un medio no formal. Además, el futuro del caso va a

12 Lovatón Palacios, David. *Sistema de justicia en el Perú*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017.

13 Coari Ramos, Lizbeth (coord.). *Juicios paralelos y procesos penales. ¿Una nueva forma de “criminalización del garantismo”?* Lima: Grijley, 2022.

dependen de la información que se ha brindado a través de aquel medio no formal de denuncia, más aún cuando no podrá recabarse la declaración de los denunciantes anónimos dado que no se conoce su identidad.

Si el denunciante se identifica, asume la responsabilidad que podría acontecer si se comprueba que los hechos denunciados son falsos. Por lo tanto, el caso adquirirá mayor verosimilitud, ya que el denunciante asume dicha responsabilidad. Nuestra posición se resume en que la denuncia anónima tiene beneficios cuando las circunstancias lo ameritan, pero hemos de tener cuidado al pretender regularla, porque las consecuencias se hallan a la luz de un error en su positivización.

Conclusiones

La denuncia es la figura por la cual se da a conocer información sobre un hecho delictuoso a la autoridad competente, esto es, la Policía Nacional del Perú o directamente al fiscal.

No es posible realizar una denuncia de manera anónima, ya que se incumple con el requisito de la identificación del denunciante prescrito en el Código Procesal Penal.

El fiscal puede iniciar de oficio la investigación si llegan a su conocimiento hechos presuntamente delictuosos, lo cuales no tienen que proceder necesariamente de una denuncia, formalmente hablando.

La denuncia anónima difiere de las figuras de testigos protegidos o colaboradores eficaces, ya que, en la denuncia anónima,

el anonimato es total, mientras que en las otras figuras el fiscal conoce la identidad de los sujetos, pero sus identidades son reservadas a fin de protegerlos.

Es peligroso regular la denuncia anónima de manera indiscriminada, ya que traería como consecuencia la vulneración de los principios del proceso penal y la utilización masiva de esta figura para evadir una responsabilidad penal. En esa línea, a pesar de la inseguridad que se irradia del sistema de justicia en cuanto a la protección de los denunciantes, la ineficacia no justifica su regulación total. Esto abre la posibilidad de una regulación limitada, en aras de brindar una alternativa más a los denunciantes cuando las circunstancias del caso lo ameriten.

Por último, creemos que aún hay mucho por precisar y debatir sobre este tema, por lo que en esta investigación pretendemos marcar un derrotero con el fin de dar paso a la discusión de este asunto que nace de un problema social y jurídico. Ello sin dejar de lado los principios del proceso penal que son los pilares de un sistema que tiene como base la presunción de inocencia.

Referencias

Arana Morales, William. *Manual de derecho procesal penal*. Lima: Gaceta Jurídica, 2014.

Coari Ramos, Lizbeth (coord.). *Juicios paralelos y procesos penales. ¿Una nueva forma de «criminalización del garantismo»?* Lima: Grijley, 2022.

Diario Oficial El Peruano. «INEI: Solo el 15.5 % de las víctimas de un hecho delictivo hacen la denuncia». *El Peruano*, 30 de

junio del 2021. <https://elperuano.pe/noticia/123704-inei-solo-el-155-de-las-victimas-de-un-hecho-delictivo-hacen-la-denuncia>.

Gonzales, Marcela y Virginia de Filippi. «Denuncias anónimas, ¿de la excepción a la regla?». *Sistema Argentino de Información Jurídica*, 28 de marzo de 2014. http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf140165-de_filippi_denuncias_anonimas_excepcion_regla.htm.

Lovatón Palacios, David. *Sistema de justicia en el Perú*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017.

Mendoza Ayma, Francisco Celis. *Proceso penal. Apuntes críticos*. Lima: Idemsa, 2022.

Neyra Flores, José. *Manual del nuevo proceso penal & de litigación oral*. Lima: Editori-al Moreno, 2010.

Prado Saldarriaga, Víctor. *Derecho penal y política criminal. Problemas contemporáneos*. Lima: Gaceta Jurídica, 2019.

San Martín Castro, César. *Derecho procesal penal. Lecciones*. Lima: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, 2015.

Vargas Ysla, Roger Renato. *El proceso de colaboración eficaz: ¿una manifestación del Derecho Procesal Penal del enemigo?* Lima: Gaceta Jurídica, 2021.

CIBERBLANQUEO DE CAPITALS: EL PROBLEMA DE LA INTANGIBILIDAD DE LAS MONEDAS VIRTUALES EN LA CONFIGURACIÓN TÍPICA DEL DELITO

Cyber money laundering: The problem of the intangibility of virtual currencies in the typical configuration of the crime

Autores: Bertho Arturo Menacho Ortega*

REVISTA

LP Derecho

Bertho Arturo Menacho Ortega

«Ciberblanqueo de capitales: El problema de la intangibilidad de las monedas virtuales para la configuración típica del delito».

Revista LP Derecho.

3 (2022): 108-122.

Recibido: 03/05/2022

Aprobado: 25/12/2022

* Abogado por la Universidad Privada del Norte. Maestrando en Derecho y Ciencia Política con mención en Ciencias Penales por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Maestrando en Ciberdelincuencia por la Universidad Internacional de La Rioja - España.

 <https://orcid.org/0000-0002-7370-6747>

Resumen

Las criptomonedas carecen del carácter efectivo por su intangibilidad en las plataformas digitales, lo que posibilita su adquisición y traslado con dinero procedente de ciberdelitos y el consiguiente perjuicio al sistema monetario nacional. Se trazó como objetivo, establecer si las monedas virtuales pueden transportarse o trasladarse por un medio distinto al dinero en efectivo o un instrumento financiero negociable. Se empleó la metodología de tipo sociojurídica, con propósito básico, con enfoque cualitativo, nivel exploratorio y diseño fenomenológico. Se concluye que las monedas virtuales trasladan su valor económico a través de las plataformas tecnológicas de intercambio, evitando el control por parte de las autoridades.

Palabras clave

Ciberblanqueo de capitales, criptomonedas, ciberespacio, cibercriminalidad y anonimato.

Abstract

The cryptocurrencies lack the effective character for his intangibility in the digital platforms making his acquisition and transfer possible with money proceeding from cybercrimes causing damage to the economic system of the country. It was planned as target, to establish if the virtual coins can be transported or move for a way different from the cash or financial negotiable instrument. The methodology of type was

used sociojuridica, with basic intention, with qualitative approach, exploratory level and phenomenological design, ending that the virtual coins move his economic value across the technological platforms of exchange avoiding the control on the part of the authorities.

Keywords

Capital cyberwhitening, cryptocurrencies, cyberspace, cyberdelinquency and anonymity.

I. Introducción

El avance tecnológico mantiene una estrecha relación con el derecho, especialmente con el derecho penal, en la medida que mientras se crean nuevas plataformas para el intercambio de activos en ambientes virtuales. La regulación, en consecuencia, debe perseguir muy de cerca datos imprescindibles como son los participantes, el lugar de procedencia, el monto transferido y el medio o instrumento que lo contiene.

En la actualidad, diversos países asignan un valor cuantificable a las monedas y billetes de curso legal para el intercambio o adquisición de bienes y servicios. Dicho monto puede ser convertido a dinero de aceptación mundial, esto es, el dólar americano. Sin embargo, la creación de plataformas tecnológicas ha optimizado la utilización de las monedas virtuales como una alternativa a la moneda tradicional. Las monedas virtuales han generado fascinación y atracción no solo en los consumidores ideales, sino también en un prominente grupo conformado por cibercriminales que cometen delitos informáticos o delitos en entornos digitales. Esta clase de monedas carece de control y regulación, lo que lleva a pensar que el anonimato abre un abanico de oportunidades para la comisión del lavado de activos, aunque desde una perspectiva distinta a la que normalmente conocemos. con el devenir del tiempo.

No cabe duda de que, ante una situación en la que se investigue por presunto delito de blanqueo de capitales, se pueden poner en práctica diversas técnicas y formas de recabar información. En nuestra óptica, la más importante es el desbalance patrimonial de las cuentas bancarias, con el fin de obtener detalles sobre las partes intervinientes, el monto objeto de transferencia, los lugares de procedencia, entre otras particularidades, pues todo ello se realiza mediante la intermediación financiera, lo cual no sucede con las monedas virtuales.

Es importante destacar que en el Perú se cuenta con regulación sobre lavado de activos. No obstante, en el presente estudio se advierte un problema en la literalidad del apartado relativo al transporte y traslado de dinero o títulos valores, pues no se contemplan las monedas virtuales procedentes de lavado de activos contenidas en aplicativos o dispositivos móviles.

En ese orden de ideas, se pretende dilucidar si las monedas virtuales pueden transportarse o trasladarse por un medio distinto al dinero en efectivo o instrumento financiero negociable. A su vez, y en aras de responder a la incertidumbre académica antes reseñada, se busca alcanzar el siguiente objetivo: establecer si las monedas virtuales pueden transportarse o trasladarse por un medio distinto al dinero en efectivo o instrumento financiero negociable.

Por esa razón, conviene profundizar en el tema y brindar algunos apuntes académicos sobre la posibilidad de transportar o trasladar monedas virtuales en contenedores distintos a

los establecidos en la norma especial, sabiendo que el uso de las criptomonedas está en constante expansión. Además, se procura confirmar o descartar la necesidad de una reformulación el actual texto normativo, teniendo en cuenta que la realidad supera al derecho, si bien ello de ningún modo debe imposibilitar la superación de la intangibilidad de las monedas virtuales.

II. Estado de la cuestión

Para comenzar con la exposición del problema debemos tomar como punto de partida algunas definiciones conceptuales inherentes al tema, empezando por el significado del término *ciberespacio*. Una de las voces con mayor autoridad para brindar un acercamiento a este término es la Real Academia Española, cuando establece que es el «ámbito virtual creado por medios informáticos»¹.

Con el ánimo de ahondar en la conceptualización anterior, pasemos a revisar la redacción acuñada por Fernando Miró, quien expresa que «El ciberespacio, podríamos decir, no está situado en un sitio en concreto, sino que, en sentido funcional, está en todos a la vez, pero, en sentido físico, en ninguno»².

A partir de lo descrito, se colige que el ciberespacio es una circunscripción intangible, distinta al espacio geográfico, en la que se cometen diversos delitos tradicionales que

afectan intereses penalmente protegidos. Ahora bien, es de interés para el presente estudio detenernos en el análisis de las monedas virtuales en su forma más emblemática, a saber, las criptomonedas, pues su potencialidad para vincularse con el delito objeto de análisis es sumamente alta.

Una opinión acertada sobre esta clase de monedas es la desarrollada por Ramírez Morán, quien sostiene que «se denominan criptomonedas a todas aquellas divisas virtuales protegidas por la técnica de la criptografía y que basan su financiamiento en el uso de técnicas de cifrado de clave pública y de técnicas numéricas de verificación»³.

De esta manera, se logra entender que el ciberespacio es la oportunidad perfecta para que los cibercriminales aprovechen las características principales de las criptomonedas. Entre las más saltantes podemos ubicar el anonimato de las transacciones que encubren el origen de los activos, el secreto de los datos personales de los intervinientes, la imposibilidad de rastrear las cuentas de donde provienen los activos y las que se utilizan como receptoras de transacciones.

Por consiguiente, las criptomonedas estarían siendo utilizadas como medio para lavar activos. Remontándonos a la esencia de la regulación del blanqueo de activos contra el tráfico ilícito de drogas, se ha evidenciado una evolución paulatina, dado que el segundo paso consistió en confeccionar un catálogo de delitos específicos debidamente regulados. A pesar de ello, con el avance del

1 Real Academia Española, «Ciberespacio», *Diccionario de la lengua española*. <https://dle.rae.es/ciberespacio>

2 Miró Llinares, Fernando. *El cibercrimen: fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 153. <https://bit.ly/3n4DFSA>

3 Ramírez Morán, David. «Riesgos y regulación de las divisas virtuales». *Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos* (2014): 1-14, p. 5. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7639096>

tiempo, el Decreto Legislativo 1249 modificó esta tendencia y se integró la expresión «cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales»⁴.

Este agregado incrementó la esfera de delitos, convirtiendo el *numerus clausus* en *numerus apertus*. En esa línea, los criminales lavadores tradicionales de dinero, dicho de otro modo, aquellos sujetos que buscaban otorgar apariencia de origen lícito al patrimonio obtenido de actividades ilícitas fueron desplazados por cibercriminales. Estos trasladaron su campo de acción a un dominio virtual --en el que las criptomonedas juegan un papel preponderante-- para impedir que las autoridades puedan acceder a la información integral de las transacciones.

De hecho, nuestro país alberga regulación sobre este delito, específicamente en el Decreto Legislativo 1106, modificado por el Decreto Legislativo 1249. Nos centraremos en estudiar lo referido al transporte, traslado, ingreso o salida por territorio nacional de dinero o títulos valores de origen ilícito. Así, el Decreto Legislativo 1249 estipula que:

El que transporta o traslada consigo o por cualquier medio dentro del territorio nacional dinero en efectivo o instrumentos financieros negociables emitidos «al portador» cuyo origen ilí-

cito conoce o debía presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso; o hace ingresar o salir del país consigo o por cualquier medio tales bienes, cuyo origen ilícito conoce o debía presumir, con igual finalidad, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa.

La primera crítica al instrumento normativo antes referido, rebasa los límites de lo pensado por el legislador en aquella época, pues no era tema de discusión un supuesto en el que cibercriminales ingresen o salgan del país con criptomonedas de presunto origen ilícito en sus cuentas contenidas en dispositivos móviles. Nótese la restricción taxativa de la norma al momento de su redacción cuando se consigna que el transporte o traslado se puede materializar con «dinero en efectivo» o «instrumento financiero negociable emitido al portador».

Es decir, las monedas virtuales, como es el caso de las criptomonedas, no pueden incluirse en la adecuación típica del artículo tercero, en tanto carecen de representación física. Referentes de la talla de Víctor Prado Saldarriaga señalan que:

La posibilidad de asimilación típica de la modalidad delictiva de lavado de activos de que trata el artículo 3, del Decreto Legislativo 1106, no es posible. Fundamentalmente, por lo taxativo y específico del objeto de acción del delito de transporte, traslado ingreso o egreso del territorio nacional, que según dicha disposición tiene que ser necesariamente «dinero en efectivo» o

4 Decreto Legislativo 1249, Decreto legislativo que dicta medidas para fortalecer la prevención, detección y sanción del lavado de activos y el terrorismo (26 de noviembre de 2016), artículos 3 y 10: “Transporte, traslado, ingreso o salida por territorio nacional de dinero o títulos valores de origen ilícito y Autonomía del delito”. <https://cutt.ly/ImQsLCp>

¿Se están citando dos artículos del dispositivo?

«instrumentos financieros negociables al portador».⁵

Asimismo, Prado Saldarriaga comenta que «tales supuestos ilícitos de momento pueden ser criminalizados conforme a las disposiciones generales de los artículos 1 y 2 del mencionado Decreto Legislativo».⁶ Corresponde corroborar si lo enunciado resulta ser cierto o simplemente se estaría aplicando de manera incorrecta tal articulado. Para ello, revisaremos la tratativa que se aplicó en los casos a nivel nacional.

Lo mismo ocurre en la jurisprudencia nacional. Así, la Sentencia Plenaria Casatoria 1-2017/CIJ-433⁷ ha intentado esbozar algunas precisiones sobre el contenido de la norma especial, específicamente en lo asociado a la independencia del delito de lavado de dinero, esto es, de la «actividad criminal que produce dinero, bienes, efectos o ganancias».

Teniendo en cuenta lo anterior, daría la impresión de que la casación y la norma especial sobre lavado de activos presentan un supuesto en el que los órganos jurisdiccionales tendrían la potestad de emitir sentencias condenatorias bajo sospecha en contra de una persona. Adicionalmente, la inclusión de la palabra *sanción* no ha reformado considerablemente la esencia del tipo penal.

5 Prado Saldarriaga, Víctor. «Lavado de activos mediante criptomonedas en el Perú: problemas y alternativas». *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas-Lex* (2019): 161-178, p. 175. <http://dx.doi.org/10.21503/lex.v17i24.1815>

6 *Ibidem*.

7 Sentencia Plenaria Casatoria 1-2017/CIJ-433, I Pleno Jurisdiccional Casatorio de las Salas Penales Permanente y Transitorias. (2017). <https://bit.ly/3AWCLwa>

Al respecto, debe advertirse que, en la citada jurisprudencia, en los artículos que importan con especial consideración, solo se ha discutido sobre «El estándar de prueba del delito de lavado de activos y su relación con el “origen delictivo del dinero, bienes, efectos o ganancias” o de la “actividad criminal que produce dinero, bienes, efectos o ganancias”». En síntesis, los artículos antes indicados tienen su asidero en la apreciación de las pruebas conforme a la sana crítica y no queda exenta de pautas o directrices objetivas, teniendo en cuenta que su valoración es discrecional.

Como se observa, hasta el momento no ha sido tema de discusión la intangibilidad de las criptomonedas y la imposibilidad de subsunción con el artículo tercero del Decreto Legislativo objeto de análisis. En la forma como se ha presentado la problemática, surgen una serie de dudas sobre el monto mínimo que debe establecerse para iniciar una investigación bajo el tenor del verbo rector de mínima injerencia del derecho penal. Agregado a ello, la palabra *transporte* nos ubica en situaciones diferenciadas, pudiendo este ser marítimo, terrestre y aéreo.

Del mismo modo, en el derecho comparado no obra investigación que desarrolle el tema, lo que no debe entenderse de ninguna manera que sea inexistente. Por el contrario, se han centrado los esfuerzos en controlar la expansión y utilización de las criptomonedas.

Posada, citado por Gutiérrez Palacio⁸, sos-

8 Juan Gutiérrez Palacio, «El lavado de activos en la época de las criptomonedas», *Diálogos punitivos* (2019), <https://bit.ly/3jdYyJW>

tiene que es necesario precisar que no todas las criptomonedas carecen de regulación, pues en el universo de monedas virtuales se ha incorporado el *blockchain* o «cadena de bloques», demostrando que estos bienes pecuniarios tienen la capacidad de incorporarse a la economía regular y posteriormente transformarse en el sistema financiero idóneo para el control de esta clase de monedas.

Una de las medidas más radicales adoptadas a nivel internacional fue propuesta por Corea del Sur al incluir una regulación en contra del anonimato de las transacciones. Lo relevante de esto es que las casas de cambio de criptodivisas, según *Forbes Staff*⁹ «para poder operar usando *wones* como divisa de cambio, deberán tener a todos sus clientes asociados a cuentas bancarias con un nombre real».

Continuando con el recorrido por las formas de precaución para reducir la comisión de este delito, podemos señalar que México incluyó el instrumento normativo que regula los Instituciones de Tecnología Financiera¹⁰, denominada comúnmente como la Ley *FinTech*, lo que posibilitó la individualización de los usuarios de criptomonedas, así como la imposición a las casas de cambio o empresas dedicadas al rubro de la obligación de proporcionar información cuando sea requerida por las autoridades.

9 *Forbes Staff*. «Solo diez casas de cambio de criptomonedas podrán operar en Corea del Sur». 24 de setiembre de 2021. <https://www.forbes.com.mx/solo-10-casas-de-cambio-de-criptomonedas-podran-operar-en-corea-del-sur/>

10 Ley para regular las Instituciones de Tecnología Financiera. (9 de marzo 2018). http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LRITF_200521.pdf

Luego de haber brindado una aproximación en el derecho comparado, debemos aclarar que hasta ahora no queda claro si el problema se ha solucionado con la interpretación de los artículos segundo y tercero. Por tanto, corresponde esclarecer el panorama y brindar algunas reflexiones sobre los cambios *lege ferenda* que deberían realizarse en el apartado correspondiente de la norma.

III. Metodología

Con respecto al tipo de investigación, se denomina sociojurídica, en la medida que expresa un fenómeno tangible con repercusiones jurídicas que tiene como principal centro de atención el funcionamiento legal e imparcial¹¹. Asimismo, el propósito básico es entendido como las ciencias puras, que posibilitan la realización de estudios profundos para la comprensión de nuevos fenómenos contenidos en las variables o categorías¹².

A su vez, el enfoque seleccionado fue el cualitativo, debido a que se centra en el aspecto fenomenológico por encima de la generalización. Es así que su tratamiento procura ser intensivo y comprensivo¹³. En

11 Tantaleán Odar, Reynaldo Mario. «Tipología de las investigaciones jurídicas». *Derecho y Cambio Social*. 1 de febrero de 2016, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5456267>

12 Baena Paz, Guillermina. «Metodología de la Investigación». Ciudad de México: Grupo Editorial Patria, 2017. <https://bit.ly/2WjnP7B>

13 Chávez Méndez, Guadalupe, Karla Y. Covarrubias y Ana B. Uribe. «Metodología de investigación en ciencias sociales: Aplicaciones prácticas». Colima, México: Universidad de Colima, 2013, <https://bit.ly/3u4Qe4p>

esa línea, Tinoco, Cajas y Santos¹⁴ refieren que el diseño fenomenológico analiza las circunstancias sociales, considerando las posiciones de los propios intervinientes inmersos en una sociedad.

IV. Resultados

La concepción que hemos asumido pretende identificar y analizar las nuevas formas de comisión del delito de lavado de activos a través de la utilización de plataformas tecnológicas como es el caso de las criptomonedas. LP-Pasión por el Derecho¹⁵, por medio de la serie *Better Call Saul*, explica de forma didáctica qué es el lavado de activos en la vida real y utiliza como ejemplo a un tercero a quien se le entregaba el dinero obtenido de forma ilegal, cumpliéndose el primer escenario denominado *colocación*.

Acto seguido, el dinero se agregaba al limpio caudal de efectivo de una empresa. Para esa explicación se utilizó el salón de uñas donde tenía su estudio jurídico, con lo que se perfeccionaba el encubrimiento. La última etapa consistía en integrar las ganancias que proporcionaba dicho negocio, obteniendo de forma satisfactoria el blanqueo de los capitales originados de la venta de drogas.

Para comprender la magnitud de la información que contienen las criptomonedas

es necesario ampliar nuestro panorama y evitar las opiniones sesgadas. Para ello debemos aplicar tanto los conocimientos jurídicos como los tecnológicos, dado que los primeros propenden a ofrecer una reflexión aclarativa del texto normativo y su aplicación práctica, mientras que los segundos priorizan ahondar en la utilización de las plataformas virtuales y el aprovechamiento por parte de los cibercriminales lavadores de activos.

A efectos de brindar una apreciación general, podemos mencionar lo sucedido en México y Estados Unidos, como informó *France 24 Español*¹⁶. Diversos medios han dado cuenta de que el uso del Bitcoin se ha incrementado desmesuradamente. La particularidad de este aumento es porque los usuarios que más espacio están ganando son los cárteles de narcotráfico Jalisco Nueva Generación y Sinaloa del Chapo Guzmán.

Se infiere del párrafo anterior que los narcotraficantes adquieren sumas pequeñas de esta clase de monedas virtuales convertibles para pagar a sus colaboradores ubicados en diferentes partes del mundo. Se asegura así la impunidad, dada la imposibilidad de las autoridades para perseguir a los usuarios de las plataformas de comercio con criptomonedas debido al anonimato con que cuentan.

Nuestra posición sobre el lavado de activos con criptomonedas probablemente escape de la imaginación y de lo humanamente

14 Tinoco Cuenca, Nasly, Margarita Cajas Palacios y Ofelia Santos Jiménez, «Diseño de investigación cualitativa», *Editorial UTMACH*, 2018, <http://repositorio.utmachala.edu.ec/handle/48000/14209>

15 LP-Pasión por el Derecho, «El lavado de activos bien explicado por Saul Goodman». YouTube, 2:30. Publicado el 25 de junio de 2019. <https://www.youtube.com/watch?v=RzUNJdgwKlk>

16 *France 24 Español*, «Bitcoin: así lo usan carteles del crimen para lavar dinero (y las autoridades para desmantelarlos)». YouTube, 4:54. Publicado el 10 de diciembre de 2020. https://www.youtube.com/watch?v=6E_nE3eSBI&t=171s

conocido hasta la fecha por los legisladores de esta parte de la región. Empero, los esfuerzos de los cibercriminales por perfeccionar y extenderse a niveles insospechados siguen siendo un claro objetivo, que vienen desarrollando de forma sigilosa y certera.

Muestra de ello, *Moconomy-Economía y Finanzas*¹⁷ devela selecta información sobre uno de los modos de lavado de dinero que se practica en Rusia. Se expone a bandas de ciberdelinquentes que captan por Internet a personas desempleadas a quienes denominan «mulas de dinero», principalmente con conocimientos de informática, para que posteriormente sean obligadas a brindar su fuerza de trabajo en el blanqueado de divisas.

Monto mínimo objeto de transacción con criptomonedas

Una vez expuestas las situaciones más alarmantes previstas en el derecho comparado corresponde proponer un monto mínimo sobre el que se ha de partir para una indagación fiscal en la que presuntamente se cometió lavado de activos con criptomonedas. En este sentido, se tomaron como referencia dos aspectos medulares de bases cuantificables a nivel nacional y extranjero.

El monto mínimo de inversión que suelen poner algunas casas de cambio digital en Argentina dependerá de diversos factores, de los cuales el más destacable es la clase de criptomoneda. No cabe duda de que la conversión se concreta de acuerdo con el

tipo de cambio al momento de ejecución. Según la página *Ámbito*¹⁸, entre las casas más conocidas podemos destacar Ripio, Satoshi Tango y Crypto Market, las cuales imponen como monto mínimo de inversión el equivalente a 10 dólares americanos.

Ante la afirmación anterior, debemos hacer la comparación con el monto mínimo de inversión en nuestro país. Siguiendo esa línea, la mejor referencia para comprar y vender bitcoins es eToro. Este *broker* nos permite invertir con un mínimo de 1000 soles. A decir verdad, ambas carecen de un límite de comparación, pero están provistas de extremos mínimos y máximos.

La idea de propugnar un monto base tiene como propósito evitar el inicio de investigaciones por sumas insignificantes o que no afecten el bien jurídico protegido. En contraste, con la regulación vigente sobre el capital mínimo de las operaciones obligadas a bancarizar sabemos que este bordea los 3500 soles o 1000 dólares americanos.

En consecuencia, podríamos afirmar que la remuneración mínima vital sería un margen económico adecuado para iniciar una investigación por el delito de lavado con criptomonedas en la faceta de transporte y traslado, teniendo en cuenta los datos obtenidos de fuente internacional y nacional.

Esto encuentra su fundamento en la necesidad de regular posibles actos inescrupulosos por parte de cibercriminales ante la ausencia de especificidad de la norma, pero sin amenazar a los usuarios de estas

17 *Moconomy-Economía y Finanzas*, «Lavado de dinero ruso, Criminal, Español, Bandas de hackers», vídeo de YouTube, 44:52, publicado el 22 de setiembre de 2021, <https://www.youtube.com/watch?v=PORrQR3hTQE>

18 *Ámbito*, «Cómo comprar Bitcoins, la alternativa legal al dólar», *Ámbito Finanzas*, 27 de marzo de 2022, <https://bit.ly/3D0Gw5Q>

novedosas plataformas con investigaciones arbitrarias y por montos que no superan la propuesta pecuniaria mínima.

El anonimato en la transacción de criptomonedas

Las monedas virtuales convertibles se manifiestan de diferentes formas. Las más conocidas son bitcoin, ethereum y litecoin. Como mencionaron Gallardo, Bazán y Venosa¹⁹, en las transacciones de Bitcoin no se cuestiona la privacidad, pero sí enteramente la anonimidad de las identidades, al no registrarse en el protocolo.

Es por ello que cada transacción puede evidenciarse en el libro electrónico público, llamado Blockchain (en español, 'cadena de bloques'), lo cual no precisa si se pueden obtener datos sobre los participantes. No obstante, los usuarios que pretendan pagar con Bitcoin tienen que brindar un dato que permita diferenciarlo en la red, en tanto que su identidad se enlaza con la dirección que se provea.

De lo anterior se puede inferir que es poco probable que una dirección de moneda virtual de bitcoin sea totalmente anónima. A pesar de ello, sostenemos que es insuficiente, en tanto que nos encontramos desprovistos de información como el monto de transacción para cumplir con el mínimo establecido en el presente estudio, así como el lugar de procedencia y derivación de los activos.

Ciertamente, no podemos dejar de lado la identidad de las partes que intervienen en la transacción. Partiendo de la premisa expuesta por Gallardo, «es aquella atribución que permite ser únicos como personas en el planeta, proporcionando atributos propios como el aspecto físico, personalidad, origen, nombres, relaciones personales y muchas otras peculiaridades más»²⁰.

Conviene evaluar con detenimiento las medidas para menguar la comisión de este delito adoptadas por algunos países, como en el caso de Corea del Sur, pues la regulación debe partir por erradicar el anonimato de las transacciones de criptomonedas y obligar a las casas de cambio a mantener a todos sus usuarios con una cuenta bancaria en la que se consignarán los datos que hagan identificable al sujeto.

A ello se debe agregar lo planteado en México, en la medida que resulta de suma utilidad que las autoridades que persiguen el delito cuenten con la cooperación de las casas de cambio en el suministro de información dentro de un tiempo oportuno y sin un límite máximo. Estamos convencidos de que podríamos hacerle frente a este flagelo interiorizando las soluciones más acertadas aplicadas por otros países.

Cabe la posibilidad de que la esencia misma de las criptomonedas se distorsione en cuanto a la forma como se adquieren y distribuyen en la plataforma virtual. No es menos cierto, sin embargo, que el fondo se mantiene indemne, puesto que sigue sien-

19 Gallardo, Ignacio, Patricia Bazán y Paula Venosa, «Análisis del anonimato aplicado a criptomonedas», *Revista de la Universidad Nacional de La Plata* (2019), pp. 1201-1217. <https://bit.ly/3O-QXdXA>

20 Ignacio Martín Gallardo Urbini, «Análisis del anonimato aplicado a criptomonedas» (Tesis de licenciatura, Universidad Nacional de la Plata, 2017), p. 10. <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/68523>

do un medio alternativo a la tradicional utilización del dinero en efectivo, permite que los usuarios puedan generar mayores ganancias, las cuales no dejan de ser volátiles, con inversiones totalmente dispares en un marco reglado.

Transporte y traslado de las criptomonedas por un medio distinto al dinero en efectivo o instrumento financiero negociable

Las criptomonedas carecen de un carácter efectivo, puesto que su campo de acción está ligado a las plataformas virtuales dedicadas al cambio de criptodivisas. Se conoce que en dichos espacios se pueden comprar y vender criptoactivos para generar rentabilidad con base en la volatilidad de su incremento.

Lo que se desconoce es la procedencia del dinero fiat con el que se adquieren las criptomonedas. Adscribimos la postura de que los cibercriminales intentan blanquear sus capitales por medio de estas plataformas, logrando su cometido sin que las autoridades puedan advertirlo. La secuencia criminal que se propone sigue la misma línea que su predecesor, con algunos cambios significantes.

En este contexto, el cibercriminal se vale de la plataforma virtual llamada «casa de cambios», la que, sin conocer el uso que le dan, sirve de lugar para colocar el dinero sucio. A la fecha, es el espacio que más se adecúa a las exigencias de estos delincuentes informáticos, justamente por lo que comentábamos en los apartados anteriores, esto es, el anonimato de las transacciones.

El anonimato imposibilita que el persecutor de la acción penal pueda seguir sus

rastros para una posible investigación por lavado de activos. Retomando la explicación, pasamos a explicar que las ganancias efectivas o presuntas son encubiertas con diferentes transacciones en el sistema. Calificamos con esos términos a las ganancias, porque al final no importa si existen o no, puesto que luego de su conversión no habrá una autoridad que realice un seguimiento del historial del usuario.

Finalizamos nuestro análisis con la integración, la cual se materializa con la conversión de las criptomonedas en dinero real o la transferencia a cuentas bancarias recaudadoras, que no necesariamente pertenecen al lavador, sino a un testaferro que obtiene un beneficio económico por utilizar su tarjeta como contenedor de dinero lavado.

Pensamos que la redacción actual de la norma, en lo referido al transporte y traslado de dinero o títulos valores, debe ser modificada. Debido a que las criptodivisas también son bienes inmateriales capaces de cambiarse por dinero real, aquellas están asociadas a una cuenta que no necesariamente contiene los datos del usuario.

Durante el ingreso o salida a diferentes lugares del país no se realiza un control mínimo sobre el origen del monto en criptomonedas. Sería imposible exigirle a cada usuario que muestre su aplicativo móvil en el dispositivo que lo contenga para saber si estamos o no frente a dicho supuesto.

Lo que sí resulta viable es que se incluya en la redacción de la norma el siguiente texto: «El que transporta o traslada consigo o por cualquier medio físico o virtual dentro del territorio nacional dinero en efectivo,

instrumentos financieros negociables emitidos al portador y monedas virtuales...».

Figura 1

Ciberdelincuencia e informática del derecho



Nota. Información obtenida de «*Viaje al Derecho Digital*», José Chaves²¹, 2020.

De esa manera, aun cuando parezca invasivo, podríamos exigir la exhibición del historial de transacciones de criptomonedas antes de realizar un viaje dentro del territorio nacional. No debemos olvidar que los usuarios que trasladan el dinero en sus aplicativos buscan convertirlos en las casas de cambios ubicados en los lugares de arribo. Así, conseguiríamos controlar la intangibilidad de las criptomonedas, que actualmente carece de regulación.

V. Discusión

Actualmente el fenómeno es identificable, pero indetectable si no se emplean los instrumentos necesarios para contrarrestarlo, lo cual supone que nuestros legisladores consagren como puntos de agenda diferentes asuntos relacionados a conflictos sociales carentes de solución. Empero, no es razón suficiente para no formular estas reflexiones, mostrando la relevancia que

amerita su entendimiento y aplicación.

Sostenemos que es posible transportar y trasladar en la circunscripción geográfica nacional no solo dinero fiat o instrumentos negociables emitidos al portador, sino bienes cuantificables (criptomonedas) alojados en cuentas anónimas, imposibles de detectar por falta de control y regulación.

Pongamos el típico caso de las cuentas bancarias tradicionales, las cuales manejan el sistema de intermediación financiera que garantiza a ambas partes el flujo, la rentabilidad y la seguridad de los activos. En este paraje, se puede apreciar que existe una cadena de actuación regulada con intervención de entidades financieras. Los datos e información en detalle es una característica que hace ubicables e identificables a las partes intervinientes.

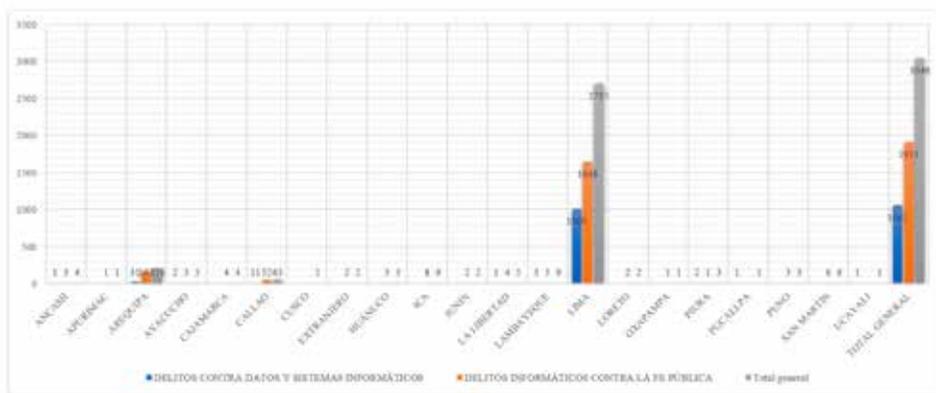
Es tal el nivel de control que se conoce el historial de las cuentas bancarias y los montos objeto de transacción. Esto último evidencia, en la mayoría de los casos, la presunta comisión de delitos cuando se sobrepasa el límite de montos, no se puede justificar los ingresos o egresos, o al momento de desarrollarse un movimiento inusual o sospechoso.

Se advierte que la evolución tecnológica ha permitido trascender los entornos clásicos y se apueste negativamente por las herramientas tecnológicas. Un típico ejemplo se clarifica en los llamados «paraísos fiscales», en los que se acostumbraba a lavar activos por cuantiosas sumas de dinero. No es novedad que los lavadores poco a poco fueron desprendiéndose de esos entornos para optar por otros más modernos y subrepticios.

²¹ Chaves José. «Viaje al derecho digital». De la Justicia, 25 de enero de 2020. <https://delajusticia.com/2020/01/25/viaje-al-derecho-digital/>

Figura 2

Delitos de acceso ilícito y suplantación de identidad registrada



Nota. Información obtenida de la División de Investigación de Delitos de Alta Tecnología, 2021.

Para ejemplificar y aclarar posibles dudas frente estos ilícitos, se solicitó y obtuvo información referente a los delitos informáticos con mayor incidencia a nivel nacional. Estos fueron principalmente dos: el delito contra datos y sistemas informáticos, y el delito informático contra la fe pública. Se obtuvo un total de 3046 denuncias interpuestas en diferentes departamentos del país, lo que nos lleva a reflexionar que la incidencia de los delitos cometidos en entornos virtuales no disminuye. El vacío normativo advertido para el suceso de las monedas digitales refleja que, a corto o mediano plazo, estaremos atravesando una situación similar.

Diferente es el supuesto de los aplicativos de adquisición y desprendimiento de criptomonedas, pues carece de todas las bondades del ejemplo propuesto. Por el contrario, termina siendo un fenómeno extraño, pero conocido especialmente por su permisividad al momento de realizar el registro y utilizar las plataformas virtuales antes descritas.

Reafirmamos lo expresado acertadamente por Prado Saldarriaga, incoando la modi-

ficación del artículo tercero con el ánimo de dar apertura a la inclusión del término *monedas virtuales*, que abarca toda clase de monedas, sean estas convertibles o no convertibles.

Luego de haber escudriñado los posibles vacíos o inconsistencias de la norma objeto de evaluación, se hace necesario exigir que todos los operadores de criptomonedas acondicionen sus sistemas y emulen el *blockchain*. De esa forma, se reconducirá la manera como vienen siendo utilizadas las monedas virtuales.

Es bien sabido que el derecho penal no ha sido concebido para brindar soluciones a la problemática social, porque exigirle ello distorsionaría desmesuradamente su finalidad. No obstante, las sanciones más severas se encuentran reguladas en dicho cuerpo normativo y complementos legales siempre que se vulneren bien o intereses jurídicos penalmente protegidos, lo que nos invita a pensar que no siempre el lavado de activos se cometerá mediante las formas conocidas hasta el momento.

Internet está en todas las esferas de la vida, no solo de los que comprenden el mundo tecnológico, sino de aquellos que mantienen una posición incipiente. Este delito viene siendo sometido a diversas modalidades para evitar ser detectado por las autoridades. En este caso se ha mostrado la vulnerabilidad de los ciberespacios desprovistos de regulación o inexactitud en los mismos, susceptibles de utilizarse como monederos virtuales de criptomonedas.

VI. Conclusiones

No podemos culminar la explicación sin antes resaltar que se ha logrado acaparar algunos segmentos esenciales; empero, somos conscientes de que aún existen múltiples puntos de investigación pendientes de análisis, siendo así se hace extensiva la invitación a la comunidad jurídica para que continúe adentrándose en el fascinante campo de la ciberdelincuencia.

Uno de los compromisos del autor en anteriores investigaciones fue ahondar en el complejo y cada vez más amplio universo de la ciberdelincuencia con monedas virtuales, lo cual se ha intentado cumplir brindando esta contribución académica para generar algunos comentarios y fomentar la investigación sobre la inexplorada especialidad de la delincuencia informática.

I. Las criptomonedas son adquiridas con dinero procedente del lavado de activos, son generadas por actividades cometidas en el mundo cibernético por delinquentes informáticos y se trasladan dentro del territorio nacional en dispositivos tecnológicos mediante plataformas de conversión o casas de cambio virtuales, sin mayor control por

parte de las autoridades, convirtiéndose en una alternativa plausible el levantamiento del anonimato y adaptación de la cadena de bloques.

II. Las monedas virtuales pueden trasladarse a través de un contenedor diferente al dinero en efectivo o instrumento financiero negociable, debido a la sofisticación de la tecnología. La actual regulación se muestra retrógrada e insuficiente por la situación que vive nuestro país frente a una evidente desprotección por parte de las autoridades encargadas de perseguir esta clase de delitos. Es necesario incluir la experiencia internacional, como es el caso de las *FinTech* para combatir estratégicamente la cibercriminalidad y proteger los intereses o bienes jurídicos de relevancia penal.

III. La regulación contemplada en el artículo tercero del Decreto Legislativo 1249 que modifica el Decreto Legislativo 1106 carece de exactitud y posibilita la impunidad del traslado de criptomonedas procedentes del lavado de activos, en tanto que debería incluirse en la redacción del texto normativo el siguiente tenor: «El que transporta o traslada consigo o por cualquier medio físico o virtual dentro del territorio nacional dinero en efectivo, instrumentos financieros negociables emitidos al portador y monedas virtuales...».

Referencias

Ámbito. «Cómo comprar Bitcoins, la alternativa legal al dólar». 27 de marzo de 2022. <https://bit.ly/3D0Gw5Q>

Baena Paz, Guillermina. *Metodología de la investigación*. 3.^a edición. Ciudad de Mé-

xico: Grupo Editorial Patria. <https://bit.ly/2WjnP7B>

Chaves, José R. «Viaje al Derecho Digital». *De la Justicia*, 25 de enero de 2020. <https://delajusticia.com/2020/01/25/viaje-al-derecho-digital/>

Chávez Méndez, María Guadalupe, Karla Y. Covarrubias y Ana B. Uribe, (coord). *Metodología de investigación en ciencias sociales. Aplicaciones prácticas*. Colima, México: Universidad de Colima. <https://bit.ly/3u4Qe4p>

Forbes Staff. «Solo diez casas de cambio de criptomonedas podrán operar en Corea del Sur». *Forbes Staff*, 24 de setiembre de 2021. <https://www.forbes.com.mx/solo-10-casas-de-cambio-de-criptomonedas-podran-operar-en-corea-del-sur/>

France 24 Español. «Bitcoin: así lo usan carteles del crimen para lavar dinero (y las autoridades para desmantelarlos)». Vídeo de YouTube, 4:54. Publicado el 10 de diciembre de 2020. https://www.youtube.com/watch?v=6E__nE3eSBI&t=171s

Gallardo Urbini, Ignacio Martín. «Análisis del anonimato aplicado a criptomonedas». Tesis de licenciatura. La Plata: Universidad Nacional de la Plata, 2017. <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/68523>

France 24 Español. «Bitcoin: así lo usan carteles del crimen para lavar dinero (y las autoridades para desmantelarlos)». Vídeo de YouTube, 4:54. Publicado el 10 de diciembre de 2020. https://www.youtube.com/watch?v=6E__nE3eSBI&t=171s

Gallardo Urbini, Ignacio Martín. «Análisis del anonimato aplicado a criptomonedas».

Tesis de licenciatura, Universidad Nacional de la Plata, 2017. <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/68523>

Gallardo, Ignacio, Patricia Bazán, Patricia y Paula Venosa. «Análisis del anonimato aplicado a criptomonedas». *Revista de la Universidad Nacional de La Plata* (2019): 1201-1217. <https://bit.ly/3OQXdXA>

Gutiérrez Palacio, Juan. «El lavado de activos en la época de las criptomonedas». *Diálogos Punitivos*, 13 de febrero de 2019. <https://bit.ly/3jdYyJW>

Ley para regular las Instituciones de Tecnología Financiera. (9 de marzo 2018). http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LRITF_200521.pdf

LP - Pasión por el Derecho. «El lavado de activos bien explicado por Saul Goodman». Vídeo de YouTube, 2:30. Publicado el 25 de junio de 2019. <https://www.youtube.com/watch?v=RzUNJdggWklk>

Miró Llinares, Fernando. *El cibercrimen: fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*. España: Marcial Pons, 2012. <https://bit.ly/3n4DFSA>

Moconomy - Economía y Finanzas. «Lavado de dinero ruso, Criminal, Español, Bandas de hackers». Vídeo de YouTube, 44:52. Publicado el 22 de setiembre de 2021. <https://www.youtube.com/watch?v=PORrQR3hTQE>

Prado Saldarriaga, Víctor. «Lavado de activos mediante criptomonedas en el Perú: problemas y alternativas». *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas-Lex* (2019): 161-178. <http://dx.doi.org/10.21503/lex.v17i24.1815>

Ramírez Morán, David. «Riesgos y regulación de las divisas virtuales». *Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos* (2014): 1-14. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7639096>

Real Academia Española. «Ciberespacio». *Diccionario de la lengua española*, 17 de octubre de 2021. <https://dle.rae.es/ciberespacio>

Sentencia Plenaria Casatoria 1-2017/CIJ-433, I Pleno Jurisdiccional Casatorio de

las Salas Penales Permanente y Transitorias. (2017). <https://bit.ly/3AWCLwa>

Tantaleán, R. *Tipología de las investigaciones jurídicas*. Fundación Dialnet. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5456267>

Tinoco, N., Cajas, M., y Santos, O. Diseño de investigación cualitativa. *Editorial UTMACH*. <http://repositorio.utmachala.edu.ec/handle/48000/14209>

LOS REPARTIDORES POR *DELIVERY*: UN ANÁLISIS DE LA EXISTENCIA O NO DE RASGOS DE LABORABILIDAD SEGÚN LA LEGISLACIÓN Y LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

The distributors for delivery: an analysis of the existence or not of workability traits according to international legislation and jurisprudence

Autor: Diego Leonel Cornejo Cachay*

REVISTA
LP Derecho

Diego Leonel Cornejo Cachay

«Los repartidores por delivery: Un análisis de la existencia o no de rasgos de laborabilidad según la legislación y jurisprudencia internacional».

Revista LP Derecho.

3 (2022): 123-134.

Recibido: 20/05/2022

Aprobado: 10/08/2022

* Estudiante del X Ciclo de Derecho en la USMP. Secretario General de la Comisión de Derecho Laboral y de la Seguridad Social de la Sociedad Peruana de Derecho. Asistente legal de «Cornejo Custodio - Abogados».

 <https://orcid.org/0000-0001-9023-9709>

Resumen

El presente artículo tiene por objetivo determinar la existencia o no de rasgos de laborabilidad entre las plataformas de delivery y los repartidores, quienes ingresan en calidad de colaboradores autónomos. La propuesta metodológica consiste en empezar a conocer el actual panorama de los repartidores en las plataformas digitales de delivery, para proceder a analizar los elementos típicos del contrato de trabajo en este contexto. Seguidamente, se estudian los aportes doctrinarios y los fallos jurisprudenciales internacionales. Asimismo, se examina cuál ha sido el camino hacia la regulación desde un marco comparado, a fin de culminar definiendo la promulgación de un texto especializado como una propuesta acorde al escenario.

Palabras clave

Plataformas de Delivery – Rasgos de laborabilidad – Jurisprudencia internacional – Derechos laborales.

Abstract

The purpose of this article is to determine the existence or not of workability traits between the delivery platforms and the distributors, who enter as autonomous collaborators. The methodological proposal consists of beginning to know the current panorama of delivery people on digital delivery platforms, to proceed to analyze the typical elements of the employment contract in this context. Next, the doctrinal contribu-

tions and international jurisprudential rulings will be studied. Likewise, it examines what has been the path towards regulation from a comparative framework, in order to culminate defining the promulgation of a specialized text as a proposal according to the scenario.

Keywords:

Delivery Platforms – Labor Traits – International Jurisprudence – Labor Rights.

I. Introducción

En la historia, el primer reparto de comida a domicilio se originó en Italia alrededor de 1889, cuando los reyes Humberto y Margarita solicitaron a Raffaele Esposito prepararse y entregarse una pizza para el palacio de Nápoles. Más adelante, en 1950, los domicilios situaron su auge en Estados Unidos cuando las familias norteamericanas pasaban más tiempo en casa prestando atención al invento de la época: el televisor. Ante la reducción de las ventas, los restaurantes tuvieron la necesidad de adaptarse, creando así esta novedosa estrategia.

Con el transcurso de los años, el avance social y tecnológico impulsó el desarrollo de esta primitiva idea y, en 2007, se inventó el primer aplicativo de delivery, denominado domicilios.com. De esta manera, el delivery (se convirtió en un fenómeno global y creciente. Más adelante surgieron otras plataformas digitales, como Rappi, Glovo y PedidosYa, a las que el mercado comercial acogió rápidamente, con lo cual se generó una notable recepción entre los usuarios y consumidores.

No obstante, no todo el panorama que se observa en este ámbito es claro. Los supues-

tos atropellos y arbitrariedades contra los derechos laborales de los trabajadores de delivery empezaron a sonar en diversos países de Latinoamérica aludiendo a una supuesta precarización de sus condiciones laborales. Es así que, en varios Estados de la región, se fueron presentando casos y situaciones que han expuesto una realidad jamás pensada.

Debido a la relevancia internacional que posee el tratamiento de este problema, es necesario responder a interrogantes como ¿qué se entiende por relación laboral?, ¿se está ante la presencia de rasgos de laboralidad?, ¿verdaderamente estas plataformas digitales se configuran exclusivamente como intermediarias?, ¿los trabajadores de reparto merecen alguna protección?

La presente investigación analiza el cuadro problemático antes descrito, partiendo —en primer lugar— por abordar la situación actual del trabajo en conexión con las plataformas digitales de delivery. En una segunda parte, se estudian los elementos típicos del contrato de trabajo y el concepto de relación laboral. En tercer lugar, se efectúa el examen doctrinal y jurisprudencial comparado para conocer cuándo se configura un vínculo laboral con los indicios recogidos. Por último, se dan a conocer los avances legislativos en Latinoamérica, a fin de proponer la creación de un marco regulatorio especial en el Perú.

II. El actual panorama de los repartidores en las plataformas digitales de delivery

El mundo y los diversos sectores de su población sufrieron los estragos del grave problema sanitario por la covid-19 en distintos modos y circunstancias. En ese

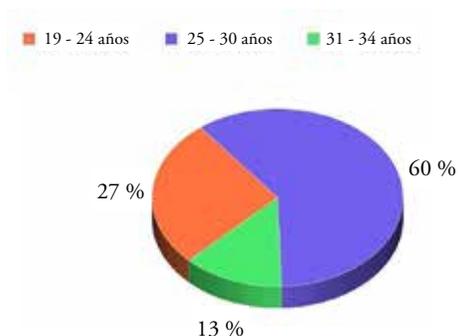
sentido, las medidas restrictivas efectuadas —en son de prever contagios— llevaron a que los productos y servicios que las empresas ofrecían decaigan considerablemente. Esto originó que el PBI no lograra el porcentaje necesario para revertir la caída del año 2020, que fue del 11,1 %.

Probablemente, trabajar en aplicativos digitales de reparto a domicilio sonó como una alternativa novedosa e innovadora en medio de la inminente odisea sanitaria. De este modo, la actividad de reparto logró destacar como una de las labores claves para la sostenibilidad económica y social.

De acuerdo con el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), en 2020 en Lima Metropolitana más de 47 000 personas empezaron a trabajar como repartidores, sumando 9000 personas al total obtenido antes de la emergencia sanitaria. Como resultado, en contraste con los primeros meses de 2019, el trabajo en el campo de las entregas a domicilio se logró ampliar en un 98 %¹.

En particular, los repartidores que conforman más de la mitad del número total de trabajadores en las diversas empresas por aplicativo de *delivery* no exceden de los 30 años de edad. Así lo ponen de manifiesto estudios como el realizado por la socióloga Alejandra Dinero Martínez, el cual utiliza un total de 30 repartidores encuestados en la ciudad de Lima. En ese sentido, el siguiente gráfico pormenoriza lo descrito.

Figura 1
Edades de los repartidores de Glovo en Lima
(febrero-octubre 2020)



Nota: Datos obtenidos de la investigación publicada por la organización internacional Friedrich-Ebert Stiftung con sede en Ecuador (2020).

Fuente: elaboración propia (2022)

Además, el Instituto Peruano de Economía² realizó un estudio estadístico focalizado en los meses de setiembre a noviembre de 2020, mediante el cual se demuestra que más del 50 % de repartidores eran mujeres y que, penosamente, solo el 71 % de los encuestados tenía estudios primarios o secundarios completos. En general, gran parte del colectivo de colaboradores fueron considerados adultos jóvenes.

Todavía cabe señalar que, en el Perú, «el 80 por ciento de los repartidores son migrantes venezolanos, seguidos por poco menos de 20 por ciento de peruanos y un porcentaje pequeño de ciudadanos colombianos, por lo que es posible concluir que es un trabajo desempeñado principalmente

1 El Comercio-Instituto Peruano de Economía, «Servicio *delivery*: número de trabajadores en Lima se duplicó durante la pandemia», *El Comercio*, 11 de enero de 2021, <https://bit.ly/385IEjy>.

2 Instituto Peruano de Economía, «Empleo a domicilio», *ipe.org*, 11 de enero de 2021, <https://bit.ly/3wslsEn>.

por extranjeros»³. Ahora bien, es el factor económico, junto a la natural necesidad de subsistencia y manutención personal o familiar, lo que exige a estas personas a redoblar esfuerzos para completar una mayor cantidad de repartos y así obtener una ganancia rentable durante el día. Lastimosamente, el 73 % de repartidores tienen como único ingreso este trabajo que llega —en múltiples ocasiones— a extenderse aproximadamente a 13 horas diarias, según el informe actualizado de la Fundación Friedrich Ebert-Perú.

La realidad misma muestra que los repartidores de *delivery* son propensos a sufrir una serie de contravenciones físicas. De conformidad con el Informe OIT denominado *The role of digital labour platforms in transforming the world of work*, la gran parte de estos trabajadores ven limitada la posibilidad de contar con beneficios básicos como un seguro contra accidentes, jubilación o pensión por invalidez.

Dicho lo anterior, las condiciones de trabajo bajo el concepto de «autonomía» se constituye en la barrera más visible para la protección de los derechos laborales. En consecuencia, la desprotección de esta comunidad y la carencia de una regulación pormenorizada, son «situaciones por las que los repartidores apelan a la conciencia de la ciudadanía en vista a la inacción de los gobiernos»⁴.

3 Sergio Llerena Caballero, «Deliveries en Perú, el empleo de los migrantes», *América Económica*, 12 de mayo de 2021, <https://bit.ly/3NpdaCP>.

4 El Salto, «Riders de todo el mundo convocan un paro internacional para denunciar su explotación laboral», *El Salto*, 21 abril 2020, <https://bit.ly/3MC79ma>.

III. Los elementos típicos del contrato de trabajo en las plataformas digitales de *delivery*

Ante la aparición de estas novedosas tendencias que revolucionan las formas tradicionales e históricas de ejercer el empleo, como resultado de la globalización y el uso de las nuevas tecnologías, es importante señalar que no existe una definición precisa del contrato de trabajo en nuestro país. Sin embargo, esta resulta factible a partir de la lectura del artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

De esta manera, bajo la mirada tradicional, se desprenden tres elementos esenciales: la prestación personal del servicio, la subordinación y la remuneración. Estos elementos han llegado a ser reconocidos en la jurisprudencia, como es la Casación 1581-97-Lima, emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia. Ello quiere decir, desde la concepción clásica, que para lograr la configuración de un vínculo laboral inmerso en un contrato de trabajo (sin importar su denominación entre las partes) implica la formación de un convenio a través del cual «una persona física (el trabajador) se obliga a poner a disposición, y consecuentemente, subordina su propia y personal energía de trabajo (su actividad) y a la voluntad o fines de otra, física o jurídica (el empleador), a cambio de una remuneración»⁵.

A su vez, dentro de la amplia jurisprudencia nacional, se ha establecido que la

5 Sanguinetti Raymond, Wilfredo. *El contrato de locación de servicios*. (Lima: Gaceta Jurídica, 2000), 103.

subordinación se convierte en el principal elemento diferenciador cuando se trata de disociar el contrato de prestación de servicios y el contrato de trabajo. Además, el rol que juegan los principios del derecho trabajo es fundamental, como enunciados básicos que agrupan y reúnen un sinnúmero de situaciones. Sirvan de ejemplo el principio de la primacía de la realidad, el principio de irrenunciabilidad de derechos y el principio protector.

Probablemente hasta este punto resulte factible determinar cuándo una persona se encontraría sujeta a una relación laboral. Sin embargo, al enfrentar la aparición de la economía colaborativa en el escenario de las plataformas digitales, el panorama cambia radicalmente. En este orden de ideas, se trata de un fenómeno que, con el uso de un aplicativo, posibilita el intercambio de servicios o bienes entre dos o más partes. Ahora bien, todas las plataformas digitales que se sumergen en esta esfera presentan tres funciones generales, no obstante sus disimilitudes: «i) vinculan a los prestadores de servicios con la demanda; ii) proporcionan herramientas y servicios comunes que permitan realizar un trabajo a cambio de una remuneración; y iii) establecen pautas de gobernanza mediante las que se recompensan buenas prácticas y se disuadan comportamientos negativos».

En la misma línea, los aplicativos o plataformas de *delivery* imponen a sus futuros «colaboradores» aceptar su registro y permanencia en calidad de autónomos, de manera previa al inicio de sus actividades. Es la precitada autonomía la causa de diversos debates a nivel nacional e internacional. Uno de los resultados de estas discusiones pone de manifiesto que se está

ante una apariencia de autonomía cuando se analizan las atribuciones de las empresas, sin importar el *nomen iuris* designado; empero, se decide —a su vez— apelar al estudio de cada caso en particular a fin de dilucidar si se hallan o no indicios suficientes de laboralidad.

Para comprender mejor, las empresas dueñas de estos aplicativos digitales sostienen que —verdaderamente— los repartidores son colaboradores autónomos y, por ende, entre estos y el aplicativo no existe relación laboral alguna. Sin embargo, ¿qué sucede, por ejemplo, cuando unilateralmente los términos y condiciones son cambiados por parte de la plataforma o cuando la aplicación hace seguimiento por GPS a los colaboradores?

En los últimos años, la realidad fáctica de este escenario continúa exhibiendo muchas formas con las que se podría desmantelar esta autonomía que se le impone a los repartidores o colaboradores. Acciones como las descritas en el párrafo precedente, ejecutadas por el mismo aplicativo, llevan a la mente del lector términos como *poder de dirección* o *subordinación*. Precisamente, una larga lista de este tipo de casos ha sido trasladada a los tribunales con el único propósito de esclarecer si esta clase de hechos presumen laboralidad.

Por encima de estas circunstancias, si bien los elementos que llegan a determinar un contrato de trabajo y, por ende, el vínculo laboral son tradicionales, estos, gracias a la capacidad de objetividad, adaptabilidad y flexibilidad que poseen, merecen un análisis exhaustivo más allá del tiempo que transcurra o de la aparición de nuevos modos de trabajo en el sistema global.

IV. Las plataformas digitales de reparto a través de la doctrina y jurisprudencia internacional

En la doctrina nacional e internacional con el debate todavía en curso, cada vez aumenta el desbalance que desfavorece a quienes intentan defender a grupos empresariales y salvaguardar la autonomía en su modo de contratación. No obstante, la intervención de los principios del derecho del trabajo, como la primacía de la realidad, la irrenunciabilidad y el principio protector, permiten la consolidación y el descubrimiento de rasgos de laboralidad entre las plataformas de reparto y sus colaboradores.

Llegados a este punto, Omar Toledo Toribio, citando al profesor de la Universidad de Valencia Adrián Todolí, destaca nuevos indicios de laboralidad emanados de la digitalización del empleo:

i) la reputación online: el nivel de valoración que tiene un cliente sobre el trabajo de una persona [...]; ii) la propiedad de la información: analizando quién es el propietario de la información respecto a los datos de los clientes, a los precios que se colocan en la plataforma virtual [...] ; iii) el *know how*: la que aporta el conocimiento es la plataforma informática y no el trabajador, que es el operador; iv) la ajenidad en la marca porque el trabajador labora bajo el paraguas de una marca ajena.⁶

6 Paul Herrera Guerra, «Existen nuevos indicios para identificar las relaciones laborales», *El Peruano*, 13 de diciembre de 2018, <https://bit.ly/3cx-JRkK>.

En concordancia con lo anterior, para Aníbal Cuadrado, docente de la Universidad Nacional de Rosario:

no se está ante nuevas formas de trabajo, sino ante nuevas maneras de ocultamiento de la relación laboral [...]. La problemática se da entonces desde dos aspectos: 1.- En la dificultad de una identificación clara y rápida del Capital Empleador, generalmente transnacional, que, escondido en el mundo digital, interpone pantallas virtuales al mundo de la realidad. 2.- En la utilización de mecanismos fraudulentos nuevos mediante el uso de una semántica discursiva estratégica y la adopción de las nuevas figuras de colaboración, con pequeñas motas de fraudes viejos.⁷

En ese sentido, como afirma la jueza laboral Isabel Torres Cadillo: «el clásico argumento de las empresas por plataforma es que se califican como proveedoras de servicios, las que, sobre una base de datos, conectan a los clientes con las prestadoras de servicios. Todo para ocultar cualquier relación de dependencia y evadir la legislación laboral»⁸. Cabe destacar que, tras la pantalla de una aplicación, se encuentran una verdadera persona jurídica y empresarios reales que se valen de personas en situación de urgencia para conseguir sus propósitos económicos y empresariales. Precisamente,

la función objetiva del derecho del trabajo no es otra que la de encauzar,

7 Aníbal Cuadrado. «Jurisprudencia internacional sobre trabajo organizado por plataformas digitales (APPS)», *Revista de Derecho Laboral*, Tomo 1. (2020).

8 Isabel Torres Cadillo, «El repartidor y una app de delivery», *Revista de Derecho Procesal del Trabajo*, 3 (2021): 181-193.

dentro los límites legales, el conflicto instaurado entre los protagonistas del intercambio de trabajo por capital, es decir, trabajadores y empresarios; y asegurar con ello su permanencia (y legitimidad) en el sistema jurídico de que se trate. Esta función es objetiva en tanto que, sin importar las variaciones que sufran sus componentes —por ejemplo, el estallido de la empresa y el empoderamiento de los trabajadores—, su fin será siempre el mismo.⁹

En esa directriz, en distintos países de América Latina y Europa ya existen casos jurisprudenciales en los que se desarrollan criterios relevantes, se reconoce la relación laboral en los aplicativos digitales de reparto y se otorgan beneficios sociales negados durante mucho tiempo.

De esta manera, el Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en la Sentencia 1818 del año 2019, hace referencia en uno de sus fundamentos a que:

el falso trabajo por cuenta propia se produce cuando una persona es declarada como trabajador por cuenta propia aun cuando se cumplen las condiciones propias de una relación laboral, con el fin de evitar determinadas obligaciones jurídicas o fiscales. Estos trabajadores deben entrar en el ámbito de aplicación de la presente Directiva. La determinación de la existencia de una relación laboral debe guiarse por los hechos relativos al trabajo que realmente

se desempeña, y no por la descripción de las partes de la relación.¹⁰

Asimismo, el Juzgado de lo Social de Valencia (España) estableció mediante la Sentencia 40 del año 2020, en el denominado caso «caso Delivery», que los repartidores mantenían un vínculo laboral como asalariados con la empresa a partir de la existencia de indicios de laboralidad como la geolocalización, el monitoreo de los repartos, la fiscalización mediante el uso de tecnologías y la fijación de condiciones y tarifas con los restaurantes afiliados.

De igual modo, en Concepción (Chile), el Tribunal del Trabajo expidió una resolución en la cual se logra reconocer a un colaborador del aplicativo PedidosYa como un trabajador de esta empresa, brindándole los derechos y beneficios de ley. Además, se llegó a indicar que el *riders* no organiza por su cuenta la actividad productiva, ni mucho menos negocia el precio o las condiciones; por tanto, es carente de autonomía. Recientemente, el Tribunal Laboral de Apelaciones de Nicaragua, a través de la Sentencia 172 del 24 de agosto de 2022, puso al descubierto la simulación contractual como una de las prácticas más comunes efectuadas por las empresas de pedidos en dicho país. El precitado organismo ordenó pagar a una empresa de reparto por aplicativo la suma de 7199.84 córdobas a un colaborador motorizado por concepto de aguinaldo, indemnización por período trabajado y vacaciones.

Los fundamentos de la sentencia nicaragüense desarrollan criterios relevantes dig-

9 Luis Bravo Senmache, «A propósito de su inminente reactivación: ¿los “riders” de delivery de comida son trabajadores subordinados o autónomos?», *LP-Pasión por el Derecho*, 21 de abril de 2020, <https://bit.ly/380K39M>.

10 Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social, 2019. Sentencia 1818 expedida con fecha 25 de agosto de 2019.

nos de ser considerados:

- En primer lugar, establece que, para estos casos, la subordinación posee tres elementos sustanciales: i) técnico, cuando el colaborador acoge instrucciones para efectuar el servicio; ii) económico, cuando el salario pagado es vital para su subsistencia; iii) disciplinario, cuando el empleador impone sanciones y obligaciones al repartidor.
- En segundo lugar, se indica que es fundamental no solo analizar la denominación y el texto del contrato, sino que es transcendental observar detalladamente la realidad material en la forma de la ejecución de servicios para que, de ese modo, se evidencie la concurrencia de los elementos universales de toda relación laboral.

Llegados a este punto, se ha podido reconocer que los tres elementos principales del contrato de trabajo, a pesar de la flexibilidad que las nuevas épocas imponen, aún permanecen para reafirmar la existencia del vínculo laboral de los repartidores con los aplicativos móviles. En síntesis:

la tutela social que se encuentra aneja al contrato de trabajo exige de parte de los tribunales y de los operadores del derecho un análisis riguroso de los elementos que confluyen en una relación personal de prestación de servicios, que permita lograr la meta del trabajo decente, que es condición indispensable del desarrollo económico con inclusión social.¹¹

¹¹ Luz Pacheco-Zerga, «Los elementos esenciales del contrato de trabajo», *Revista de Derecho UDEP*, 13 (2012): 29-54.

V. El camino hacia la regulación desde un marco comparado

En Latinoamérica aún se suscitan extensos debates legislativos en busca de la norma adecuada que no solamente permita regular y mantener la flexibilidad de este tipo de relaciones laborales, sino que, a su vez, prime la seguridad y salud del repartidor, se otorgue una remuneración proporcional y beneficios sociales. Lamentablemente, hasta que se pueda conseguir la promulgación de algún texto normativo, los derechos laborales, la legislación interna y la protección del trabajador continúan quedando en el vacío.

Esto se manifiesta en los reiterados actos de protesta realizados por los repartidores en sus propios países. Pongamos por caso, el paro internacional realizado el 8 de octubre de 2020 en quince países (Japón, Alemania, Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, España, Estados Unidos, Francia, Italia, México, Nigeria y Perú). Se suma lo ocurrido dos meses después en el Perú, donde un amplio grupo de trabajadores de la empresa Rappi protestó para exigir mejores beneficios en el trabajo en el que se encuentran.

Conviene resaltar que el presente problema —al igual que muchos otros— no es una consecuencia de la pandemia por el nuevo coronavirus. Los antecedentes relacionados lo muestran así: cuando en Bogotá, Colombia, hacia el mes de julio de 2019 un numeroso conjunto de repartidores del aplicativo Rappi quemaron sus mochilas anaranjadas frente a las oficinas de dicha empresa con el propósito de exigir la responsabilidad y compromiso de esta en caso sufrieran accidentes o padeciesen de alguna

enfermedad producto de las condiciones de trabajo a las que estaban sometidos.

Como estas, son varias las situaciones en las que los trabajadores manifiestan su malestar e indignación con los grupos empresariales que, a la par de quebrantar la ley, vulneran derechos y evaden responsabilidades asumiendo que estas personas se configuran como repartidores autónomos. En este punto conviene plantear la siguiente pregunta: ¿es necesario y urgente que cada país, de manera interna, formule y promulgue un texto normativo que regule las relaciones laborales en este ámbito?

Para una parte del sector involucrado es probable que esta propuesta no resulte siendo la más idónea, en razón de que se reducirían «los espacios para aquellos trabajadores que desean un régimen laboral más flexible, a sus propias horas y en sus propias condiciones»¹² y, por ende, se pasaría —supuestamente— a un régimen laboral «rígido». Además, alegan, se producirían mayores sobrecostos a la actividad, lo que llevaría a la escasez de este tipo de servicios o al aumento del costo de estos.

En esta línea, términos como *sharing economy*, «economía colaborativa» o «economía de las plataformas», cobran vida porque son estas las que se encuentran íntimamente ligadas con los aplicativos o plataformas digitales de servicios de *delivery*. Empero, no son más que «nuevas formas de realizar el trueque utilizando las nuevas tecnologías o una actividad de comercio tradicional al que se ha unido la ventaja de

la digitalización»¹³.

Y, «aunque la economía de plataformas ofrece nuevas oportunidades para generar ingresos —y cumple un rol de contención social frente al desempleo y la subocupación—, genera retos desde el punto de vista regulatorio y desafía el alcance de las normas laborales, fiscales y de protección a los trabajadores»¹⁴. Pese a ello, no se puede permitir —de ningún modo— que esta clase de modalidades de trabajo lleven consigo la trasgresión de los principios del derecho del trabajo y de los derechos laborales que, por esencia, son universales.

Por esta razón, los gobiernos estatales de la gran parte de países latinoamericanos pusieron en marcha la redacción de proyectos legislativos adecuados a la urgente problemática esbozada. Solo Argentina ha logrado convertir en ley su proyecto para regular la actividad de repartidores, mensajeros y aplicaciones de *delivery*. El referido texto normativo dispone el otorgamiento de seguros, la prohibición del sistema de incentivos, la supresión de todo castigo hacia los trabajadores por parte de los empleadores y ordena que los repartidores deben estar habilitados para empezar a realizar sus actividades. En 2020, en Colombia nació un nuevo proyecto de ley, coordinado por la Consejería Presidencial para la Transformación Digital. Dicho proyecto

12 El Comercio, «La regulación del delivery», *El Comercio*, 29 de abril de 2019, <https://bit.ly/3NiSxZ0>

13 Juan Gorelli Hernández, «Indicios de laboralidad en el trabajo a través de plataformas (“crowdsourcing offline”)», *Revista de Derecho Social* 86 (2019): 39-62.

14 Javier Madariaga, César Buenadicha, Erika Molina, Christoph Ernst y BID Lab, «Economía de plataformas y empleo ¿Cómo es trabajar para una app en Argentina? Resumen ejecutivo», *Banco Interamericano de Desarrollo*, 01 de mayo de 2020. <https://bit.ly/3sRNdUz>.

legislativo contiene dos objetivos principales: a) definir la relación jurídica entre los repartidores y las plataformas digitales por medio de un contrato, el cual tendrá que ser formalizado en un documento digital o físico; y b) brindar prestaciones sociales básicas como un seguro por riesgos de trabajo, una pensión y un seguro de salud.

Inicios de 2021, en Chile fueron dos los proyectos que se discutieron en el Congreso. El primero, presentado por la Comisión de Trabajo del Senado y el segundo, por los diputados Giorgio Jackson, Maite Orsini, Gael Yeomans y Raúl Soto; sin embargo, ninguno de los dos consiguió el respaldo necesario para continuar sus respectivos caminos legislativos.

De igual forma, en Brasil se persigue la creación de un proyecto de ley que reconozca la relación de empleo en este sector, y cuya solicitud —específicamente— proviene de la Procuraduría brasileña, la cual exige se otorguen las garantías esenciales de todo empleado con contrato formal, como aportes a la seguridad social, horas extras, vacaciones, primas de navidad y dominicales.

En el Perú, el Proyecto de Ley 7567 fue aprobado por el Parlamento en primera votación; no obstante, por diversos factores, este no prosperó. En particular, se proponía otorgar seguro contra accidentes, seguro de salud, pago anual de 1 UIT por gastos de equipamiento personal, revisiones técnicas, además de un pago no menor al 90 % por el servicio que paga el usuario final. Se señalaba también: «En caso de incumplir con estos requisitos mínimos, constituirá una infracción administrativa

sujeta a las sanciones correspondientes, como establece el artículo 33 de la Ley 28806, Ley General de Inspección del Trabajo»¹⁵.

En definitiva, la mayoría de los proyectos o iniciativas legislativas antes expuestos demuestran la urgencia de establecer caminos viables que permitan solucionar aquellos factores que —a lo largo de los últimos años— han sido denunciados en mayor nivel por los propios repartidores en América Latina y el resto del mundo.

VII. Consideraciones finales

A lo largo de la presente investigación se ha efectuado un análisis concreto del escenario que se presenta entre las plataformas digitales y los «colaboradores» o repartidores, demostrándose —con el apoyo del amplio conjunto de rasgos o indicios de laboralidad desarrollados por la doctrina y jurisprudencia internacional— el hallazgo de un vínculo laboral entre ambas partes, y la configuración, en diversas ocasiones, de una apariencia contractual promovida por las empresas que priorizan la reducción de costos y el aumento de sus niveles de productividad.

Dicho lo anterior, la vulnerabilidad comprobada a la que se encuentran expuestos los repartidores o «colaboradores» debería ser un punto de urgente atención en la agenda legislativa de cualquier país. En este sentido, ante la carencia de fallos jurisprudenciales en diversas regiones, es indispensable la emis-

15 El Comercio. «Congreso de la República aprobó ley que reconoce derechos laborales a trabajadores de “delivery”», *El Comercio*, 16 de julio de 2021. <https://bit.ly/3yPLp28>

ión de un texto normativo especializado que consume un estudio exhaustivo de parte de los organismos autorizados de cada Estado, para que —independientemente— se logre la regulación de estos modelos de trabajo y negocios surgidos de una economía colaborativa creciente.

Finalmente, es preciso destacar que la promulgación legislativa no va a significar la erradicación total del problema. Por el contrario, se convierte en el primer peldaño para persistir en la salvaguarda de los derechos laborales y la promoción de la seguridad y salud de todo trabajador para un trabajo digno. En suma, la intervención de las nuevas tecnologías en el campo del derecho del trabajo siempre va a requerir del legislador una intervención oportuna y eficaz.

Referencias

- Acurio Salazar, Gabriel. «Caso riders», empresas por aplicativo sin corona ni virus: en busca de una urgente y necesaria regulación laboral en tiempos de pandemia». *La Ley*, 10 de junio de 2020. <https://bit.ly/3wENWcL>.
- Bravo Senmache, Luis. «A propósito de su inminente reactivación: ¿los “riders” de delivery de comida son trabajadores subordinados o autónomos?». *LP-Pasión por el Derecho*, 21 de abril de 2020, <https://bit.ly/380K39M>.
- Cuadrado, Aníbal. «Jurisprudencia internacional sobre trabajo organizado por plataformas digitales (APPS)». *Revista de Derecho Laboral*, Tomo 1. 2020.
- Dinegro Martínez, Alejandra. «El mercado laboral peruano y las plataformas de delivery: ¿qué dicen los derechos laborales?». En *Precarización laboral en plataformas digitales. Una lectura desde América Latina*. Editado por K. Hidalgo Cordero y C. Salazar Daza. Lima: Friedrich-Ebert-Stiftung Ecuador FES-ILDIS, 2020, 69-82. El Comercio. «La regulación del delivery». *El Comercio*, 29 de abril de 2019. <https://bit.ly/3NiSxZ0>.
- El Comercio. «Congreso de la República aprobó ley que reconoce derechos laborales a trabajadores de “delivery”». *El Comercio*, 16 de julio de 2021. <https://bit.ly/3yPLp28>.
- El Comercio – IPE. «Servicio delivery: Número de trabajadores en Lima se duplicó durante la pandemia». *El Comercio*, 11 de enero de 2021. <https://bit.ly/385lEjy>.
- Gorelli Hernández, Juan. «Indicios de laboralidad en el trabajo a través de plataformas (“crowdsourcing offline”)». *Revista de Derecho Social*, 86 (2019): 39-62.
- Instituto Peruano de Economía. «Empleo a domicilio». *ipe.org*, 11 de enero de 2021, <https://bit.ly/3wslsEn>.
- Llerena Caballero, Sergio. «Deliveries en Perú, el empleo de los migrantes». *América Económica*, 12 de mayo de 2021. <https://bit.ly/3NpdaCP>.
- Madariaga, Javier, César Buenadicha Sánchez, Erika Molina, Christoph Ernst y BID Lab. «Economía de plataformas y empleo. ¿Cómo es trabajar para una app en Argentina? Resumen ejecutivo». *Banco Interamericano de Desarrollo*, 1 de mayo de 2019. <https://bit.ly/3sRNdUz>.
- Pacheco-Zerga, Luz. «Los elementos esenciales del contrato de trabajo». *Revista de Derecho UDEP*, 13 (2012): 29-54.

Sanguinetti Raymond, Wilfredo. *El contrato de locación de servicios*. Lima: Gaceta Jurídica, 2000.

Secretaría Nacional de la Juventud y Ministerio de Educación. «Así nos encontró: las juventudes peruanas ante la pande-

mia». 1 de mayo de 2021. <https://bit.ly/3MAKQNG>

Torres Cadillo, Isabel. «El repartidor y una app de delivery». *Revista de Derecho Procesal del Trabajo*, 3 (2021): 181-193.