



REVISTA

LP Derecho

AÑO 2 • NÚMERO 4 • FEBRERO 2023

Director:

Juan Carlos Valdivia Cano

Director Fundador:

Carlos Ramos Nuñez (+)



Pasión por el
DERECHO

REVISTA LP Derecho

AÑO 2 • NÚMERO 4 • FEBRERO 2023

DIRECTOR

Juan Carlos Valdivia Cano

DIRECTOR FUNDADOR

Carlos Ramos Núñez (+)

COMITÉ EDITORIAL

Mario Castillo Freyre
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 Abanto Revilla
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
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
Christian Marcelo Donayre Montesinos
Pontificia Universidad Católica 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 4

Febrero 2023

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



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 4 • Febrero 2023

Presentación

Juan Carlos Valdivia Cano

5

CONSTITUCIONAL

La virtud del silencio: sobre la incompletitud y el contenido implícito de las constituciones en las reformas constitucionales

Rodrigo René Cruz Apaza

10

La aplicación del control de convencionalidad en el Perú y la teoría del margen de apreciación

Manuel Gonzalo Lupa Yucra, Jessica Natalia Huarca Hurtado

38

Una necesaria inclusión del enfoque de derechos humanos en la reestructuración del tipo penal de trata de personas

Bianca Alexandra Zuñiga Siguas

58

La regulación jurídica de la consulta previa en el Perú: algunos apuntes críticos en torno a la Sentencia 27/2022 y otros pronunciamientos relevantes del Tribunal Constitucional

Rodrigo Walter Orcotorio Figueroa

76

ADMINISTRATIVO

La carga de la prueba y el deber de motivar, una crítica al criterio del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Irving Daniel Chávez Guevara 90

PENAL

Las máximas de la experiencia y su aplicación en el proceso penal peruano

Carlos Ordaya López 118

LABORAL

Mujeres en el trabajo: análisis de las desigualdades salariales, desde una perspectiva comparada entre Brasil y Perú

Maria Cecília Máximo Teodoro, Maria Luiza Simplício Rodrigues 138

Presentación

El primer artículo de esta nueva entrega de nuestra revista lleva por título «La virtud del silencio sobre la incompletitud y el contenido explícito de las constituciones en las reformas constitucionales», de Rodrigo René Cruz Apaza. El autor considera la constitución desde una relación de género a especie, como una norma más, si bien no una norma *igual* a las demás. Nos recuerda Cruz Apaza que estos textos normativos ocupan hoy el pináculo de una pluralidad de sistemas jurídicos, por cuanto se los dotó históricamente de dos caracteres distintivos: supremacía y fundamentalidad. En razón de estas dos cualidades, las constituciones presentan disimilitudes en materia de valores y funciones con respecto a la variedad y variabilidad de opiniones jurídicas: son cuerpos normativos incompletos, señala el autor, pues ostentan preceptos no considerados expresamente en su texto (artículo 3 de la Constitución). No obstante, esta naturaleza peculiar de las normas fundamentales de los Estados fue ninguneada o incomprendida, y postergada por políticos, profanos y por algún sector doctrinario del derecho; las consecuencias tóxicas de no atender estas dos exigencias constitucionales son patentes: por ejemplo, la hipertrofia normativa de los textos constitucionales. Dado que, desde el año 2019, se observa un ambiente propenso a reformas constitucionales en Iberoamérica, el propósito de este estudio es abordar la importancia de esa incompletitud, así como las normas implícitas de las constituciones. Siendo estas las categorías centrales de análisis e interpretación, la investigación adopta una perspectiva cualitativo-valorativa, aplicada a través del método bibliográfico-doctrinal y la técnica de la observación interpretativa.

En el segundo artículo, denominado «La aplicación del control de convencionalidad en el Perú y la teoría del margen de apreciación», Manuel Gonzalo Lupa Yucra y Jessica Natalia Huarca Hurtado empiezan por definir dicho control como un mecanismo que otorga eficacia directa al bloque de convencionalidad. Este y el artículo anterior nos plantean el abisal problema

del papel de la subjetividad y las posibilidades de objetividad en las opiniones y decisiones jurídicas. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha moldeado esta institución a partir de sus sentencias y opiniones consultivas. El artículo de Lupa y Huarca pretende efectuar un estudio aplicando de manera preferencial el método de interpretación sociológico. En consonancia, se examinan desde esta perspectiva los casos más significativos en los que se ha aplicado el control de convencionalidad, entre los cuales tenemos: Barrios Altos (1995), Portilla Guarniz (2017), Anticonceptivo oral de emergencia (2019) y Paredes Piqué (2019). Habría que comprobar si la decisión del juez nacional, en los citados casos, ha sido consistente con una protección efectiva de los derechos humanos, o si más bien se debió aplicar lo que en la teoría jurídica se denomina «margen de apreciación», lo que implicaría un alejamiento del criterio de la Corte Interamericana.

En el tercer artículo, bajo el sugestivo encabezado de «Una necesaria inclusión del enfoque de derechos humanos en la reestructuración del tipo penal», Bianca Alexandra Zúniga Siguan plantea la problemática relativa a determinar si las legislaciones punitivas en materia del delito de trata de personas responden a los nuevos retos que supone la aplicación del enfoque de derechos humanos a dicha problemática. En ese sentido, aplicando el método comparativo y un enfoque cualitativo, se analiza —pero, inevitablemente, también se interpreta— en primer lugar, lo relacionado con los problemas existentes en torno al delito de trata de personas, para emprender luego un cotejo de diversas legislaciones de Latinoamérica y España que tipifican el referido tipo penal. Ello a efectos de determinar si se corresponden *efectivamente* con los estándares internacionales para la elaboración de estrategias en la lucha contra la trata de personas o si reclaman ser reevaluadas considerando las nuevas coordenadas que rodean la comisión de este delito.

En el artículo intitulado «La regulación jurídica de la consulta previa en el Perú: algunos apuntes críticos en torno a la Sentencia 27/2022 y otros pronunciamientos relevantes del Tribunal Constitucional» de Rodrigo Walter Orcotorio Figueroa, el autor diserta sobre el derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, en razón de que ha sido un tema de viva discusión por nuestros tribunales de justicia. Desde la promulgación de la Ley de Consulta Previa y su reglamento, el Tribunal Constitucional ha establecido una línea interpretativa que desconoce los estándares internacionales más favorables y equitativos, sobre todo a partir del severo impacto de las industrias extractivas en los territorios de los pueblos indígenas. Así,

en su contribución, Orcotorio Figueroa parte del marco internacional y nacional del derecho a la consulta previa. Seguidamente, enumera, describe, analiza e interpreta las decisiones adoptadas por el máximo interprete constitucional, con énfasis en la Sentencia 27/2022. Cierra su estudio el autor ofreciendo una serie de conclusiones y reflexiones que invitan al debate y al enriquecimiento doctrinario de una materia que, por supuesto, no se agota en lo formalmente jurídico, pero que sí demanda una respuesta por parte de nuestra disciplina.

En el quinto artículo del presente número, Irving Daniel Chávez Guevara se explaya en torno a «La carga de la prueba y el deber de motivar: una crítica al criterio del Tribunal de Transparencia». Como el título lo señala, el autor se centra en la formulación de un cuestionamiento propositivo de uno de los criterios esgrimidos por el Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Este colegiado, como nos lo recuerda el autor, es un órgano resolutorio de segunda instancia encargado de resolver recursos de apelación. Empieza considerando a la primera instancia administrativa del procedimiento como parte contendiente que tiene la *obligación de probar* la naturaleza reservada de la información ante una denegatoria. En tal sentido, ahonda en el carácter (la «naturaleza») del procedimiento administrativo de acceso a la información pública, evaluando los sujetos partes y sus legitimidades, y realzando la diferencia entre la *facultad de probar* y el *deber de motivar*, una labor que va mucho más allá del simple conocimiento de las reglas jurídicas y las leyes, para situarnos en el problema maestro de la diferencia entre los actos de conocimiento y los actos jurídicos, que son actos de valor, de apreciación, de estimación, a partir de un intento de regulación de conductas. Asimismo, Chávez Guevara se propone asignar los roles correspondientes en el procedimiento, tanto al administrado solicitante como a las instancias decisoras; de esta manera, procura demostrar que, al amparo de la teoría general del proceso y la naturaleza del procedimiento administrativo general, la postura del mencionado Tribunal debe cambiar.

«Las máximas de la experiencia y su aplicación en el proceso penal, como criterio de valoración de la prueba en el proceso penal peruano», es el encabezado del sexto artículo de este número. En él, Carlos Ordaya Lopez llama la atención sobre la falta de una jurisprudencia uniforme con relación al instituto procesal de las máximas de la experiencia, incluso en la máxima instancia, así como señala la inexistencia de una doctrina consolidada por nuestros procesalistas, vista la indeterminación del concepto. Debido a

esta situación —nos dice el autor— ha surgido toda una problemática en la construcción de las máximas de la experiencia como auxilio valorativo de determinado hecho en un proceso penal, lo que suele llevar a errores judiciales que se intentan subsanar en la Corte Suprema o en las instancias superiores. Así, existen numerosos casos que llaman la atención dentro de la comunidad jurídica, en los cuales la construcción va de la mano con los prejuicios, sesgos o estereotipos que puede tener el juez al momento de emitir su decisión y que configuran una problemática latente que esperemos sea superada o corregida con el aporte de la doctrina especializada. O del aporte de cualquier amante del derecho que se atreva a (re)plantear este interesante y hondo problema, para el que quiera verlo: «el margen de apreciación».

En este último artículo de esta entrega, el sétimo, «Mujeres en el trabajo: análisis de las desigualdades salariales, desde una perspectiva comparada entre Brasil y Perú», María Cecília Máximo Teodoro y María Luíza Simplicio Rodrigues, investigadoras brasileñas, buscan plantear la cuestión de las desigualdades salariales desde la perspectiva del Sur global. A pesar de los notorios avances, la desigualdad de género en el mundo del trabajo es un problema persistente, especialmente en la región latinoamericana, donde a esta compleja situación se suman otros frentes de derechos humanos y fundamentales puestos en riesgo. El estudio ofrece un análisis comparado de las disposiciones legales de Brasil y Perú relativas a la protección del trabajo de las mujeres. De manera novedosa, las autoras destacan los aportes y posibilidades que ofrece un enfoque *decolonial* como herramienta epistémica para promover realmente la igualdad de género, con el objetivo principal de resaltar los aspectos que demandan observarse con miras a un cambio práctico y real.

Confío, dando *por de contado* el rigor y la solvencia de los autores, que este cuarto número de la *Revista LP Derecho* no solo será un vehículo de planteamientos, ideas y conocimiento, sino que avivará el debate y el estimulará entre los lectores un intercambio de puntos de vista sobre los temas aquí tratados, todos ellos —a su modo— prestos a la discusión, en el mejor y más alto sentido del término.

Juan Carlos Valdivia Cano

Director de la *Revista LP Derecho*

REVISTA
LP Derecho

Artículos



LA VIRTUD DEL SILENCIO: SOBRE LA INCOMPLETITUD Y EL CONTENIDO IMPLÍCITO DE LAS CONSTITUCIONES EN LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES

The virtue of silence: on the incompleteness and implicit content of Constitutions in constitutional reforms

Autor: Rodrigo René Cruz Apaza*

REVISTA

LP Derecho

Rodrigo René Cruz Apaza

«La virtud del silencio: sobre la incompletitud y el contenido implícito de las constituciones en las reformas constitucionales».

Revista LP Derecho.

4 (2023): 10-37.

Recibido: 17/07/2022

Aprobado: 16/01/2023

Resumen

Desde una perspectiva de género a especie, la constitución es una norma más, pero no una norma igual a las demás; estos textos normativos ocupan en la actualidad el pináculo de una pluralidad de sistemas jurídicos por cuanto se las dotó de dos caracteres distintivos: supremacía y fundamentalidad. En razón de estas dos cualidades, las constituciones presentan disimilitudes en materia de nomografía con respecto a otras normas: son cuerpos normativos incompletos que ostentan preceptos no avistables expresamente en su texto. No obstante, esta naturaleza peculiar de las normas fundamentales de los Estados fue postergada o incomprendida por políticos, profanos, y por algún sector doctrinario del derecho; las ramificaciones de no atender estas dos exigencias son patentes: la hipertrofia normativa de los textos constitucionales. Dado que, desde el año 2019, se observa un ambiente propenso a reformas constitucionales en Iberoamérica, el propósito de este escrito es abordar la importancia de la incompletitud y las normas implícitas de las constituciones; siendo estas las categorías centrales de análisis, la investigación adopta una perspectiva cualitativa, secundada por el método bibliográfico-doctrinal y la técnica de la observación.

Palabras clave:

contenido implícito, reforma constitucional, constitución

* Abogado y maestrando en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad Mayor de San Simón, investigador independiente, autor de libros y artículos en materia constitucional y procesal constitucional publicados en revistas nacionales y extranjeras de Derecho: *Revista de Derecho EAE*, *Revista Jurídica de la Escuela de Jueces del Estado*, *Revista Con-Sciencias Sociales*, *Revista de Derecho de la U.C.B. – U.C.B. Law Review*, *Revista LP Derecho* (Perú), y *Revista Justicia(s)* (Ecuador), y miembro de la Asociación peruana IUXTA-LEGEM. Correo electrónico: rodriggcruz@gmail.com

 <http://orcid.org/0000-0003-1043-5932>.

Abstract

From a genus-to-species perspective, the Constitution is one more norm, but not a norm equal to the others; these normative texts currently occupy the pinnacle of a plurality of legal systems because they are endowed with two distinctive characteristics: supremacy and fundamentality. It is because of these two qualities that Constitutions present dissimilarities in terms of nomography with respect to other norms: they are incomplete normative bodies that contain precepts not expressly provided for in their text. However, this peculiar nature of the supreme and fundamental norms of the States was postponed or misunderstood by politicians, laymen, and by some doctrinaire sector of Law; the ramifications of not attending to these two requirements are already patent: the normative hypertrophy of the constitutional texts. Due to the fact that since 2019 an environment prone to constitutional reforms is observed in Ibero-America, the purpose of this paper is to address the importance of incompleteness and the implicit norms of constitutions; these being the central categories of analysis, the research adopts a qualitative perspective, supported by the bibliographic-doctrinal method and the observation technique.

Keywords

implicit content, constitutional reform, Constitution

1. Introducción

La aspiración de la plenitud del sistema jurídico es una mera afición decimonónica propia de juristas del derecho continental que tendieron a sostener la ausencia de lagunas. No obstante, el legalismo del siglo XIX aún puede ufanarse de pervivir en diversas facultades de derecho de las universidades iberoamericanas.

Por su parte, el constitucionalismo es una corriente jurídico-política que germinó y cristalizó en los Estados Unidos, y que en la actualidad campea como el sistema

político predilecto de las democracias en el mundo. Este paradigma ostenta ribetes particulares que lo distinguen y contraponen al legalismo, lo que ha ocasionado que se entable una tensión cuya resolución solo admite un vencedor: o es la ley la norma suprema y fundamental del Estado o lo es la constitución; no hay término medio. Empero, debido a la resistencia de la tesis de la constitución como norma superlativa y básica del Estado (recuérdese la concepción de la misma como mera carta política) y la errónea comprensión de las particularidades de la nomografía constitucional, el constitucionalismo ha sido afectado por la falacia de la plenitud del sistema jurídico. Se tiene la impresión de que algunos textos constitucionales del siglo XXI pretendieran agotar regulativamente toda la experiencia constitucional de su país.

En razón de lo advertido, juzgamos imprescindible *reconsiderar* dos tesis fundamentales en materia constitucional que, por el devenir del tiempo, han sido dejadas en el tintero: primero, que la constitución es en esencia una estructura normativa incompleta; y segundo, que las disposiciones que integran la constitución no se restringen al documento que se nos presenta con ese rótulo. El móvil que nos impelió a abordar estas dos tesis atingentes al texto constitucional es la atmósfera de promoción de reformas constitucionales que empezó a visualizarse en nuestra región desde 2019.

Para satisfacer el propósito delimitado en la presente investigación, será menester realizar una prospección fundamentalmente cualitativa, aplicando la metodología bibliográfico-doctrinal (para la colecta

de información), así como la técnica de la observación (con el fin de reforzar el estudio con datos empíricos). En ese orden de ideas, se dará principio al buceo con el análisis de la relación entre constitucionalismo y el legalismo, las connotaciones del imperio de la constitución, la no plenitud y la materia constitucional no perceptible textualmente; estos tópicos nos permitirán reflexionar sobre la incidencia de la incompletitud y de la invisibilidad en las reformas constitucionales, así como sobre los defectos y ramificaciones constitucionales que se suscitan al ser postergadas. El desarrollo capitular culminará abordando la tipología constitucional vigente en Iberoamérica, la cual es fruto de la virtud del silencio de la constitución.

2. Legalismo/constitucionalismo

Los términos *constitucionalismo* y *legalismo* son esgrimidos para denotar una tipología de sistema jurídico¹; en cada uno se puede observar la predominancia de una determinada normativa: ora la constitución, ora la ley. Empero, dado que la expresión *predominancia* no es susceptible de admitir dos titulares, es menester adoptar una sola concepción jurídica.

2.1. Legalismo

El vigor del legalismo pudo apreciarse particularmente en Europa continental por la erección del Estado legal (liberal) de derecho, modelo de organización política producto del triunfo de la Revolución Francesa que hizo hincapié en el principio

del «imperio de la ley», el cual se desarrolló a su vez en el principio de legalidad².

Antes de proseguir, conviene señalar que Inglaterra no fue ajena al propósito de entronizar la ley como precepto regulador de la vida social, ya que el órgano productor de dicha norma (el parlamento) se posiciona como el «centro del poder»³; recuérdese además los aforismos de la *rule of law* y que la ley puede hacer «todo menos convertir a un hombre en mujer»⁴.

Convencidos de la importancia de la ley, se desarrolló en Europa un proceso de codificación durante los siglos XVI-II y XIX, del cual el código napoleónico «representa la culminación y el paradigma»⁵.

La estima por la legalidad alcanzó tales niveles que la ley alcanzó el rango de norma estelar del sistema jurídico; los efectos de esta situación se pueden observar hogaño: «La legislación ha invadido todos los ámbitos de la existencia humana»⁶. Considerando la realidad legal vigente, algunos autores, como Gustavo Zagrebelsky, sostienen que el Estado se

1 Robert Alexy, *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 2004, 159.

2 Boris Barrios Gonzales, *Introducción al constitucionalismo*. San José: Investigaciones Jurídicas, 2010, 24.

3 Pedro A. Hernández Chávez, «Análisis constitucional de los regímenes de gobiernos contemporáneos», *Gaceta Constitucional*, n.º 62 (2013), 244.

4 Joaquín García Morillo, «Mitos y realidades del parlamentarismo», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 9 (1991), 122.

5 Carlos Ramos Núñez, «El código napoleónico: fuentes y génesis», *Derecho & Sociedad*, n.º 49 (2017), 153.

6 Gustavo Zagrebelsky, «La ley, el derecho y la constitución», *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 21, n.º 72 (2004), 13.

configura desde hace tiempo es una *machina legislatoria*⁷.

No obstante los beneficios del imperio de la ley para frenillar el despotismo de los monarcas europeos (verbigracia, en Inglaterra), el desmedido afecto por ella fue instrumentalizado para implantar una obediencia ciega e incuestionable a sus determinaciones, aun cuando esta no tuviera legitimidad. Así lo expresó Bergbohm cuando afirma que «la ley más infame tiene que ser reconocida como obligatoria desde el momento en que se constituye de modo formal correcto»⁸. Como habrá podido constatar, existía una acentuación del factor validez (forma) en desmedro de la legitimidad (materia): *dura lex, sed lex*.

Bajo esta percepción, si la ley tiene la *vis* y debe regular todos los sectores de relación interpersonales posibles —debido a la generalidad y abstracción, características de no poca monta de las leyes—, la existencia de normas oscuras y lagunas pondrían en riesgo la integridad del sistema jurídico; ello, a su vez, redundaría en inseguridad jurídica. En aras de satisfacer este ideal, la nomografía referente a los textos legales tuvo que ser necesariamente exhaustiva: «no omitir ninguna materia sobre la que versaría la ley de tal forma que cualquier cuestión encontrara su respuesta en ella». Para parificar lo expuesto, piénsese en la proyección que ostentan los códigos civiles y penales de nuestra región: el Código Civil boliviano contiene 1570 artículos, y 365 el Código Penal.

Sin mengua del valor al que pretende conferirse cobertura con esta concepción del ordenamiento jurídico, coincidimos con la postura de John Finnis, cuando asevera que «la ausencia de lagunas en los sistemas jurídicos» es «un desiderátum del jurista más que de un hecho neto»⁹.

Como corolario, el legalismo es una tipología de sistema jurídico que tiene por norma nuclear a la ley, disposición que, si bien no tiene la capacidad de implicar las disposiciones de una materia específica de modo que haya ausencia de lagunas, tiene proyecciones regulativas extensas que fuerzan a que su nomografía esté orientada hacia la dotación de mayor densidad normativa.

2.2. Constitucionalismo

En el siglo XVIII, en la América septentrional, empezaba a cristalizarse una nueva variante de sistema jurídico: el constitucionalismo; que consiste, a criterio de Sánchez Viamonte, «el hecho nuevo, fundamental y sensacional de la época contemporánea»¹⁰. Las palabras del profesor Sánchez Viamonte son certeras, ya que, como ya expresaba Loewenstein, la historia de este movimiento representa «la búsqueda por el hombre político de las limitaciones al poder absoluto ejercido por los detentadores del poder»¹¹.

A partir de los postulados de esta corriente jurídico-política se formuló la disci-

7 *Ibidem*, 13.

8 José María Díaz Couselo, *Los principios generales del derecho*. Buenos Aires: Plus Ultra, 1971, 14.

9 John Finnis, *Ley natural y derechos naturales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000, 319.

10 Carlos Sánchez Viamonte, *Manual de derecho constitucional*, 2.^a edición. Buenos Aires: Kapelusz, 1956, 6-7.

11 Karl Loewenstein, *Teoría de la constitución*. Barcelona: Ariel, 1979, 150.

plina del derecho constitucional, que nace «al sancionarse la Constitución federal de los EE. UU. de Filadelfia de 1787 y la primera carta orgánica francesa de 1791»¹².

Afirmada la Constitución de Filadelfia, esta se posicionó como la norma suprema y fundamental del sistema jurídico, lo que supuso la subordinación de toda disposición proveniente de los órganos de poder a sus dictámenes, incluyendo la ley. Para asegurar la fidelidad del gobierno a los mandatos constitucionales se previno que el órgano judicial fuese el encargado de verificar la compatibilidad de las leyes frente a la constitución. Esto fue previsto así porque, como aseguraba Alexander Hamilton: «Negar esto sería como afirmar que es más importante el agente que su principal, que el ciervo está por encima de su señor, que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo»¹³.

La noción de la *higher law*, predicada por los padres fundadores de los Estados Unidos de América, fue consolidada por los ministros de su corte suprema. Rememoremos el precedente recurrentemente omitido de *Vanhorne's Lessee vs. Dorrance* de 1795, oportunidad en que el máximo tribunal de justicia estadounidense manifestó sobre la relación entre la constitución y la ley lo siguiente: «La una es obra del Creador y la otra de la criatura». Transcurridos poco más de ocho años, el fallo en *Marbury vs. Madison* de 1803 inauguraría el *judicial review* en sede federal¹⁴.

Se colige que estos pilares arquitectónicos, componentes del sustentáculo primordial que informa el constitucionalismo, hallaron corporeización normativa y escriturada en la Constitución de 1787, elogiada por el historiador André Maurois como una «obra excelente, [...] hija de la prudencia y del secreto»¹⁵. Lo acontecido en Norteamérica fue de prominente trascendencia sociopolítica para el mundo, en cuanto la revolución americana de 1776 «sustituyó el dominio de un rey por el de un documento»¹⁶. Sus disposiciones se erigían en pretilos para racionalizar el ejercicio del poder y salvaguardar los derechos naturales de las personas; las *verdades evidentes* que proclamó la declaración de independencia de los Estados Unidos tuvieron tal influjo en las ideas políticas que, una vez tomada la Bastilla, sus llaves fueron enviadas por Lafayette a Washington, porque «gracias a América se habían abierto sus puertas»¹⁷. Comentando este suceso, el historiador Veit Valentin afirmaba: «La Constitución de esta república independiente en suelo americano es el acontecimiento más importante de la historia ya especialmente americana y uno de los acontecimientos de más largo alcance de la historia moderna en general»¹⁸.

cía, *Las sentencias básicas del tribunal supremo de los Estados Unidos de América*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, 111.

15 André Maurois, *Historia de los Estados Unidos, 1492-1828*, t. I. Buenos Aires: Losada, 1951, 239.

16 Edward S. Corwin, «The "Higher Law" Background of American Constitutional Law», *Harvard Law Review*, vol. XLII, n.º 2 (1928), 149.

17 André Maurois, *Historia de los Estados Unidos, 1492-1828*, op. cit., 261.

18 Veit Valentin, *Historia universal. Los pueblos, los hombres, las ideas*, 5.ª edición, t. II. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1955, 265.

12 Walter F. Carnota y Patricio A. Maraniello, *Derecho constitucional*. Buenos Aires: La Ley, 2008, 6.

13 Alexander Hamilton, James Madison y John Jay, *El Federalista*. Madrid: Akal, 2015, 550.

14 Miguel Beltrán de Felipe y Julio V. Gonzales Gar-

Sobre la base de lo expuesto, es posible deducir que el constitucionalismo es un tipo de sistema jurídico en el que la constitución se perfila como el «centro de convergencia al que la producción normativa posterior debe observar»¹⁹, razón por la que todo precepto subconstitucional adverso a sus disposiciones debe ser declarado inconstitucional por contravenir la elevada obra (constitución) del artífice soberano (el pueblo).

Aunando en su ser las características de suprema y fundamental, la nomografía empleada en su redacción tuvo que distinguirse del orbe normativo restante; después de todo, como bien alecciona Pablo Dermizaky, se trataba del «silabario de la ciudadanía», «el catecismo de la nacionalidad», «el breviario del honor»²⁰; un instrumento de gobierno que concretiza los esfuerzos del pasado, rige el presente y resguarda nuestro porvenir.

Siendo la norma que define la osamenta institucional y el plexo sustancial y procesal fundamental de un Estado, esta, a semejanza de las leyes, comprendió que no podía reducir toda la experiencia del mundo constitucional de un pueblo a su estrecho lenguaje constitucional; por ende, decidió no descender a la puntilliosidad regulativa propia de las leyes y los decretos reglamentarios. Es por esta naturaleza normadora que las constituciones se exhiben como obras sobrias de la prudencia política.

19 Rodrigo René Cruz Apaza, *Ensayos de derecho constitucional y procesal constitucional*. Cochabamba: Estandarte de la Verdad, 2021, 302.

20 En José Antonio Rivera S., *Reformas a la Constitución: ¿modernización del Estado?* Cochabamba: Kipus, 1994, 1.

De tal envergadura es la empresa de confección de una constitución que algunos autores han dedicado, en sus trabajos sobre la materia, capítulos específicos sobre las reglas del proceso nomogenético constitucional. Ríos Santos, al referirse a lo que denomina «técnica normativa constitucional», distingue dos rubros: *contenido* y *lenguaje* de las constituciones²¹. A su vez, Gregorio Badeni enrola algunos criterios que se deben considerar en la formulación de normas constitucionales: finalidad, prudencia, realismo, tradiciones y costumbres, estabilidad, flexibilidad, generalidad, lenguaje común, claridad y concisión²². Nosotros también nos pronunciamos sobre la temática y sostuvimos que «de acatárselas a cabalidad, la constitución será un vehículo idóneo para encuadrar jurídicamente la vida político-jurídica del Estado y no un mero boceto normativo carente de realidad e ilegítimo»²³.

2.3. Predilección normativa en Iberoamérica

Perfilados los sistemas jurídicos legalista y constitucionalista, y conquistado el desiderátum del derecho de autodeterminación, en los albores del siglo XIX los pueblos de esta parte del continente empezaron a prohijar aquel que pudiera optimizar los principios y valores escogidos para regir sus vidas. Fue entonces cuando se

21 Fruela Gonzalo Ríos Santos, «Técnica normativa de las constituciones de la postguerra». Tesis doctoral, Universidad Rey Juan Carlos (2019), 249 y 371.

22 Gregorio Badeni, *Tratado de derecho constitucional*, 2.ª edición, t. I, Buenos Aires: La Ley, 2006, 77-94.

23 Rodrigo René Cruz Apaza, *Ensayos de derecho constitucional y procesal constitucional*, op. cit., 64-65.

erigieron constituciones como normas supremas y fundamentales de sus Estados. La historia se escribió de esta forma debido a que el ejemplo de Estados Unidos era digno de encomio, por cuanto encarnaba la victoria de una nación americana emergente sobre una potencia europea. Los anhelos de libertad se inspiraron en la cultivada libertad del pueblo estadounidense; como lo expresó Emil Ludwig: «sin la libertad de la América del Norte, la de América del Sur era imposible»²⁴.

Adoptadas en gran medida las instituciones constitucionales estadounidenses, las asambleas, congresos o convenciones generales de los pueblos iberoamericanos dictaron sus constituciones imbuidas del contenido político de las celeberrimas palabras que caracterizan a la constitución de este pueblo de la América septentrional: *nosotros y el pueblo*; y las hicieron suyas inscribiéndolas en los preámbulos de sus normas supremas con ligeras modificaciones: «Nosotros los representantes», como en los casos del Perú (Constitución de 1823), Honduras (Constitución de 1825), Uruguay (Constitución de 1830) y Argentina (Constitución de 1853-60)²⁵.

Curiosamente, la Constitución de Bolivia de 1826, que principia el período constitucional codificado en dicho país²⁶, se apartó de esta consabida etiqueta cons-

titucional proclamando: «En el nombre de Dios. El Congreso General Constituyente de la República Boliviana, nombrado por el pueblo para formar la Constitución del Estado, decreta la siguiente». Debido a esta ausencia, Carrasco Torrico propuso en 1920 el siguiente preámbulo: «Nos los representantes del pueblo boliviano, sancionamos y promulgamos la siguiente Constitución Política»²⁷.

En función de lo relatado, se habrá podido constatar que las unidades estatales de esta región han preferido, para la cobertura de sus principios, valores y derechos fundamentales, la implementación del constitucionalismo.

2.4. ¿Fracaso del constitucionalismo en Iberoamérica?

No obstante haber asumido el compromiso de velar los postulados sobre los que se erige el constitucionalismo, estos fueron injertados en contextos no favorables para su desarrollo y posterior afianzamiento, produciéndose funestamente su postergación.

Prueba de lo aseverado son los constantes golpes de Estado, dictaduras y recurrentes reformas constitucionales. Por ejemplo, la Constitución boliviana de 1826 fue reformada en numerosas oportunidades: en 1831, 1834, 1839, 1843, 1851, 1861, 1868, 1871, 1878, 1880, 1938, 1945, 1947, 1961, 1967, 1994, 2004 y 2009. Las cifras aumentan si enlistamos el intento de reforma en 1899 producto de la revolución federal; la reforma de 1921, que suprimió

24 Emil Ludwig, *Bolívar, el caballero de la gloria y de la libertad*. Buenos Aires: Losada, 1942, 67.

25 Las citas provienen de Nelson Chávez Herrera (Comp.), *Primeras constituciones. Latinoamérica y el Caribe*. Caracas: Biblioteca Ayacucho, 2011.

26 Rodrigo René Cruz Apaza, «Constitucionalismo fragmentario: a propósito de la primera Constitución dispersa de Bolivia», *Revista de Derecho de la UCB-UCB Law Review*, vol. 5, n.º 9 (2021), 100.

27 José Carrasco, *Estudios constitucionales. Poder judicial*, T. IV. La Paz: Gonzales y Medina Editores 1920, 339.

la segunda vicepresidencia del Estado; la de 1931, por efecto del referéndum de 11 de enero; y la de 2005, que modificó el artículo 93 de la Constitución preceptuando que, en caso la sucesión presidencial llegase a la presidencia de la Corte Suprema, se convocara inmediatamente a elecciones. El número de enmiendas concretadas asciende a un total de veintidós, las cuales, en elevado porcentaje, fueron promovidas por caudillos barbaros y letrados que ponen en evidencia la afirmación de Kermit Roosevelt III: «Los ganadores no solo escriben la historia, sino también las enmiendas constitucionales»²⁸.

Sin ánimos de mermar la veracidad de lo expuesto, es necesario precisar que el ingente número de modificaciones constitucionales no significa una sustitución constitucional, motivo por el que la Constitución de Bolivia permanece una durante toda su historia republicana, en especial gracias a la conservación de específicos indicadores que han caracterizado —y caracterizan— al Estado boliviano: «una sustancia, diversas formas»²⁹.

Retornemos de nuestra breve digresión. Si los ideales eran comunes, ¿por qué razón el constitucionalismo no pudo arraigar en las tierras de Iberoamérica con la seguridad y celeridad con que lo hizo en Estados Unidos? La respuesta se halla en la robusta cultura constitucional que ostenta-

ban las colonias de Inglaterra; considérese lo expuesto por Keith S. Rosenn: «Contrario a las colonias latinoamericanas, las colonias norteamericanas tenían sustancial experiencia tanto con el constitucionalismo como con el autogobierno»³⁰; a causa de ello: «cuando llegó la época de la independencia, las colonias inglesas tenían más de 150 años de experiencia con el gobierno representativo»³¹.

Con base a lo expuesto, es plausible concluir que las colonias españolas no tuvieron, en relación con sus semejantes inglesas, escenarios adecuados para practicar las instituciones propias del constitucionalismo: el absolutismo de la corona española ahogaba esta posibilidad. Otro factor que produjo la derrota de constitucionalismo fue la institucionalización de un estereotipo gubernamental que destaca en esta región: el presidencialismo, estimado por el epistemólogo Mario Bunge como la «peor característica»³² del gobierno estadounidense.

Esta variante de sistema político, que concentra en el órgano ejecutivo las jefaturas de Estado y de gobierno, fue emulada por las nacientes naciones iberoamericanas, mas no sopesaron con aplomo las tesituras política y social, en particular la patología del caudillismo. A causa del vasto poder depositado en los presidentes, podemos aseverar que, irónica y cándidamente, las normas supremas desplazaron «al mo-

28 Kermit Roosevelt III, «The indivisible Constitution», *Faculty Scholarship at Penn Law*, n.º 286 (2009), 340.

29 Rodrigo René Cruz Apaza, «Una sustancia diversas formas: la tesis ontológica de la unidad sustancial y continuidad histórica de la Constitución boliviana», *Revista de Derecho de la UCB-UCB Law Review*, vol. 6, n.º 10 (2022), 27.

30 Keith S. Rosenn, «El éxito de constitucionalismo en los Estados Unidos y su fracaso en América Latina: una explicación», *Criterio Jurídico*, vol. 13, n.º 2 (2013), 189.

31 *Ibidem*, 190-191.

32 Mario Bunge, *Filosofía política*. Barcelona: Gedisa, 2009, 239.

marca europeo para instituir constitucionalmente monarcas americanos a los que llamaron presidentes»³³, y a quienes quizás no entregaron corona alguna, pero sí bastones (Argentina y Bolivia) semejantes a los cetros reales.

La potestad de los presidentes alcanzó tales niveles que el principio de división de funciones y la supremacía normativa de la constitución no fueron óbice para reprimir sus ambiciones. Siendo este el tablero gubernamental, ¿podría el órgano legislativo o el órgano judicial resistir sus embates? Por descontado que no. El congreso, el departamento del poder que en primer orden tiene la obligación de fiscalizar el actuar del presidente, se tornó medroso ante el poder del sable y la pólvora. Para agudizar este escenario de empoderamiento presidencial, la forma democrática de gobierno no coadyuvaba a paliar la situación, porque (parafraseando a Segundo V. Linares Quintana) si el congreso representaba al pueblo, el presidente lo encarnaba³⁴. No sorprende, visto lo expuesto, que el profesor Machado Pauperio haya versionado las palabras expresadas por De Lolme sobre el Parlamento inglés para aplicarlas al contexto de nuestra región: «los presidentes latinoamericanos pueden hacer todo, menos de un hombre una mujer y de una mujer un hombre»³⁵.

33 Rodrigo René Cruz Apaza, «Democracia polidrica: 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*, año 2, n.º 3 (2022), 38.

34 Segundo V. Linares Quintana, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, 2.ª edición, t. IX. Buenos Aires: Plus Ultra, 1987, 601.

35 *Ibidem*, 599.

Adquirida la independencia, la incultura constitucional de gobernantes y gobernados defenestró la esperanza de poder regir la marcha del Estado conforme a los marcos de una constitución. Agregamos al segundo grupo de personas porque no sería objetivo hacer reposar la integridad de la culpa por gobiernos autoritarios en la clase política directora. Los «pueblos políticamente atáxicos»³⁶, antes serviles monócratas que fervorosos demócratas, tienen su porción de responsabilidad de casi divinizar a los presidentes; rememórese la novela *El señor presidente* de Miguel Ángel Asturias, que caracteriza el perfil cuasime-siánico de los presidentes de esta región³⁷.

No obstante los frecuentes avatares políticos que han experimentado, las constituciones de los albores del siglo XXI evidencian la persistencia y reafirman el compromiso de los pueblos iberoamericanos de pretender vivir en un Estado enfundado con los principios del constitucionalismo: prueba de ello son la Constitución de Ecuador de 2008, la Constitución boliviana de 2009 y la Constitución de República Dominicana de 2010.

3. Imperio de la constitución

Si durante el transcurso del siglo XVIII y XIX fue Estados Unidos quien enarboló los beneficios que reporta el *government under law*, la hecatombe del siglo XX, producida por la angurria de conquista del *Belial* nazi, mussoliniano y japonés, revivificaría los postulados del constituciona-

36 Julio R. Barcos, *Cómo educa el Estado a tu hijo*. 2.ª edición. Buenos Aires: Acción, 1928, 74.

37 Miguel Ángel Asturias, *El señor presidente*. La Habana: Lex, 1966, 324.

lismo y se traduciría en una invitación a nivel global para configurar Estados constitucionales.

Los crímenes cometidos por esos despotismos nos aleccionan como ninguno para comprender la necesidad de un «gobierno de leyes, no de hombres»³⁸. Bajo la guía de este principio faro se formularon constituciones que sujetaran a los órganos de poder del Estado, pues todos habían participado o prestado su venia a las atrocidades de sus gobiernos.

La ley, desprestigiada por haber sido convertida en instrumento *pro domo sua* del terror, fue desplazada en jerarquía por una norma que vinculaba a su productor a determinados cánones formales y materiales que no podían rebasar. Se instituyó, por consiguiente, «la previsión de un derecho más alto, dotado de fuerza obligatoria incluso para el legislador»³⁹. El Estado constitucional se exhibía como una forma de organización de los pueblos cultos que no tolera poderes *legibus solutus*.

El enunciado categórico incluso motivó a cierto sector de la doctrina a trasladar el vocablo *soberanía* del pueblo a la constitución; hállese entonces de «soberanía de la constitución»⁴⁰ o de «constitución sin soberano»⁴¹.

38 Luis Grau, *El constitucionalismo americano*. Madrid: Dykinson, 2011, 76.

39 Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil, ley, derechos, justicia*, 10.ª edición. Madrid: Trotta, 2011, 39.

40 Jorge Prats, «Artículo 6». En Finjus (Ed.), *La Constitución comentada*, 3.ª edición. Santo Domingo: Fundación Institucionalidad y Justicia, 2012, 63.

41 Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil, ley, derechos, justicia*, op. cit., 13.

En consecuencia, siendo la constitución una disposición cuya vis deóntica restringe los excesos de las autoridades públicas y del pueblo mismo, el constitucionalismo perfiló teóricamente, como sostiene el jurista Néstor Pedro Sagüés, una *nomocracia*⁴².

4. Incompletez constitucional

4.1. Fundamentalidad

La cualidad fundamental de las constituciones las moldea indefectiblemente como cuerpos normativos porosos; de ser auscultadas por un legislador puntilloso, este no vacilaría en manifestar su insatisfacción por la labor nomográfica, ya que advertiría indeterminaciones, generalidades y vacíos.

En efecto, si consultamos el texto constitucional boliviano hallaremos preceptos del talante siguiente: «Toda persona tiene derecho a la vida» (artículo 15. I), «Toda persona tiene derecho al agua» (artículo 18. I), «La dignidad y la libertad de la persona son inviolables» (artículo 22). Las disposiciones trasuntadas son vagas, expresan una posición jurídica (persona), facultades (derechos) y deberes (principio de inviolabilidad), mas no definen qué es persona, qué es un derecho, qué es libertad o qué es dignidad. La tarea de significar las dos últimas expresiones es harto compleja, ya que, junto con la condición humana, la vida y la igualdad constituyen «majestuosas generalidades»⁴³.

42 Néstor Pedro Sagüés, *Derecho constitucional. Teoría de la constitución*, vol. 1. Buenos Aires: Astrea, 2017, 1.

43 Expresión empleada por la Corte Suprema esta-

¿Por qué la Constitución no contempla en su texto definiciones o mayores especificaciones sobre las categorías que aborda? Porque no su vocación no es reguladora; siguiendo los términos constitucionales de Bolivia, tan solo se encarga de sentar las «Bases fundamentales del Estado».

Concebidos de esta forma, los textos constitucionales no deberían destacar por su frondosidad, sino por su parquedad y generalidad. A diferencia de los constituyentes que redactaron las normas fundamentales contemporáneas de diversos Estados, los padres fundadores de los Estados Unidos comprendieron las implicancias del carácter fundamental y, en consecuencia, estaban convencidos de que la Constitución no podía contener los pormenores de la vida estatal; debido a ello, hogaño su norma suprema solo tiene siete artículos y veintisiete enmiendas. Sus jefes de Estado y doctrinarios no fueron la excepción a esta concepción; por ejemplo, el expresidente Woodrow Wilson manifestó que «La Constitución misma no es un sistema completo; no hace más que recorrer los primeros pasos en la vía de la organización. Hace un poco más que sentar principios. [...] es una raíz, no es una completa viña»⁴⁴.

4.2. Principio de libertad legislativa para la configuración política del Estado

Dado que la constitución no debe descender al detalle en materia regulativa, al-

gunas cláusulas suyas encomiendan la labor de desarrollo al órgano con mayores niveles de representación política: el legislativo. Si las normas fundamentales se ocuparan escurpulosamente de cada aspecto del funcionamiento del Estado, ¿qué labor normativa les correspondería a los órganos legislativos? ¿No serían sus leyes meras reproducciones de lo ya versado por la constitución?

Los comicios para elegir a nuestros asambleístas nacionales no es una inanidad democrática: el pueblo participa de este evento político porque conoce su importancia en la conformación de un organismo legiferante de dirección política. El órgano legislativo es la institución constitucional competente para definir las directrices políticas que orientarán a gobernantes y gobernados, puesto que se espera que sus integrantes conozcan las necesidades económicas y sociales de las entidades territoriales de las que provienen.

Parifiquemos lo expuesto desde la realidad constitucional boliviana. El artículo 11. II dispone que una ley será la encargada de desarrollar los distintos modelos de democracia; el artículo 36. II determinó que el Estado controlará el ejercicio de los servicios públicos y privados de salud mediante ley; y el artículo 109. II prescribe que los derechos y sus garantías solo admiten regulación mediante ley. Pero, la potestad configurativa política no se agota en los derechos o la democracia: también implica el ámbito orgánico del Estado. Verbigracia, el órgano judicial tiene asidero en los artículos 178 a 195 de la Constitución, pero, al ser insuficientes los detalles sobre aquel, se emitió la Ley 025 del 24 de junio de 2010, que regula de forma exhaustiva su organización y funcionamiento.

dounidense en el caso *Fay vs. People of State of New York* de 1947 para referirse a los derechos previstos en la decimocuarta enmienda.

44 Woodrow Wilson, *El gobierno congresional. Régimen político de los Estados Unidos*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, 7.

No obstante la importancia de expedir leyes orgánicas en cumplimiento del principio de libertad legislativa para la configuración política estatal, en ocasiones la contravención de aquel principio se hace presente. En Bolivia, el órgano legislativo regula su funcionamiento a partir de reglamentos generales de la Cámara de Senadores y Diputados, no mediante una ley orgánica unitaria. A pesar de lo referido, la situación que genera mayor zozobra institucional no es esta, sino la autorregulación del departamento ejecutivo.

Retomando el tema específico de esta sección, el órgano ejecutivo también es un órgano con poder de configuración política, ya que en este recae la obligación de reglamentar las leyes que emita el Parlamento. Asimismo, es el encargado de proponer y dirigir las políticas públicas del Estado (artículo 172. 3) y orquestar la administración pública del Estado en coordinación con los ministros (artículo 172. 4).

En consecuencia, el órgano legislativo y, con similar medida, el ejecutivo son acreedores del principio de configuración política⁴⁵, el cual los dota de una esfera de decisión o conducción política del Estado. Dicho ámbito de maniobra se constriñe cuantas más especificaciones contenga la constitución sobre la organización y atribuciones de los órganos de poder. Verbi-gracia, considerando el procedimiento rígido de reforma constitucional, la supre-

sión, división o institución de un nuevo ministerio de Estado sería dificultosa si estas tuvieran número y denominación exacta en la constitución en vez de en una ley.

Semejante crítica podemos formular respecto al órgano legislativo cuando la constitución se ocupa del número de sus integrantes, sin considerar que en el futuro podría ser necesario aumentarlo o disminuirlo. Si las normas supremas se ocuparan de cada minucia orgánica o política advertida, quizás los textos constitucionales excederían los quinientos artículos.

4.3. Desconfianza en los representantes

El recelo frente al actuar de los representantes es una patología quizás no endémica, pero sí pronunciada en nuestra región. Las épocas de caudillismo, golpes de Estado, dictadura militar o civil, y la crisis de legitimidad parlamentaria han generado en conjunto que los pueblos iberoamericanos desconfíen de sus autoridades. ¿Cómo guarecerse de los embates autoritarios? ¿Cómo forzar el cumplimiento de las promesas insatisfechas? La respuesta plausible y cándida fue de índole positivista: incorporar a la constitución prohibiciones u obligaciones expresas, y adicionar derechos fundamentales. Afirmamos que es *plausible* porque desatender un mandato explícito de la norma suprema legitima la oposición a los dictámenes gubernamentales; pero es *cándida*, ya que es ingenuo asegurar que las autoridades ceñirán íntegramente su obrar a los cánones constitucionales.

Aleccionado por el poder de las armas, el pueblo boliviano observó que los presidentes no acataban los preceptos de la Constitución. Un caso nacional icónico de

45 Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. 4.ª edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, 29, 84, 477 y 518.

irreverencia a la Constitución lo exhibe el expresidente Manuel Mariano Melgarejo Valencia, quien jugaba con ella en su bolsillo derecho del pantalón⁴⁶. Producto de estas tropelías, la Asamblea Constituyente fue espoleada para declarar expresamente: «La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa» (artículo 410. II).

Otro ejemplo lo encontramos en los derechos constitucionales: hasta antes de la reforma constitucional de 1967 (artículo 6, segundo párrafo), el derecho a la dignidad humana no estuvo presente en el catálogo de derechos constitucionales; por su parte, el derecho al agua alcanzó asidero constitucional en el año 2009 (artículo 16. I). El último, el derecho a la alimentación, vivienda y otros son concebidos como derechos de naturaleza prestacional que se traducen en obligaciones para el Estado.

Pero ¿por qué adherir mayores derechos? Para que los gobiernos no utilicen el discurso de inexistencia normativa explícita para no proveerlos. Cuando se acopla un derecho a la constitución, este adquiere sus notas características: supremacía y fundamentalidad; por esta razón, siendo derechos constitucionales, no pueden ser desatendidos por las autoridades públicas.

Como corolario, cuando se pretende obligar a los gobernantes a realizar o a inhibirse de determinada acción se ha tendido a inscribir dicho actuar en el texto constitucional. ¿Esto es provechoso? Consideramos que no: expandir el contenido

deóntico de la Constitución sin las condiciones económicas y sociales idóneas tornerà nugatoria su sustantivación, confecionando en su lugar múltiples escenarios de incumplimiento, particularmente en materia de derechos fundamentales de la dimensión económica, social y cultural⁴⁷.

5. Invisibilidad constitucional

5.1. Nomenclatura variegada

Cuando esgrimimos el término *invisible* en materia constitucional hacemos referencia al contenido prescriptivo no expreso que goza de estatus constitucional. Esta expresión, aplicada al ámbito dogmático de la constitución, es útil para significar el cúmulo de principios, valores y derechos constitucionales que no están insertos en el articulado de la norma suprema, mas sí de manera virtual. Esto significa que existen dos tipos de lenguaje constitucional: el lenguaje constitucional *explícito* y el lenguaje constitucional *implícito*⁴⁸.

Sobre la base de lo vertido se formula un aserto: existe una constitución no redactada, *id est*, no observable en su soporte escriturado, una constitución «invisible». Sobre este axioma jurídico ya se pronunció abundantemente la doctrina clásica del derecho constitucional a través de la novena enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de 1791.

47 Sobre la predilección por emplear el vocablo «dimensión» en sustitución de «generación» en materia de derechos humanos, consultar Ingo W. Sarlet, *La eficacia de los derechos fundamentales. Una teoría general desde la perspectiva constitucional*. Lima: Palestra, 2019, 59.

48 Aharon Barak, *La aplicación judicial de los derechos fundamentales. Escritos sobre derechos y teoría constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020, 125

46 Alcides Arguedas, *Historia de Bolivia*, t. V. La Paz: Librería Editorial G. U. M., 1991, 174-175.

A pesar de nuestra sugerencia conceptual, no somos los acuñadores de este término (*invisible*) en el ámbito académico. Este acto se le debe al profesor László Sólyom, quien durante su estancia en el Tribunal Constitucional húngaro la empleó en su opinión concurrente al asunto 23/1990 del 31 de octubre de 1990. Posteriormente, esta locución sería abrigada y teorizada profundamente por el jurista Laurence H. Tribe en su obra *The invisible Constitution*, publicada en 2008.

No obstante la novedad, algunos doctrinarios señalan que no es un adjetivo idóneo para aludir al contenido constitucional no escrito, ya que mucho de él sí estaría escrito, pero en otros documentos, como la jurisprudencia constitucional. Por esta razón, Roosevelt prefiere adscribir a la constitución el término *extratextual*⁴⁹. Desde nuestra perspectiva, el adjetivo *invisible* es un término literario y estético; por su parte, la expresión *extratextual* sería un vocablo más sofisticado. Ambos son llamativos, pero la doctrina parece decantarse por el sintagma *implícito* cuando es necesario referir a un contenido no expreso.

Retornando de nuestro excursus terminológico, dada la importancia de la cuestión, es dable identificar en doctrina una pluralidad de voces para conceptualizar este tipo de material «no visible»: derechos implícitos⁵⁰, derechos innominados⁵¹, de-

rechos no enunciados o enumerados⁵², y, si seguimos la línea de Sólyom y Tribe, de derechos invisibles.

En fin, sea cual fuere el vocabulario que uno prefiera, lo que debe primar es la *sustancia*, no la *forma*; así lo comprendieron los constituyentes iberoamericanos cuando dispusieron que sus textos constitucionales no agoten el repertorio de derechos fundamentales inherentes a la condición humana: el artículo 94 de la Constitución de Colombia, el artículo 5. 2, de la Constitución de Brasil, y el artículo 13. II de la Constitución de Bolivia transitan por esta tendencia. Delimitamos el espacio geográfico que contiene esta tipología de cláusulas a Iberoamérica porque, en opinión del profesor Héctor Gros Espiell, este es un rasgo característico del llamado «derecho constitucional americano»⁵³.

Ergo, hemos constatado que el lenguaje constitucional es capaz de incorporar mayores derechos, mas es necesario añadir que estos serán legítimos en cuanto sean coherentes (presenten nexo sustancial) con el orden normológico, el sistema de valores, la ideología, la filosofía o la tradición histórica⁵⁴ de un pueblo.

49 Kermit Roosevelt III, «The indivisible Constitution», *op. cit.*, 322.

50 Humberto Nogueira Alcalá, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, 80.

51 Edgar Fabián Garzón Buenaventura, «Derechos innominados en el sistema interamericano», *Dixi*, n.º 24 (2016), 11.

52 Héctor Gros Espiell, «Los derechos humanos no enunciados o no enumerados en el constitucionalismo americano y en el artículo 29. c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 4 (2000), 145.

53 *Ibidem*, 146-147. No es dable identificar disposiciones semejantes en las constituciones de Francia (1958), España (1978), Italia (1947), Alemania (1949) o Grecia (1975).

54 Germán Bidart Campos, *Teoría general de los derechos humanos*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, 383-384.

5.2. Cláusulas de dispersión del contenido constitucional

Uno de los componentes de estas cláusulas ya fue estudiado en el subcapítulo precedente. Esta aludía a la existencia de derechos no registrados en la constitución, pero que, dada su íntima conexión con la dignidad humana o la forma republicana de gobierno, eran reconocidos al pueblo. Llámesele «cláusula abierta».

Otros preceptos de dispersión los hallamos en las constituciones contemporáneas que disponen la apertura al derecho internacional de los derechos humanos; verbigracia, el artículo 75. 22 de la Constitución argentina, el artículo 5, segundo párrafo, de la Constitución de Chile y el artículo 7 de la Constitución de Costa Rica; Bolivia también se aproxima a esta tendencia con sus artículos 256. I y 410. II. Estas disposiciones reciben en doctrina una pluralidad de rótulos: «cláusulas constitucionales de remisión», «cláusulas de apertura», «cláusulas bisagra» o «cláusulas de estatalidad abierta»⁵⁵.

Juzgamos oportuno efectuar una diferenciación entre este tipo de cláusulas con las primeras por diversas razones. Primero, porque las cláusulas abiertas son una invención por efecto de previsiones estrictamente constitucionales; las cláusulas de apertura son producto de la internacionalización del sistema jurídico; segundo, las cláusulas abiertas estuvieron presentes desde el siglo XVIII y el siglo XIX; las

cláusulas de apertura se avistan tras fenecer la Segunda Guerra Mundial, particularmente desde la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; tercero, las cláusulas abiertas consienten el reconocimiento de derechos constitucionales a través de una remisión interna y, además, amplían el catálogo de derechos constitucionales por medio de una remisión textual externa.

Desde un prisma material, ambas satisfacen una exigencia común en materia de derechos fundamentales: *presuponen* la existencia de derechos de estatus constitucional o internacional más allá de los artículos. Si partimos de una perspectiva formal, ambas producen inexorablemente la *fragmentación* textual de la norma suprema, ya que el intérprete o jurista debe necesariamente auscultar otros documentos con rango constitucional. Por esta razón, nosotros englobamos estas normas bajo el calificativo de «cláusulas de dispersión constitucional».

Entonces, es dable concluir que toda disposición que se encargue de enrolar los derechos fundamentales o derechos humanos de una comunidad es un documento indefectiblemente inacabado. Incluso la Convención Americana sobre Derechos Humanos contiene una cláusula remisoras (artículo 29, literal c).

En fin, la superlativa valía pragmática de este tipo de dispositivos radica en su aplicación jurisdiccional, porque, como acertadamente refiere Allan Randolph Brewer-Carías, «han permitido a los tribunales nacionales poder identificar como derechos inherentes a la persona humana, no expresamente regulados en las constitu-

⁵⁵ Ernesto Rey Cantor, «Sistemas constitucionales y cláusulas de apertura internacional. Especial referencia al ámbito iberoamericano», *Revista Electrónica Iberoamericana*, vol. 15, n.º 1 (2021), 108 y 112.

ciones, a los declarados en los instrumentos internacionales»⁵⁶.

5.3. Otra vez el positivismo jurídico

Una de las posiciones jusfilosóficas con las que más han tenido que lidiar los derechos humanos es el positivismo jurídico, ya sea por la cantidad de sus adeptos o por sus ramificaciones. Esto es así porque los derechos humanos exhiben mayor proximidad con los postulados del derecho natural.

Abordando el tema del fundamento de los derechos, desde la perspectiva de los profesores Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot y Carlos María Pelayo Möller, las posturas juspositivistas consideran resuelto el tema cuando se traducen en derecho positivo, pero, para los jusnaturalistas, estos necesitan ser explicados racionalmente⁵⁷. Desde nuestro punto de vista ambas teorías filosóficas contribuyen a un objetivo común: afianzar y proteger los derechos humanos de arbitrarias invasiones del Estado o de particulares. No obstante, la combinación de legalismo y positivismo ha provocado una rigidez infructuosa en materia tutelar, ya que, como aclamara Bergbohm: «Solamente el derecho positivo es derecho y todo derecho positivo es derecho»⁵⁸.

Bajo esta guía, si se alega un derecho no inscrito en el texto constitucional —o, en su defecto, legal—, aquel derecho no sería exigible.

La situación con el derecho natural es disímil, en cuanto sus principios nos impelen a reflexionar sobre la existencia de categorías sustanciales suprapositivas, las cuales fundamentan nuestros sistemas jurídicos, aunque no hallen registro textual. Ergo, que un derecho no encuentre aside-ro expreso en la constitución no es argumento suficiente para ser desechado. En razón de que el jusnaturalismo guarda una consonancia tan elevada con los derechos humanos, Finnis asevera que «derechos humanos es un modismo contemporáneo para derechos naturales»⁵⁹.

Por las razones vertidas, y aunque haya una pluralidad de posiciones jusfilosóficas sobre los fundamentos de los derechos humanos, la remisión al jusnaturalismo para cavilar y justificar la valía de estos es necesaria, ya que este apela a presupuestos fundamentales intrínsecamente valiosos y superiores a la norma misma —sea esta constitucional o legal—. Resultan, entonces, pertinente las palabras de Georg Jellinek: «No todos los que se burlan del derecho natural están libres de sus cadenas»⁶⁰.

56 Allan R. Brewer-Carías, «La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno de los países de América Latina», *Revista IIDH*, n.º 46 (2007), 223-224.

57 Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot y Carlos María Pelayo Möller, «Preámbulo». En *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. 2.ª edición, editado por Christian Steiner y Marie-Christine Fuchs. Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung, 2019, 27.

58 Citado por José Llompart, «La posibilidad de una teoría del derecho más allá del iuspositivismo y del iusnaturalismo», *Persona y Derecho. Revista de*

Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos, n.º 24 (1991), 160.

59 John Finnis, *Ley natural y derechos naturales*, op. cit., 227.

60 Georg Jellinek, *Teoría general del Estado*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2005, 679.

6. La incompletud y la invisibilidad en las reformas constitucionales

6.1. Preliminares

Como ya se refirió, la incompletud y la invisibilidad constitucional son dos caras de una misma moneda, la constitución; ambos caracteres nos enseñan que las constituciones no son acreedoras de una vis omnicompreensiva de la totalidad de la experiencia constitucional. ¿Por qué fue necesario retomar esta vetusta temática? Por el ambiente de reforma constitucional que se observó en nuestra región desde 2019 hasta nuestros días.

Por ejemplo, en Chile se dictó la Ley 21200 del 23 de diciembre de 2019, por la cual se introdujo en la norma suprema que la empresa de redactar una nueva constitución sería encomendada a una convención constitucional; en Bolivia, el 22 de septiembre de 2021, un grupo de juristas independientes propuso reformas a la Constitución concentradas al ámbito del órgano judicial; en el Perú, el 27 de abril del presente, el Ejecutivo presentó un proyecto de reforma constitucional para incorporar la figura de una asamblea constituyente; similar posición exhibe el presidente Lasso de Ecuador, quien el 12 de setiembre del año en curso propuso realizar una consulta popular que promovería enmiendas constitucionales y reformas legales.

Principiar una reforma constitucional exige la concurrencia de diversos factores, por lo que debe realizarse con circunspección por los representantes y el pueblo, sin exaltación de ánimos, con amplio consenso, prolongadas cavilaciones y diálogo. No

estamos escribiendo en un mero papel —alegóricamente hablando—, es casi una estructura lítica (por el procedimiento rígido de reforma).

Conscientes de la tesitura iberoamericana y del *telos* de la norma suprema, se juzga imprescindible reflexionar sobre los defectos o ramificaciones de ignorar la peculiar fisonomía de una constitución en las reformas constitucionales, que pasamos a señalar.

6.2. Hipertrofia normativa

Si se pasa revista al elenco de Constituciones de las postrimerías del siglo XX y albores del siglo XXI en nuestra región, podrá constatare que estas destacan por su opulento articulado: 250 artículos la Constitución de Brasil de 1988; 380 artículos la Constitución de Colombia de 1991; 444 artículos la Constitución de Ecuador de 2008; 277 artículos la Constitución de República Dominicana de 2010, y 411 artículos la Constitución de Bolivia de 2009. De efectuarse un contraste entre estas y la Constitución estadounidense la diferencia es notable: la norma suprema que rige por más de doscientos años la vida política e institucional del pueblo de Estados Unidos tan solo dispone de siete artículos y veintisiete enmiendas.

¿A qué se debe que las normas fundamentales de los pueblos iberoamericanos exhiban una mayor carga normativa? La respuesta no es singular. Un primer factor es que las constituciones de corte liberal adoptaron las directrices del constitucionalismo social, lo que produjo la inscripción de regímenes especiales en el texto constitucional; en segundo lugar, este fenómeno

responde a la desconfianza en las autoridades públicas por promesas insatisfechas y conculcaciones a las disposiciones constitucionales; un tercer argumento puede ser dirigido al esnobismo constitucional, *id est*, la tendencia a implementar las novedades que la teoría o la experiencia constitucional exponen en el foro académico; en cuarto lugar, consideramos que la frondosidad se da a causa de normas relacionadas con particularidades culturales y necesidades históricas de una nación; por último, que el acrecentamiento normativo se debe a la necesidad de enfatizar o rememorar determinadas cuestiones histórico-sociales que —se estima— ameritan envergadura constitucional.

Ejemplifiquemos estas razones a partir de la experiencia constitucional boliviana. La República de Bolivia se aproximó a la tendencia constitucional social mediante la reforma constitucional de 1938 (con antecedentes en 1931), que aumentó el articulado al incorporar el régimen económico financiero, social y familiar. La Constitución vigente reconoce la autonomía departamental, municipal y de los pueblos indígenas, una demanda política impulsada con ahínco por el departamento de Santa Cruz en contra de la administración de recursos por el nivel central del Estado. Con respecto al «esnobismo constitucional», se tiene la cláusula sobre la cultura de la paz, que configura a Bolivia como un Estado pacifista relativo (artículo 10), un carácter no avistado en la reforma de 2004 promovido por el derecho a la paz de los pueblos.

Sobre las cuestiones culturales e históricas, el artículo 172.2 confiere al presidente la atribución de mantener y preserva la unidad del Estado boliviano, una potestad

no prevista expresamente en la batería de competencias del órgano ejecutivo con anterioridad, que es resultado del polémico y oscuro caso Hotel Las Américas. En cuanto atañe a la necesidad de realzar materias histórico-sociales ejemplo claro son los artículos 267 y 268 (sobre reivindicación marítima), que traducen en enunciados deónticos las palabras de Jorge Pando Gutiérrez: «Los bolivianos sabemos que tenemos derecho al mar, como tienen todos los hombres derecho a la libertad»⁶¹.

Planteada la etiología de la hipertrofia normativa en los textos constitucionales, nos corresponde ahora reflexionar sobre su perjuicio en la labor interpretativa e investigativa. No tenemos la pretensión de minusvalorar las reformas constitucionales que han efectuado nuestro país y sus semejantes, pero la sobrecarga normativa es más un defecto que una virtud en cuanto torna extenuante el deber de estudio de la norma suprema; para una persona abocada a la ciencia del derecho leer la constitución es imprescindible, pero la aproximación del ciudadano común a sus preceptos es casi nula: podría afirmarse que *vive bajo el régimen de una constitución, pero la desconoce*.

El exceso de disposiciones en una constitución perjudica a la pedagogía constitucional, imperativo de necesaria satisfacción para que los pueblos de esta región no solo «vivan» sus constituciones, sino también para que las conozcan, respeten, vigilen su cumplimiento, y, en caso de levantarse un déspota, la defiendan, por cuanto es este el primer deber en un Estado constitucional.

61 Jorge Pando Gutiérrez, *Bolivia y el mundo. Geografía económica*, t. I. La Paz: Fâenix, 1957, 128.

6.3. Euforia de derechos

En la primera etapa del constitucionalismo (el liberal), las constituciones exhibían por regla un repertorio de derechos de naturaleza civil y política; por excepción, no contenían ninguna cláusula expresa al respecto⁶². Debido a esta situación, el número de derechos insertos era asaz limitado; verbigracia, y siguiendo el ejemplo constitucional de Bolivia, la Constitución bolivariana de 1826, en su título 11, bajo el impropio rótulo «De las garantías», contemplaba los derechos constitucionales en ocho artículos (149-156).

Influida por esta tendencia, la primera Constitución de Bolivia reportaba solo 157 artículos; con el advenimiento del constitucionalismo social, en 1938 el número de preceptos asciende a 180: la sección segunda, «Derechos y garantías», consta de veintinueve artículos (5-33); la sección decimocuarta, «Régimen social», con diez artículos (121-130), contempla derechos de índole social; por último, la sección decimoquinta, «La familia», constitucionaliza determinados postulados del derecho de familia en cuatro artículos (131-134). La suma de estas disposiciones nos da como resultado 39 artículos abocados a los derechos fundamentales de las personas.

La última reforma (2009), con 411 artículos, continúa la tradición de ampliar el catálogo de derechos. En su primera parte, título II, «Derechos fundamentales y garantías», que consta de siete capítulos, almacena en 94 artículos una pluralidad

de derechos de distinto corte: civiles y políticos; económicos; sociales y culturales; de solidaridad o de los pueblos; derechos de la familia, niñez, adolescencia y juventud; del adulto mayor; de los privados de libertad; de las personas con discapacidad, y de los usuarios y consumidores; estos involucrarían los artículos 13-107. En ese orden de ideas, el título IV, capítulo primero, «Garantías jurisdiccionales», recibe 16 artículos (109-124). La suma asciende a 110 artículos, sin computar los derechos implícitos, los enunciados en otras partes de la Constitución y los inscritos en otros documentos de rango constitucional.

A causa de este robusto catálogo de derechos, algunos autores enrolan a la Constitución boliviana, junto a la venezolana, la ecuatoriana y la colombiana, en la tendencia denominada neoconstitucionalismo latinoamericano⁶³, constitucionalismo popular o constitucionalismo democrático⁶⁴.

¿A qué se debe este fenómeno de acrecentamiento? Existen diversas razones. Una de ellas es la concepción de pendencia de los derechos fundamentales: estos son producto de luchas sociales, y, por ende, una vez alcanzada la victoria, se debe plasmar en el texto constitucional el respectivo trofeo.

Sin ánimos de minusvalorar las reivindicaciones efectuadas por diversos sectores sociales, esta práctica podría generar

⁶² Esta fue la crítica efectuada a la Constitución de Filadelfia, que provocó la aprobación de las diez primeras enmiendas (*Bill of Rights*) en 1791.

⁶³ Jorge Asbun, *Constitucionalismo popular y neoconstitucionalismo latinoamericano. Estudio crítico*. La Paz: Plural, 2020, 71.

⁶⁴ Rubén Martínez Dalmau, «¿Han funcionado las constituciones del nuevo constitucionalismo latinoamericano?», *Revista Derecho & Sociedad*, n.º 51 (2018), 192.

serios inconvenientes. El reconocimiento de mayores derechos, para contentar ora al pueblo, ora a la comunidad internacional, puede ocasionar insatisfacción popular y consecuente repudio, porque la constitución reconoce derechos que no son posibles de satisfacer; por ejemplo, el artículo 16. I de la norma suprema boliviana reconoce el derecho al agua, pero la zona sur de la ciudad de Cochabamba padece la carencia de este líquido aun en nuestros días. Cuantos más derechos se reconozcan y el Estado no tenga la capacidad de materializarlos, se generarán indefectiblemente escenarios de incumplimiento a la constitución, convirtiendo sus dictados en mera poesía constitucional.

Obrar de esta forma es *prima facie* poco prudente, ya que, en lugar de empotrar derechos fundamentales, se acoplan derechos imposibles o «fantasías» que merman «la seriedad de la ciencia de los derechos humanos»⁶⁵.

Pero la presión de los derechos es tal que trasciende el ámbito normativo, ya que incita a que algunos doctrinarios critiquen a sus semejantes cuando estos no se pliegan a la susodicha tendencia. Por ejemplo, Böhrtr Irahola formula un reproche al constitucionalista boliviano Ciro Félix Trigo (a quien le fue encomendada por la Junta Militar de Gobierno, mediante Decreto Ley de 1 de diciembre de 1965, la redacción de un anteproyecto de reformas constitucionales) por no haber remozado la Constitución en materia de derechos fundamentales en la reforma de 1967⁶⁶.

65 Germán Bidart Campos, *Teoría general de los derechos humanos*, op. cit., 238.

66 Carlos Böhrtr Irahola, «Introducción al nuevo sistema constitucional boliviano». En *Miradas*.

Estimamos que la crítica es incorrecta. Trigo, como bien precisa Böhrtr Irahola, era un profesor de derecho constitucional versado en derechos fundamentales y, por tal razón, en el momento de proponer reformas constitucionales, actuó con aplomo antes que pasión. ¿De qué valdría que la Constitución declame derechos imposibles a los que el pueblo no puede acceder?

Un ejemplo reciente de euforia de derechos lo rastreamos en el fallido proyecto constitucional chileno del 4 de julio de 2022, cuyo artículo 131. 1 disponía: «Los animales son sujetos de especial protección. El Estado los protegerá, reconociendo su sintiencia y el derecho a vivir una vida libre de maltrato»⁶⁷; este precepto no solo merece críticas formales respecto a la hipertrofia de derechos, sino también materiales, en cuanto ignora la quintaesencia del constitucionalismo: los derechos naturales son privativos del hombre. De plegarse a este absurdo, debería dejarse de hablar de derechos humanos, y comenzar a hablar de «derecho de las criaturas»⁶⁸.

Como corolario, consideramos que la labor de reformar la constitución debe ser asumida con prudencia y circunspección,

Nuevo texto constitucional, editado por el Instituto Internacional de Integración del Convenio Andrés Bello. La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia, 2010, 48-49.

67 Este artículo es fruto de propuestas como la de Cristián Castillo Vásquez, «Derechos de los animales en la Constitución Política de la República de Chile». En *La Constitución comentada*, editado por Juan Pablo Ciudad. Santiago de Chile: Usach, 2020, 135-136.

68 Robert Alexy, «La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático», *Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas*, n.º 8 (2000), 24.

no motivada por pasiones temporales, en cuanto introducir mayores derechos en el texto constitucional genera obligaciones y prohibiciones para el Estado que no de cumplírselas podrían generar responsabilidad internacional.

6.4. Rigidez constitucional

Con el propósito de guarecer a la Constitución de constantes reformas, los constituyentes instituyeron procedimientos rigurosos de enmienda. Los niveles de rigidez varían en nuestra región; sin embargo, estimo que el Estado boliviano contempla uno de los más engorrosos, ya que, conforme al artículo 411, las dos variantes, reforma total y parcial, exigen referéndum para su aprobación. Este procedimiento es bastante complejo si se lo contrasta —por ejemplo— con el mecanismo de enmienda de la Constitución brasileña; la enmienda, de acuerdo con el artículo 60, es realizada por el Congreso con la aprobación de tres quintos de los votos, después de ser debatida en cada cámara. Se deduce que, si una constitución contiene materia periférica o demasiado precisa en su texto, la labor de reforma podría quedar sin realizarse durante un tiempo prolongado.

Planteemos la problemática desde el caso boliviano. Así, por imperio del artículo 198 de la norma fundamental, los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional son elegidos mediante sufragio universal, un mecanismo de elección que es ampliamente rechazado por la ciudadanía: en las elecciones de 2011 el Tribunal Electoral confirmó la victoria de los votos nulos y en blanco, que sumaron 2.4 millones de votos (58 %) para el Tribunal Constitucional; en 2017 la situación fue similar: según el órgano electoral, el ausentismo

fue de un 22 % y los votos nulos campearon con el 50,93 %.

En razón de lo mencionado, diversos autores han propuesto reformar el sistema de elección de los magistrados constitucionales, ya que, en lugar de realizar un adelanto «en la ciencia del Derecho»⁶⁹, se evidencia una parodia jurídica cuya reforma es imprescindible para arribar a mayores niveles de objetividad jurisdiccional⁷⁰.

A pesar de las propuestas formuladas, hasta nuestros días la requerida reforma constitucional no se ha podido concretar. ¿A qué se debe? Existe una pluralidad de razones, pero quizás la más relevante sea el obstáculo del procedimiento rígido de reforma. Para modificar la situación que nos circunda respecto al Tribunal Constitucional, tan solo tendríamos que modificar un artículo (el 198), pero, si el pueblo rechaza las enmiendas propuestas, vanos serán los esfuerzos. Obsérvese que la rigidez constitucional puede perfilarse como un arma bidireccional: útil para frenar la efervescencia de autoridades y ciudadanos, pero promotora de la conversión de normas constitucionales en cuasi cláusulas pétreas.

6.5. Dispendio económico y pueblo extenuado o hastiado

Esta temática es consecuencia inmediata del punto anterior. De contemplarse un

69 Héctor Arce Zaconeta, «La jurisdicción constitucional en Bolivia». En: *Hacia la construcción del Tribunal Constitucional Plurinacional*, editado por Programa de fortalecimiento a la concertación y al Estado de Derecho – GTZ (La Paz: Presencia, 2012), 96.

70 Véase, por ejemplo, Rafael Subieta, «Bolivia». En *The International Review of Constitutional Reform*. Luís Roberto Barroso y Richard Albert (Editores). Austin: University of Texas, 2021, 33.

procedimiento de reforma rígido, la inversión económica para accionarlo será ingente, lo que a su vez acrecentará la dubitación sobre la propuesta de impulsar enmiendas. Esto es así en cuanto los esfuerzos para movilizar los recursos humanos y económicos necesarios se traducirían en mero dispendio de no cristalizarse las intenciones de reforma. Parifiquemos lo expuesto: el proceso constituyente de Chile implicó un cuantioso gasto para la ciudadanía por su extensión en el tiempo; empezó en 2019, y concluyó en 2022 con el rechazo a la llamada Nueva Constitución por parte del 62 % del electorado⁷¹. Contabilizados los costos, ¿qué cifra nos arroja? Diversas fuentes acusan el siguiente resultado: 68 000 millones de pesos, aproximadamente 19 000 millones en convencionales, 4000 millones para asignaciones, 25 000 millones por plebiscito de apertura y 20 000 millones por plebiscito de clausura⁷².

¿Qué efectos populares generan un fallido intento de reforma constitucional? Consideramos que pueden surgir dos tipos de afecciones: agotamiento o hastío popular. Después de haber transcurrido meses o años de actividades para proceder a reformar la constitución y que concluya con un rechazo, es probable que el pueblo no insista en el cometido durante un lustro, o incluso en una década, debido al men-

guar de sus fuerzas; la segunda posibilidad es más preocupante, ya que significa que el pueblo —o una porción relevante de este— es renuente a la idea de enmendar la constitución y dirige su atención hacia otro asunto de interés público. Afirmamos que es preocupante porque el hartazgo se transforma en malestar popular cuando existen autoridades públicas que porfían en pretensiones como la de reforma.

Ejemplifiquemos el último punto. Es dable observar el avivamiento de la inconformidad popular en Chile a causa del comportamiento del presidente Gabriel Boric, quien, conociendo los resultados del plebiscito de cierre, persiste en la temática de la reforma constitucional arguyendo que el mandato de tener una nueva constitución aun estaría vigente. Si el presidente Boric se obstina en continuar con un tema pasado ya concluido, estaría desconociendo al 62 % del soberano chileno.

En corolario, un proceso constituyente exige elevadas erogaciones económicas, que pueden concluir con la extenuación o hartazgo del pueblo; es menester, por consiguiente, sopesar con sumo cuidado el sentimiento popular: ¿está el soberano dispuesto a iniciar una reforma constitucional? De estarlo, también será necesario proveer los insumos indispensables para llevar el proceso a buen recaudo: seriedad de los constituyentes, no incorporación de materia ajena a la que motivó el proceso y respeto a la historia, principios y valores de la nación.

6.6. Balance

El *iter* teórico trajinado nos permite concluir que la incompletez y la invisibi-

71 *El País*, «Resultados plebiscito Chile 2022, en vivo. El ministro de Hacienda de Chile confirma para este martes los cambios en el gabinete de Boric», *El País*, 6 de setiembre de 2022, <https://elpais.com/chile/2022-09-05/plebiscito-en-chile-para-una-nueva-constitucion-resultado-y-reacciones.html>.

72 *As*, «¿Cuánto costó el proceso constitucional del plebiscito?», *As*, 6 de setiembre de 2022, <https://chile.as.com/actualidad/cuanto-costo-el-proceso-constitucional-del-plebiscito-n/>.

lidad constitucional son cualidades estructurales que no deben ser postergadas en la temática sobre reformas constitucionales; una errónea comprensión de sus proyecciones sobre el texto constitucional redundará en constituciones con hipertrofia normativa y conversoras de normas constitucionales en cláusulas líticas.

Por las razones vertidas, y dado que es factible avizorar un ambiente tendiente a proponer enmiendas, de ser la aspiración de un pueblo asumir un proceso de reforma constitucional, considero pertinente que los constituyentes cavilen sobre las enseñanzas que el profesor Carrasco expuso en 1920: «Es necesario que la Constitución no contenga sino aquello que realice sus fines en la forma más concisa y clara posible. Debe reunir dos condiciones: 1.º, no ser deficiente; 2.º, no contener más de lo que debe contener»⁷³.

7. Constituciones metatextuales

Advertida la impropiedad de la taxonomía de constituciones escritas y constituciones no escritas, McChesney⁷⁴ planteó la distinción entre constituciones *codificadas* y constituciones *dispersas*, basándose a su vez en la terminología empleada por Émile Boutmy. Posteriormente, Néstor Pedro Sagüés complementa la tipología añadiendo una tercera variante, las constituciones intermedias: «Son las constituciones que comienzan codificadas, pero son seguidas por normas complementarias y anexos,

muchas veces de significativa extensión»⁷⁵. La taxonomía descrita enfatiza una vez más las conclusiones expresadas por la incompletitud y la invisibilidad constitucional.

A la normativa estudiada (texto constitucional y tratados internacionales) debemos sumar la jurisprudencia proveniente de las máximas magistraturas jurisdiccionales nacionales y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En razón de la tesis normativa descrita, se formula el siguiente imperativo para doctrinarios y, en especial, para los miembros de la profesión de la toga: toda constitución exige la asunción de un enfoque integral o global de su universo preceptivo; debe en consecuencia realizarse «un estudio *metatextual* de la Constitución» (el resaltado es nuestro)⁷⁶.

Producto de esta aproximación, es necesario observar nuevamente las constituciones iberoamericanas. Estas contemplan cláusulas de dispersión del contenido constitucional; asimismo, en algunos casos sus tribunales constitucionales reconocen derechos constitucionales e integran al bloque de constitucionalidad la jurisprudencia interamericana; por esta tesis normativa, la particularidad de las normas supremas de esta región nos espolea a caracterizarlas como constituciones *metatextuales*.

En fin, sea cual fuere el formato que ostenten nuestras normas supremas y

⁷³ José Carrasco, *Estudios constitucionales. Poder judicial*, op. cit., 339.

⁷⁴ Citado en Segundo V. Linares Quintana, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, op. cit., 115.

⁷⁵ Néstor Pedro Sagüés, *Derecho constitucional. Teoría de la constitución*, op. cit., 255.

⁷⁶ La expresión resaltada fue acuñada por nosotros para el ámbito constitucional en nuestro libro inédito *Un estudio metatextual de la constitución, A propósito de la tesis de la constitución invisible* (2022).

fundamentales, estas deben propender a satisfacer la primera misión de toda constitución, la cual quedó extractada en el artículo 1 de la primera constitución hispanoamericana, la Constitución de Cundinamarca de 4 de julio de 1811: constituirse en «una barrera contra el despotismo» y perfilarse como «el mejor garante de los derechos imprescriptibles del hombre y del ciudadano».

8. Conclusiones

Dado que se tiene la expectativa de que las constituciones se constituyan en instrumentos de gobierno de prolongada duración, estas poseen una fisonomía jurídica disímil del resto de las normas jurídicas; en consecuencia, la técnica constitucional nomográfica empleada para su redacción debe atender a dos cualidades estructurales particulares: la incompletud constitucional y la invisibilidad constitucional.

La incompletitud alude a la naturaleza porosa de la constitución, la cual se justifica en la incapacidad regulativa de reducir el mundo constitucional en sus contornos lingüísticos, pero, en particular, en la necesidad de cubrir solo la materia fundamental indispensable para operativizar el Estado. De descender a la escurpulosidad mermaría la esfera de decisión del órgano legislativo, afectándose el principio de libertad legislativa de configuración política de los representantes del pueblo, y en análoga medida también la del órgano ejecutivo.

La implicitud constitucional, por su parte, es otra cualidad que ha formado parte de la tradición constitucional del continente americano desde sus primordios; con ella se hace referencia a que existen

determinados principios, valores, derechos y garantías que no recibieron inscripción expresa en los artículos de la norma suprema, pero que, por su nexo sustancial con la condición humana, el sistema democrático o la forma republicana de gobierno, ameritan un estatus constitucional.

Para que la labor de reconocimiento de la materia dogmática implícita no hallara óbice jurisdiccional, los constituyentes incorporaron a la norma fundamental cláusulas de dispersión del contenido constitucional, dispositivos que permiten, especialmente a las máximas cortes de justicia, ampliar la proyección del estatuto de los derechos. En vista de que las comunidades políticas de esta región adoptaron dichas premisas, los derechos constitucionales no se saturan en la constitución documental, sino que existen otros documentos jurídicos que pueden albergarlos, como los tratados internacionales de derechos humanos, y la jurisprudencia constitucional interamericana. Esta realidad nos permitió caracterizar a las normas supremas iberoamericanas como constituciones *metatextuales*.

Es verdad que estos dos semblantes estructurales fueron ya abordados de forma suficiente en la doctrina constitucional; no obstante, juzgamos menester replantear la temática en vista del ambiente de reforma constitucional presente en Iberoamérica desde 2019. En dicha actividad, los asambleístas o convencionales deben necesariamente cavilar sobre la incompletitud e implicitud constitucional, ya que, de no hacerlo, las enmiendas propuestas podrían generar defectos o ramificaciones políticas de envergadura: hipertrofia normativa, exuberancia de derechos, spendio econó-

mico para el erario nacional y extenuación o malestar del pueblo.

Ergo, en caso de asumirse el compromiso de emprender un proceso de reforma constitucional, estimo necesario que las autoridades encargadas de tan alta misión obren con aplomo y cavilen sobre «*la virtud del silencio* de la Constitución».

9. Referencias bibliográficas

- Alexy, Robert. «La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático», *Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas*, n.º 8 (2000), 21-41.
- El País*. «Resultados plebiscito Chile 2022, en vivo. El ministro de Hacienda de Chile confirma para este martes los cambios en el gabinete de Boric», *El País*, 6 de setiembre de 2022. <https://elpais.com/chile/2022-09-05/plebiscito-en-chile-para-una-nueva-constitucion-resultado-y-reacciones.html>.
- Alexy, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 2004.
- Arce Zaconeta, Héctor. «La jurisdicción constitucional en Bolivia». En *Hacia la construcción del Tribunal Constitucional Plurinacional*, editado por el Programa de fortalecimiento a la concertación y al Estado de derecho – GTZ. La Paz: Presencia, 2012.
- Arguedas, Alcides. *Historia de Bolivia*, t. V. La Paz: Librería Editorial G. U. M., 1991.
- As. «¿Cuánto costó el proceso constitucional del plebiscito?», *As*, 6 de setiembre de 2022. <https://chile.as.com/actualidad/cuanto-costo-el-proceso-constitucional-del-plebiscito-n/>.
- Asbun, Jorge. *Constitucionalismo popular y neoconstitucionalismo latinoamericano. Estudio crítico*. La Paz: Plural, 2020.
- Asturias, Miguel Ángel. *El señor presidente*. La Habana: Lex, 1966.
- Badeni, Gregorio. *Tratado de derecho constitucional*. 2.ª edición, t. I. Buenos Aires: La Ley, 2006.
- Barak, Aharon. *La aplicación judicial de los derechos fundamentales. Escritos sobre derechos y teoría constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020.
- Barcos, Julio R. *Cómo educa el Estado a tu hijo*. 2.ª edición. Buenos Aires: Acción, 1928.
- Barrios Gonzales, Boris. *Introducción al constitucionalismo*. San José: Investigaciones Jurídicas, 2010.
- Beltrán de Felipe, Miguel y Julio V. Gonzales García, Julio V. *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.
- Bernal Pulido, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. 4.ª edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

- Bidart Campos, Germán J. *Teoría general de los derechos humanos*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.
- Börth Irahola, Carlos. «Introducción al nuevo sistema constitucional boliviano». En *Miradas. Nuevo texto constitucional*, editado por el Instituto Internacional de Integración del Convenio Andrés Bello. La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia, 2010.
- Brewer-Carías, Allan R. «La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno de los países de América Latina», *Revista IIDH*, n.º 46 (2007): 220-271.
- Bunge, Mario. *Filosofía política*. Barcelona: Gedisa, 2009.
- Carnota Walter F. y Patricio A. Maraniello. *Derecho constitucional*. Buenos Aires: La Ley, 2008.
- Carrasco, José. *Estudios constitucionales. Poder Judicial*, t. IV. La Paz: Gonzales y Medina Editores, 1920.
- Castillo Vásquez, Cristián. «Derechos de los animales en la Constitución Política de la República de Chile». En *La Constitución comentada*, editado por Juan Pablo Ciudad. Santiago de Chile: USACH, 2020.
- Chávez Herrera, Nelson (comp.). *Primeras constituciones. Latinoamérica y el Caribe*. Caracas: Biblioteca Ayacucho, 2011.
- Corwin, Edward S. «The “Higher Law” background of American constitutional law», *Harvard Law Review*, vol. XLII, n.º 2 (1928): 149-185.
- Cruz Apaza, Rodrigo René. *Ensayos de derecho constitucional y procesal constitucional*. Cochabamba: Estandarte de la Verdad, 2021.
- Cruz Apaza, Rodrigo René. «Constitucionalismo fragmentario: a propósito de la primera constitución dispersa de Bolivia», *Revista de Derecho de la UCB-UCB Law Review*, vol. 5, n.º 9 (2021): 97-125.
- Cruz Apaza, Rodrigo René. *Un estudio metatextual de la Constitución. A propósito de la tesis de la constitución invisible* (2022; inédito).
- Cruz Apaza, Rodrigo René. «Una sustancia, diversas formas: la tesis ontológica de la unidad sustancial y continuidad histórica de la Constitución boliviana», *Revista de Derecho de la UCB-UCB Law Review*, vol. 6, n.º 10 (2022): 27-70.
- Cruz Apaza, Rodrigo René. «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*, año 2, n.º 3 (2022): 35-63.
- Díaz Couselo, José María. *Los principios generales del derecho*. Buenos Aires: Plus Ultra, 1971.
- Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo y Carlos María Pelayo Möller. «Preámbulo». En *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, 2.ª edición.

- Editado por Christian Steiner y Marie-Christine Fuchs. Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung, 2019.
- Finnis, John. *Ley natural y derechos naturales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.
- García Morillo, Joaquín. «Mitos y realidades del parlamentarismo», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 9 (1991): 115-144.
- Garzón Buenaventura, Edgar Fabián. «Derechos innominados en el sistema interamericano», *Dixi*, n.º 24 (2016): 11-23.
- Grau, Luis. *El constitucionalismo americano*. Madrid: Dykinson, 2011.
- Gros Espiell, Héctor. «Los derechos humanos no enunciados o no enumerados en el constitucionalismo americano y en el artículo 29. c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 4 (2000): 145-172.
- Hamilton, Alexander, Madison James y Jay, John. *El Federalista*. Madrid: Akal, 2015.
- Hernández Chávez, Pedro A. «Análisis constitucional de los regímenes de gobiernos contemporáneos», *Gaceta Constitucional*, n.º 62 (2013): 240-271.
- Jellinek, Georg. *Teoría general del Estado*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2005.
- Linares Quintana, Segundo V. *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*. 2.ª edición, t. IX. Buenos Aires: Plus Ultra, 1987.
- Llompарт, José, «La posibilidad de una teoría del Derecho más allá del iuspositivismo y del iusnaturalismo», *Persona y Derecho. Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, n.º 24 (1991): 151-170.
- Loewenstein, Karl, *Teoría de la constitución*. Barcelona: Ariel, 1979.
- Ludwig, Emil, *Bolívar, el caballero de la gloria y de la libertad*. Buenos Aires: Losada, 1942.
- Martínez Dalmau, Rubén. «¿Han funcionado las constituciones del nuevo constitucionalismo latinoamericano?», *Revista Derecho & Sociedad*, n.º 51 (2018): 191-205.
- Maurois, André. *Historia de los Estados Unidos, 1492-1828*, T. I. Buenos Aires: Losada, 1951.
- Nogueira Alcalá, Humberto. *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.
- Pando Gutiérrez, Jorge. *Bolivia y el mundo. Geografía económica*, t. I. La Paz: Fàenix, 1957.
- Prats, Jorge. «Artículo 6». En *La Constitución comentada*. 3.ª edición, editado por Finjus. Santo Domingo: Fundación Institucionalidad y Justicia, 2012.
- Ramos Núñez, Carlos. «El código napoleónico: fuentes y génesis», *Derecho & Sociedad*, n.º 49 (2017): 153-161.
- Rey Cantor, Ernesto. «Sistemas constitucionales y cláusulas de apertura internacional: especial referencia al ámbito

- iberoamericano», *Revista Electrónica Iberoamericana*, vol. 15, n.º 1 (2021): 108-140.
- Ríos Santos, Fruela Gonzalo. «Técnica normativa de las Constituciones de la postguerra». Tesis doctoral. Universidad Rey Juan Carlos, 2019.
- Rivera S., José Antonio. *Reformas a la Constitución: ¿modernización del Estado?* Cochabamba: Kipus, 1994.
- Roosevelt III, Kermit. «The indivisible Constitution», *Faculty Scholarship at Penn Law*, 286 (2009): 321-342.
- Rosenn, Keith S. «El éxito de constitucionalismo en los Estados Unidos y su fracaso en América Latina: una explicación», *Criterio Jurídico*, vol. 13, n.º 2 (2013): 177-229.
- Sagüés, Néstor Pedro. *Derecho constitucional. Teoría de la constitución*, vol. 1. Buenos Aires: Astrea, 2017.
- Sánchez Viamonte, Carlos. *Manual de derecho constitucional*. 2.ª edición. Buenos Aires: Kapelusz, 1956.
- Sarlet, Ingo W. *La eficacia de los derechos fundamentales, Una teoría general desde la perspectiva constitucional*. Lima: Palestra, 2019.
- Subieta, Rafael. «Bolivia». En *The International Review of Constitutional Reform*, editado por Luís Roberto Barroso y Richard Albert. Austin: University of Texas, 2021, 30-33.
- Valentin, Veit, *Historia universal. Los pueblos, los hombres, las ideas*. 5.ª edición, T. II, Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1955.
- Wilson, Woodrow, *El gobierno congresional. Régimen político de los Estados Unidos*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.
- Zagrebelsky, Gustavo, «La ley, el derecho y la Constitución», *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 21, n.º 72 (2004): 11-24.
- Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 10.ª edición, Madrid: Trotta, 2011.

LA APLICACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL PERÚ Y LA TEORÍA DEL MARGEN DE APRECIACIÓN

The application of conventionality control in Peru and the margin of appreciation theory

Autores: Manuel Gonzalo Lupa Yucra*
Jessica Natalia Huarca Hurtado**

REVISTA

LP Derecho

Manuel Gonzalo Lupa Yucra
Jessica Natalia Huarca Hurtado

«La aplicación del control de convencionalidad en el Perú y la teoría del margen de apreciación».

Revista LP Derecho.

4 (2023): 38-57.

Recibido: 31/12/2022

Aprobado: 02/02/2023

Resumen

El presente artículo desarrolla un estudio del concepto, fundamento y origen del control de convencionalidad. Asimismo, explica los casos en los que se ha aplicado el referido control dentro del sistema jurídico peruano, entre los cuáles tenemos: Barrios Altos (1995), Portilla Guarniz (2017), Anticonceptivo Oral de Emergencia (2019) y Paredes Piqué (2019). Posteriormente, se analiza si en los referidos casos la decisión del juez nacional ha afectado interpretaciones jurídicas institucionalizadas dentro del derecho interno, y por otro lado, si las opiniones consultivas constituyen parámetro válido para aplicar el control de convencionalidad. Finalmente se propone como solución la aplicación de la teoría del margen de apreciación en casos específicos.

Palabras clave:

control de convencionalidad, teoría del margen de apreciación

Abstract

This article is about a study of the concept, base and origin of the conventionality control. Moreover, we explain legal cases which that control has been applied in the Peruvian legal system, for instance: Barrios Altos (1995), Portilla Guarniz (2017), Anticonceptivo oral de emergencia (2019) y Paredes Piqué (2019). Then, we analyse if the judge decision has affected institution-

* Abogado por la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa. Ha sido jefe de práctica en la misma casa de estudio y también asistente de juez en el Juzgado Constitucional de Arequipa. Estudiante de la Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Correo electrónico: manueluyu93@gmail.com.

 <https://orcid.org/0000-0002-0812-8397>

** Estudiante de octavo ciclo en la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa. Correo electrónico: jessica.natalia.hh@gmail.com.

 <https://orcid.org/0000-0003-4384-9971>

al interpretation among the domestic law; on the other hand, if the consultant opinions are the correct rule to apply the conventionality control. Finally, we propose as solution the application of the margin of appreciation theory in difficult cases.

Keywords:

conventionality control, margin of appreciation theory

1. Introducción

El control de convencionalidad es una institución que ha devenido en una herramienta de comunicación entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte Interamericana) y los tribunales de los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante Convención Americana). Este contexto es reciente: la Corte Interamericana ha tenido siempre la responsabilidad de velar por el respeto de las normas del derecho internacional de derechos humanos; sin embargo, sus pronunciamientos han adquirido eficacia directa *erga omnes* para los Estados solo a partir del año 2006, a través de la sentencia del caso Almonacid Arellano vs. Chile.

El presente artículo tiene por objeto exponer los supuestos en que se ha aplicado el control de convencionalidad en el Perú. Se analizan los casos conocidos como Barrios Altos, Portilla Guarniz, Anticonceptivo oral de emergencia y Paredes Piqué, en los que se ha observado la inaplicación tanto de leyes como de sentencias vinculantes del Tribunal Constitucional.

A partir de un estudio de los casos señalados, es posible evaluar si la decisión to-

mada por los jueces nacionales de preferir la jurisprudencia interamericana es conforme a una mejor protección de los derechos humanos o si debieron inclinarse a favor del respeto de decisiones internas. Al respecto, formulamos la siguiente interrogante: ¿los jueces nacionales deben siempre preferir los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o, más bien, es posible que prevalezca un margen de apreciación nacional? Se utilizará el método socio-jurídico, en mérito a que el examen de la institución jurídica del control de convencionalidad recurre a una base de análisis de jurisprudencia puntual y relevante a la materia.

Los principales antecedentes de la investigación en cuanto al control de convencionalidad han sido desarrollados por Domingo García Belaunde y José Palomino Manchego en su artículo titulado «El control de convencionalidad en el Perú»¹; Pablo González Domínguez, en «La doctrina del control de convencionalidad a la luz del principio de subsidiariedad»²; y Sergio Fuenzalida Bascuñán, en «La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como fuente de derecho: una revisión de la doctrina del “examen de convencionalidad”»³.

1 Domingo García Belaunde y José Palomino Manchego, «El control de convencionalidad en el Perú». *Pensamiento Constitucional* 18 (2013): 223-241. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/8955/9363>.

2 Pablo González Domínguez, «La doctrina del control de convencionalidad a la luz del principio de subsidiariedad». *Revista Estudios Constitucionales* 15 (2017): 55-98. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v15n1/art03.pdf>.

3 Sergio Fuenzalida Bascuñán, «La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como fuente de derecho: una revisión de la

En cuanto a la teoría del margen de apreciación, cabe mencionar a Francisco Barbosa Delgado, en el artículo titulado «El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: entre el Estado de derecho y la sociedad democrática»⁴; y a Gonzalo Aguilar Cavallo, en «Margen de apreciación y control de convencionalidad: ¿una conciliación posible?»⁵.

2. El control de convencionalidad: concepto, fundamento y origen

El control de convencionalidad es un mecanismo que dota de eficacia a las normas que forman parte del bloque de convencionalidad⁶. Su expresión se constata en sede internacional en la Corte Interamericana; y en sede nacional, dentro de los Estados. Los parámetros del control lo conforman la Convención Americana, las

sentencias y opiniones consultivas emitidas por la Corte y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, entre otros instrumentos internacionales.

Los fundamentos de su aplicación se ubican dentro de los principios del derecho internacional público. En los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados se regula el principio *pacta sunt servanda*, es decir, la exigencia de obligatoriedad de pactos contraídos libremente. Este postulado se constituye como la base del deber de cumplimiento por parte de los Estados en relación con los acuerdos suscritos de forma voluntaria⁷.

Podemos clasificar el control de convencionalidad en dos tipos, dependiendo de la sede en que se aplique. En primer lugar, el control externo u originario⁸, ejercido desde su creación por la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁹. Advertimos que, si bien la Corte Interamericana, en sus inicios, no utilizó la expresión «control de convencionalidad externo» para calificar su

doctrina del «examen de convencionalidad». *Revista de Derecho* (Valdivia) 28 (2015): 171-192. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S071809502015000100008&lng=es&nrm=iso.

4 Francisco Barbosa Delgado, «El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: entre el Estado de derecho y la sociedad democrática», *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales. In memoriam Jorge Carpio generador incansable de diálogos* (2013): 1089-1117.

5 Gonzalo Aguilar Cavallo, «Margen de apreciación y control de convencionalidad: ¿una conciliación posible? *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 155 (2019): 643-684. https://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0041-86332019000200643&script=sci_arttext

6 Pablo González Domínguez, «La doctrina del control de convencionalidad a la luz del principio de subsidiariedad», *Revista Estudios Constitucionales* 1 (2017): 55-98, <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v15n1/art03.pdf>.

7 Hernán Alejandro Olano García, «Teoría del control de convencionalidad». *Revista Estudios Constitucionales* 1 (2016): 61-94. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v14n1/art03.pdf>

8 Domingo García Belaúnde y José Palomino Manchego, «El control de convencionalidad en el Perú», *op. cit.*

9 Un ejemplo de su ejercicio se observa en la sentencia del caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras (1988), en el que se fundamenta lo siguiente: «Esta obligación implica el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos». (Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, emitida en el año 1988, fundamento 166).

labor, en la práctica se puede concluir que su función ha sido siempre la de controlar actos internos de los Estados, en contraste con el bloque de convencionalidad. En segundo lugar, tenemos el control interno que se aplica dentro de los Estados. Esta última modalidad ha sido moldeada por la jurisprudencia de la Corte Interamericana desde el año 2003¹⁰.

Conforme hemos explicado, el control de convencionalidad externo se ha aplicado desde que la Corte Interamericana empezó a ejercer su función contenciosa; por otro lado, el control de convencionalidad interno es un fenómeno nuevo, cuya evolución podemos dividir en tres fases: embrionaria, nacimiento y desarrollo jurisprudencial. La primera fase empieza con el voto del juez Sergio García Ramírez en el caso *Elizabeth Myrna Mack Chang vs. Guatemala* (2003), en el que por primera vez se mencionó la expresión «control de convencionalidad»; así, también, se esbozó un concepto que exponemos a continuación:

Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte solo a uno o algunos de sus órganos, entregar a estos la representación del Estado en el juicio—sin que esa representación repercuta so-

bre el Estado en su conjunto y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del «control de convencionalidad» que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional.¹¹

Asimismo, en la sentencia del caso *Tibi vs. Ecuador* (2004), se emitió un pronunciamiento en similar sentido:

El Tribunal Interamericano analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que se funda su competencia contenciosa, resolviendo acerca de la convencionalidad de tales actos, pretendiendo conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados Partes en el ejercicio de su soberanía.¹²

La segunda fase, la etapa de nacimiento, se constituye con la sentencia del caso *Almonacid Arellano vs. Chile* (2006), en el que la Corte Interamericana sostiene que los jueces de los Estados parte deben efectuar un control de convencionalidad sobre los actos internos, contrastándolos con las disposiciones de la Convención Americana y sus sentencias. Mencionamos a continuación el fundamento central:

La Corte es consciente [de] que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como

10 Domingo García Belaúnde y José Palomino Manchego, «El control de convencionalidad en el Perú», *op. cit.*

11 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, emitida en el año 2003, fundamento 27.

12 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Tibi vs. Ecuador*, emitida en el año 2004, fundamento 3.

la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de «control de convencionalidad» entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.¹³

Finalmente, en la fase de desarrollo jurisprudencial, se emiten algunos pronunciamientos complementarios. La sentencia del caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú* (2006) argumenta que el control de convencionalidad debe aplicarse respetando el marco de las funciones de cada autoridad del Estado¹⁴; asimismo, en el caso *Gelman vs. Uruguay* (2011) se precisa que todo funcionario público debe velar por el cumplimiento del bloque de convencionalidad¹⁵, mientras que en las opiniones consultivas 21/14¹⁶ y

22/16¹⁷ se incluye estas como parte del bloque de convencionalidad.

3. La aplicación del control de convencionalidad interno en el Perú

La aplicación del control de convencionalidad interno en el Perú se inicia antes de que se emitiese la sentencia del Caso *Almonacid Arellano vs. Chile*. Podemos precisar como hito inaugural la resolución emitida por la jueza Antonia Saquicury en el expediente sobre el Caso *Barrios Altos*, en el año 1995.

Asimismo, son distintas las materias jurídicas en las que se ha preferido la norma contenida en la Convención Americana de Derechos Humanos antes que la ley interna, desde expedientes penales hasta casos laborales y constitucionales. Se observa así que el campo de aplicación del control de convencionalidad no se ha circunscrito a una rama del derecho.

Los contextos políticos en los que se emitieron las sentencias mencionadas son de especial importancia. En una primera etapa, se observa el contexto de un gobierno autoritario, y en segundo período, en gobiernos constitucionales y democráticos. Conforme a lo resumido, se procederá a detallar los casos en orden cronológico.

13 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, emitida en el año 2006, fundamento 124.

14 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, emitida en el año 2006, fundamento 128.

15 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Gelman vs. Uruguay*, emitida en el año 2011, fundamento 239.

16 Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC-21/14 del 19 de agosto de 2014. Serie A n.º 21, fundamento 31.

17 Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC-22/16 del 26 de febrero de 2016. Serie A n.º 22, fundamento 26.

4. Caso Barrios Altos

El caso conocido como «Barrios Altos» ocurrió durante gobierno autocrático de Alberto Fujimori. Durante la década de los noventa aún persistía el incremento de atentados terroristas cometidos por Sendero Luminoso; incluso se extendía a las ciudades principales. La respuesta del Estado fue desmedida y arbitraria debido a que, con el propósito de combatir a aquellas organizaciones, se atentó contra los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Los hechos del caso ocurrieron el 3 de noviembre del año 1991, a las 10:30 p. m., en el jirón Huanta 840, en el centro de Lima. En ese momento se desarrollaba una fiesta organizada por los moradores del condominio ubicado en ese mismo lugar; sin embargo, la reunión se interrumpió cuando arribaron dos camionetas abordadas por militares pertenecientes al denominado Grupo Colina, quienes ingresaron al inmueble y empezaron a disparar a los asistentes, con el saldo de quince fallecidos y cuatro heridos¹⁸.

Lo ocurrido fue objeto de investigación por parte del Ministerio Público y el Poder Judicial. Al respecto, es importante señalar que solo a partir del año 1995 se efectuarían diligencias que llegaron a etapas más avanzadas (las anteriores investigaciones no tuvieron éxito). En ese contexto, la fiscal Ana Cecilia Magallanes citó, en calidad de autores, a cinco miembros del Ejército peruano, entre los que se encontraba un general, un mayor y el jefe de servicio de

inteligencia nacional. Posteriormente, la magistrada presentó una denuncia ante el Decimosexto Juzgado Penal de Lima, a cargo de la jueza Antonia Saquicuray, quien trató de tomar la declaración de los acusados; sin embargo, el Consejo Supremo de Justicia Militar emitió una resolución en la cual argumentaba que los implicados no podían ser requeridos por la justicia ordinaria debido a que existía una causa pendiente en el fuero militar. Por otro lado, el Congreso de la República, con el propósito de «proteger» a los militares involucrados, aprueba la Ley de Amnistía 26497, la cual disponía eximir de responsabilidad penal a todo personal de las fuerzas armadas que hubiesen cometido actos de violación de los derechos humanos¹⁹.

La jueza Saquicuray advirtió que el artículo 1 de la Ley de Amnistía vulneraba las obligaciones internacionales asumidas por el Estado peruano como firmante de la Convención Americana de Derechos Humanos. Por este motivo, emitió una resolución en la que decidía no aplicar la ley citada a los procesos pendientes en su despacho judicial; es decir, el expediente penal iniciado contra los miembros del Grupo Colina debía continuar. Este proceder de la judicatura ilustra la aplicación del control de convencionalidad sobre leyes internas²⁰.

Los abogados de los militares interpusieron recurso de apelación de la resolución mencionada, el cual fue resuelto por la Undécima Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima. No obstante, el Congreso,

18 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Barrios Altos vs. Perú, emitida en el año 2001, fundamento 2, literales a y b.

19 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Barrios Altos vs. Perú, emitida en el año 2001, fundamento 2, literales f y g.

20 *Ibidem*, fundamento 2, literal h.

conociendo el actuar del Poder Judicial, aprobó una segunda Ley de Amnistía 26492, la que disponía que la Ley 26479 no podía ser revisada por el Poder Judicial y que abarcaba a los actos ocurridos desde 1980 hasta 1995. Ante tal panorama legal, la sala revisora resolvió revocar la decisión de la jueza Saquicuray²¹.

5. El caso Portilla Guarniz

Con el caso Portilla Guarniz se inicia la segunda etapa, en la que el control de convencionalidad se aplica en el contexto de gobiernos democráticos. Después de la década de los noventa y la finalización del gobierno de Alberto Fujimori, se instauró un período democrático que empezó con el mandato transitorio del expresidente Valentín Paniagua.

Los aspectos singulares del caso giran en torno a la materia jurídica y la norma sobre la cual se aplica el control de convencionalidad. Este es el primer ejercicio de dominio de las normas convencionales sobre un expediente laboral. Asimismo, el objeto de control radicó en un precedente vinculante emitido por el Tribunal Constitucional.

Pasemos a desarrollar los hechos. El 2 de agosto del 2014, el señor Portilla Guarniz suscribió un contrato de locación de servicios²² con el Gobierno Regional de La Libertad, a fin de desempeñarse como

evaluador hidrogeoquímico en el Proyecto Especial Chavimochic²³. Posteriormente, firmó un contrato administrativo de servicios (CAS), distinto al anterior, pero con la misma función (evaluación hidrogeoquímica). No obstante, el 20 de marzo de 2015 se le notifica mediante Carta 48-2015-GRLL que su vínculo laboral fencería el próximo 31 de marzo; así, el señor Portilla no pudo acceder a su centro de labores desde el 1 de abril de 2015²⁴.

El trabajador decidió interponer una demanda laboral, con fecha 30 de marzo de 2015, en la que solicita la reposición, argumentando que, conforme a la jurisprudencia vigente en ese momento, al desempeñar labores permanentes en la entidad demandada, se había configurado su estabilidad laboral. Es importante mencionar que, desde el 11 de julio de 2002, la jurisprudencia imperante reposaba en la sentencia del caso Sindicato de Trabajadores de Telefónica vs. Telefónica, expediente 1124-2001-AA/TC. En dicha sentencia, el Tribunal Constitucional interpretó el artículo 27 de la Constitución aplicando el principio de optimización de derechos fundamentales, y concluyó que ante un despido arbitrario es posible una tutela reparadora, es decir, que el juez podía disponer la reincorporación del trabajador a la empresa²⁵.

21 *Ibidem*, fundamento 2, literales i, j y k.

22 Código Civil, artículo 1764.- Por la locación de servicios el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución.

23 Proyecto de inversión pública para constituir un gran centro de irrigación agrícola en el norte del Perú.

24 Sentencia emitida por el Juzgado Mixto de la Esperanza de la Corte Superior de Justicia de La Libertad-Poder Judicial, caso Portilla Guarniz, expediente 0083-2015-0-1618-JM-LA-01, emitida en el año 2017, fundamento 2.1.

25 Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, Caso Sindicato de Trabajadores de Telefónica vs. Telefónica, expediente 1124-2001-PA/TC, emitida en el año 2001, fundamento 12.

Posteriormente, el mismo Tribunal Constitucional emitió el precedente vinculante²⁶ contenido en la sentencia del caso Rosalía Huatuco Huatuco, expediente 5057-2013-PA/TC, en el mes de junio del 2015. La mencionada sentencia contenía un cambio de criterio en comparación con lo establecido con anterioridad. En efecto, el máximo intérprete de la Constitución añadió dos requisitos para la reposición de los trabajadores del sector público: a) el demandante ha tenido que ingresar, antes del despido, mediante concurso público, y b) que exista una plaza presupuestada y vacante. Asimismo, estableció que estas reglas debían ser aplicadas a futuros casos e incluso a expedientes en trámite al momento de la publicación de la sentencia en el diario oficial *El Peruano*²⁷. El Tribunal no motivó estos últimos extremos.

El juez Félix Ramírez Sánchez, del Juzgado Mixto Permanente de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, emitió sentencia en primera instancia declarando fundada la demanda interpuesta por Portilla Guarniz; por lo tanto, disponía la reposición del demandante en su puesto de trabajo²⁸. En la referida sentencia se utilizó el control de convencionalidad sobre lo dispuesto en el precedente vinculante Rosalía Huatuco Huatuco

en el extremo de que dicha jurisprudencia no motivó la aplicación de sus disposiciones a expedientes en trámite al momento de su publicación. Se vulneraba así lo dispuesto en el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos²⁹.

6. El caso Anticonceptivo oral de emergencia

En este caso se discute si el anticonceptivo oral de emergencia, denominado técnicamente levonorgestrel, tiene efectos abortivos. Un elemento importante en el debate fue determinar cuándo se inicia la vida humana, para, a partir de ello, establecer si la pastilla mencionada produce daños en el desarrollo del concebido. Fue relevante también avance de las investigaciones científicas al respecto.

Como antecedente del caso, se precisa que en el año 2009 el Tribunal Constitucional manifestó su postura en la sentencia del expediente 2005-2009-PA/TC, con relación al inicio de la vida humana, en un proceso iniciado por la ONG Lucha Anticorrupción, en el que se solicitaba que el Estado se abstenga de distribuir el anticonceptivo oral de emergencia por sus supuestos efectos abortivos³⁰. En la parte

26 El artículo VII del título preliminar de Código Procesal Constitucional establece: «Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo».

27 Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, caso Rosalía Huatuco Huatuco, expediente 5057-2013-PA/TC, emitida en el año 2015, fundamentos 9 a 17.

28 Sentencia emitida por el Juzgado Mixto de la Esperanza de la Corte Superior de Justicia de La Libertad-Poder Judicial, Caso Portilla Guarniz, expediente 0083-2015-0-1618-JM-LA-01, emitida en el año 2017, parte resolutive.

29 Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 8.1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley.

30 Precisamos que anteriormente el Tribunal Constitucional del Perú había emitido una sentencia en el caso Susana Chávez Alvarado, expediente 7435-2006-PC/TC, del mes de noviembre del 2006, que resolvía declarar fundada la demanda sobre proceso de cumplimiento y ordenaba la entrega del anticonceptivo oral de emergencia.

resolutiva, se declaró fundada la demanda y se ordenó al Estado no distribuir el fármaco mencionado³¹. El Tribunal, en su sentencia, analizó tres posturas: la primera, que sostiene que la vida empieza cuando se verifica actividad cerebral en el concebido; la segunda, la teoría de la fecundación, que considera el inicio de la vida en el momento de la unión del óvulo y el espermatozoide; y la tercera, la teoría de la anidación, según la cual la vida autónoma empieza cuando el óvulo fecundado se implanta en el útero. En el considerando 38 de la sentencia mencionada, Tribunal Constitucional se decanta por la teoría de la fecundación. Se argumentó que, al unirse las células materna y paterna, se origina un ser único e irrepetible genéticamente, y que la etapa de implantación en el útero es una parte del proceso de su desarrollo que no condiciona la existencia del nuevo ser humano³².

Posteriormente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se mostró a favor de la teoría de la implantación. Así lo menciona, por ejemplo, en la sentencia del caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, en cuyo considerando 186 la Corte expresa que la vida humana es viable al implantarse el óvulo fecundado en el útero y que antes de ello no existe esta posibilidad, debido a que el óvulo no puede recibir nutrientes. Añadía la Corte que el término *concepción* no debe comprender cualquier proceso biológico ajeno al cuerpo de la mujer³³.

En el contexto descrito, Violeta Gómez Hinostroza decidió interponer una demanda constitucional de amparo contra el Ministerio de Salud del Perú, a fin de que se ordene al Estado la distribución gratuita del anticonceptivo oral de emergencia. Argumentó en su demanda que, si bien el Tribunal Constitucional, en la sentencia del expediente 2005-2009-PA/TC, prohibió la entrega del referido anticonceptivo y se mostró a favor de la teoría de la fecundación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, había señalado que la vida se inicia con la implantación, por lo que el anticonceptivo, al impedir la unión del óvulo fecundado en el útero, actúa en una etapa en la que la vida humana aún no se inicia³⁴.

El juez del Primer Juzgado Constitucional de Lima, mediante sentencia emitida en el expediente 30541-2014-0-1801-JR-CI-01, declaró fundada la demanda y ordenó al Ministerio de Salud que distribuya gratuitamente el anticonceptivo oral de emergencia. Para arribar a esta decisión, el magistrado aplicó el control de convencionalidad sobre la sentencia del Tribunal Constitucional, expediente 2005-2009-PA/TC, debido a que contravenía la sentencia del caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*³⁵.

31 Sentencia del Tribunal Constitucional, caso ONG Acción de Lucha Anticorrupción, expediente 2005-2009-PA/TC, emitida en el año 2009, parte resolutive.

32 *Ibidem*, fundamento 38.

33 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, emitida en el año 2012, fundamento 186.

34 Sentencia del Tribunal Constitucional, caso ONG Acción de Lucha Anticorrupción, expediente 2005-2009-PA/TC, emitida en el año 2009, parte resolutive.

35 Sentencia emitida por el Primer Juzgado Especializado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima-Poder Judicial, caso Anticonceptivo oral de emergencia, expediente 30541-2014-0-1801-JR-CI-01, emitida en el año 2019, fundamento 10 y siguientes.

7. El caso Paredes Piqué

En este caso, el juez utilizó una opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como elemento de análisis para aplicar el control de convencionalidad. Hasta entonces, los casos se desarrollaron únicamente sobre la base de sentencias de la Corte.

El marco fáctico es el siguiente: Susel Paredes Piqué y Gracia Aljovín de Lozada contrajeron matrimonio en la ciudad de Miami el día 4 de agosto del 2016; posteriormente decidieron inscribir su acta de matrimonio en el Perú, para lo cual presentaron una solicitud ante el Reniec. La entidad registral emitió pronunciamientos administrativos que resolvían denegar el pedido, debido a que el artículo 234 del Código Civil establece que el matrimonio se constituye mediante la unión de un varón y una mujer³⁶, y que, en el caso en concreto, no se cumplía este requisito por evidenciarse que se pretendía la inscripción del matrimonio de dos mujeres. Agregaba el Reniec que en la Constitución Política peruana no se reconoce este tipo de uniones.

La pareja mencionada decide interponer una demanda de amparo ante el Decimoprimer Juzgado Constitucional de Lima, tramitada en el expediente 10776-2017. En el mes de marzo de 2019, el juez correspondiente emitió una sentencia que declaraba fundada la demanda. El magistrado argumentó que el Tribunal Constitu-

cional había considerado en la Resolución del expediente 6040-2015-AA/TC que la homosexualidad no es una patología; además, indicó que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se había pronunciado, mediante la Opinión Consultiva 24/17, a favor del reconocimiento legal de los matrimonios de personas del mismo sexo, por lo que correspondía aplicar control de convencionalidad sobre el artículo 234 del Código Civil³⁷.

8. Problemas en la aplicación del control de convencionalidad en el Perú

La aplicación del control de convencionalidad en los casos Barrios Altos y Portilla Guarniz han sido adecuada y necesaria. En cuanto al primero, las citadas leyes de amnistía vulneraban derechos humanos al dejar impunes crímenes cometidos por miembros del Ejército peruano. Con relación al segundo caso, se vulneró el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales en el extremo de que la sentencia del caso Huatuco no exponía argumentos que fundamenten su aplicación a demandas presentadas con anterioridad a su emisión.

En los casos Anticonceptivo oral de emergencia y Paredes Piqué, sostenemos que el control de convencionalidad ha afectado principios de interpretación de los derechos humanos y posturas jurídicas consolidadas en el derecho interno. Proce-

36 Código Civil, artículo 234.- El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida en común.

37 Sentencia emitida por el Primer Juzgado Especializado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima-Poder Judicial, caso Paredes Piqué, expediente 10776-2017, emitida en el año 2019, fundamentos 47 en adelante.

demos a exponer el análisis respectivo en los párrafos posteriores.

9. La afectación a interpretaciones jurídicas institucionalizadas en el derecho interno

La protección del concebido se ha institucionalizado en el Perú. En efecto, normas constitucionales, leyes y otras disposiciones de menor rango se pronuncian a favor de su tutela. Al respecto, la Constitución Política en su artículo 2, numeral 1, establece que «el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece». El proyecto de Código Civil de 1890 contemplaba en el artículo 149 que «el hombre, según su estado natural, es concebido o nacido»³⁸. Posteriormente, el Código Civil de 1984, vigente a la fecha, señala en el artículo 1: «la vida humana comienza con la concepción»³⁹. Entre las normas de menor rango, la Resolución Ministerial 729-2009-SA/DM, del 20 de junio de 2003, resalta en su artículo 1.1. que se considera «niño por nacer aquel ser desde su fecundación hasta antes del nacimiento»⁴⁰.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia del expediente 2005-2009-PA/TC, en el que se discutió la posibilidad abortiva

de la pastilla del día siguiente (levonorgestrel), precisó qué se entiende por *concepción*. Se analizó —según hemos visto— la teoría de la fecundación, instante en el que se juntan el espermatozoide y el óvulo; y la teoría de la implantación, cuando el cigoto se une al útero. Aplicando el principio de interpretación constitucional *pro homine*, que implica que ante varias normas derivadas de un enunciado se debe preferir la que más efectividad otorga a los derechos fundamentales, los magistrados concluyeron que *concepción* significa ‘fecundación’.

Por otro lado, según se ha explicado en párrafos anteriores, la Corte Interamericana ha manifestado una posición distinta. En la sentencia del caso Artavia Murillo vs. Costa Rica se argumentó que la vida humana empieza en el momento de la implantación, debido a que antes el cigoto no tiene la posibilidad de nutrirse; además, la concepción siempre debe entenderse como un proceso que afecte al cuerpo femenino. Se detalla a continuación el fundamento principal:

186. No obstante lo anterior, la Corte considera que es procedente definir, de acuerdo con la Convención Americana, cómo debe interpretarse el término «concepción». Al respecto, la Corte resalta que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observa que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el presente caso, el Tribunal constata que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con

38 Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, caso ONG Acción de Lucha Anticorrupción, expediente 2005-2009-PA/TC, emitida en el año 2009, fundamento 16.

39 Código Civil, artículo 1.- La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derecho patrimoniales está condicionada a que nazca.

40 Sentencia del Tribunal Constitucional, caso ONG Acción de Lucha Anticorrupción, expediente 2005-2009-PA/TC, emitida en el año 2009, fundamento 21.

la información genética suficiente para el posible desarrollo de un «ser humano», lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo.⁴¹

Se desprende que se han utilizado premisas propias de las ciencias biológicas para resolver un problema jurídico, por lo que su razonamiento deviene en una falacia naturalista⁴²; además, no se ha aplicado ningún principio de interpretación de derechos humanos. En ese sentido, concluimos que esta decisión es equivocada en un contexto jurídico.

A pesar de señalado, en el sistema judicial interno primó esta decisión. El juez del Primer Juzgado Constitucional de Lima, en la sentencia del expediente 30541-2014-0-1801-JA-CI-01, aplicó control de convencionalidad al preferir la postura del Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica. Esta decisión afectó una interpretación jurídica sólida construida en el Perú, consistente en asumir la protección de la vida desde la fecundación.

Deducimos de lo anterior que el control de convencionalidad interno, conforme lo ha moldeado la jurisprudencia de la Corte Interamericana, ha adquirido un carácter totalizante⁴³ que no admite grados de falibilidad. Es este un aspecto que atenta contra la naturaleza del derecho interno, entendido como la expresión del sistema de valores de una sociedad. La administración de justicia debe fundamentarse en la aplicación de normas jurídicas considerando el contexto cultural de cada nación⁴⁴; asimismo, lo señalado tiene su respaldo en el principio de la democracia, exigencia propia de todo Estado constitucional de derecho.

10. La Opinión Consultiva OC-24/17 como parámetro equivocado del control de convencionalidad

El Decimoprimer Juzgado Constitucional de Lima, expediente 10776-2017, analizado líneas arriba, declaró fundada la demanda de amparo sobre reconocimiento de matrimonio entre personas del mismo sexo, aplicando control de convencionalidad, sobre la base de la Opinión Consultiva OC-24/17, denominada «Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo». Debemos precisar que la Corte Interamericana señaló en la referida OC-24/17: «es necesario que los

41 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, emitida en el año 2012, fundamento 186.

42 Eduardo Rivera López, «El papel de las ciencias empíricas en el derecho: el *status* del embrión humano». *Revista de Bioética y Derecho* 44 (2018): 5-17. <https://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/19497>. Para el referido autor una falacia naturalista implica la transición de premisas empíricas a premisas morales.

43 Miriam Lorena Henríquez Viñas y José Ignacio Núñez Leiva, «El control de convencionalidad: ¿hacia un no positivismo interamericano?». *Iuris Tantum. Revista Boliviana de Derecho* 21 (2016): 326-339. http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2070-81572016000100017.

44 Eduardo Rivera López, «El papel de las ciencias empíricas en el derecho: el *status* del embrión humano», *op. cit.*

Estados garanticen el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, incluyendo el derecho al matrimonio, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo»⁴⁵.

Sin embargo, la consulta presentada por Costa Rica no trató la figura del matrimonio entre personas del mismo sexo, sino sobre el cambio de nombre según la identidad sexual de la persona y del reconocimiento de derechos patrimoniales producto de la unión de personas del mismo sexo⁴⁶. Por lo tanto, advertimos que no existe congruencia entre lo consultado y la respuesta de la Corte Interamericana, aspecto que debió cumplirse, más aún si estamos en un caso que lo podemos calificar como «difícil» debido a la falta de consenso entre los Estados en legalizar la unión de personas del mismo sexo.

11. Resultados y solución: establecer un margen de apreciación en casos difíciles

Ante el problema del carácter totalizante, que no admite grados de error, en el control de convencionalidad, planteamos como mecanismo de solución incidir en una postura intermedia entre las fuerzas de la jurisdicción internacional y el derecho interno. La teoría del margen de apreciación nos muestra una alternativa adecuada, dado que insiste en la posibilidad de per-

mitir a los Estados espacios de libre determinación con relación a sus obligaciones internacionales, siempre que no existan graves vulneraciones a los derechos humanos⁴⁷.

12. Fundamentos de la teoría del margen de libre apreciación

Para el desarrollo de este título, corresponde antes preguntarnos en qué consiste la teoría del margen de apreciación. En principio, debemos mencionar que esta es una técnica de interpretación que permite a los Estados miembros de un convenio interpretar las disposiciones de este dentro de los límites de su propia soberanía, llámese sus costumbres, su cultura, sus valores, etcétera.

Esta teoría tiene su origen en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, y se ha usado para facultar a las naciones a realizar una interpretación nacional de la Convención Europea de Derechos Humanos. Esto permite que los jueces nacionales evalúen de forma concreta un caso dentro de un contexto nacional, y garantiza la protección de los derechos humanos sin contravenir el contexto social o cultural ni trasgredir los tratados internacionales.

La teoría del margen de libre apreciación, como señala Francisco Barbosa⁴⁸, citando a Delmas Marty y Izorche, conlleva

45 Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC-24/17, Identidad de género, igualdad y no discriminación sobre parejas del mismo sexo, emitida en el año 2017, numeral 8 de las conclusiones.

46 *Ibidem*, numeral 1, literales a, b y c.

47 Paola Acosta, citada en Sergio Fuenzalida Bascuñán, «La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como fuente de derecho: una revisión de la doctrina del “examen de convencionalidad”», *op. cit.*

48 Francisco Barbosa Delgado, «El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: entre el Estado de derecho y la sociedad democrática», *op. cit.*

el reconocimiento de diversos órdenes y sistemas jurídicos. Por su parte, Marcelo López y María Sol⁴⁹ anotan que la doctrina del margen de apreciación nacional nace, como criterio hermenéutico, en organismos del sistema europeo, a fin de interpretar y aplicar el Convenio Europeo de Derechos Humanos. En efecto, su origen se encuentra en una interpretación del artículo 15 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que señala:

Artículo 15. Derogación en caso de estado de urgencia.

1. En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la medida estricta en que lo exija la situación, y supuesto que tales medidas no estén en contradicción con las otras obligaciones que dimanen del derecho internacional.

Como se observa, el Convenio Europeo establece que, ante un conflicto bélico o situaciones excepcionales, el juez nacional de cada Estado puede limitar ciertos derechos establecidos en el Convenio, siempre y cuando no se contrevenga el derecho internacional.

Según expresan Marcelo López y María Sol⁵⁰, los antecedentes de este concepto se remontan a la actuación de la Comisión

Europea de Derechos Humanos en los asuntos Grecia c. Reino Unido, Lawless c. Irlanda, y Dinamarca, Noruega, Suecia y Países Bajos c. Grecia. A modo de ejemplo, presentamos el caso De Wilde, Ooms y Versyp c. Bélgica, en el cual el Tribunal Europeo, en el fundamento 93, señaló que «las autoridades belgas competentes no han quebrantado en el caso los límites de la facultad de apreciación que el artículo 8.2 del Convenio deja a los Estados contratantes».

Como se aprecia, el Tribunal Europeo —de manera expresa— reconoce como una facultad el margen nacional de apreciación, y alega que, para la detención de vagabundos, el Estado pudo haber tenido razones importantes para «creer en la “necesidad” de restricciones con la finalidad especialmente de defender el orden, de prevenir los delitos, de proteger la salud o la moral y de amparar los derechos y libertades de los demás»⁵¹.

Posteriormente, en el caso Irlanda c. Reino Unido, se siguió usando esta misma línea jurisprudencial, toda vez que el Tribunal reconoció que cada Estado es responsable de la vida de la nación y que los jueces nacionales se encuentran mejor facultados para pronunciarse frente a casos concretos en el contexto social nacional:

Incumbe en primer lugar al Estado contratante, responsable de “la vida de [su] nación”, determinar si le amenaza un peligro público y, en el supuesto afirmativo, hasta dónde es necesario llegar para intentar que desaparezca. Las autorida-

49 Marcelo Alberto López Alfonsín, y María Sol Bucetto, «La doctrina del margen de apreciación nacional. Su recepción en el Sistema Europeo de Derechos Humanos, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y en Argentina». *Revista CAP Jurídica Central* 1 (2016): 455-496.

50 *Ibidem*.

51 De Wilde, Ooms y Versyp c. Bélgica, 18 de junio de 1971. Fundamento 93. Sentencia 2832/66. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-165140>.

des nacionales, por su relación directa y constante con las realidades apremiantes del momento, están, en principio, en mejores condiciones que la jurisdicción internacional para apreciar la existencia de semejante peligro y la naturaleza y amplitud de las derogaciones necesarias para evitarlo. El artículo 15-1 les deja en esta cuestión un amplio margen para su consideración.⁵²

Así tenemos que el Tribunal Europeo otorgó a las autoridades nacionales ciertas facultades para limitar derechos del Convenio considerando sus principios y condiciones internas.

Una vez establecidos el origen de la teoría del margen de apreciación, debemos señalar que esta figura, siguiendo criterio de Claudio Nash⁵³, combina principios procesales de decisión y criterios hermenéuticos, y se encuentra emparentada con doctrinas similares de cuño nacional, tales como la deferencia de los jueces constitucionales hacia el legislador o de los jueces administrativos hacia las potestades políticas de la administración estatal. De lo anterior se colige que la teoría del margen de apreciación tiene también su génesis en la discrecionalidad de los Estados y, por tanto, es una herramienta que permite determinar de manera soberana los límites de aplicación de los derechos fundamentales.

Lo anterior también tiene críticas, toda vez que puede implicar la falta de seguri-

dad jurídica ante los tribunales nacionales. No obstante, debemos considerar que cada nación tiene el deber de respetar su identidad constitucional, siempre que ella esté en concordancia con el derecho internacional. Como Manuel Nuñez⁵⁴ señala, la doctrina del margen de apreciación

[...] tiende a preservar, dentro de sus márgenes legítimos, la identidad constitucional de los Estados expresada en visiones potencialmente divergentes sobre el contenido de los derechos de la persona. Esta divergencia se sustenta en la pluralidad de concepciones acerca de un mismo concepto, fenómeno bien estudiado por los comparatistas y teóricos del Derecho.

La aplicación de toda norma debe efectuarse en un contexto social real. El profesor Néstor Pedro Sagüés, en esa línea, alega que utilizar el margen de apreciación motivará que los tribunales internacionales interpreten los tratados considerando la realidad cultural de cada Estado⁵⁵. Asimismo, debemos resaltar que los tribunales externos no deben dejar de cumplir su rol sobre la base del principio de subsidiariedad⁵⁶. Los Estados son titulares originarios de la obligación de velar por el respeto a los derechos humanos, y los tribunales externos no pueden dejar de ser instituciones

52 Irlanda c. Reino Unido, 18 de enero de 1978. Fundamento 206. Sentencia 5310/71.

53 Claudio Nash Rojas, «La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos». *ACDI-Anuario Colombiano de Derecho Internacional* 11 (2018): 71-100.

54 Manuel Núñez Poblete, «Introducción al concepto de identidad constitucional y su función frente al derecho supranacional e internacional de los derechos de la persona». *Ius et Praxis* 14, 2 (2008): 331-372; cita en la página 352.

55 Néstor Pedro Sagüés, citado en Sergio Fuenzalida Bascuñán, «La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como fuente de derecho: una revisión de la doctrina del “examen de convencionalidad”», *op. cit.*

56 Pablo González Domínguez, «La doctrina del control de convencionalidad a la luz del principio de subsidiariedad», *op. cit.*

internacionales para convertirse, erróneamente, en supranacionales⁵⁷.

Según lo expresado, el margen de libre apreciación no debe aplicarse en todo supuesto, sino solamente en situaciones especiales. Así, Poblete Núñez manifiesta que existen casos difíciles en los que «puede admitirse más de una respuesta razonablemente justa»⁵⁸. Además, esta práctica no afecta a las circunstancias fácticas en las que existe evidente vulneración a los derechos humanos, es decir, cuando se afecta el derecho a la vida o integridad personal. Por lo tanto, no estamos argumentando a favor de restar eficacia a las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana: solamente pretendemos que se considere y respete el sistema de valores, base de las normas jurídicas del derecho interno, propio de una nación.

13. La teoría del margen de apreciación dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

La teoría del margen de apreciación es aplicada ampliamente en el Sistema Europeo de Derechos Humanos. Consideramos, de manera similar, que existen los elementos necesarios para su incorporación dentro del Sistema Interamericano. En primer lugar, se evidencia diversidad de

posiciones políticas y sociales en los Estados partes de la Convención Americana⁵⁹; por ejemplo, aspectos relacionados con la conformación del poder legislativo en una o dos cámaras, un problema en el cual no ha imperado un único criterio. En segundo lugar, el respeto a la identidad constitucional de cada Estado⁶⁰; así, es posible señalar que cada Tribunal Constitucional en los países miembros pueden establecer un criterio interpretativo de los derechos humanos que se erija como el más satisfactorio.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado de manera puntual y no extendida acerca del margen de apreciación nacional. En el caso *Cabrera García y Montiel vs. México*⁶¹, contenido en el voto del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, se ha establecido que se debe considerar el margen de libre apreciación de los Estados al momento de interpretar el *corpus juris* interamericano. Asimismo, en la Opinión Consultiva 4/84⁶² sobre la propuesta de modificación a la Constitución de Costa Rica, se argumentó que los Estados ejercen el margen de apreciación sobre los criterios para determinar los procedimientos de nacionalización siempre

57 Von Bogdandy, citado en Sergio Fuenzalida Bascuñán, «La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como fuente de derecho: una revisión de la doctrina del “examen de convencionalidad”», *op. cit.*

58 Núñez Poblete, en Sergio Fuenzalida Bascuñán, «La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como fuente de derecho: una revisión de la doctrina del “examen de convencionalidad”», *op. cit.*

59 Gonzalo Aguilar Cavallo, «Margen de apreciación y control de convencionalidad: ¿una conciliación posible? *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 155 (2019): 643-684. https://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0041-86332019000200643&script=sci_art-text.

60 *Ibidem*.

61 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Cabrera García y Montiel vs. México*, emitida en el año 2010, fundamento 87.

62 Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC-4/84, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica, emitida en el año 1984.

que no vulneren derechos humanos. Se observa que, si bien un sector de la doctrina afirma que no existe la utilización del margen de apreciación nacional en el sistema interamericano, hallamos jurisprudencia que sí ha aplicado esta figura, si bien solo en determinados supuestos.

14. Conclusiones

1. El control de convencionalidad es un mecanismo que otorga eficacia a las normas que forman parte del bloque de convencionalidad.
2. Podemos clasificar el control de convencionalidad dependiendo de la sede en que se aplique: a) control de convencionalidad externo, cuando se ejerce por los magistrados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y b) control de convencionalidad interno, en el supuesto de que lo apliquen los jueces de los Estados.
3. En el desarrollo del control de convencionalidad interno se pueden distinguir tres etapas: a) embrionaria (caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala y Tibi vs. Ecuador*); b) nacimiento (caso *Almonacid Arellano vs. Chile*); y c) de desarrollo jurisprudencial (caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, *Gelman vs. Uruguay*; Opiniones Consultivas 21/14 y 22/16).
4. En el Perú se ha utilizado el control de convencionalidad interno en los siguientes casos: a) *Barrios Altos* (1995), aplicado sobre leyes de amnistía que favorecían al denominado Grupo Colina; b) *Portilla Guarniz* (2017), en el que se analizó un precedente vinculante emitido por el Tribunal Constitucional

en materia laboral; c) *Anticonceptivo oral de emergencia* (2019), en el que se examinó una sentencia del Tribunal Constitucional sobre el inicio de la vida humana; y c) *Paredes Piqué* (2019), en el que se utilizó una opinión consultiva como parámetro del control de convencionalidad.

5. Los problemas que evidencian el uso del control de convencionalidad en el Perú son dos: a) en el caso *Anticonceptivo oral de emergencia* se prefirió la postura de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contenida en la sentencia *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, en la que se inclina por la teoría de la implantación del concebido, en desmedro de una posición institucionalizada en el derecho interno a favor de la teoría de la fecundación; y b) en el caso *Paredes Piqué* se utilizó la Opinión Consultiva OC-24/17 para aplicar el control de convencionalidad; sin embargo, la referida opinión consultiva no cumple con el criterio de congruencia entre lo preguntado por el Estado de Costa Rica y la respuesta de la Corte Interamericana.
6. Planteamos como solución que los Jueces nacionales evalúen aplicar excepcionalmente la teoría del margen de apreciación en casos difíciles, a fin de respetar las interpretaciones jurídicas institucionalizadas dentro de los Estados, siempre que protejan en mayor medida a los derechos humanos.

15. Bibliografía

Aguilar Cavallo, Gonzalo. «Margen de apreciación y control de convencionalidad: ¿una conciliación posible?».

Boletín Mexicano de Derecho Comparado 155 (2019): 643-684. https://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0041-86332019000200643&script=sci_arttext

Barbosa Delgado, Francisco R. «El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: entre el Estado de derecho y la sociedad democrática». *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales: In memoriam Jorge Carpizo generador incansable de diálogos* (2013): 1089-1117.

Fuenzalida Bascuñán, Sergio. «La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como fuente de derecho: una revisión de la doctrina del “examen de convencionalidad”». *Revista de Derecho* (Valdivia) 28 (2015): 171-192. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S071809502015000100008&lng=es&nrm=iso.

García Belaunde, Domingo y José Palomino Manchego. «El control de convencionalidad en el Perú». *Pensamiento Constitucional* 18 (2013): 223-241. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/8955/9363>.

González Domínguez, Pablo. «La doctrina del control de convencionalidad a la luz del principio de subsidiariedad». *Revista Estudios Constitucionales* 15 (2017): 55-98. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v15n1/art03.pdf>. Gonzalo Aguilar Cavallo. «Margen

de apreciación y control de convencionalidad: ¿una conciliación posible? *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 155 (2019): 643-684. https://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0041-86332019000200643&script=sci_arttext.

Henríquez Viñas, Miriam Lorena y José Ignacio Núñez Leiva. «El control de convencionalidad: ¿hacia un no positivismo interamericano?». *Iuris Tantum. Revista Boliviana de Derecho* 21 (2016): 326-339. http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S207081572016000100017.

López Alfonsín, Marcelo Alberto, y María Sol Bucetto. «La doctrina del margen de apreciación nacional. Su recepción en el Sistema Europeo de Derechos Humanos, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y en Argentina». *Revista CAP Jurídica Central* 1 (2016): 455-496.

López Alfonsín, Marcelo. «La doctrina del margen de apreciación nacional. Su recepción en el Sistema Europeo de Derechos Humanos, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y en Argentina». *Lex* 15 (2017): 54-55.

Nash Rojas, Claudio. «La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos». *ACDI-Anuario Colombiano de Derecho Internacional* 11 (2018): 71-100.

Núñez Poblete, Manuel. «Introducción al concepto de identidad constitucional y su función frente al derecho suprana-

cional e internacional de los derechos de la persona». *Ius et Praxis* 14 (2008): 331-372. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v14n2/art10.pdf>

Olano García, Hernán Alejandro. «Teoría del Control de Convencionalidad». *Revista Estudios Constitucionales* 14 (2016): 61-94. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v14n1/art03.pdf>.

Ramos Núñez, Carlos. *Cómo hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento*. 2.^a edición. Lima: Grijley, 2014.

Rivera López, Eduardo. «El papel de las ciencias empíricas en el derecho: el *status* del embrión humano». *Revista de Bioética y Derecho* 44 (2016): 5-17. <https://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/19497>.

16. Jurisprudencia

Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC-21/14 del 19 de agosto de 2014. Serie A, n.º 21.

Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC-22/16 del 26 de febrero de 2016. Serie A, n.º 22.

Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC-4/84. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica, emitida en el año 1984.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cabrera García y Montiel vs. México, emitida en el año 2010.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Almonacid Arellano vs. Chile, emitida en el año 2006.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, emitida en el año 2012.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Barrios Altos vs. Perú, emitida en el año 2001.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gelman vs. Uruguay, emitida en el año 2011.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, emitida en el año 2003.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Tibi vs. Ecuador, emitida en el año 2004.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, emitida en el año 2006.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, emitida en el año 1988.

Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú. Caso ONG Acción de Lucha Anticorrupción, expediente 2005-2009-PA/TC, emitida en el año 2009.

Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú. Caso Rosalía Huatuco Huatuco, expediente 5057-2013-PA/TC, emitida en el año 2015.

Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú. Caso Sindicato de Trabajadores de Telefónica vs. Telefónica, expediente 1124-2001-PA/TC, emitida en el año 2001.

Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú. Caso Susana Chávez Alvarado, expediente 7435-2006-PC/TC, emitida en el mes de noviembre del 2006.

Sentencia emitida por el Juzgado Mixto de la Esperanza de la Corte Superior de Justicia de La Libertad-Poder Judicial del Perú, Caso Portilla Guarniz, expediente 0083-2015-0-1618-JM-LA-01, emitida en el año 2017. <https://lpderecho.pe/juzgado-inaplica-precedente-huatuco-control-convencionalidad/>.

Sentencia emitida por el Primer Juzgado Especializado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima-Poder Judicial del Perú, caso Anticonceptivo oral de emergencia, expediente 30541-2014-0-1801-JR-CI-01, emitida en el año 2019. https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/07/Exp.-30541-2014-0-1801-JR-CI-01-Legis.pe_.pdf.

Sentencia emitida por el Primer Juzgado Especializado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima-Poder Judicial del Perú, caso Paredes Piqué, expediente 10776-2017, emitida en el año 2019. https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/04/Exp.-10776-2017-Legis.pe_.pdf.

UNA NECESARIA INCLUSIÓN DEL ENFOQUE DE DERECHOS HUMANOS EN LA REESTRUCTURACIÓN DEL TIPO PENAL DE TRATA DE PERSONAS

On a necessary inclusion of the human rights approach in the restructuring of the criminal offense of human trafficking

Autor: Bianca Alexandra Zuñiga Sigas*

REVISTA

LP Derecho

Bianca Alexandra Zuñiga Sigas

«Una necesaria inclusión del enfoque de derechos humanos en la reestructuración del tipo penal de trata de personas».

Revista LP Derecho.

4 (2023): 58-75.

Recibido: 30/12/2022

Aprobado: 13/02/2023

Resumen

En el presente artículo se identifica como problema determinar si las legislaciones penales en materia del delito de trata de personas responden a los nuevos retos respecto referido delito y a la aplicación del enfoque de derechos humanos en aquellas. En este sentido, aplicando el método de investigación comparativo y un enfoque cualitativo se analiza en primer lugar la problemática actual existente en torno al delito de trata de personas. Posteriormente se analizan las legislaciones de algunos países latinoamericanos y la de España que tipifican el referido tipo penal a efectos de determinar si responden a los estándares vigentes para la elaboración de estrategias en materia de lucha contra la trata de personas o si necesitan ser reevaluadas considerando los retos actuales respecto al delito de trata de personas.

Palabras clave:

trata de personas / violación a derechos humanos / víctimas / comparación

Abstract

In this article, it is identified as a problem to determine if the criminal legislation on the crime of trafficking in persons responds to the new challenges regarding said crime and to the application of the human rights approach within them. In this sense, applying the comparative research method and a qualitative approach, the current problems surrounding the crime of trafficking in persons are firstly analyzed. Subsequently, the laws of Latin American countries and that of Spain that typify the aforementioned criminal offense are analyzed in order to determine if they respond to the current standards for

* Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Coordinadora de Economía y Eventos del Círculo de Derechos Humanos - CDDHH. Coordinadora del Área de Derecho Constitucional, Procesal Constitucional, Derechos Humanos y Derecho Parlamentarios de Amachaq Escuela Jurídica. Ganadora de la séptima edición de la Competencia Internacional de Derechos Humanos CUYUM de la Universidad Nacional del Cuyo-Argentina. Correo electrónico: bianca.zuniga@unmsm.edu.pe.

 <https://orcid.org/0000-0002-0446-7025>.

the elaboration of strategies in the fight against trafficking in persons or if they need to be re-evaluated considering the current challenges regarding the crime of human trafficking.

Keywords:

human trafficking / human rights violation / victims / comparison

1. Introducción

La trata de personas es conceptualizada por el Protocolo de Palermo como

la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación.¹

Ahora bien, dentro de las conductas incluidas como formas en que se puede cometer el delito de trata de personas, el citado instrumento enumera «la explotación de la prostitución ajena, así como otras formas de explotación sexual, además de los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a dicha conducta, la servidumbre o la extracción de órganos».

La necesidad e importancia del análisis en torno a este ilícito es su constante re-crudecimiento. Y es que, de acuerdo con la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, el delito *sub examine* es el tercer negocio delictivo más «rentable», por debajo solo del tráfico de armas y del narcotráfico, además de constituir un delito que afecta prácticamente a todos los países del mundo, en tanto que las dimensiones en que se presenta pueden ser tanto nacionales como transnacionales. Adicionalmente, cabe señalar que este delito se está redefiniendo a partir de factores como la globalización, las tecnologías más recientes, el capitalismo, entre otros factores².

El Reporte Global sobre Trata de Personas emitido en 2020 por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC, por su sigla en inglés) ha puesto de relieve las nuevas modalidades y los aspectos más recientes que rodean a este delito, además de describir y analizar de manera detallada la situación particular en cada país. En particular, el reporte evidenció que la trata de personas afecta de manera sistemática a mujeres y niñas, que representan el 65 % de las víctimas en todo el mundo. Sin perjuicio de ello, y comparando con el reporte del año anterior, se ha incrementado la cantidad de los hombres y niños víctimas del delito, que constituyen el 35 % de las víctimas identificadas³.

1 Asamblea General de las Naciones Unidas. Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Palermo, 1998.

2 Aceves, Andrea, «La conmemoración del día mundial contra la trata de personas», 1 de enero del 2023. <https://mundosur.org/la-conmemoracion-de-el-dia-mundial-contra-la-trata-de-personas/>.

3 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). Informe Mundial sobre la Trata de Personas 2020. Nueva York, 2020.

En suma, el delito en cuestión es un crimen organizado transnacional, que debe ser combatido a través de la cooperación entre los países a efectos de prevenir, sancionar y perseguir su comisión, así como para hacer llegar la ayuda necesaria a las víctimas. Este último aspecto resulta sumamente relevante, en el sentido de que la trata de personas implica *per se* una grave violación de los derechos humanos y, en consecuencia, trae consigo una amenaza para la seguridad nacional, además de ir en desmedro tanto del desarrollo sostenible como del propio Estado de derecho.

Así las cosas, resulta necesario que las legislaciones referidas a la creación del tipo penal de trata de personas respondan a los nuevos contextos en los que este se lleva a cabo. Entendemos, en esa línea, que es indispensable la aplicación del enfoque de derechos humanos en el marco de la referida tipificación, puesto que la trata de personas, además de ser una conducta tipificada penalmente, constituye una grave violación a los derechos humanos de las víctimas. En el presente artículo se pretende analizar dichas legislaciones aplicando el método comparativo y desde un enfoque cuantitativo, a efectos de determinar si aquella normativa responde a los estándares vigentes, para elaborar así estrategias relativas a la lucha contra la trata de personas, o si demandan ser reevaluadas considerando los retos actuales que viene planteando este ilícito.

2. Problemática actual en torno a la trata de personas y la relevancia de los derechos humanos

La UNODC, en el Reporte Global sobre Trata de Personas 2020, ha identificado

los sectores en que se con presenta mayor incidencia el trabajo forzado son los relativos al trabajo doméstico y la construcción. Otros sectores exhiben una alta incidencia del delito de trata de personas son la agricultura, la minería, la textilería y los trabajos informales. Asimismo, el Reporte Global pone de relieve que la crisis económica acaecida en un contexto de pandemia ha agravado considerablemente el riesgo de que ocurra el delito de trata de personas, al haberse incrementado los índices de desempleo y el consiguiente aumento de poblaciones en situación de vulnerabilidad económica⁴.

Puesto que, como consecuencia de lo expuesto, la comisión del delito de trata de personas se ha venido agudizando en todo el mundo, es necesario someter a serio análisis las legislaciones y medidas que los Estados han implementado para hacer frente a esta conducta antisocial, al existir nuevos factores que facilitan y crean escenarios inéditos en el marco de la comisión del delito, tales como la internet, las plataformas digitales y la globalización.

La protección de derechos humanos de las víctimas debe ser el eje central de las medidas a aplicarse en el marco de esa lucha. Para esos efectos, la Agencia de la ONU para los Refugiados (ACNUR) ha subrayado la necesidad de un enfoque transversal que tome en cuenta a múltiples organismos que, desde sus respectivas competencias, puedan aportar a la lucha contra la trata de personas y que, a su vez, facilite una coordinación constante entre los organismos gubernamentales competentes, así como con las organizaciones

⁴ *Ibidem*.

internacionales y nacionales. Asimismo, la ACNUR exige una serie de actividades que no se agotan en la justicia penal, sino que abarcan el desarrollo de políticas públicas reintegradoras en favor de las víctimas⁵.

En esa línea, y siempre en el marco del combate a la trata de personas mediante un enfoque de derechos humanos, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas (UNHCR por su sigla en inglés), a través del Folleto Informativo 36⁶, ha precisado que, en el diseño de políticas y programas de desarrollo, los Estados deben manejar como objetivo principal promover y proteger los derechos humanos de las víctimas de este delito. Así, puede concluirse —sin temor a equívoco— que la lucha contra la trata de personas mediante un enfoque basado en los derechos humanos es indispensable.

Para ese efecto, se nos plantea una serie de requisitos y condiciones. En primer lugar, se debe individualizar a quienes están inmersos en esta situación (para el caso del delito *sub examine*, vendrían a ser las víctimas de trata, las personas en riesgo de ser víctimas, así como las personas a las que se imputa o se han recibido condena por delitos relacionados con la trata) y las posiciones jurídicas a las que deberían acceder. En segundo lugar, se necesario identificar a los titulares de deberes para la adecuada protección de los derechos humanos (ge-

neralmente, los Estados) y las obligaciones que deben asumir. La identificación de los titulares de derechos y de los titulares de deberes tiene como finalidad que los primeros incrementen su facilidad para hacer valer sus derechos y que los segundos acrecienten su capacidad para cumplir sus obligaciones.

Finalmente, en el citado documento se hace referencia a principios y normas fundamentales establecidos en los tratados internacionales, entre ellos la universalidad de todos los derechos, el imperio de la ley, y la igualdad y la no discriminación, entre otros que deberían guiar la forma en que los Estados responden frente al delito de trata de personas en todas las etapas del *iter criminis*.

Es claro, entonces, que resulta exigible a los Estados que, cuando establezcan medidas y acciones concretas para prevenir, investigar y sancionar la trata de personas, apliquen el enfoque de derechos humanos, puesto que dicho delito viola no uno sino múltiples derechos humanos y fundamentales. Así lo ha precisado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia recaída en el caso Rantsev c. Chipre y Rusia⁷, el delito de trata de personas vulnera tanto las libertades fundamentales de sus víctimas como su dignidad humana, a la vez que afecta completamente las nociones de una sociedad basada en la democracia, así como los valores consagrados en diversos instrumentos internacionales como el Convenio Europeo de Derechos Humanos, el

5 United Nations High Commissioner for Refugees. Trata de personas. 10 de diciembre de 2022. <https://www.acnur.org/trata-y-traffic-de-personas.html>.

6 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas. Folleto Informativo 36: «Los derechos humanos y la trata de personas». (Nueva York y Ginebra, 2014).

7 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Rantsev c. Chipre y Rusia (25965/04). Estrasburgo, 2010.

Protocolo de Palermo y el Convenio sobre La lucha contra la Trata de Personas.

En suma, al suponer la trata de personas una evidente degradación en perjuicio de la dignidad humana, es imperativo analizar críticamente las acciones aplicadas por los Estados para hacer frente a esta seria problemática que continúa afectando a miles de personas en todo el mundo.

3. Análisis comparativo de las legislaciones contra la trata de personas en Latinoamérica y España

3.1. Colombia

3.1.1. Código Penal

El Código Penal colombiano tipifica el delito en sus artículos 188-A⁸ y 188-B⁹. La pena impuesta al ilícito es de prisión no menor de 13 ni mayor de 23 años, más una multa de 800 a 1500 remuneraciones mínimas mensuales.

Respecto a las conductas que configuran trata de personas, se hace referencia a «la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre, la explotación de la mendicidad ajena, el matrimonio servil, la extracción de órganos, el turismo sexual u otras formas de explotación».

Es importante señalar que la regulación penal colombiana establece también que el consentimiento que la víctima del delito pueda eventualmente otorgar o expresar respecto a cualquier forma de explotación no exonera al culpable de la responsabilidad penal.

En cuanto a las circunstancias agravantes, se hace referencia a la condición de incapacidad que pueda tener la víctima, además de que se pueda infligir un daño permanente en la salud física o psíquica de la víctima, así como a la relación de parentesco entre el culpable y la víctima, y la condición de servidor público que pueda ostentar el agente.

De modo general, debe señalarse que las conductas que se consideran como finalidad del delito de trata de personas contemplan de manera concreta determinados supuestos. Sin embargo, con la noción de «otras formas de explotación», pueden sancionarse penalmente aquellas conductas que no se encuentren tipificadas de manera específica, evitando así que estas queden en la impunidad o sean subsumidas en delitos menos graves.

3.1.2. Ley 985¹⁰

Mediante la Ley 985 del año 2005 se modifica la tipificación del delito de trata de personas, en el sentido de que el ilícito se concreta cuando el agente capta, traslada, acoge o recibe a una persona (ya sea dentro del territorio nacional o para desplazarla a otro país) con la finalidad de ex-

8 Congreso de Colombia. Ley 599, Código Penal Colombiano (2000). Artículo 188-A. Trata de personas. https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20130808_01.pdf.

9 *Ibidem*. Artículo 188-B. Circunstancias de agravación punitiva.

10 Congreso de Colombia. Ley 985 de 2005, por medio de la cual se adoptan medidas contra la trata de personas y normas para la atención y protección de las víctimas de la misma.

plotarlo. Esta modificación se realizó sobre la base de la definición de trata de personas que estipula el Protocolo de Palermo.

Asimismo, la norma colombiana establece una estrategia contra la trata de personas, la cual debe haber sido adoptada por el Gobierno con apoyo e intervención del Comité Interinstitucional para la Lucha contra la Trata de Personas. Adicionalmente, esta ley contempla estrategias y acciones de prevención de la trata de personas, además de establecer acciones en materia de protección y asistencia a las víctimas de trata de personas, estableciendo también un fortalecimiento de acciones contra la trata de personas.

De otro lado, se implementa el Sistema Nacional de Información sobre la Trata de Personas, mecanismo que busca acopiar, procesar y analizar información estadística y académica referida al origen y características de la trata de personas, con la finalidad de que sean formuladas políticas concretas de lucha contra este y se puedan evaluar sus resultados.

Resulta importante destacar que esta la Ley 985 establece acciones para todos los momentos de comisión del delito de trata de personas, tanto *ex ante* (mediante en la prevención) como *ex post* (acciones de protección y asistencia a favor de las víctimas), lo que permite que el desarrollo de las medidas holísticas a que hubiere lugar.

3.2. Argentina

3.2.1. Código Penal

En el Código Penal argentino la trata de personas es un delito encuentra tipifica-

do en los artículos 145 *bis*¹¹ y 145 *ter*¹², a partir de los cuales se impone una pena de prisión de entre 4 y 8 años.

Con relación a las conductas que configuran trata de personas se señala únicamente la condición «con fines de explotación», a partir de la cual se entiende que incluye todo tipo de objeto con el cual se lleve a cabo la trata de personas, ya sea explotación laboral, sexual o de otra índole. La *explotación*, de acuerdo con el *Diccionario panhispánico del español jurídico* de la Real Academia Española, se define como el «[a]cto de aprovecharse injustamente de otro par su propio beneficio»¹³. En el marco del Código Penal argentino se establece, asimismo, que la conducta delictiva se reprimirá de manera independiente a la existencia de consentimiento por parte de la víctima.

Un aspecto interesante de la tipificación punitiva argentina es que la existencia de «engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad» constituye una agravante del delito. Adicionalmente, el Código argentino tienen como agravantes la condición de gestante de la víctima, la condición de discapacidad que esta pueda tener, la cantidad de agentes que intervengan en la comisión del delito, así como la relación de parentesco entre el culpable y la

11 Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina. Código Penal de la Nación Argentina (1921). Artículo 145 *bis*, que tipifica el delito de trata de personas.

12 *Ibidem*. Artículo 145 *ter*, que establece las agravantes del delito de trata de personas.

13 Enlace en línea: <https://dpej.rae.es/lema/explotacion%C3%B3n>.

víctima, y la condición de servidor público del agente.

3.2.2. Ley 26364¹⁴

Mediante esta norma se disponen regulaciones dirigidas tanto a la prevención como a la sanción de la trata de personas, además de implementar un marco de asistencia a favor de quienes vean menoscabados sus derechos por razón de este delito. La Ley 26364 contempla tanto la trata de personas en perjuicio de mayores como de menores de edad. Asimismo, establece que el consentimiento que pueda otorgar en alguna medida una víctima menor de edad no tiene ningún tipo de efecto desincriminador.

De manera adicional, la ley bajo comentario aclara que «las víctimas de la trata de personas no son punibles por la comisión de cualquier delito que sea el resultado directo de haber sido objeto de trata». La eximente a favor de las víctimas implica, a su vez, que «tampoco les serán aplicables las sanciones o impedimentos establecidos en la legislación migratoria cuando las infracciones sean consecuencia de la actividad desplegada durante la comisión del ilícito que las damnificara».

Resulta sumamente positivo que se establezca de manera específica la protección a las víctimas de trata de personas al impedir que estas sean imputadas por los delitos que puedan cometer durante el tiempo en que se encuentran sujetas a explotación. Ello, sobre todo, considerando que, con

frecuencia, las víctimas son obligadas a captar a otras víctimas que continuarían siendo explotadas dentro del mismo sistema organizado en el cual se comete el delito.

La ley argentina también contiene disposiciones específicas en lo que respecta a las prerrogativas de las víctimas, tales como «recibir información sobre sus derechos en un idioma que comprendan, y en forma accesible a su edad y madurez; recibir alojamiento apropiado, manutención, alimentación suficiente e higiene personal adecuada; contar con asistencia psicológica, médica y jurídica gratuitas». Esta enumeración de derechos no es exhaustiva.

3.3. Bolivia

3.3.1. Código Penal

El código sustantivo boliviano tipifica el delito de trata de personas en su artículo 281 *bis*¹⁵, a partir de la cual se sanciona con una pena de diez a quince (15) años de prisión al agente que

[...] por cualquier medio de engaño, intimidación, abuso de poder, uso de la fuerza o cualquier forma de coacción, amenaza, abuso de situación de dependencia y vulnerabilidad de la víctima, la concesión o recepción de pagos por sí o por tercera persona, realice o indujere o favoreciere,

14 Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina. Ley de prevención y sanción de la trata de personas y asistencia a sus víctimas. Argentina, 2008.

15 Poder Ejecutivo Boliviano. Decreto Supremo 10426. Artículo 281 *bis*, mediante el cual se tipifica el delito de trata de personas, así como los fines por los cuales se lleva a cabo. Asimismo, establece las agravantes respecto del delito, así como el aumento de la pena cuando este se cometa en perjuicio de víctimas en especial vulnerabilidad. Asimismo, establece que, en caso de la muerte de la víctima, la pena que se impondrá será la equivalente al delito de asesinato u homicidio agravado.

la captación, traslado, transporte, privación de libertad, acogida o recepción de personas dentro o fuera del territorio nacional.

Con respecto a las conductas que constituyen el núcleo penal de la trata de personas se señalan, de manera específica, las siguientes:

[...] la venta u otros actos de disposición del ser humano con o sin fines de lucro, la extracción, venta o disposición ilícita de fluidos o líquidos corporales, células órganos o tejidos humanos, la esclavitud o un estado análogo, la explotación laboral, trabajo forzoso o cualquier forma de servidumbre, así como la servidumbre costumbriera y la explotación sexual comercial.

Adicionalmente, se detallan «el embarazo forzado, el turismo sexual, la guarda o adopción, la mendicidad forzada, el matrimonio servil, unión libre o de hecho servil, el reclutamiento de personas para su participación en conflictos armados o sectas Religiosas, además del empleo en actividades delictivas y la realización ilícita de investigaciones biomédicas».

Cabe advertir que el hecho de que, si bien es una lista amplia de posibles finalidades con las que se puede cometer el delito de trata de personas, constituye un *numerus clausus* que, eventualmente, puede generar impunidad en algún supuesto que no esté contemplado pero que constituya una finalidad del delito de trata de personas, sobre todo considerando las nuevas posibilidades en el marco de la internet y las nuevas tecnologías.

En cuanto a las circunstancias agravantes, estas comprenden la relación de parentesco que pueda existir entre la víctima y

el agente, la condición de servidor público del agente, así como el uso de drogas, el estado de gestación de la víctima y la condición de discapacidad de la víctima.

3.3.2. Ley 263, Ley Integral contra la Trata y Tráfico de Personas¹⁶

Mediante esta ley se dispone la consolidación de medidas y mecanismos dirigido a prevenir, proteger, atender, perseguir y sancionar penalmente los delitos de tráfico y trata de personas. Una de las medidas relevantes es disponer la instauración del Consejo Plurinacional contra la Trata y Tráfico de Personas.

El referido ente representa la máxima instancia en la tarea de formular, aprobar y ejecutar la Política Plurinacional de Lucha contra la Trata y Tráfico de Personas. A través de la norma en comento se establece su organización en materia de división, financiamiento, los ámbitos en los que actúa y las acciones que deberá tomar el Consejo Plurinacional en materia de mecanismos de protección, atención y reintegración de víctimas, además de las modificaciones al Código Penal para una mejor persecución penal de los delitos de trata y tráfico de personas.

3.4. Costa Rica

3.4.1. Código Penal

En el Código Penal costarricense se tipifica el delito en su artículo 172¹⁷, a partir

¹⁶ Asamblea Legislativa Plurinacional. Ley integral contra la trata y tráfico de personas – Ley 263 (2012).

¹⁷ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Código Penal – Ley N° 4573 (1970), mediante la cual se tipifica el delito de trata de per-

del cual se sanciona el delito con una pena de seis a diez años de prisión. La conducta típica sanciona a «*quien promueva, facilite o favorezca la entrada o salida del país, o el desplazamiento dentro del territorio nacional, de personas de cualquier sexo*».

Las finalidades específicas señaladas en el Código se refieren que el agente realice «uno o varios actos de prostitución o [sometimiento] a explotación, servidumbre sexual o laboral, esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, trabajos o servicios forzados, matrimonio servil, mendicidad, extracción ilícita de órganos o adopción irregular».

Entre las agravantes que se detallan en el marco de la tipificación se incluyen la edad de la víctima; la existencia de engaño, violencia o cualquier medio de intimidación o coacción; la relación de parentesco entre el agente y la víctima; un aprovechamiento de la profesión del agente, así como el número de agentes que participan en la comisión del delito.

3.4.2. Ley 9095, Ley contra la trata de personas y creación de la Coalición nacional contra el tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas (CONATT)¹⁸

Mediante esta norma se establece el concepto de actividades conexas al delito de trata de personas, señalando que estas son «el embarazo forzado, la actividad de

transporte, el arrendamiento, la posesión o la administración de casas de habitación y locales con fines de trata de personas, la demanda por parte del cliente explotador de los servicios realizados por la víctima, así como otras actividades que se deriven directamente de la trata de personas».

Asimismo, dispone la creación de la Coalición Nacional contra el Tráfico Ilícito de Migrantes y la Trata de Personas, entidad encargada de la implementación y seguimiento de las distintas estrategias que puedan incorporarse a las políticas públicas sobre personas en condición de riesgo o vulnerabilidad. A efectos de cumplir con sus funciones, la Coalición Nacional debe coordinar con organizaciones de la sociedad civil, instituciones estatales y no estatales, y organismos internacionales, para que, de acuerdo con sus competencias, puedan ofrecer tutela a las personas afectadas por el delito en cuestión.

Dentro de esta normativa también se desarrollan disposiciones referidas a la privacidad y protección de las víctimas de los delitos tanto de trata de personas como de tráfico ilícito de migrantes.

3.5. México

En el caso mexicano la normativa principal aplicable es la llamada Ley general para prevenir, sancionar y erradicar los delitos en materia de trata de personas y para la protección y asistencia a las víctimas de estos delitos¹⁹, en tanto que en Mé-

sonas, así como las agravantes de este, las cuales se refieren tanto a las condiciones de vulnerabilidad de la víctima como a la modalidad en que se comete la conducta ilícita.

18 Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Ley contra la trata de personas y creación de la Coalición Nacional contra el Tráfico Ilícito de Migrantes y la Trata de Personas (CONATT). (2013).

19 Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos. *Ley general para prevenir, sancionar y erradicar los delitos en materia de trata de personas y para la protección y asistencia a las víctimas de estos delitos*. México, 2012.

xico existen 33 códigos penales (uno por cada entidad federativa) y el Código Penal Federal, cuyos artículos sobre la materia se encuentran actualmente derogados.

La norma citada establece las facultades y competencias establecidas para determinadas entidades con respecto a la prevención, investigación, procesamiento, sanción y ejecución de las penas impuestas por la comisión de los delitos en materia de trata de personas. Además, se enumeran los principios que deben guiar la investigación, procesamiento e imposición de sanciones por el delito de trata de personas.

En lo que respecta a las conductas típicas, se tipifica de manera amplia «toda acción u omisión dolosa de una o varias personas para captar, enganchar, transportar, transferir, retener, entregar, recibir o alojar a una o varias personas con fines de explotación». Adicionalmente, se prevé el hecho de mantener a una persona en condición de siervo, así como obtener provecho de «la explotación de una o más personas a través de la prostitución, la pornografía, las exhibiciones públicas o privadas de orden sexual, el turismo sexual o cualquier otra actividad sexual remunerada» a través de mecanismos como

[...] el engaño, la violencia física o moral, el abuso de poder, el aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad, daño grave o amenaza de daño grave; la amenaza de denunciarle ante autoridades respecto a su situación migratoria en el país o cualquier otro abuso de la utilización de la ley o procedimientos legales, que provoque que el sujeto pasivo se someta a las exigencias del activo.

De acuerdo con la ley mexicana sobre la materia, también se tipifica la explotación laboral o el trabajo forzado.

Resulta interesante —en nuestra opinión— la forma como se construye el tipo delictivo en México, dado que existe una tipificación por cada modalidad o finalidad perseguida por la trata de personas (llámese explotación sexual, laboral u otras), cada una con sus determinadas penalidades, así como sus respectivas agravantes. Ello permite un análisis y una tipificación más detallada en cuanto a las modalidades en que se puede presentar el delito, sin ser constituir una lista cerrada o *numerus clausus*, como que puede observar en otras legislaciones.

3.6. Perú

3.6.1. Código Penal

En el código sustantivo peruano, este delito se tipifica en los artículos 129–A (modalidad simple) y 129–B (su modalidad agravada). El núcleo del tipo penal comprende las siguientes acciones ilícitas: «captar, transportar, trasladar, acoger, recibir o retener» a la víctima. La finalidad es someterla a múltiples tipos de explotación, ello «mediante violencia, amenaza u otras formas de coacción, privación de la libertad, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o de cualquier beneficio»²⁰.

La tipificación penal del artículo 129–

20 Como fines de la trata, el artículo 129-A enumera «la venta de niños, niñas o adolescentes, la prostitución y cualquier forma de explotación sexual, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, cualquier forma de explotación laboral, la mendicidad, los trabajos o servicios forzados, la servidumbre, la extracción o tráfico de órganos o tejidos somáticos o sus componentes humanos, así como cualquier otra forma análoga de explotación». (El resaltado es nuestro).

A del código peruano señala, expresamente, que la trata se lleve a cabo «con fines de explotación», noción dentro de la cual podrían incluirse múltiples modalidades y finalidades; ello permite que otras conductas no queden impunes ni rezagadas ante los avances, por ejemplo, de la internet y las nuevas tecnologías de la comunicación.

Entre las circunstancias agravantes²¹, cabe señalar la edad de la víctima, la realización del delito mediante abuso de la función pública por parte del agente, así como la cantidad de agentes, el estado de gestación y la condición de discapacidad o incapacidad de la víctima.

3.6.2. Ley 30251²², Ley 28950²³ y Decreto Supremo 001-2016-IN²⁴

La legislación peruana cuenta con tres instrumentos legales que desarrollan el concepto de la trata de personas, además de sus definir sus agravantes y las sanciones que deberán ser impuestas tanto a los autores inmediatos del delito como al agente que participe promoviendo, financiado o facilitando su comisión.

21 Previstas en el artículo 129-B. Estas agravantes se diferencian por la severidad de la pena: 12 a 25 años de prisión y 25 años de prisión a más.

22 Congreso de la República (Perú). Ley N.º 30251. Ley que perfecciona la tipificación del delito de trata de personas. Perú, 2014.

23 Congreso de la República (Perú). Ley N.º 28950. Ley contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes. Perú, 2007.

24 Ministerio del Interior de la República del Perú. Decreto Supremo N.º 001-2016-IN. Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley N.º 28950, Ley contra la Trata de Personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes, y crea la Comisión Multisectorial de Naturaleza Permanente contra la Trata de Personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes. Perú, 2016.

Es de destacar que corresponde al Estado la promoción y ejecución de medidas de prevención de estos delitos, mediante estrategias como la investigación, capacitación y difusión del delito de trata de personas y las medidas de lucha contra esta, siempre mediante un enfoque que tome como punto de partida los derechos humanos y el principio de vulnerabilidad de las víctimas.

3.7. Chile

3.7.1. Código Penal

El delito se encuentra tipificado en el artículo 411 *quater* del Código Penal chileno²⁵, que establece como pena la reclusión mayor en cualquiera de sus grados. En particular, la conducta tipificada es captar, trasladar, acoger o recibir personas «mediante violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra».

La finalidad que contempla dicha tipificación es que las víctimas de la trata «sean objeto de alguna forma de explotación sexual, incluyendo la pornografía, trabajos o servicios forzados, servidumbre o esclavitud o prácticas análogas a esta, o extracción de órganos». Resulta interesante que no solo se contemple todo tipo de coacción o engaño sobre la víctima, sino también que la trata genere algún beneficio para la persona

25 Congreso Nacional de Chile. Código Penal (1874). Artículo 411 *quater*, que tipifica el delito de trata de personas y establece nociones particulares con respecto a las víctimas menores de edad.

que tenga autoridad sobre la víctima. En ese sentido, lo idóneo sería que se contemple también una pena para aquella persona que, buscando obtener un beneficio específico, otorgue consentimiento para que una persona a su cargo sea sometida a explotación; para ello, debería establecerse si tuvieron responsabilidad en calidad de cómplices o partícipes del delito de trata de personas o si hubo, además, concurso de delitos.

3.7.2. Ley 20507²⁶

Mediante la norma del encabezado se modifica el Código Penal chileno en el extremo de incluir la tipificación de los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas, además de establecer disposiciones para su prevención y para una persecución criminal más operativa.

De manera específica, se tipifica el delito de trata de migrantes y se sanciona a quien, haciendo uso de «violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios obtiene el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra» para los fines de la trata de personas. Entre tales fines, se tiene que las víctimas «sean objeto de alguna forma de explotación sexual, incluyendo la pornografía, trabajos o servicios forzados, servidumbre o esclavitud o prácticas análogas a esta, o extracción de órganos».

26 Ministerio del Interior y Seguridad Pública de Chile. Subsecretaría del Interior. Ley 20507. Tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal. (Chile, 2011).

3.8. El Salvador

En lo que respecta a la legislación salvadoreña, contamos con el Decreto 824, Ley especial contra la trata de personas²⁷, mediante la cual se busca «la detección, prevención, persecución y sanción del delito de trata de personas, así como la atención, protección y restitución integrales de los derechos de las víctimas, personas dependientes o responsables procurando los mecanismos que posibiliten este propósito».

La ley salvadoreña tipifica la entrega, captación, transporte, traslado, recepción o acoso de personas, así como la facilitación, promoción o favorecimiento de dichos actos a efectos de ejecutar o permitir que otros realicen cualquier actividad de explotación humana. Se prevé una pena de 10 a 14 años de prisión. Cabe agregar que la citada norma derogó la tipificación del delito de trata de personas antes contemplado en el Código Penal salvadoreño en los artículos 367–B y 3670–C de dicha normativa.

Se estipulan en el Decreto 824, como modalidades de explotación humana,

[...] la servidumbre, la explotación sexual, la explotación sexual comercial en el sector del turismo, el trabajo forzado, la esclavitud, la mendicidad forzada, el embarazo forzado, el matrimonio o la unión forzada, la adopción fraudulenta, el tráfico ilegal de órganos, tejidos fluidos, células o embriones humanos, la experimentación clínica o farmacológica y el comercio de material pornográfico.

27 Asamblea Legislativa de la República de El Salvador. Decreto N.º 824 – Ley especial contra la trata de personas. El Salvador, 2014.

De otro lado, mediante esta ley se crea el Consejo Nacional contra la Trata de Personas, organismo que tiene como funciones las siguientes: formular, dar seguimiento, coordinar y evaluar la Política Nacional contra la Trata de Personas, así como contribuir a la elaboración e impulso del respectivo Plan Nacional de Acción.

Adicionalmente, se establecen medidas para la prevención, atención y protección integrales a las víctimas, con particular énfasis en el acceso efectivo a la justicia y el trato justo a favor de las víctimas.

3.9. España

En la experiencia española se tiene que la trata de personas se encuentra tipificada como delito en el artículo 177 *bis*²⁸ del Código Penal, a partir del cual se establece una pena de entre 5 y 8 años de prisión. La conducta típica es captar, transportar, trasladar, acoger, o recibir a la víctima «empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima».

Las finalidades de la trata que se enumeran en la normativa española son «la imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad, la explotación sexual, la explotación para realizar actividades delictivas, la extracción

de sus órganos corporales e incluso la celebración de matrimonios forzados». Conveniría preguntarse si esta enumeración es *numerus clausus*.

Entre las agravantes, se incluyen las siguientes circunstancias: «el que se haya puesto en peligro la vida o la integridad física o psíquica de las personas objeto del delito y que la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, o sea menor de edad».

4. Análisis comparativo de las distintas legislaciones latinoamericanas y la regulación española

En primer lugar, puede señalarse, como un punto en común en las legislaciones comentadas, que la conducta típica se acota con los verbos nucleares *captar*, *transportar*, *trasladar*, *acoger* o *recibir* a un individuo o grupo de individuos con una finalidad de explotación. La diferencia más saltante, en esa línea, serían las modalidades o los tipos de explotación, así como las finalidades por las cuales se llevan a cabo dichas conductas típicas, siendo que en algunas normativas se estipula una lista cerrada de finalidades u objetos —más o menos amplia, dependiendo del país— mientras que en otras experiencias se introduce una cláusula que permite ampliar los supuestos de explotación o finalidades del delito bajo comento.

Adicionalmente, las regulaciones estudiadas difieren en cuanto a las circunstancias agravantes del delito. En efecto, la mayoría de ellas se encuentran relacionadas sea con el sujeto activo (como, por ejemplo, cuando existe una relación de paren-

28 Jefatura del Estado español. *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. España, 1995.

tesco entre el agente y la víctima, o cuando el agente es servidor público), sea con el sujeto pasivo (estado de gestación, condición de discapacidad de la víctima, edad, vulnerabilidad de la misma, etcétera).

Otro aspecto que diferencia a las normativas es que, en algunos países, existen leyes particulares que crean sistemas o comités específicamente destinados a la prevención y sanción del delito de trata de personas, estableciéndose acciones de coordinación y articulación entre las entidades involucradas en la lucha contra la trata de personas. Dichas acciones están dirigidas tanto a la prevención y a la sanción del ilícito como a la atención en salud, y la asistencia legal, psicológica o de otra índole que sea eventualmente necesaria, en aras de que tanto las víctimas como sus familiares puedan ver restablecidos sus derechos.

En esa misma línea de contraste, en algunos países la tipificación del delito se realiza en el código penal, mientras que en otras regulaciones se efectúa mediante una ley general más o menos independiente del código sustantivo de la materia. A ese respecto, podría considerarse que el tratamiento legislativo en una norma independiente permitiría una tipificación más amplia y detallada, además de poder contemplar acciones de prevención del delito y atención a las víctimas de la trata de personas. Por el contrario, una mera tipificación en el código punitivo podría resultar más restrictiva, a la vez que podría también ser un obstáculo para que determinados supuestos o modalidades sean debidamente sancionados, al no estar comprendidos en la tipificación de un código punitivo. Ello debido a la «no analogía» y el principio de

legalidad que obra en los cimientos del derecho penal moderno²⁹.

5. Estándares para la elaboración de estrategias en materia de lucha contra la trata de personas

El *Manual para la lucha contra la trata de personas* formulado por la Oficina contra la Droga y el Delito de las Naciones Unidas³⁰ demarca los parámetros para el diseño de estrategias de lucha contra la trata de personas y recomienda que, en esa tarea, se evalúen tanto el contexto fáctico como el marco jurídico vigente de cada país al momento de elaborar dichas medidas. Adicionalmente, la Oficina propone que se tomen en cuenta los planes de acción y estrategias que hayan implementado otras naciones de la región. Debe procurarse, también, que sean múltiples las instituciones que intervengan en el diagnóstico y la respuesta frente al delito, dentro de un marco coordinado entre sí. Resulta relevante, asimismo, la capacidad que tengan los agentes encargados para poder aplicar las medidas que se estén diseñando, puesto que, sin esa importante fase de ejecución, tales estrategias no se traducirán en resultados positivos en la lucha contra la trata de personas.

Sin embargo, no puede dejar de señalarse que la regulación por sí misma no es suficiente para alcanzar el objetivo de reducir la cantidad de víctimas de la trata

29 No obstante, este precepto viene siendo arduamente discutido en la doctrina contemporánea y será materia de una próxima investigación.

30 Oficina contra la Droga y el Delito de las Naciones Unidas. *Manual para la lucha contra la trata de personas*. Nueva York, 2007.

de personas, sino que además resulta necesario capacitar a todos los agentes que, de una u otra manera, forman parte de las fases de investigación y sanción del referido delito, a fin de que puedan obtener los conocimientos necesarios. Ello a efectos de aplicar la perspectiva de derechos humanos en el marco de los procesos en los que intervienen y se puedan reparar las serias vulneraciones en perjuicio de las víctimas sobre sus derechos.

Como un aspecto adicional que demanda ser tratado, es importante referirse a la prevención de la trata de personas. En el cumplimiento de ese imperativo, los Estados deben diseñar e implementar políticas públicas dirigidas a combatir el delito de trata de personas. El referido diseño e implementación debe buscar atajar los principales factores que determinan el riesgo de que más personas sean víctimas del delito de trata de personas. Así, la UNODC, en su *Reporte global sobre trata de personas* emitido en 2020, ha destacado la calidad de migrante irregular, las necesidades económicas, los precedentes de conflictos familiares (sobre todo los que recaen en niños, niñas y adolescentes), así como el hecho de que se exista dependencia afectiva entre la víctima y el agente del delito³¹.

6. Retos pendientes en la lucha contra la trata de personas

La Organización de las Naciones Unidas (ONU) ha precisado que la globalización en el uso de la tecnología, afianzada por la pandemia de la covid y la migración

de las actividades cotidianas (como trabajo y educación) a las plataformas en línea fomentan un avance del delito de trata de personas a través del ciberespacio. Como lo ha señalado la ONU, mediante dicha plataforma, los traficantes adquieren «nuevas herramientas para reclutar, explotar y controlar a las víctimas; organizar su transporte y alojamiento; publicitar a las víctimas y llegar a clientes potenciales; proporcionar vías de comunicación entre los perpetradores; y ocultar ganancias criminales con mayor rapidez, rentabilidad y anonimato»³².

En ese sentido, los Estados tienen aún ante sí el serio reto de luchar contra la trata de personas partiendo de la perspectiva de derechos humanos, sobre todo cuando las víctimas se encuentran en condición de vulnerabilidad, contexto en el que actualmente el delito viene agudizando. Asimismo, los Estados se enfrentan al reto que representan tanto la internet como las plataformas digitales, herramientas que, si bien pueden facilitar a los tratantes de personas el proceso de captar a sus posteriores víctimas, también podrían ser aprovechadas por los Estados para identificar tanto a los traficantes como el *modus operandi* que aplican en la comisión del delito. Este compromiso únicamente se logrará si los Estados aplican estrategias correctamente elaboradas, encaminadas en sentido transversal y con atención al enfoque de derechos humanos.

7. Resultados de la investigación

Aplicando el método comparativo a un conjunto de legislaciones penales de Lati-

31 United Nations Office on Drugs and Crime. *Global Report on Trafficking in Persons 2020*. Nueva York, 2020.

32 Organización de las Naciones Unidas. *Uso y abuso de la tecnología*, 1 de enero del 2023. <https://www.un.org/es/observances/end-human-trafficking-day>.

noamérica y de España desde un enfoque cuantitativo, se puede evidenciar que, tal y como se encuentran en la actualidad, algunas de las legislaciones prescriben un *numerus clausus* respecto a las conductas tipificadas como delito de trata de personas. Esto permitiría que algunos comportamientos ilícitos, (en especial aquellos que se llevan a cabo mediante las nuevas tecnologías) queden impunes, al estar enumeradas solo determinadas modalidades o conductas que constituirían el delito de trata de personas. En esa línea, resulta necesario que dichas normativas sean modificadas en favor de una perspectiva de *numerus aperti*, a fin de que los nuevos *modus operandi* y las nuevas modalidades no queden impunes ni sean subsumidas en delitos menores. Así, las tipificaciones responderán a los nuevos retos en lo que al delito de trata de personas se refiere.

Asimismo, del examen del marco jurídico efectuado en este trabajo, se evidencia la necesidad de que las normativas se sigan perfeccionando para que no queden únicamente centradas en la sanción del delito (sea a quienes participan como autores, sea a quienes intervengan como instigadores o a quienes tengan la calidad de facilitadores), sino que también se consideren estrategias de prevención del delito. A ello deben coadyuvar programas completos (holísticos) que exijan la intervención de las entidades de todos los niveles del Estado, sin descuidar, por supuesto, las reparaciones a que tengan derecho las víctimas y su entorno familiar, y la asistencia indispensable para remediar los efectos físicos o psicológicos que la trata de personas suele implicar.

Bajo esos supuestos, e incorporando la protección de los derechos humanos como

eje fundamental, las diversas tipificaciones del delito de trata de personas podrán responder de manera efectiva al enfoque de derechos humanos que debe incluirse en el marco de la lucha contra la trata de personas, entendida no solo como un delito sino también como una grave violación a las víctimas en todas sus dimensiones.

8. Conclusiones

1. Las regulaciones estatales en materia de lucha contra la trata de personas deben ser reevaluadas en tanto que han surgido nuevos factores que influyen respecto a la comisión del delito, tales como la globalización, la internet y las plataformas digitales. Todas esas medidas y estrategias deben tener como centro el objetivo de proteger los derechos humanos de las víctimas.
2. Cuando los Estados respondan mediante medidas o estrategias diversas al delito de trata de personas, deben aplicar prioritariamente la perspectiva de derechos humanos, puesto que la trata de personas, más que representar un delito como cualquier otro, constituye una seria violación de múltiples derechos en perjuicio de las víctimas de trata de personas.
3. Los estados tienen el perenne reto de luchar contra la trata de personas desde un enfoque de derechos humanos, sobre todo en lo referido a las víctimas que pertenezcan a grupos particularmente vulnerables.
4. Las legislaciones de diversos países latinoamericanos y de España se asemejan en el sentido de la forma en que cada uno de ellos tipifica el delito de trata

de personas, al estipular la conducta típica con verbos nucleares como *captar, transportar, trasladar, acoger, recibir* u otros a un individuo o grupo de individuos con una finalidad de explotación.

5. Las legislaciones analizadas en la presente investigación se diferencian respecto a la forma en que regulan las conductas de aprovechamiento, que representan modalidades diversas del delito trata de personas. Se distinguen, asimismo, de acuerdo con las finalidades con que se llevan a cabo las conductas típicas.
6. Las legislaciones ostentan diferencias en lo relativo a las circunstancias agravantes del delito, siendo que muchas de ellas se refieren tanto al sujeto activo como al sujeto pasivo. Asimismo, se diferencian según los distintos instrumentos legales que tipifican el delito de trata de personas (en algunos casos, lo hacen solo en el código penal; en otros, mediante leyes particulares, y, en algunos casos, mediante ambos instrumentos).
7. Las legislaciones difieren en el sentido de que algunas cuentan con leyes particulares que crean sistemas o comités específicamente destinados a la prevención y sanción de la trata de personas, a la vez que establecen acciones de coordinación y articulación entre las entidades que cooperan con la lucha contra el delito de trata de personas.

9. Referencias

- Aceves, Andrea. *La conmemoración de «El Día Mundial contra la Trata de Personas»*, 1 de enero de 2023. <https://mundosur.org/la-conmemoracion-de-el-dia-mundial-contra-la-trata-de-personas/>.
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). Trata de personas. 10 de diciembre de 2022. <https://www.acnur.org/trata-y-traffic-de-personas.html>.
- Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la convención de las naciones unidas contra la delincuencia organizada transnacional. Palermo, 1998.
- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Ley contra la trata de personas y creación de la Coalición Nacional contra el Tráfico Ilícito de Migrantes y la Trata de Personas (CONATT). Costa Rica, 2013.
- Asamblea Legislativa de la República de El Salvador. Decreto N.º 824 – Ley especial contra la trata de personas. El Salvador, 2014.
- Asamblea Legislativa Plurinacional. Ley integral contra la trata y tráfico de personas. Ley 263. Bolivia, 2012.
- Congreso de Colombia. Ley 985 de 2005, por medio de la cual se adoptan medidas contra la trata de personas y normas para la atención y protección de las víctimas de la misma.
- Congreso de la República (Perú). Ley N.º 28950. Ley contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes. Perú, 2007.

- Congreso de la República (Perú). Ley N.º 30251. Ley que perfecciona la tipificación del delito de Trata de Personas. Perú, 2014.
- Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos. Ley general para prevenir, sancionar y erradicar los delitos en materia de trata de personas y para la protección y asistencia a las víctimas de estos delitos. México, 2012.
- Jefatura del Estado español. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. España, 1995.
- Ministerio del Interior (Perú). Decreto Supremo N.º 001-2016-IN. Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley N.º 28950, Ley contra la Trata de Personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes, y crea la Comisión Multisectorial de naturaleza permanente contra la Trata de Personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes. Perú, 2016.
- Ministerio del Interior y Seguridad Pública de Chile. Subsecretaría del Interior. Ley 20507. Tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal. Chile, 2011.
- Oficina contra la Droga y el Delito de las Naciones Unidas. *Manual para la lucha contra la trata de personas*. Nueva York, 2007.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas. Folleto Informativo N.º 36: Los derechos humanos y la trata de personas. Nueva York y Ginebra, 2014
- Organización de las Naciones Unidas. Uso y abuso de la tecnología, 1 de enero de 2023. <https://www.un.org/es/observances/end-human-trafficking-day>.
- Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina. Ley de prevención y sanción de la trata de personas y asistencia a sus víctimas. Argentina, 2008.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Rantsev c. Chipre y Rusia (25965/04). Estrasburgo, 2010.
- United Nations Office on Drugs and Crime. *Global Report on Trafficking in Persons 2020*. Nueva York, 2020.

LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LA CONSULTA PREVIA EN EL PERÚ: ALGUNOS APUNTES CRÍTICOS EN TORNO A LA SENTENCIA 27/2022 Y OTROS PRONUNCIAMIENTOS RELEVANTES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

The legal regulation of the prior consultation in Peru: some critical notes regarding judgment 27/2022 and other relevant pronouncements of the Constitutional Court

Autor: Rodrigo Walter Orcotorio Figueroa*

REVISTA

LP Derecho

Rodrigo Walter Orcotorio Figueroa

«La regulación jurídica de la consulta previa en el Perú: algunos apuntes críticos en torno a la Sentencia 27/2022 y otros pronunciamientos relevantes del Tribunal Constitucional».

Revista LP Derecho.

4 (2023): 76-89.

Recibido: 12/12/2022

Aprobado: 13/02/2023

Resumen

El derecho a la consulta previa ha sido un tema de especial discusión por nuestros tribunales de justicia. A partir de la promulgación de la Ley de Consulta Previa y su reglamento, el Tribunal Constitucional ha establecido una línea interpretativa que desconoce los estándares internacionales más favorables al respecto, sobre todo en el contexto de los impactos extractivos en los territorios de los pueblos indígenas. El presente artículo parte de la regulación legal, internacional y nacional, de la consulta previa. Luego, analiza las decisiones adoptadas por el máximo intérprete constitucional con especial énfasis en la sentencia 27/2022. Al final, añade algunas conclusiones.

Palabras clave:

consulta previa, industrias extractivas, Sentencia TC 27/2022, jurisprudencia constitucional

Abstract

The right to prior consultation has been a subject of special discussion by our courts of justice. Since the enactment of the Prior Consultation Law and its regulations, the Constitutional Court has established an interpretative line that ignores the most favorable international standards in this regard, especially in the context of extractive impacts on the territories of indigenous peoples. This article is based on the international and national legal regulation of prior consultation. Then, it analyzes the decisions adopted by the highest constitutional interpreter with special emphasis on sentence TC 27/2022. At the end, add some conclusions.

* Bachiller por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Coordinador del Área de Derecho Ambiental en LP Derecho. Correo electrónico: rodrigo.orcotorio.figueroa@gmail.com.

 <http://orcid.org/0000-0001-8124-4389>.

Keywords:

prior consultation, extractive industries, Sentence 27/2022, constitutional jurisprudence

1. Introducción

En la actualidad existen varios documentos e instrumentos internacionales que regulan una gran variedad de derechos en favor de los pueblos indígenas. Uno de los más importantes en los últimos años ha sido el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales (en adelante, C 169). Además, se cuenta con otros instrumentos normativos de distinta relevancia: la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007) y la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2016).

La situación más problemática ha girado en torno a las capacidades institucionales de las autoridades y tribunales de justicia para hacer realidad el marco normativo de los pueblos indígenas establecidos en el C 169. Con posterioridad a la ratificación del citado convenio en 1994¹, el Gobierno promulgó la Ley 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios (en adelante, LCP) (2011), y su reglamento, el Decreto Supremo 001-2012-MC (en adelante, «reglamento»), a raíz de uno de los eventos más disruptivos en la historia reciente de los conflictos sociales en el Perú. Con ello nos referimos a los trágicos acontecimientos ocurridos en la Curva del Diablo (33 personas fallecidas

y un desaparecido), en el que los pueblos indígenas awajún y wampis demandaron la derogación de decretos que posibilitaban el otorgamiento de concesiones en sus territorios ancestrales sin consulta alguna². A partir de este marco jurídico se han dado las más diversas interpretaciones legales.

En la presente investigación abordaremos más en profundidad esta última cuestión. Partimos de algunos pronunciamientos del Tribunal Constitucional que han generado discrepancia acerca del verdadero contenido de la regulación legal de la consulta previa en los últimos años. En primer lugar, presentamos una síntesis de las relaciones entre el marco internacional y nacional de tal derecho y las industrias extractivas. En segundo lugar, analizaremos algunos casos de importancia en los que el Tribunal Constitucional ha examinado el derecho a la consulta previa, sobre todo la Sentencia 27/2022³ por los cuestionamientos «formales» que niegan su naturaleza de derecho fundamental. Al final ofreceremos algunas conclusiones y recomendaciones.

2. La regulación jurídica de la consulta previa: la necesidad de su aplicación en el marco de las industrias extractivas

2.1. La consulta previa en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

El C 169 es el tratado de derechos humanos más importante en favor de los

1 El C 169 entró en vigencia en 1995, mediante Resolución Legislativa 26253. <https://bit.ly/3UJ4o6W>.

2 Roger Merino, «El derecho y la política de la autodeterminación indígena: el significado del derecho a la consulta previa», *Revista Derecho y Sociedad* 51 (2018): 44.

3 Expediente 03066-2019-PA/TC.

pueblos indígenas u originarios. En este ámbito, el derecho a la consulta previa se ha convertido en el principal vehículo para el reconocimiento de sus demandas⁴. La capacidad para ejercer la consulta se enmarca, así, en el derecho a la libre determinación para tomar decisiones autónomas sobre los modelos de desarrollo más favorables. Junto con otros dos derechos: a) la participación en todo el ciclo de políticas; y b) el consentimiento libre, previo e informado cuando se ponga en riesgo la integridad, vida y subsistencia de los pueblos indígenas, los tres conforman el *corpus iuris* básico de la relación entre el Estado y dichos colectivos⁵. Es decir, asiste a los pueblos el derecho a identificar y decidir sus prioridades de desarrollo sobre la base de sus estilos de vida, creencias, instituciones, territorios, etc. (artículo 7.1 del C 169).

El procedimiento para llevar a cabo la consulta debe ser apropiado y acorde con las instituciones de los pueblos indígenas cuando se implementen medidas administrativas o legislativas que los afecten de manera directa (artículo 6.1, inciso a, del C 169)⁶. De una lectura resumida del numeral 6.2 del C 169 se tiene que en las consultas debe primar la buena fe y deben formuladas considerando las circunstan-

cias que atraviesan los pueblos para llegar a un acuerdo o lograr su consentimiento. Esto cobra mayor sentido con la obligación estatal de determinar la magnitud de las afectaciones antes de promover o autorizar la prospección o explotación en el marco de proyectos extractivos (artículo 15.2 del C 169)⁷.

Ahora bien, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha desarrollado todos estos conceptos al detalle en el caso *Sarayaku vs. Ecuador*⁸. En primer lugar, la participación efectiva de las comunidades significa que la consulta previa sea realizada, acorde con sus costumbres o tra-

4 Roger Merino y Carlos Quispe, «Consulta previa y participación ciudadana en proyectos extractivos. Los límites de la gobernanza ambiental», *Policy Brief* 5 (2018): 1-2.

5 Raquel Yrigoyen, «Hacia una nueva relación del Estado con los pueblos: autonomía, participación, consulta y consentimiento», *Revista Justicia & Democracia* 11 (2013): 235.

6 La obligación de consultar a los pueblos indígenas por las medidas administrativas o legislativas también se encuentra regulada en el artículo 19 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

7 «Los Estados deberán consultar y cooperar mediante procedimiento de buena fe con los pueblos indígenas interesados a través de sus órganos representativos para obtener su consentimiento de manera libre e informada antes de la aprobación de cualquier proyecto que repercuta con sus territorios ancestrales y el desarrollo, uso o explotación de otros recursos naturales» (artículo 32.2 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas).

8 «La obligación de consultar a las Comunidades y Pueblos Indígenas y Tribales sobre toda medida administrativa o legislativa que afecte sus derechos reconocidos en la normatividad interna e internacional, así como la obligación de asegurar los derechos de los pueblos indígenas a la participación en las decisiones de los asuntos que conciernen a sus intereses, **está en relación directa con la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención** [Americana de Derechos Humanos] (artículo 1.1). Esto implica el deber de organizar adecuadamente todo el aparato gubernamental y, en general, de todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos». CIDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C N.º 245, párrafo 166. (El resaltado es nuestro)

diciones ancestrales, desde la etapa inicial de la formulación y elaboración de los planes o proyectos de desarrollo o inversión, y no solo cuando se requiera contar con su aprobación⁹. Además, el proceso debe ser conducido mediante buena fe y con características culturalmente adecuadas para obtener el acuerdo de las comunidades¹⁰. En segundo lugar, el Estado tiene la obligación de producir y ofrecer información a las comunidades para que puedan a) identificar y evaluar los beneficios y riesgos del proyecto, y b) aceptar la propuesta¹¹.

En consonancia, la CIDH ha establecido determinados parámetros para llevar a cabo la consulta. Se tiene como requisitos o condiciones necesarias las siguientes: a) que sea previa; b) que exista buena fe para llegar a un acuerdo; c) que los procedimientos y mecanismos sean acordes con las tradiciones e instituciones indígenas; d) que se realice los correspondientes estudios de impacto ambiental, y e) que el conocimiento de los pueblos indígenas sobre los beneficios y riesgos del proyecto esté garantizado^{12 13}.

El caso *Saramaka vs. Surinam*¹⁴ es emblemático, por cuanto en él la CIDH de-

sarrolló la relevancia de la consulta previa en los proyectos extractivos. En resumidas cuentas, la Corte ha indicado que, cuando los planes de desarrollo o inversión sean a gran escala y tenga un alto impacto, no solo existe la obligación de consultar, sino que será necesario obtener el consentimiento libre, informado y previo de los pueblos indígenas de acuerdo con sus costumbres y tradiciones¹⁵.

La CIDH impone un estándar más riguroso cuando se atenta contra la propia existencia, integridad y estilos de vida de los pueblos indígenas u originarios. El peligro de los proyectos extractivos estaría en su capacidad de transformar los recursos naturales localizados en los territorios ancestrales de los pueblos indígenas, además de convertirse en fuente de financiamiento para las políticas distributivas en la región sin importar la agenda ideológica subyacente¹⁶. A decir de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

167. Uno de los mayores riesgos a la existencia física y cultural de los pueblos indígenas y tribales en la actualidad está constituido por los planes y proyectos de infraestructura y de explotación económica que buscan ser impuestos y ejecutados dentro de sus territorios [...].

168. Es por ello que **la consulta y el consentimiento de los pueblos indígenas resulta[n] de vital importancia**, pues como indica la

9 *Ibidem*, párrafo. 177.

10 *Ibidem*.

11 *Ibidem*.

12 *Ibidem*., párrafos 180-211.

13 Ministerio de Cultura, *Estándares de aplicación del derecho a la consulta previa en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. (Lima, 2016): 47 y siguientes.

14 CIDH. Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones preliminares, fondo, reparación y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C N.º 172, párrafo 133.

15 *Ibidem*, párrafos 134-136.

16 Moisés Arce, *La extracción de recursos naturales y la protesta social en el Perú*. (Lima: Fondo Editorial PUCP, 2015); Anthony Bebbington *et al.*, *Evaluación y alcance de la industria extractiva y la infraestructura en relación con la deforestación: Amazonía*. (Lima: DAR, 2019).

información recibida, la falta de participación efectiva en el otorgamiento de concesiones, autorizaciones o permisos en varios países de la región viene causando profundos impactos que ponen en peligro su supervivencia física y cultural, sus formas de vida particulares y, en última instancia, su existencia como pueblos.¹⁷

La contaminación ambiental de los cuerpos de agua y suelos, el desplazamiento forzado de los pueblos indígenas y la limitación sistemática de ciertos derechos, entre otros factores, son algunos impactos extractivos recurrentes¹⁸. Al mismo tiempo, son la causa de la gran mayoría de los conflictos sociales en los que las comunidades demandan y exigen el cumplimiento y protección de sus derechos de remediación, consulta, participación, transparencia y acceso a la información ambiental¹⁹. En todo caso, se trata de una relación tensa en la que interactúan los pueblos indígenas y los actores políticos que promueven esta clase de proyectos.

Por tales motivos, la CIDH no solo exige a los Estados realizar la consulta, sino

que se obtenga un consentimiento previo, libre e informado^{20 21}, puesto que los impactos extractivos son capaces de restringir de manera directa los derechos de los pueblos indígenas. La consulta previa es el mecanismo idóneo para identificar los posibles impactos de un proyecto extractivo, así como las medidas que se deben implementar desde un enfoque preventivo. En efecto, la abundante casuística nos ha demostrado que existen marcadas injerencias en los procesos de consulta ya desde la primera etapa del proceso, es decir, desde la identificación de los pueblos indígenas. En el siguiente apartado, presentamos una síntesis de la problemática, tomando en consideración la LCP y su reglamento.

2.2. La consulta previa en el ordenamiento jurídico peruano: algunas cuestiones críticas

La historia reciente de los pueblos indígenas ha estado envuelta en abundantes «pretextos jurídicos»²² que han restringido

17 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*. (Washington D. C.: OEA, 2015). (El resaltado es nuestro).

18 Eduardo Dargent *et al.*, «Cycle of Abundance and Institutional Pathways», en *Resource Booms and Institutional Pathways: The Case of the Extractive Industry in Peru* (Londres: Latin American Political Economy, 2017), 4-9 y Ricard Flemmer *et al.*, «A political ecology perspective on resource extraction and human security in Kenya, Bolivia and Peru». *The Extractive Industries and Society* 8, 4 (2020): 1-3.

19 Moisés Arce, *La extracción de recursos naturales y la protesta social en el Perú*, *op. cit.*, 100-101.

20 En varias investigaciones y documentos legales se conjugan de manera indistinta los adjetivos del consentimiento previo, libre e informado. Sin embargo, esta no interfiere o genera definiciones inexactas y/o imprecisas. Solo sería un descuido de quienes realizan tales estudios o propuestas normativas.

21 Existe más supuestos en que se exige el consentimiento previo, libre e informado. Véase Carlos Elguera, «El derecho al consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas ante proyectos de “desarrollo o inversión” en sus territorios y breve análisis del estado de aplicación e implementación en el Perú». Tesis para optar el título de abogado. (Lima: Facultad de Derecho de Pontificia Universidad Católica del Perú, 2016), 79-83.

22 Juan Carlos Ruiz Molleda, «Problemas jurídicos en la implementación de la consulta previa en el Perú: o los «pretextos jurídicos» del Gobierno para incumplirla», *Revista Derecho y Sociedad* 42 (2014): 191-192.

el ejercicio de sus derechos, sobre todo en el contexto de los proyectos extractivos. Un claro ejemplo es el reducido número de consultas realizadas, incluyendo unas pocas que se consideran exitosas. En lo que respecta al objeto de la investigación, lo resuelto en la Sentencia 27/2022 no es más que el punto final de una interpretación sistemáticamente errónea del derecho a la consulta previa por parte del TC. Una de las razones que sustentarían tal restricción es el marco legal actual y otras decisiones jurisprudenciales que comentaremos más adelante²³.

La regla general es que el Estado está obligado a realizar la consulta previa a los pueblos indígenas cuando la medida administrativa o legislativa produzca consecuencias (positivas o negativas) sobre sus derechos colectivos (artículo 2 de la LCP). Los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional, de acuerdo con el citado artículo, generan efectos positivos. Además, de conformidad con el artículo 3: «La finalidad de la consulta es **alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios** respecto a la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente [...]» **(el resaltado es nuestro)**.

Por otro lado, la LCP establece un procedimiento para garantizar la realización de la consulta previa que comprende lo siguiente: a) identificación de la medida legislativa o administrativa que debe ser objeto de consulta; b) identificación de los pueblos indígenas u originarios que serán consultados; c) publicidad de la medida legislativa o administrativa; d) información

sobre la medida legislativa o administrativa; e) evaluación interna en las instituciones y organizaciones sobre la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente; f) proceso de diálogo entre representantes del Estado y representantes de los pueblos indígenas u originarios, y g) decisión. De estos ítems, el que más nos interesa ayudaría a determinar la medida objeto de consulta: «Las entidades estatales deben identificar, bajo responsabilidad, las propuestas de medidas legislativas o administrativas que tienen una relación directa con los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, de modo que, de concluirse que existiría una afectación directa a sus derechos colectivos, se proceda a una consulta previa respecto de tales medidas» (LCP, artículo 9).

El aspecto más llamativo de la regulación legal gira en torno a la naturaleza de la competencia de la autoridad promotora para determinar dos situaciones: 1) la medida administrativa o legislativa, y 2) la afectación. Respecto de la identificación de los pueblos indígenas como sujetos del derecho de consulta previa, se requiere un tratamiento más amplio que supera los objetivos planteados en el presente artículo. En las siguientes líneas explicaremos los dos puntos resaltados, ya que guardan mutua relación.

2.3. De nuevo sobre la consulta previa: ¿cómo se determina el impacto de la medida?

De acuerdo con el literal g) del artículo 3 del reglamento, se entiende como *entidad promotora* a la autoridad pública «responsable de dictar la medida legislativa o administrativa que debe ser objeto de consulta

²³ *Ibidem*.

en el marco establecido por la Ley y el Reglamento». Se especifica en el citado literal que pueden ser entidades promotoras: a) la Presidencia del Consejo de Ministros o un ministerio delegado por razón de la materia; b) los ministerios, «a través de sus órganos competentes»; c) los organismos públicos, y iv) los gobiernos regionales y locales. El inciso i), a su vez, establece que las medidas administrativas son «normas reglamentarias de alcance general, así como el acto administrativo que faculte el inicio de la actividad o proyecto, o el que autorice la suscripción de contratos con el mismo fin, en tanto puedan afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas». Por ejemplo, el propio reglamento de la LCP²⁴ o la concesión que obtiene una empresa extractiva para llevar a cabo su actividad.

Seguidamente, identificaremos los marcos normativos relacionados con los sectores Minería e Hidrocarburos:

— En el caso de la minería, la R. M. 403-2019-MINEM/DM establece los procedimientos administrativos sujetos a consulta (artículo 1). También encarga a la Oficina General de Gestión Social del Ministerio de Energía y Minas la realización del proceso (artículo 2). Sin embargo, una modificación reciente (R. M. 254-2021-MINEM/DM) dispone que los procesos de consulta deberán iniciarse luego de que la autoridad correspondiente apruebe el Instrumento de Gestión Ambiental.

24 Un caso emblemático fue el proceso de consulta previa realizado al reglamento (D. S. 013-2019-MINAM) de la Ley Marco sobre Cambio Climático (Ley 30754). <https://bit.ly/3RenWH1>.

— En el caso de los hidrocarburos, la R. M. 209-2015-MEM/DM establece cuáles son los procedimientos administrativos sujetos a consulta, incluido el sector eléctrico. Asimismo, el D. S. 021-2018-EM determina que la Oficina General de Gestión Social²⁵ sea la entidad encargada de realizar las consultas en ambos sectores productivos. No obstante, para el caso de ciertos lotes (192, 200 y 201), Perupetro S. A. tiene la competencia temporal debido a razones de índole «económica» y «estratégica» (R. M. 351-2019-MINEM/DM).

Como precisa Iván Lanegra²⁶, la evaluación ambiental es una etapa anterior y medular para identificar los potenciales impactos de las actividades mineras, así como para implementar medidas que prevengan o mitiguen tales impactos. En esa línea, y de acuerdo con lo estipulado por la CIDH²⁷, involucrar a los pueblos indígenas desde un primer momento garantizaría una plena y efectiva participación en todas las fases del proyecto y no solo en la etapa final o cuando se requiera su aprobación de la medida que otorga el derecho. Además,

25 Al inicio, las entidades encargadas de realizar la consulta previa en el sector hidrocarburos y electricidad eran los órganos de línea respectivos. Para una medida en particular (D. S. que aprueba la suscripción de contratos de exploración y explotación de lotes petroleros y gasíferos), Perupetro S. A. (por R. M. 350-2012-MEM/DM).

26 Lanegra, Iván, «Consulta previa, minería y regulación ambiental en la legislación nacional», *Revista Derecho y Sociedad* 42 (2014): 109 y siguientes.

27 Roger Merino y Carlos Quispe, «Consulta previa y participación ciudadana en proyectos extractivos. Los límites de la gobernanza ambiental», *op. cit.*

ha sido una exigencia histórica por parte de dichos pueblos que ha adquirido mayor visibilidad en los últimos tiempos.

Por otro lado, el particular contexto que han atravesado las comunidades nativas en torno a la actividad hidrocarburífera —y, sobre todo, por la industria del petróleo—, supera cualquier intento de regular el derecho a la consulta previa. El fuerte impacto de esta actividad se remonta a la década de 1970 y se ha agravado en los años más recientes, al punto de que se torna insostenible continuar la explotación de lotes petroleros en la Amazonía²⁸. El diálogo intercultural deviene en la vía idónea para debatir y cuestionar la explotación petrolera; el caso de los lotes 192 y 8 son un claro ejemplo²⁹.

En resumidas cuentas, la principal discusión en el futuro será determinar el momento exacto para llevar a cabo la consulta previa, aun a pesar de la complejidad y fragmentariedad que han demostrado las disposiciones normativas en materia de minería e hidrocarburos. Incluso la propia regulación del derecho a la consulta previa, la LCP y su reglamento, no resolvería dicha cuestión, pues deja a la autoridad promotora la decisión de realizar la consulta.

Ahora bien, en el siguiente acápite comentaremos la interpretación prevalente

del Tribunal Constitucional, con especial énfasis a la Sentencia 27/2022 que, entre otras peculiaridades, desconoce tanto el carácter constitucional del derecho a la consulta previa como la jerarquía del C 169. Nos apoyaremos de algunos pronunciamientos relevantes emitidos recientemente y verificaremos una evidente contradicción por parte del Tribunal.

3. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el derecho a la consulta previa en materia extractiva

3.1. Algunas reflexiones en torno a la Sentencia 27/2022 y otros «desconocimientos» relevantes

Los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la consulta previa han atravesado por marcadas diferencias en los últimos años. Mientras que en un principio el Tribunal desarrollaba y reconocía el derecho a la consulta previa y su protección constitucional en el caso Cordillera Escalera (Expediente 03342-2007-PA/TC, ff. 31-36), por otro lado, años después, se establecieron precedentes que no esclarecían el momento oportuno para realizar la consulta y el grado afectación de la medida administrativa. En este sentido, son llamativas las interpretaciones del Tribunal sobre los decretos legislativos que promovían inversiones extractivas en la Amazonía como parte de los compromisos asumidos por el gobierno peruano en el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos (Expedientes 0022-2009-PI/TC, 0023-2009-PI/TC, 0024-2009-PI/TC, entre otros).

28 Aymara León y Mario Zúñiga, *La sombra del petróleo. Informe de los derrames petroleros en la Amazonía peruana entre el 2000 y el 2019*. (Lima: CNDDHH y Oxfam, 2020).

29 Para un minucioso análisis sobre el mayor proyecto gasífero y el impacto sobre pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial, véase Carlos Quispe, *Derechos de los machiguenga-nanti en contacto inicial de la RTKNN y su relación con su supervivencia física y cultural*. (Lima: DAR, 2021), 257.

Así, se ha limitado el adecuado ejercicio de tal derecho y, más aún, ha habido un alejamiento de la interpretación realizada por los tribunales internacionales de derechos humanos. Este camino, por supuesto, no ha estado exento de críticas desde una óptica legal. Sin embargo, y más allá de las tensiones normativas, hay un factor político que explicaría el trasfondo de las decisiones del Tribunal. Conforme a lo anunciado, comentaremos un caso en particular.

En la Sentencia 27/2022, el Tribunal Constitucional declaró improcedente la demanda de amparo presentada por las comunidades campesinas Chila Chambilla y Chila Pucará contra las concesiones mineras superpuestas en sus territorios. Uno de los argumentos principales fue: «3. [...] El derecho a la consulta previa no se encuentra reconocido por la Constitución ya sea en forma expresa o tácita, por lo que no cabe reclamar respecto de él tutela a través del proceso de amparo, ya que no es un derecho fundamental». En primer lugar, Roca y Velásquez³⁰ han definido como problema de análisis de la mencionada sentencia la jerarquía de las normas internacionales en el derecho interno. Es decir, ¿cuál sería la calificación constitucional del C 169 como tratado de derechos humanos?

Antes de entrar en detalle, debemos recordar que la controversia no solo gira en torno al desconocimiento constitucional del C 169 y, con ello, del derecho a la consulta previa, sino que las propias co-

munidades exigían la consulta como parte de su derecho a cuestionar la viabilidad del proyecto por los capitales australianos y chinos MMG Limited. Sin embargo, el Ministerio de Energía y Minas otorgó la correspondiente Autorización de Inicio de Actividades sin haber consultado a las comunidades campesinas, lo que desencadenó una escalada de conflictos³¹ que tornaron imposible cualquier intento de diálogo por parte de las autoridades públicas³².

Ahora bien, el artículo 55 de la Constitución Política del Perú consagra el siguiente precepto: «Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional». Si bien el precepto constitucional no hace referencia expresa a los tratados de derechos humanos, el Tribunal Constitucional, en reiterada jurisprudencia, se ha encargado de sostener que «Los tratados internacionales sobre derechos humanos no solo conforman nuestro ordenamiento, sino que, además detentan [sic] rango constitucional» (Expediente 0032-2010-PI/TC, f. 76)³³. Asimismo, el artículo 3 de la Constitución reconoce la existencia de otros derechos fundamentados en la dignidad del ser humano, más allá de aquellos establecidos taxativamente en nuestra propia carta fundamental.

30 Josselyn Roca y Alejandro Velásquez, «¿El derecho a la consulta previa tiene un tratamiento acorde al derecho internacional en el Perú?», *LP Derecho*, 6 de mayo de 2022. <https://bit.ly/3UDKLwb>.

31 Redacción *El Comercio*. «Las Bambas denuncia ataques con piedras y bombas molotov por parte de comunidades», 29 de abril de 2022. <https://bit.ly/3RXkQQ0>.

32 Redacción *El Comercio*. «Las Bambas: comunidad de Fuerabamba rechaza propuesta para dialogar el 7 de mayo», 30 de abril de 2022. <https://bit.ly/3E01IeA>.

33 *Cfr.* Sentencias recaídas en los Expedientes 0047-2004-PI/TC (f. 61), 0025-2005-PI/TC -acumulados-, (f. 26) y 0005-2007-PI/TC (f. 11), entre otras.

Sin embargo, cualquiera podría argumentar que el solo reconocimiento de los tratados de derechos humanos no es suficiente para que puedan ser aplicados en nuestro ordenamiento. El Tribunal Constitucional comparte este argumento en la Sentencia 27/2022 (fj. 4 y 5), en el que, a pesar de que el derecho a la consulta previa se encuentra regulada en el C 169, ello no le otorga el carácter de derecho fundamental ni rango constitucional, incluso al amparo del artículo 7, inciso 1, del Nuevo Código Procesal Constitucional. Lo concreto es que así se desconoce la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución, que establece que los derechos y libertades reconocidos en la carta política se interpretan conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y los demás tratados y acuerdos internacionales ratificados. Por su parte, el artículo 8 del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional estipula: «El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos, así como con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte».

La contradicción más notoria se da a partir de la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional que habría delimitado, cuando menos, un estándar bastante general del proceso de consulta previa. Mucho antes de la promulgación de la LCP y su reglamento, el máximo intérprete constitucional había ya establecido que el C 169 formaba parte del derecho interno y una exigencia de obligatorio cumplimiento

por las entidades públicas³⁴. Además, había acotado que el contenido y los derechos reconocidos en dicho convenio ostentan jerarquía constitucional y que cualquier norma de rango inferior que fuese contra ella debería ser declarada inconstitucional (Expediente 0022-2009-PI/TC, fj. 10).

El estándar actual que establece el Tribunal difiere en gran medida de lo resuelto en los casos por la CIDH, de manera especial en estos supuestos: i) el acceso a la consulta; ii) el respeto de las características esenciales del proceso de consulta, y iii) la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta, sin que ello signifique el veto o negativa por parte de los pueblos indígenas a la medida legislativa o administrativa (Expediente 0022-2009-PI/TC, fj. 37 y 40). En todo caso, las críticas legales siempre han existido en torno al marco normativo que regula el derecho a la consulta previa³⁵.

Además, la discordancia de los votos de los magistrados es una clara muestra de que no existe un consenso sobre el reconocimiento constitucional del derecho a la consulta previa. Los jueces Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña se muestran a favor de exigir la consulta de la Autorización de Inicio de Actividades, mientras que Ferrero Costa y Miranda Canales se ciñen a lo establecido en la ley respecto al momento oportuno de la consulta sobre la concesión minera y a la dificultad que

34 *Cfr.* Expediente 03343-2007-PA/TC (fj. 31) y Expediente 06316-2008-PA/TC (fj. 19).

35 Carlos Elguera, «El derecho al consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas ante proyectos de “desarrollo o inversión” en sus territorios y breve análisis del estado de aplicación e implementación en el Perú», *op. cit.*

implica determinar la posible afectación, respectivamente, en sus votos discordantes.

Por otro lado, una manera de entender el porqué de las constantes decisiones del Tribunal Constitucional es prestar atención al trasfondo político e histórico en que se discute la construcción de los marcos legales, así como a la influencia de ciertos sectores sociales en su aplicación. De acuerdo con Maritza Paredes y Bettina Schorr³⁶, hoy en día se sostiene que las reglas para la gobernanza ambiental y social de los recursos naturales son objetivo de constantes disputas institucionales. En ese sentido, el marco legal que regula el derecho a la consulta previa no es sino una parte del vasto y complejo escenario de diseños y reajustes políticos-legales.

Mientras los pueblos indígenas utilizan la consulta previa como mecanismo para identificar las vulneraciones ocasionadas por los proyectos extractivos (formales), buscan al mismo tiempo incidir en la construcción de dichos proyectos y exigir el cumplimiento de sus demandas. Por otro lado, los actores transnacionales aprovechan la deficiente configuración institucional para promover sus prácticas extractivas. Entonces, a pesar de las críticas legales y constitucionales, la realidad se ha encargado de desentrañar el verdadero problema que subyace en los conflictos que enfrentan a pueblos indígenas y empresas transnacionales. Pero, sobre todo,

se observa la injerencia en las autoridades públicas encargadas de dirigir y aplicar los estándares en materia de consulta, que son muy distintos, como hemos diagnosticado, tanto a nivel nacional e internacional, e incluso esto es reforzado por la actuación de algunos organismos internacionales en materia de desarrollo económico.

4. Conclusiones y reflexiones finales

Cierto sector reconoce que uno de los problemas más comunes en torno a los marcos normativos que promueven proyectos extractivos son las tensiones y desencuentros generados por su aplicación en desmedro de otros arreglos institucionales³⁷. El ejemplo más gráfico del que parte nuestra investigación se enfoca en las resistencias para hacer realidad el derecho a la consulta previa. Es decir, los escenarios conflictivos en los que los pueblos indígenas canalizan y exigen el cumplimiento de sus demandas ambientales y sociales.

Los argumentos esgrimidos en la presente investigación inciden en un aspecto relevante —aunque, algunas veces, dejado de lado por las ciencias sociales— con respecto a esta clase de conflictos, a saber, las interacciones legales por las decisiones de los tribunales de justicia. Mientras la jurisprudencia constitucional utiliza y refuerza los vacíos y deficiencias institucionales de la regulación legal del derecho a la consulta previa (LCP y su reglamento) en el marco

36 Maritza Paredes y Bettina Schorr, «Transformaciones institucionales ambiguas: la producción de mecanismos de participación y coerción para la gobernanza de las industrias extractivas», en Eduardo Dargent *et al.* (editores), *¿Una oportunidad perdida? Boom extractivo y cambios institucionales en el Perú* (Lima: Ibero-Amerikanisches Institut y Fondo Editorial PUCP, 2021), 97-127.

37 Eduardo Dargent *et al.*, «Cycle of Abundance and Institutional Pathways», *op. cit.*; Maritza Paredes y Bettina Schorr, «Transformaciones institucionales ambiguas: la producción de mecanismos de participación y coerción para la gobernanza de las industrias extractivas», *op. cit.*

de proyectos extractivos³⁸, los tribunales internacionales han concebido una serie de estándares para asegurar tal derecho, sobre todo cuando los proyectos atentan la existencia, integridad y estilos de vida de los pueblos indígenas. Así las cosas, la falta de armonización entre ambos planos jurisdiccionales no impediría que las organizaciones indígenas exijan el cumplimiento de sus derechos colectivos.

Dos reflexiones finales a las que nos lleva la investigación serían que, en primer lugar, a pesar de los intentos por uniformizar criterios, existe una normativa sectorial dispersa que produce conflictos legales en relación con el momento oportuno y sobre qué medida debe realizarse la consulta previa; en segundo lugar, cuando las razones legales son insuficientes para explicar por qué son tan resistidos los procesos de consulta, resulta necesario adoptar un análisis político en el que los actores sociales (pueblos indígenas, actores empresariales y autoridades públicas) disputen y redefinan el diseño del derecho a la consulta previa. La Sentencia 27/2022 demuestra, pues, que debemos ir más allá del mero razonamiento jurídico.

5. Bibliografía

Arce, Moisés. *La extracción de recursos naturales y la protesta social en el Perú*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2015.

38 Minería: R. M. 403-2019-MINEM/DM y R. M. 254-2021-MINEM/DM.

Hidrocarburos (petróleo y gas): RM 209-2015-MEM/DM, DS 021-2018-EM y RM 351-2019-MINEM/DM

Electricidad: RM 2019-2015-MEM/DM.

Bebbington, Anthony, César Gamboa, Denise Humphreys y Ricardo Verdum. *Evaluación y alcance de la industria extractiva y la infraestructura en relación con la deforestación: Amazonía*. Lima: DAR, 2019.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*. Washington D. C.: OEA, 2015. OEA/Ser.L/V/II. Doc.47/15.

Dargent, Eduardo *et al.* «Cycle of Abundance and Institutional Pathways». En *Resource Booms and Institutional Pathways: The Case of the Extractive Industry in Peru*. (Editado por Eduardo Dargent *et al.*). Londres: Latin American Political Economy, 2017.

Elguera, Carlos. «El derecho al consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas ante proyectos de “desarrollo o inversión” en sus territorios y breve análisis del estado de aplicación e implementación en el Perú». Tesis para optar el título de abogado. (Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2016).

Flemmer, Riccarda, Rebecca Froese, Janpeter Schilling y Almut Schilling-Vacaflo, «A political ecology perspective on resource extraction and human security in Kenya, Bolivia and Peru». *The Extractive Industries and Society* 8, 4 (2020). <https://doi.org/10.1016/j.exis.2020.10.009>.

- Lanegra, Iván. «Consulta previa, minería y regulación ambiental en la legislación nacional». *Revista Derecho y Sociedad* 42 (2014). <https://bit.ly/3W1897X>.
- León, Aymara y Mario Zúñiga. *La sombra del petróleo: Informe de los derrames petroleros en la Amazonía peruana entre el 2000 y el 2019*. Lima: CNDDHH y Oxfam, 2020.
- Merino, Roger. «El derecho y la política de la autodeterminación indígena: el significado del derecho a la consulta previa». *Revista Derecho y Sociedad* 51 (2018). <https://bit.ly/3iSNyEr>
- Merino, Roger y Carlos Quispe. «Consulta previa y participación ciudadana en proyectos extractivos. Los límites de la gobernanza ambiental». *Policy Brief* 5 (2018). <https://bit.ly/3haqikC>.
- Ministerio de Cultura. *Estándares de aplicación del derecho a la consulta previa en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Lima: Ministerio de Cultura, 2016.
- Paredes, Maritza y Bettina Schorr. «Transformaciones institucionales ambiguas: la producción de mecanismos de participación y coerción para la gobernanza de las industrias extractivas». En *¿Una oportunidad perdida? Boom extractivo y cambios institucionales en el Perú*, editado por Eduardo Dargent et al., 97-127. Lima: Ibero-Amerikanisches Institut y Fondo Editorial PUCP, 2021.
- Roca, Josselyn y Alejandro Velásquez. «¿El derecho a la consulta previa tiene un tratamiento acorde al derecho internacional en el Perú?». *LP Derecho*, 6 de mayo de 2022. <https://bit.ly/3U-DKLwb>
- Redacción *El Comercio*. «Las Bambas denuncia ataques con piedras y bombas molotov por parte de comunidades». 29 de abril de 2022. <https://bit.ly/3R-XkQQ0>.
- Redacción *El Comercio*. «Las Bambas: comunidad de Fuerabamba rechaza propuesta para dialogar el 7 de mayo». 30 de abril de 2022. <https://bit.ly/3E01IeA>.
- Ruiz Molleda, Juan Carlos. «Problemas jurídicos en la implementación de la consulta previa en el Perú: o los “pretextos jurídicos” del Gobierno para incumplirla». *Revista Derecho y Sociedad* 42 (2014). <https://bit.ly/3HgmOrz>
- Yrigoyen, Raquel. «Hacia una nueva relación del Estado con los pueblos: autonomía, participación, consulta y consentimiento». *Revista Justicia & Democracia* 11 (2013).

6. Jurisprudencia

- CIDH (2007). Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones preliminares, fondo, reparación y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C N° 172.
- CIDH (2012). Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C N° 245.
- Expediente 0047-2004-Proceso de Inconstitucionalidad/Tribunal Constitucional.

Expediente 0025-2005-Proceso de Inconstitucionalidad/Tribunal Constitucional.

Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2016)

Expediente 0005-2007-Proceso de Inconstitucionalidad/Tribunal Constitucional.

Constitución Política del Perú (1993)

Expediente 03343-2007-Proceso de Amparo/Tribunal Constitucional.

Resolución Legislativa 26253 (1993)

Expediente 06316-2008-Proceso de Amparo/Tribunal Constitucional.

Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM

Expediente 0022-2009-Proceso de Inconstitucionalidad/Tribunal Constitucional.

Decreto Supremo 021-2018-EM

Expediente 0032-2010-Proceso de Inconstitucionalidad/Tribunal Constitucional.

Resolución Ministerial 403-2019-MI-NEM/DM

Expediente 03066-2019-Proceso de Amparo/Tribunal Constitucional.

Resolución Ministerial 351-2019-MI-NEM/DM

7. Legislación nacional e internacional

Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales (1989)

Resolución Ministerial 254-2021-MI-NEM/DM

Ley 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios (2011)

Declaración de Naciones sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007)

Decreto Supremo 001-2012-MC, Reglamento de la Ley 29785 (2012)

Nuevo Código Procesal Constitucional (2021)

LA CARGA DE LA PRUEBA Y EL DEBER DE MOTIVAR, UNA CRÍTICA AL CRITERIO DEL TRIBUNAL DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

The burden of proof and the duty to give reasons, a critique of the criteria of the Court of Transparency and Access to Public Information

Autor: Irving Daniel Chávez Guevara*

REVISTA

LP Derecho

Irving Daniel Chávez Guevara

«La carga de la prueba y el deber de motivar, una crítica al criterio del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública».

Revista LP Derecho.

4 (2023): 90-117.

Recibido: 31/12/2022

Aprobado: 27/01/2023

* Abogado por la Universidad Nacional de Trujillo, con estudios completos de maestría en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la misma casa de estudios. Laboró como asistente en Función Jurisdiccional de la Segunda Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de La Libertad; se desempeñó como especialista administrativo en la Unidad de Cooperación Judicial Internacional y Extradiciones de la Fiscalía de la Nación, y, actualmente, labora como analista legal del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, dependencia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Correo electrónico: irvingchavezguevara@gmail.com.

 <https://orcid.org/0000-0002-0662-4725>.

Resumen

El presente artículo se centra en emitir una crítica propositiva de uno de los criterios del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, órgano resolutorio de segunda instancia encargado de resolver recursos de apelación, consistente en considerar a la primera instancia administrativa del procedimiento como parte contendiente que tiene la obligación de probar la naturaleza reservada de la información ante una denegatoria. En tal sentido, se analiza la naturaleza del procedimiento administrativo de acceso a la información pública, evaluando los sujetos partes y sus legitimidades, efectuando una diferencia entre la facultad de probar y el deber de motivar. Asimismo, se pretende asignar los roles correspondientes en el procedimiento tanto al administrado solicitante como a las instancias decisoras; de esta manera, se pretende demostrar que, al amparo de la teoría general del proceso y la naturaleza del procedimiento administrativo general, la postura del aludido Tribunal debe cambiar.

Palabras clave:

derecho de acceso a la información pública, carga de la prueba, deber de motivar

Abstract

This article focuses on issuing a proactive critique of one of the criteria of the Tribunal de Transparencia y Acceso a la

Información Pública, a decision-making body of second instance in charge of resolving appeals, consisting of considering the first administrative instance of the procedure as part contestant who has the obligation to prove the confidential nature of the information before a refusal. In this sense, the nature of the administrative procedure for access to public information is analyzed, evaluating the subject parties and their legitimacies, making a difference between the power to prove and the duty to motivate, it is intended to assign the corresponding roles in the procedure both to the applicant administered as to the decision-making instances. In this way, it is intended to demonstrate that, under the general theory of the process and the nature of the general administrative procedure, the position of the aforementioned Tribunal must change.

Keywords

right to access to public information, burden of production, duty to state rational reasons

1. Introducción

El ejercicio del derecho de acceso a la información pública, a través de la fiscalización ciudadana del actuar de la administración pública, se ha convertido en una verdadera herramienta de lucha contra la corrupción. Es de público conocimiento que las entidades públicas se han caracterizado, desde los inicios de nuestra vida republicana, como entes sumamente herméticos en cuanto a su actividad y el manejo de la cosa pública. Así, por ejemplo, ha sido (y es) muy difícil develar y demostrar el uso correcto del gasto público, lo que dejan entrever presuntos actos de corrupción cada vez que las entidades se niegan a entregar dicha información.

Frente a ello, el derecho evocado ha permitido que cualquier ciudadano pueda fiscalizar la cosa pública de dos maneras: 1)

a través de la *transparencia activa*, esto es, mediante la revisión de la información que las entidades públicas ponen a disposición de la ciudadanía en sus Portales de Transparencia Estándar (PTE); y 2) a través de la *transparencia pasiva*, es decir, mediante el procedimiento administrativo de requerimiento de información ante las entidades de la administración pública al amparo de lo establecido en el Texto Único Ordenado de la Ley 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por el Decreto Supremo 021-2019-JUS (en adelante, Ley de Transparencia) y la normativa conexas.

En suma, asiste a la ciudadanía el derecho de tomar conocimiento del actuar del Estado revisando y requiriendo información pública generada o poseída por sus entidades con propósitos de fiscalización. Sin embargo, si bien el ciudadano puede acceder a información pública a través de la transparencia pasiva, la condición para su entrega es que la información sea pública y no se encuentre inmersa en alguna causal de excepción, en cuyo caso —y previa evaluación— la entidad pública deberá negar su acceso mediante una respuesta debidamente motivada.

Es necesario advertir que, hasta antes del 7 de enero de 2017, el procedimiento que materializa la transparencia pasiva se vio seriamente cuestionado en cuanto a su eficacia, debido a que se ejecutaba como un procedimiento administrativo común. Este, en efecto, se iniciaba mediante una solicitud de información presentada por un ciudadano ante una entidad pública, en calidad de primera instancia, solicitud que generaba una respuesta a menudo negativa o desfavorable al administrado. En

buena cuenta, se negaba la información sin mayor explicación. La aludida respuesta podía ser recurrida ante la segunda instancia, que también se encontraba dentro de la entidad. En este contexto, resultaba un inconveniente el que la propia entidad que negaba la información (en ocasiones de manera correcta y en otras no) reevaluase la respuesta en mérito de un eventual recurso de apelación interpuesto por el administrado.

Avizorando tal panorama, el 7 de enero de 2017 se publicó en el diario oficial *El Peruano* el Decreto Legislativo 1353, Decreto Legislativo que crea la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública, fortalece el régimen de protección de datos personales y la regulación de la gestión de intereses. Se trata de una norma de suma importancia, visto que, a través de sus artículos 6 y 7, crea el Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública (en adelante, TTAIP), un órgano resolutorio adscrito al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, que constituye la última instancia administrativa en la materia, «pensado para eliminar los problemas relacionados con la falta de una autoridad que resuelva, bajo criterios unificados»¹ los recursos de apelación. De esta forma, se colocó a la segunda instancia administrativa *fuera* de las entidades que denegaban información.

Siendo una dependencia adscrita a un ministerio y sin vínculo alguno con las demás entidades del Estado que ponga en tela de juicio su imparcialidad, el TTAIP se ha convertido en un órgano que resuelve recursos de apelación desde una posición independiente, imparcial y autónoma en la evaluación de las controversias relacionadas con el derecho de acceso a la información pública. Lo demuestran las cifras puestas a disposición del público en su última memoria institucional, a través de la cual se advierte que, de un universo de 2906 resoluciones de fondo emitidas en el año 2021, en 1813 casos se declararon fundados los recursos de apelación, mientras que en 213 casos se declararon fundados en parte los demás recursos². Ello implica que en un 70 % de los procedimientos de acceso a la información pública, las solicitudes habían ido atendidas de forma incorrecta por las entidades de la administración pública.

No obstante, y pese a las bondades y relevancia descritas previamente, la existencia del TTAIP ha impuesto nuevos retos en la construcción de un procedimiento en el que se valoran derechos fundamentales y se redefine la vía administrativa, debido a la no vinculación de la primera y segunda instancia del procedimiento. En particular, han surgido inconvenientes al momento de adoptar criterios y resolver los recursos de apelación. Precisamente un criterio llama nuestra atención: que se considere que, para denegar la entrega

1 Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. *Exposición de motivos del Decreto Legislativo que crea la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública, fortalece el Régimen de Protección de Datos Personales y la regulación de la gestión de intereses* (2020), 15. <https://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2017/Enero/07/EXP-DL-1353.pdf>.

2 Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Memoria anual 2022. Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública (2022), 32. <https://bit.ly/3VyHC0S>.

de la información, solo las entidades de la administración pública, en calidad de primera instancia administrativa, tienen la obligación de probar al administrado y ante el propio TTAIP que la información requerida se encuentra inmersa en las causales de excepción de la Ley de Transparencia.

De esta manera, cada vez que el TTAIP evalúa un recurso de apelación, parte de la premisa de que toda información en manos de las entidades del Estado se presume de naturaleza pública, y «en caso dicha información corresponda a un supuesto de excepción previsto en los artículos 15 a 17 de la Ley de Transparencia, constituye deber de las entidades acreditar dicha condición, debido a que poseen la carga de la prueba»³. Sin embargo, en el supuesto de que la entidad cuya respuesta haya sido apelada no cumpla con su carga de probar dichos extremos, corresponderá que la entidad proceda a entregar la información en la medida que «no se ha desvirtuado el principio de publicidad sobre la información requerida»⁴.

Dicho criterio no es del todo acertado, en la medida que, si bien debe otorgarse una respuesta debidamente motivada al administrado, al considerar que solamente a la primera instancia administrativa le corresponde probar o acreditar la naturaleza de la información requerida para entregarla o negarla, se desconoce la diferencia entre *probar* y *motivar*; se desconoce la calidad de órgano decisor que ostentan tanto la primera como la segunda instancia administrativa; se persiste en el error de interpretación generalizado al considerar al instituto de la carga de la prueba como aquella regla que importa el deber de probar de las partes en un procedimiento, lo que conlleva a considerar a la primera instancia administrativa como parte contendiente ante segunda instancia administrativa y no como un órgano decisor en el procedimiento.

A este respecto se esboza una cruda realidad, al comprobar que «si se hace un recorrido por la historia del derecho peruano, quizá lo menos estudiado desde el punto de vista científico ha sido el derecho administrativo»⁵. Esta realidad ha determinado que, al momento de formular pretensiones y resolver recursos de apelación, extraigamos experiencias, conocimientos previos y mandatos de tribunales judiciales y constitucionales para aplicarlos al procedimiento administrativo sin medir las dimensiones de sus respectivas naturalezas.

3 Resolución 002909-2021-JUS/TTAIP-SEGUNDA SALA. Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Expediente 02627-2021-JUS/TTAIP (30 de diciembre de 2021). <https://bit.ly/3I8UoAf>.

4 Resolución 002694-2021-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA. Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Expediente 02386-2021-JUS/TTAIP (28 de diciembre de 2021). <https://bit.ly/3WROjfs>.

5 Diego Méndez Vásquez, *El principio de conservación del acto administrativo en el ordenamiento jurídico peruano*. (Lima: Asociación Civil Derecho & Sociedad, 2021), 11.

En el presente artículo no solo se formula una crítica a la postura antes descrita. Si bien no podría considerarse la creación de nuevo conocimiento, se pretende afianzar la naturaleza y estructura del procedimiento administrativo general y del procedimiento de acceso a la información pública, dotando a sus figuras jurídicas de contenido esencial, todo ello desde la perspectiva de la teoría general del proceso aplicada a las peculiaridades del procedimiento administrativo general.

2. Origen de la postura del TTAIP

Corresponde, en principio, entender cómo nace la aludida postura. Siendo así como primera premisa que el TTAIP sustenta su postura sobre la base del artículo 18 de la Ley de Transparencia, referido a la interpretación restrictiva del derecho de acceso a la información pública:

Los casos establecidos en los artículos 15, 16 y 17 son los únicos en los que se puede limitar el derecho al acceso a la información pública, por lo que deben ser interpretados de manera restrictiva por tratarse de una limitación a un derecho fundamental. No se puede establecer por una norma de menor jerarquía ninguna excepción a la presente Ley.

Se entiende que la información calificada como secreta (regulada en el artículo 15), la clasificada como reservada (artículo 16) y la información definida como confidencial (artículo 17) son los únicos supuestos sobre cuya base debe negarse información según la Ley de Transparencia. Ello estaría en concordancia con el último párrafo del fundamento 13 de la sentencia recaída en el Expediente 2579-2003-HD/TC, que funge de segunda

premisa en sustento de la postura del TTAIP:

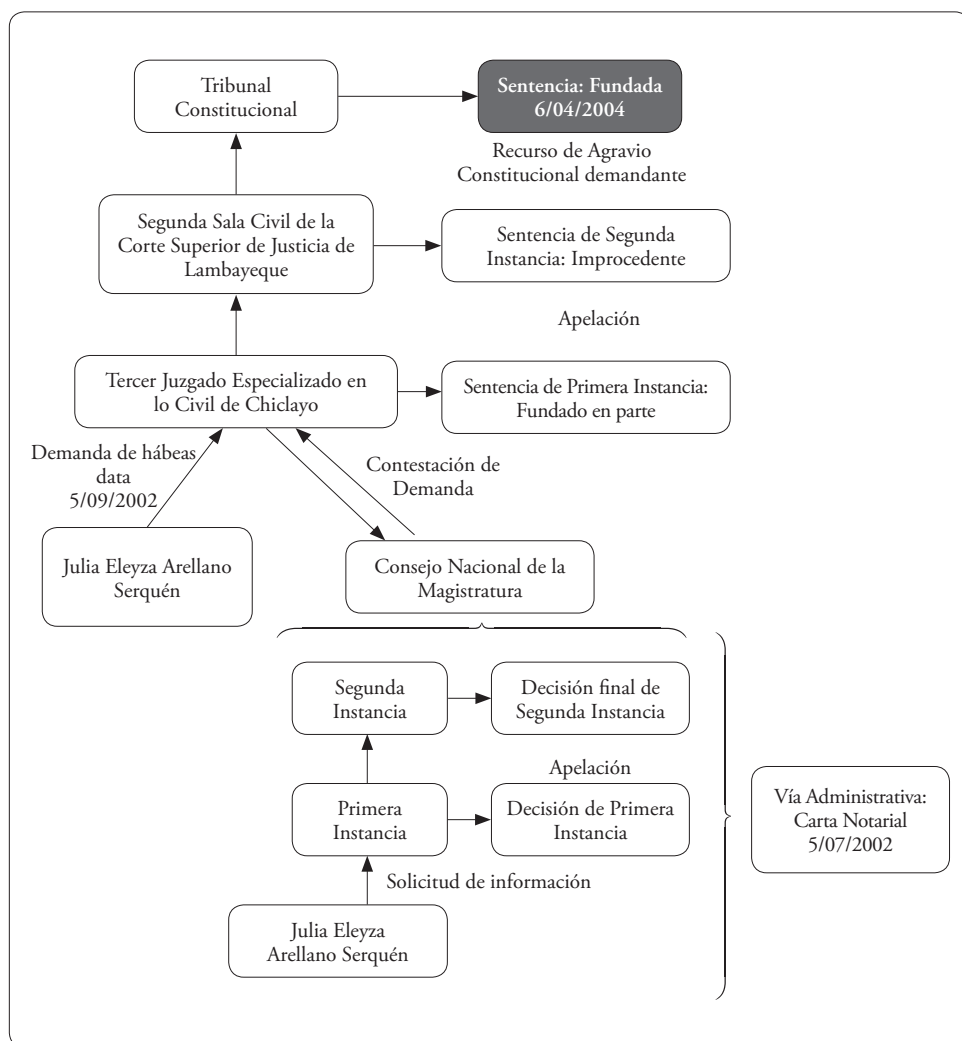
De manera que, si el Estado no justifica la existencia del apremiante interés público para negar el acceso a la información, la presunción que recae sobre la norma o acto debe efectivizarse y, en esa medida, confirmarse su inconstitucionalidad; pero también significa que la carga de la prueba acerca de la necesidad de mantener en reserva el acceso a la información ha de estar, exclusivamente, en manos del Estado.

Como tercera premisa, nos encontramos frente al mandato contenido en el numeral 1 del artículo 9 del Decreto Legislativo 1353, en el que se señala que el TTAIP requiere a la entidad de primera instancia la emisión de sus descargos respecto al recurso de apelación en trámite; en tal sentido, la palabra *descargos* haría referencia al ejercicio del derecho de defensa de la entidad pública ante el TTAIP.

3. Pero ¿qué ocurrió con lo decidido en la sentencia recaída en el Expediente 2579-2003-HD/TC?

Si bien lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley de Transparencia y en el numeral 9.1. del Decreto Legislativo 1353 constituyen premisas para sustentar la postura del TTAIP, el último párrafo del fundamento 13 de la sentencia recaída en el Expediente 2579-2003-HD/TC constituye supuesto esencial extraído y aplicado al procedimiento de acceso a la información pública. En tal sentido, para explicar lo ocurrido en el proceso del mencionado expediente, se propone el Gráfico n.º 1, basado en la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional.

Gráfico n.º 1
Descripción del proceso de hábeas data en la sentencia recaída
en el Expediente 2579-2003-HD/TC



Como se puede apreciar, el proceso se inició en la vía administrativa por la ciudadana Julia Eleyza Arellano Serquén, quien a través de una solicitud requirió información al extinto Consejo Nacional de la Magistratura (en adelante CNM). Ante ello, mediante una carta notarial de fecha 5 de

julio de 2002, dicha entidad denegó la solicitud bajo ciertos argumentos. Si bien no se puede advertir si la denegatoria la emitió la primera o la segunda instancia administrativa de la entidad, debe señalarse que los actos descritos componen la vía administrativa.

Al no haberse satisfecho su pretensión administrativa en los términos requeridos, la administrada interpuso demanda de hábeas data, ante el Poder Judicial, en contra del CNM. Recorriendo las instancias judiciales correspondientes, el caso llegó al Tribunal Constitucional. La máxima instancia emitió la citada sentencia, en cuyo fundamento 13 estableció que «la carga de la prueba acerca de la necesidad de mantener en reserva el acceso a la información ha de estar, exclusivamente, en manos del Estado».

Como primer apunte, corresponde advertir que, al tratarse de una demanda de hábeas data, las partes del proceso son la demandante (antes, administrada) y el CNM, en calidad de entidad demandada, las cuales contienden ante un tercero imparcial que, para el presente caso, serían la primera y segunda instancia judicial, y, en última instancia, el Tribunal Constitucional. A mérito de ello, se puede inferir que el TTAIP consideró que, al establecer el Tribunal Constitucional que las entidades tienen la carga de la prueba, dicho mandato solamente le correspondía a la primera instancia administrativa.

Sin embargo, se puede afirmar —de manera preliminar— que resulta una imprecisión entender que, cuando el Tribunal Constitucional se refiere a entidades del Estado, se considere únicamente a la primera instancia administrativa, ello teniendo en cuenta que, al momento de la denegatoria (el 5 de julio de 2002), y en la fecha de emisión de la sentencia de la máxima instancia (el 6 de abril de 2004), tanto la primera como la segunda instancia se encontraban dentro de las entidades. Se perdía de vista así que *ambas*

pertenecen a la misma vía administrativa unitaria, por lo que cabe concluir que la carga declarada por el Tribunal recae en vía administrativa en su integridad y no solamente respecto de la primera instancia.

4. ¿Cuáles la naturaleza jurídica del procedimiento administrativo de acceso a la información pública?

Una vez descrito uno de los pilares de la postura del TTAIP, con el propósito de dilucidar la controversia, corresponde desentrañar la naturaleza jurídica del procedimiento administrativo de acceso a la información pública. Para tal efecto, cabe tomar en cuenta lo expresado por Morón Urbina, en el sentido de que el procedimiento administrativo en general constituye una «integración coordinada y racional de actos procesales —fundamentalmente recepticios— dirigidos a un fin unitario (preparar una decisión final) y originados por los diversos sujetos partícipes del proceso»⁶.

De la definición previamente esbozada debe entenderse que la característica principal de los procedimientos administrativos es su naturaleza unitaria, es decir, que, pese a contener varios actos en los que pueden participar diversos sujetos e instancias, dichos procedimientos constituyen una unidad con un fin determinado, cual es de-

⁶ Juan Carlos Morón Urbina, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Nuevo Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2019-JUS*, 14.^a edición, tomo II. (Lima: Gaceta Jurídica, 2019), 352.

cidir de manera definitiva respecto de una pretensión. Sin embargo, la doctrina ha diferenciado dos tipos⁷ de procedimientos administrativos, a saber, el procedimiento administrativo *general* y los procedimientos *especiales* (dentro del segundo de los cuales se incluyen el procedimiento trilateral, el procedimiento de fiscalización y el procedimiento sancionador).

Siendo así, corresponde determinar qué clase de procedimiento encontramos en el que se evalúa el derecho de acceso a la información pública descrito en la Ley de Transparencia. Al respecto, puede decirse que el aludido derecho se encuentra plenamente consagrado, y reconocido de manera taxativa, en el numeral 5 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, en tanto que su desarrollo se efectuó en la Ley de Transparencia, en concordancia con los pronunciamientos del Tribunal Constitucional. Esta norma tiene como fin transparentar la actuación de la administración pública conforme lo ha establecido el artículo I del título preliminar de la Ley; en dicho contexto, y al amparo de lo establecido en el artículo 7 y el literal a del artículo 11, toda persona natural o jurídica privada tiene el derecho de requerir información a las entidades de la administración pública.

Frente a dicha solicitud, si bien las entidades del Estado se encuentran sometidas a los principios de publicidad, transparencia y máxima divulgación, a través de los cuales se debe presumir que la información contenida en sus archivos

es pública, conviene advertir que esta regla contiene excepciones relevantes. En efecto, conforme a lo regulado en los artículos 13 y 18 de la Ley de Transparencia, el derecho de requerir información únicamente se puede limitar en caso se trate de información confidencial, reservada y secreta (artículos 15, 16 y 17), como se indicó previamente. Así, previamente a la entrega de la información, corresponde que la entidad evalúe la naturaleza de la información calificándola como pública (y disponiendo su entrega) o no pública (impidiendo su revelación a un tercero).

Siendo así, corresponde tener en cuenta lo establecido en el numeral 38 del artículo 38 del Texto Único Ordenado de la Ley 27444:

Artículo 38.- Procedimientos de evaluación previa con silencio negativo.

[...]

38.1. Excepcionalmente, el silencio negativo es aplicable en aquellos casos en los que la petición del administrado puede afectar significativamente el interés público e incida en los siguientes bienes jurídicos: la salud, el medio ambiente, los recursos naturales, la seguridad ciudadana, el sistema financiero y de seguros, el mercado de valores, la defensa comercial, la defensa nacional y el patrimonio cultural de la nación, así como en aquellos procedimientos de promoción de inversión privada, procedimientos de inscripción registral y en los que generen obligación de dar o hacer del Estado y autorizaciones para operar casinos de juego y máquinas tragamonedas.

⁷ IUS 360, *Procedimientos administrativos especiales: los procedimientos administrativos trilaterales, de fiscalización y sancionadores*, 2 de julio de 2019. <https://bit.ly/3C9UrYS>.

Según se aprecia de la norma citada, existen procedimientos administrativos en los que se encuentran en juego de manera significativa el interés público y ciertos bienes jurídicos que no permiten la ejecución inmediata del requerimiento, sino que ameritan una valoración para verificar si cabe o no su satisfacción. Así, las excepciones al derecho de acceso a la información pública parten del reconocimiento de que la administración pública no solamente posee información pública, sino también información que representa intereses públicos y bienes jurídicos que, de revelarse o entregarse a terceros, se afectarían de no mediar una causa legítima ni legal.

Por ejemplo, si bien las entidades pueden poseer información referida al domicilio de personas naturales como parte de la función que ejercen, ello no transforma en «pública» dicha información. Muy por el contrario, constituye un dato personal confidencial exceptuado de entregarse, al amparo de lo establecido en el numeral 5 del artículo 17 de la Ley de Transparencia; en otras palabras, no es información pública y su entrega se encuentra proscrita por afectar la intimidad de las personas naturales. Dicho contexto supone que un silencio administrativo producido por la falta de respuesta de la entidad pública frente a una solicitud no pueda calificarse de positivo (dando por aceptada su entrega), sino como uno negativo, en la medida que, para satisfacer el derecho de acceso a la información pública, se tiene que distinguir entre la información pública y aquella que está inmersa en causales de excepción o restricciones.

En esa línea, debemos tener en cuenta lo establecido en el artículo 13 de la Ley de Transparencia:

Artículo 13.- Denegatoria de acceso

[...]

Si el requerimiento de información no hubiere sido satisfecho, la respuesta hubiere sido ambigua o no se hubieren cumplido las exigencias precedentes, se considerará que existió negativa en brindarla.

Asimismo, conforme a lo señalado en el literal d del artículo 11 de la misma Ley, se establece lo siguiente:

Artículo 11.- Procedimiento

El acceso a la información pública se sujeta al siguiente procedimiento:

[...]

- d) De no mediar respuesta en el plazo previsto en el inciso b), el solicitante puede considerar denegado su pedido.

Sin lugar a dudas, los citados extremos de la norma establecen que existirá denegatoria no solo cuando se niega expresamente la solicitud, sino cuando esta no ha sido satisfecha o atendida, configurándose el silencio administrativo que, conforme se ha señalado en párrafos anteriores, debe calificarse como negativo.

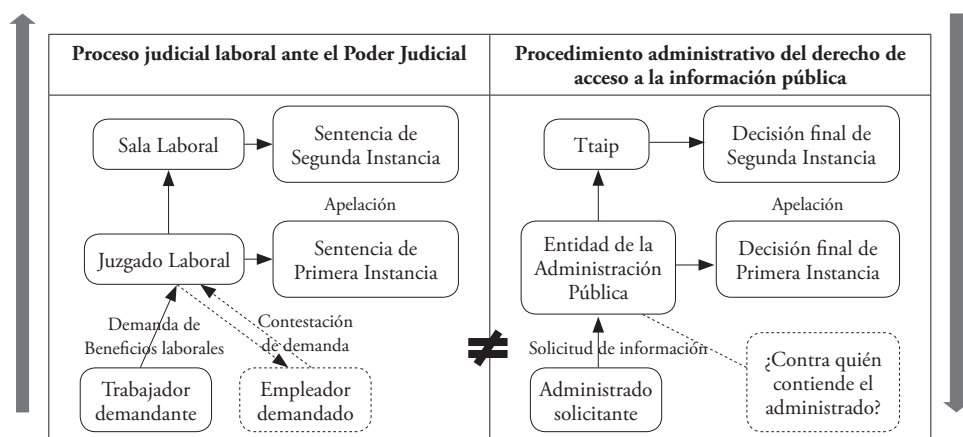
Queda claro que, así, el procedimiento de acceso a la información pública debe ser calificado como un procedimiento administrativo general de evaluación previa mediante el cual se analiza la materialización del mencionado derecho, frente al cual se configurará el silencio administrativo negativo en caso de ausencia de respuesta dentro del plazo legalmente establecido.

5. ¿Contra quién contiene el administrado solicitante en el procedimiento de acceso a la información pública?

Antes de dilucidar el contenido del presente apartado, es pertinente efectuar una

comparación referencial, quizá poco feliz (por la naturaleza parcialmente incompatible), entre el proceso judicial laboral y el procedimiento administrativo descrito en la Ley de Transparencia, conforme se expone en el Gráfico n.º 2.

Gráfico n.º 2
Diferencias entre el proceso judicial laboral y el procedimiento administrativo de acceso a la información pública



De lo expuesto en el cuadro precedente, pueden extraerse las siguientes peculiaridades:

- **Proceso judicial laboral ante el Poder Judicial:** Se puede advertir que quien compone el conflicto es el trabajador demandante, el cual, mediante la presentación de su demanda de pago de beneficios laborales, requiere al Juzgado Laboral ordene el correspondiente pago al empleador; analizada la demanda, el Poder Judicial emplaza esta al empleador con el propósito de comunicar su admisión en su contra, frente a lo cual el empleador escogerá defenderse o no, allanándose o contradiciendo en todos

los extremos la demanda. A mérito de ello, el Juzgado Laboral, en calidad de tercero imparcial de primera instancia y dependencia perteneciente a algún distrito judicial, emitirá sentencia.

Cabe advertir que la aludida sentencia pretende poner fin a la contienda existente entre trabajador y empleador; sin embargo, en la medida en que ambas partes intentan cautelar sus derechos e intereses, pueden atacar la sentencia mediante un recurso de apelación que será evaluado por la Sala Superior Laboral, en calidad de órgano de segunda instancia judicial, el que a su vez emitirá una decisión final de segunda instancia.

- **Procedimiento administrativo del derecho de acceso a la información pública:** Con fines didácticos, empezaremos por definir la segunda instancia administrativa en este procedimiento. Conforme lo establece el artículo 6 y 7 del Decreto Legislativo 1353, el TTAIP resuelve en segunda y última instancia administrativa los recursos de apelación interpuestos por los administrados en contra de una respuesta denegatoria expresa o por omisión de respuesta en materia de transparencia y acceso a la información pública. Ello, a su vez, constituye un acto administrativo emitido por la primera instancia de las entidades de la administración pública, como respuesta a la solicitud de administrado.

Estando a la comparación efectuada, debemos formular la siguiente interrogante: si únicamente el administrado solicita concurrir ante las entidades públicas a solicitar información bajo el argumento de que lo requerido es información pública, ¿contra quién contiende el administrado?

Para responder dicha pregunta, es necesario señalar que, en mérito a la comparación previamente desarrollada, el proceso laboral se caracteriza por ser eminentemente contencioso, lo que implica que el demandante y el demandado pugnan por obtener un fallo favorable; mientras tanto, en el procedimiento administrativo de acceso a la información pública, el demandante no contiende contra parte contraria alguna, sino que solo espera la evaluación previa por la entidad pública con el propósito de verificar si corresponde materializar el derecho (entrega de la información). Es decir, no existe contienda, ni siquiera en segunda instancia.

En esa línea, es pertinente señalar que dicha conclusión concuerda con lo establecido en el artículo 60 de la Ley 31307, Nuevo Código Procesal Constitucional, en el que, haciendo mención al decurso de la solicitud presentada ante la autoridad administrativa de primera instancia y al recurso de apelación en contra de la denegatoria ante el TTAIP como segunda instancia, se ha calificado a dicha vía administrativa como una «etapa precontenciosa»; esto es, la vía administrativa unitaria anterior a la contienda, la cual se desencadenará solo como producto de la eventual presentación de una demanda contencioso-administrativa o un hábeas data ante el Poder Judicial.

6. El instituto procesal de la carga de la prueba no entraña una obligación o deber

Estando al pronunciamiento del Tribunal Constitucional en el sentido de que las entidades públicas tienen la carga de la prueba de acreditar el carácter reservado de la información y que dicho postulado ha sido utilizado para sustentar el criterio del TTAIP, pasaremos a comentar dicho instituto con el fin de desentrañar su finalidad y, eventualmente, delinear su correcto uso correcto. Es necesario advertir que este postulado ha generado un sinfín de confusiones, desencuentros y aspiraciones que han llevado incluso a ver en él una «regla antiepistémica por excelencia»⁸, en la medida que se utiliza a menudo para emitir pronunciamientos respecto del fondo de una controversia sin haber hallado la ver-

⁸ Bruno Cavallone y Michele Taruffo, *Verifobia. Un diálogo sobre prueba y verdad*. (Lima: Palestra, 2012), 40.

dad de los hechos, esto es, vulnerando uno de los fines primordiales del proceso en general y del procedimiento administrativo en particular.

Siendo así, las bastas y —en ocasiones— contradictorias definiciones de la doctrina han desembocado en una regla interiorizada en las vías judicial y administrativa relacionada con la «obligación» de probar⁹. Sin embargo, no se ha reparado en que la actividad probatoria es materializada por las partes, ya sea a través del derecho de acción mediante la pretensión o al contradecir resistiendo la pretensión, ello a través del derecho a probar, que consiste en «una facultad o poder, porque su aspecto fundamental consiste en la posibilidad que tiene el sujeto, de acuerdo con la norma que la consagra, de ejecutar libremente el acto objeto de ella, para su propio beneficio»¹⁰.

Recordemos que el contenido esencial del acto de probar reside en el *carácter facultativo* de tal acto. Es decir, no solamente se tiene la libertad para elegir o descartar los medios probatorios o pruebas que se aportan al proceso, sino que también existe la libertad de no probar, según la posición o conveniencia de los interesados. En otras palabras, «las partes concurren en libertad y no por obligación al proceso y realizan sus actuaciones en las mismas condiciones»¹¹, sometiéndose

—claro está— a las consecuencias de su acciones u omisiones.

En tal sentido, cabe formular la siguiente pregunta, ¿cómo es posible sostener que el instituto de la carga de la prueba constituya el deber u obligación de probar, acreditar un hecho o afirmación, cuando la base de su sustento, el derecho a probar, se ejerce de manera facultativa? Tal interrogante nos lleva a concluir, sin lugar a equívoco, que nos encontramos ante una contradicción epistémica que ameritaría ser esclarecida. Sin embargo, por el momento, ha quedado demostrado que el instituto de la carga de la prueba, de manera contraria a lo postulado por el Tribunal Constitucional y el TTAIP, no constituye para las partes una obligación de probar.

7. La carga de la prueba como pauta para resolver

Con respecto a la carga de la prueba, Priori Posada ha explicado, de manera muy didáctica, qué debemos entender por este instituto procesal: «Consiste—asevera Priori— en darle al juez una regla de juicio que le dice cómo debe de fallar en aquellos casos donde los medios probatorios no resulten ser suficientes para poder formular una decisión debidamente fundamentada»¹². Luego de agregar que existe una confusión entre *carga de la prueba* y *regla de carga de la prueba*, indica que «[p]or su naturaleza

9 Véase, por ejemplo, Adolfo Alvarado Velloso, *Sistema procesal. Garantía de la libertad*. Vol. 1, tomo 1. (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2009), 99.

10 Hernando Devis Echandía, *Nociones generales de derecho procesal civil*. (Madrid: Aguilar, 1966), 8. <https://bit.ly/3Q2Nrmm>.

11 Evelyn Cabeza Castillo e Irving Chávez Guevara, «La actuación probatoria de las empresas tercerizadoras e intermediadoras en los procesos

laborales de desnaturalización». Tesis para optar el título de abogado. (Universidad Nacional de Trujillo, 2020), 114. <http://dspace.unitru.edu.pe/handle/UNITRU/16983>.

12 Giovanni Francesco Priori Posada, «La carga de la prueba en el proceso laboral», vídeo de YouTube, 08:33, publicado el 12 de agosto de 2016, <https://www.youtube.com/watch?v=LmgehDxPc1o>.

es una regla subsidiaria [...], lo deseable es que cuando un juez sentencie no deba aplicar carga de la prueba [...], lo deseable es que cuando un juez sentencie lo haga sobre la base de todas las pruebas que han sido actuadas en el proceso»¹³. Debe aclararse que, ante la insuficiencia probatoria, se impone «una especie de “sanción” contra las partes que no adoptaron dicha posición facilitadora de la solución justa del proceso»¹⁴.

Conforme se puede apreciar, el instituto procesal en comentario no resulta de fácil definición, pero, sobre la base de los preceptos de la teoría general del proceso, es posible ensayar una definición identificando ciertos elementos. Así, de la práctica del proceso o del procedimiento, es bien sabido que a menudo, cuando las partes concurren a obtener una respuesta de los órganos judiciales o administrativos, en el marco de su libertad, no aportan pruebas que permitan corroborar los presupuestos del ordenamiento jurídico. Se abre entonces un contexto de insuficiencia probatoria incluso después de haber analizado el material probatorio aportado, lo cual impide arribar a la verdad en el proceso y, por tanto, evita emitir una decisión justa y arreglada a derecho.

Puede decirse que la carga de la prueba constituye una figura jurídica procesal residual. En efecto, brinda pautas sobre cómo decidir, extrayendo consecuencias negativas, en sentencia o decisión final, en contra de aquella parte que, estando en mejor posi-

ción para probar o que teniendo la prueba no la aporta (con la consiguiente generación de insuficiencia probatoria), todo ello con el propósito de que el órgano decisor no niegue una respuesta sobre el fondo al justiciable, conforme lo exige el principio-de-recho de tutela judicial efectiva. Es esta una alternativa que se utiliza *ultima ratio*, luego de haber analizado el conjunto del material probatorio aportado y, sobre todo, las cuestiones de puro derecho; de ahí que, previamente a su aplicación, existe una obligación de evaluar el material probatorio, sustentar la existencia de insuficiencia probatoria y sustentar qué parte estaba en mejor posición para probar, con el propósito de establecer sobre ella las consecuencias negativas.

8. La carga objetiva de la prueba en el procedimiento administrativo general

Tal como lo ha señalado el profesor Priori en diversas conferencias, suele confundirse el instituto procesal de la *carga de la prueba* con la *regla de la carga de la prueba* (la «carga objetiva de la prueba»). En ese contexto, conviene precisar que, mientras que el instituto de la carga de la prueba constituye la construcción de aquella herramienta para sentenciar en caso de insuficiencia probatoria (para lo cual deberá determinarse quién estuvo en mejor posición para probar, con el objetivo de aplicar las consecuencias negativas en caso de no haber aportado prueba), la carga objetiva de la prueba constituye la regla de juicio en sí (contenida en todas las normas procesales y procedimentales), a través de la cual se releva al órgano decisor de la tarea de identificar quién se encuentra en la mejor posición para probar.

¹³ *Ibidem*, minuto 10:37.

¹⁴ Víctor Fairén Guillén. *Teoría general de derecho procesal*. 6.ª edición, (México: Instituto de Investigación Jurídica de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1992), 446. <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/9927>.

En esa línea, nuestro Código Procesal Civil establece una serie de reglas específicas que definen las partes que tenían mejor posición para probar, lo mismo que el Código Procesal Penal, el Código Procesal Constitucional y la Nueva Ley Procesal del Trabajo. El procedimiento administrativo no resulta una excepción, pues, a través del artículo 173 del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo 004-2019-JUS (en adelante, TUO de la Ley 27444), se ha dispuesto lo siguiente:

Artículo 173.- Carga de la prueba

173.1. La carga de la prueba se rige por el principio de impulso de oficio establecido en la presente Ley.

173.2. Corresponde a los administrados aportar pruebas mediante la presentación de documentos e informes, proponer pericias, testimonios, inspecciones y demás diligencias permitidas, o aducir alegaciones.

Conforme lo señala Morón Urbina, el impulso de oficio, sindicado como parte de la carga de la prueba en el numeral 173.1 del TUO de la Ley 27444, está reservado para la administración pública en aquellos procedimientos iniciados de oficio. De manera ilustrativa, pueden mencionarse el procedimiento administrativo disciplinario o sancionador, o los procedimientos de inspección. Si la administración pública pretende iniciar un procedimiento administrativo disciplinario en contra de algún servidor, tendría que emplazarse al investigado con las imputaciones y pruebas que acrediten la comisión de la presunta infracción. Sin embargo, teniendo en cuenta lo establecido en el numeral 173.2 del mismo

artículo, el profesor Morón advierte que «[e]n los casos de procedimientos de reclamación, recursales o iniciados a instancia de parte, el interés en producir, actuar y analizar la prueba, concierne a los administrados como componente del debido proceso administrativo»¹⁵.

Ello implica que, dentro de la doctrina liberal del derecho, y en concordancia con la naturaleza del procedimiento iniciado a instancia de parte, la actividad probatoria relacionada con la aportación de prueba corresponde al administrado requirente. Sin perjuicio de ello, es innegable afirmar que «la administración pública actúa permanentemente en la búsqueda de la verdad material en todos sus órdenes»¹⁶.

Al respecto, cuando la doctrina señala que la administración actúa permanentemente en la búsqueda de la verdad, implica que, por naturaleza, se extiende una expresa prohibición a las entidades a que se resignen o esperen la prueba de la parte cuando la posibilidad de obtenerla se encuentra al alcance de la administración; a su vez, se impide que esta cierre los ojos frente a cuestiones de puro derecho que puedan ser valoradas de oficio, máxime cuando se tiene que resolver la controversia de reconocimiento de un derecho sin contienda.

En síntesis, conforme a la naturaleza del procedimiento administrativo general, el administrado solicitante tendrá indefectiblemente la carga de la prueba en el

¹⁵ Juan Carlos Morón Urbina, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, op. cit., 17.

¹⁶ *Ibidem*, 18.

procedimiento de acceso a la información, mientras que la primera y la segunda instancias administrativas tienen la función natural de buscar y encontrar la verdad.

9. Las entidades públicas y el TTAIP no son terceros ni tampoco partes contendientes en el procedimiento

No cabe la menor duda de que el TTAIP es el órgano decisor de segunda y definitiva instancia administrativa que resuelve recursos de apelación en materia de transparencia y acceso a la información pública. Sin embargo, para desentrañar la naturaleza de la primera instancia administrativa debemos tener en cuenta la comparación efectuada en el Gráfico n.º 2.

Así, en cuanto al proceso judicial laboral, sería un imposible jurídico que el juzgado emisor de la primera sentencia se defienda ante la segunda instancia judicial, que interponga recurso de apelación por haberse vulnerado su derecho a defensa o que interponga recursos de nulidad, aclaración o cuestione el fallo de segunda instancia judicial, recursos y remedios reservados a las partes del proceso. Dicho supuesto no tiene asidero, en mérito a que tanto la primera como la segunda instancia constituyen únicamente órganos decisores que median en un conflicto o contienda de derechos o intereses que existió entre dos o más partes, y cuya ejecución de la decisión se encuentra a cargo de la primera instancia sobre la parte vencida.

De la misma manera, resulta un imposible jurídico que, por ejemplo, la primera instancia administrativa en el procedimiento de acceso a la información pública niegue

la entrega de información y sea esta la que interponga un recurso de apelación en contra de su propia decisión denegatoria ante el TTAIP. Si la primera instancia administrativa se defiende frente a la segunda instancia como si se tratase de un procedimiento tri-lateral de segunda instancia, ello constituiría otro imposible jurídico. También resultaría un imposible jurídico que las entidades públicas interpongan nulidades, solicitudes de aclaración y demás recursos que se encuentran reservados a la parte accionante en el procedimiento administrativo, esto es, el administrado solicitante.

Dichos supuestos no tienen asidero, en mérito a que, tanto la primera como la segunda instancia en un procedimiento administrativo general, constituyen órganos decisores que median en una incertidumbre planteada por la solicitud de un administrado, cuya ejecución de la decisión de ambas instancias se encuentra a cargo de la primera instancia en beneficio del solicitante.

En mérito de lo antes señalado, las entidades de la administración pública, en calidad de primera instancia administrativa decisoras, no son partes legitimadas activas ni pasivas para plantear recursos o remedios en la vía administrativa. Esto es, no son titulares del derecho de resistencia frente a la pretensión; por tanto, cualquier acto administrativo contenido en resolución o documento análogo que evalúe su fundabilidad se encuentra viciado de nulidad, al amparo de lo establecido en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 10 del TUO de la Ley 27444.

Si bien la creación del TTAIP tuvo como trasfondo obtener una segunda ins-

tancia imparcial, desvinculada de los intereses y políticas internas de la entidad, no podría considerarse un tercero, pues conforma la propia vía administrativa, conjuntamente con la entidad en calidad de primera instancia.

10. Los administrados solicitantes son los únicos sujetos o partes con legitimidad para obrar activa en el procedimiento

Pese a que el TUO de la Ley 27444 constituye la norma base que informa los alcances del procedimiento administrativo y del procedimiento de acceso a la información pública, de su revisión no se aprecia ninguna definición acerca de la legitimidad para obrar. Sin embargo, ello no implica que la mencionada figura jurídica no resulte aplicable y de gran relevancia para el derecho administrativo o para el procedimiento.

Por tal motivo, resulta pertinente acudir a la teoría general del proceso, según la cual la legitimidad para obrar es aquella condición de la acción y la contradicción que tiene por finalidad garantizar un fallo o resolución de fondo eficaz o válido. La legitimidad para obrar *activa* se refiere a aquella «acción [que] debe ser intentada por el titular del derecho»¹⁷. Evidentemente, dicho instituto no habilita a ejercer el derecho de acción a quien se declare fundada su pretensión, sino a quien la norma describa como posible titular y que, sobre la base de ello, se evalúe si corresponde otorgar el derecho invocado.

Hablar de la legitimidad para obrar no solo implica tratar la titularidad sino también las facultades que pueden ejercerse con el ánimo de materializar el derecho que se pretende. Conforme a lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, en concordancia con el artículo 7 de la Ley de Transparencia, el derecho de acceso a la información pública puede ser ejercido por toda persona sin expresión de causa; es decir, se dota a cualquier persona natural o jurídica privada de legitimidad para obrar activa para requerir información. Pero ¿qué quiere decir que «el derecho se ejerce sin expresión de causa» o de manera inmotivada? Indefectiblemente, el criterio evaluado del TTAIP ha orillado a creer que los administrados solicitantes no tienen que probar, acreditar ni sustentar su solicitud de información, bajo el argumento de que el pedido de información es inmotivado.

Sin embargo, la facultad de requerir información de manera inmotivada implica, en primer lugar, aquel impedimento, dirigido a la entidad o a la primera y a la segunda instancias administrativas, de exigir al administrado la causa o el motivo por el cual se requiere la información o de pretender que dicho extremo sea medular para emitir una respuesta a la solicitud. Ello se explica en la medida que el único objeto del procedimiento es evaluar si la información requerida merece ser entregada o no de acuerdo con su naturaleza; esto implica que la información pública debe estar a disposición de los ciudadanos, indistintamente de los fines para los cuales se requiera. Por otro lado, si la información se encuentra inmersa en alguna de las excepciones contempladas en la Ley de Transparencia, carecerán de relevancia los fines legítimos que se persiga.

¹⁷ Hugo Alsina. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*. 2.^a edición. Vol. I. (Buenos Aires: Ediar, 1956), 388.

En dicha línea, por ejemplo, se tiene que la dirección domiciliaria es un dato personal que debe ser protegido por pertenecer al ámbito privado de la persona, conforme ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional y el TTAIP en diversas resoluciones al amparo de lo establecido en el numeral 5 del artículo 17 de la Ley de Transparencia. En tal caso, el dato del domicilio puede ser requerido por un ciudadano para determinar alguna infracción de un servidor público, pero indistintamente de ello, el requerimiento del ciudadano no puede ser amparado, por lo menos no en el marco del ejercicio del derecho de acceso a la información pública.

Ahondando, nos preguntamos: ¿dicha prohibición a la entidad constituye un impedimento para que el administrado sustente o acredite la existencia de la información requerida? Al respecto, es necesario reiterar que el derecho a probar es facultativo y depende del accionante o pretensor, y su actuar tendría que efectuarse en la medida de su interés para obtener lo pretendido. Sin embargo, corresponde establecer una diferencia casi imperceptible: se confunden los significados existentes entre el deber u obligación con la facultad. En efecto, no es lo mismo decir que una parte *deba efectuar una acción* que señalar que *podría efectuarla* de manera facultativa. Por ejemplo, existen normas procesales o procedimentales que implican deber y obligación, como las normas de conducta que las partes deben guardar en el proceso; frente a ello, si alguna de las partes incumple y emite un insulto en contra de su par, incumple las mencionadas normas de conducta, obligando al órgano decisor a imponer medidas correctivas.

Por el contrario, existen normas que, si bien tienen carácter imperativo, no guardan un sentido estricto; así, por ejemplo, al amparo de lo establecido en el literal e del artículo 11 de la Ley de Transparencia, luego de notificada una respuesta que deniega información, el solicitante cuenta con quince días hábiles para apelar. Frente a ello, ¿debe considerarse que el solicitante tiene el deber y obligación de apelar en el mencionado plazo? Evidentemente, no: el administrado tiene la carga de apelar, lo que solo implica que, si lo considera conveniente, puede apelar dentro de dicho lapso de tiempo.

Siendo así, si bien el probar no constituye una obligación, el solicitante asume las consecuencias de la decisión por su falta de probanza; en ese sentido, Michele Taruffo ha señalado que, ante una fuerte negligencia probatoria, la parte «corre el riesgo de que el juez no haga nada y pierda, perdón, la negligencia probatoria no le ayuda a nadie, es un suicidio, si yo tengo una prueba favorable y no la presento me estoy suicidando»¹⁸. Debemos tener presente que, si bien en el marco de la facultad-de-recho de probar, las partes pueden elegir qué pruebas presentar en un proceso o en un procedimiento, es altamente recomendable que, de poseer una prueba favorable, esta sea aportada, para no correr el riesgo de obtener una respuesta contraria a sus intereses.

Lo propio ha ocurrido en reiterados procedimientos de acceso a la información

¹⁸ Michele Taruffo, «Conferencia: verdad y decisión en el proceso civil», vídeo de YouTube, 01:26:28, publicado el 6 de febrero de 2017. <https://www.youtube.com/watch?v=VpBrM1xODEQ&t=5188s>.

ante el TTAIP. Los ciudadanos suelen solicitar información de manera escueta, sin aportar mayor evidencia, mientras que las dependencias pertinentes señalan que, previa búsqueda en sus sistema, no se ha encontrado la información requerida debido a que esta nunca fue generada. Frente a ello, el TTAIP ordena declarar infundados los recursos de apelación al declarar que, bajo el principio de presunción de veracidad, la declaración debe ser tomada por cierta «en tanto la recurrente —como se expresa en una resolución— no ha presentado ningún medio probatorio que contradiga dicha afirmación»¹⁹.

¿Qué es lo que quiso decir el TTAIP? ¿Que el solicitante tiene el deber de aportar prueba? No. Sin haberlo mencionado ni tal vez querido, ha aplicado el numeral 173.2. del TUO de la Ley 27444, el cual establece que, en casos de insuficiencia probatoria en procedimientos iniciados a instancia de parte, la carga de la prueba corresponde al administrado solicitante. En tal sentido, si el administrado requirente poseía prueba sobre la existencia de la información, hubiera sido importante que la presente, para evitar en lo posible los efectos de una eventual respuesta convincente de la administración pública.

Asimismo, dicha facultad implica la posibilidad para el administrado solicitante de sustentar no solo la existencia, sino el carácter público de la información, ajeno, por tanto, a las causales de excepción del

derecho evaluado. Entonces, siendo la única parte en el procedimiento, y la única legitimada activamente para accionar ante la primera y la segunda instancias administrativas, al administrado solicitante, si bien no tiene la obligación, sí le asiste la posibilidad de probar y acreditar la inexistencia y naturaleza pública de la información requerida.

11. Descargos, un término impertinente en el artículo 9 del Decreto Legislativo 1353

Habiendo centrado la naturaleza del procedimiento bajo comentario, puede advertirse que el problema también se enfoca en la confusión que genera la expresión *descargos de la entidad*. En efecto, al amparo de lo señalado en el numeral 9.1. del del Decreto Legislativo 1353, se ha entendido que, al requerirse descargos a la entidad en la segunda instancia administrativa, la primera instancia administrativa se defiende. Del contenido de la norma se aprecia lo siguiente:

Artículo 9.- Alcances del procedimiento de apelación para entrega de información

9.1. Al resolver el recurso de apelación sobre entrega de información, el Tribunal puede confirmar, modificar o revocar la decisión de la entidad. Dentro de este procedimiento, el Tribunal solicita a la entidad que remita sus descargos. De considerar insuficiente el descargo, solicita la remisión de la información sobre la cual versa la apelación. De declararse fundada la apelación, el Tribunal ordena a la entidad obligada que entregue la información que solicitó el administrado.

Como es de advertir, por mandato de la norma, el TTAIP ha entendido que una

19 Resolución 001236-2021-JUS/TTAIP-SEGUNDA SALA. Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Expediente 00993-2021-JUS/TTAIP (3 de junio de 2021), 6. <https://bit.ly/3GnRt5h>.

vez recibido el recurso de apelación interpuesto por el ciudadano, este se admite a trámite, notificando dicho acto a la entidad (primera instancia administrativa) y solicitando los descargos a que hubiere lugar. Sucede que, conforme a la tradición jurídica, el término *descargo* indefectiblemente se encuentra ligado de manera indefectible al ejercicio del derecho a defensa. Por ejemplo, cuando se imputan cargos mediante la resolución que declara el inicio de un procedimiento administrativo sancionador, se emplaza dicho acto al presunto infractor con el propósito de que presente sus descargos y, eventualmente, contradiga las imputaciones efectuadas por el órgano instructor.

Sin embargo, ¿por qué los mencionados descargos no materializan al ejercicio del derecho a defensa? Porque, en primer lugar, dicha interpretación contradice la naturaleza misma del procedimiento administrativo de acceso a la información pública, el cual está estructurado como un procedimiento no contencioso en el que ni el administrado ni la entidad «se defienden». El propio Tribunal de Transparencia ha reafirmado, en diversas resoluciones finales, que no cuenta con competencias para recomendar, ordenar o iniciar un procedimiento administrativo disciplinario²⁰ y, mucho menos, sancionar.

En segundo lugar, la resolución que admite a trámite el recurso de apelación y el propio recurso no constituyen imputa-

ción de cargos; por el contrario, en esencia, «busca obtener un segundo parecer jurídico de la administración pública»²¹, brindando a la administración la oportunidad de corregir cualquier posible defecto o error en el que haya incurrido la primera instancia. Asimismo, implica la «revisión integral del procedimiento desde una perspectiva fundamentalmente de puro derecho»²², mas no la facultad de sancionar.

En esa línea, ¿cómo es posible que, siendo el recurso de apelación una oportunidad para que una instancia jerárquicamente superior solo revise la decisión de primera instancia, constituya una imputación de cargos sobre una presunta infracción que active el ejercicio del derecho de defensa por parte de la entidad, al ser esta primera instancia resolutoria? ¿Qué sentido tiene «defenderse» de una solicitud de acceso a la información pública y del trámite de un procedimiento administrativo de evaluación previa?

En tercer lugar, si bien el ejercicio al derecho a defensa es un principio que toda entidad pública debe garantizar a las partes del proceso o procedimiento en el que exista contienda, dicho ejercicio debe ser *oportuno*. Esto implica que no puede pretenderse esperar la aportación de pruebas y, menos aun, la contradicción de los cargos de imputación por un lapso indefinido, sino que debe efectuarse en un tiempo prudencial. Este extremo hace referencia al carácter preclusivo del derecho, pues una de las finalidades del proceso o procedimiento

20 Resolución 000812-2021-JUS/TTAIP-SEGUNDA SALA. Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Expediente 00507-2021-JUS/TTAIP (16 de abril de 2021), 6. <https://bit.ly/3hVGuXs>.

21 Juan Carlos Morón Urbina, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, op. cit., 220.

22 *Ibidem*.

es obtener una decisión que ponga fin a la contienda o controversia sin dilaciones innecesarias²³

No obstante, de la revisión del artículo 9 del Decreto Legislativo 1353 se advierte que la citada norma no contempla un plazo para remitir el descargo al TTAIP, lo que le resta el carácter de figura que materializa el derecho de defensa. Por el contrario, puede advertirse que el propio numeral 9.1. establece que «De considerar insuficiente el descargo, solicita la remisión de la información sobre la cual versa la apelación»; es decir, dicho extremo concreta el carácter no preclusivo de los descargos, pues, ante su insuficiencia, el TTAIP tiene la facultad de requerir a la entidad (primera instancia administrativa), información adicional que verse sobre el recurso de apelación.

Innegablemente, nos encontramos ante una contradicción en la interpretación de las figuras jurídicas, producida por el término *descargo*, en la medida que dicho vocablo no implica el ejercicio del derecho a defensa. Sin perjuicio de ello, es pertinente dotar de contenido esencial al mencionado término, ya que, si bien su materialización no implica el ejercicio del derecho a defensa de la primera instancia ante el TTAIP, sí encarna una necesidad del procedimiento. Al respecto, conviene insistir en que, conforme se detalló en los apartados precedentes, la solicitud de acceso a la información pública implica que se espera de la entidad en cuestión una respuesta, que puede ser positiva o denegatoria. Para tales efectos, se requiere la evaluación previa de la natu-

raleza de la información y, ante cualquier insatisfacción, se efectuará la evaluación de un recurso de apelación que deberá ser resuelto por el TTAIP.

Producto de ello, en la resolución de las apelaciones se observa, en ciertos casos, que la naturaleza de la información no puede ser analizada a partir de la respuesta escueta de la primera instancia. Es más, a menudo la información requerida no es adjuntada a los descargos (extremo que no constituye una obligación en el procedimiento) con el propósito de ser valorada para arribar a una decisión cierta y ajustada a derecho.

Asimismo, debemos subrayar que, con la creación del TTAIP, es decir, con la extracción de la segunda instancia administrativa de todas las entidades de la administración pública, se ha perdido el acceso que le permitiría a la segunda instancia administrativa el conocer de primera mano la naturaleza de la información, de manera tal que le permita calificar y emitir una respuesta plenamente satisfactoria y pero, sobre todo, debidamente fundamentada.

De esa manera, pese a que las entidades presentan sus descargos considerando estar ejerciendo su derecho a defensa (conforme se puede evidenciar de las resoluciones finales del TTAIP) suelen elevar el expediente administrativo generado para la atención de la solicitud en primera instancia, se comunica qué actuaciones se han realizado con posterioridad a la presentación del recurso de apelación y, sobre todo, reiteran o agregan sustento sobre la naturaleza confidencial, reservada o secreta de la información que motiva la denegatoria de la información. Ello permite tener mayores elementos para evaluar si la respuesta origi-

23 José Chiovenda. *Principios de derecho procesal civil*. 3.ª edición. Vol. II (Madrid: Reus, 1925), 357. <https://bit.ly/3jtC4aB>.

nalmente emitida se encuentra arreglada a la Ley de Transparencia, para confirmarla, o si amerita revocación o modificación.

De ahí que la solicitud de descargos efectuada por la entidad implica un acto de administración interna *sui generis*, pues, si bien no se trata de una actuación al interno de una entidad, ocurre como parte de los actos que componen la vía administrativa; ello, con el propósito de tomar conocimiento no solamente de los actos del procedimiento, sino del fundamento de una eventual denegatoria.

Se puede concluir, entonces, que los descargos requeridos por el TTAIP y emitidos por la primera instancia no corresponden al ejercicio del derecho a defensa de esta última, sino que poseen un carácter informativo que sirve de insumo relevante relevancia para que el TTAIP emita una decisión final.

12. El TTAIP y su deber de motivar sus decisiones al igual que la primera instancia

Conforme se ha indicado previamente, el TTAIP ha tomado como propio el criterio consistente en que las entidades de la administración pública tienen la carga de la prueba, criterio contenido en la sentencia recaída en el Expediente 2579-2003-HD/TC, originado en una demanda de hábeas data; es decir, correspondiente a un proceso eminentemente contencioso, en el que la entidad pública, en calidad de sujeto que emitió el acto cuestionado en primera y segunda instancia administrativa comparece ante un juez a causa de la demanda de un administrado solicitante que pretende cuestionar la vulneración al de-

recho de acceso a la información pública. De allí que, cuando asume como propio el criterio de la sentencia referido a que la entidad tiene la carga de la prueba y que, si no prueba, tiene que entregar información, ha trasladado una regla del procedimiento contencioso judicial a un procedimiento administrativo de evaluación previa.

Así, en vez de primera instancia decisoria, ha hecho que la entidad asuma una condición equivocada de contendiente y que el propio TTAIP se convierta en un órgano resolutorio contencioso de segunda instancia. Ello resulta altamente contradictorio con la naturaleza de un procedimiento administrativo, el cual está diseñado para satisfacer el requerimiento de los administrados sin contienda.

Ahora bien, conforme a la tradición jurídica, la segunda instancia en cualquier proceso o procedimiento, tiene la calidad de revisora de las decisiones de primera instancia, mas no se convierte en primera instancia resolviendo la pretensión; sin embargo, el TTAIP no solamente resuelve recursos de apelación en contra de respuestas de entidades, sino también cuando no ha mediado respuesta de la entidad; es decir, cuando ha operado el silencio administrativo negativo.

En mérito a ello, cuando opere el aludido silencio administrativo, el TTAIP no podría resolver el recurso, pues no existe respuesta que revisar. ¿Correspondería ordenar que la primera instancia emita respuesta? Esta postura tradicional no dejaría en indefensión al ciudadano, pero *de facto* se le negaría el derecho sin haber analizado el fondo del requerimiento. Por ello, las instancias administrativas de un pro-

cedimiento administrativo general tienen como función única la de materializar el derecho de acceso a la información pública, con sus peculiaridades, debiendo tener en cuenta que la segunda instancia, si bien es revisora, no cumple dicha función en armonía con la tradición del procedimiento administrativo.

Así, se ha obviado que, en el procedimiento de acceso a la información pública, el TTAIP constituye la segunda y definitiva instancia administrativa; esto es, la agota. Sin embargo, ¿qué implica «agotar la vía administrativa»? Al respecto, cabe señalar que, aunque altamente cuestionado, tradicionalmente se considera dicha figura como aquella exigencia de acudir a todas las instancias diseñadas por la administración pública para el requerimiento de un derecho antes de acudir a la vía judicial, ello por «la necesidad de brindar a la administración la posibilidad de revisar sus propios actos»²⁴. El propósito es evitar la judicialización del requerimiento ciudadano, no solamente basándose en la subsidiaridad del proceso judicial y el otorgamiento de una oportunidad a la administración para que se corrija, sino también el evitar el largo tránsito judicial que encarecería al ciudadano.

Lo expresado implica claramente que, aunque el TTAIP resulta ser la segunda oportunidad con que cuenta el Estado para autocorregirse y materializar un derecho de acceso a la información pública de manera plena; mas no constituye una instancia contenciosa en la que pugnan primera ins-

tancia y ciudadano administrado. De allí que, por ejemplo, si un ciudadano requiere que se le informe respecto de la dirección domiciliaria de un ciudadano cualquiera, la primera instancia tendrá que denegar la solicitud por tener el carácter de información confidencial (dentro de los alcances del numeral 5 del artículo 17 de la Ley de Transparencia).

Y si la entidad no emite respuesta en el plazo legal y el ciudadano apela alegando que operó el silencio administrativo negativo, ¿qué tendría que hacer el TTAIP?, ¿cómo ejecuta su función revisora si no tiene decisión de primera instancia que revisar? Desde ya, el TTAIP, por lo menos en casos similares al señalado, ha emitido pronunciamiento asumiendo el rol de primera instancia y emitiendo una respuesta denegatoria al ciudadano sustentada en la confidencialidad de la información. Al ser una decisión definitiva, que agota la vía administrativa, no existe otra opción que materializar la función natural de la administración pública en la búsqueda de la verdad y que permita a las entidades públicas autocorregirse en segunda instancia. No debe perderse de vista que otorgar la respuesta que debió brindar la primera instancia también implica que la administración pública se autocorrigió, por lo menos emitiendo una decisión de fondo en segunda instancia.

Estando a ello, se entiende mejor la postura del profesor Morón Urbina, cuando señala que, si bien en el campo de la teoría general del proceso el principio de congruencia limita el actuar de los órganos decisores a lo señalado por las partes en sus escritos postulatorios y sus respectivos recursos de apelación, conforme sucede en

²⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional . Expediente 02833-2006-PA/TC. (28 de noviembre de 2007), 2. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/02833-2006-AA.pdf>.

un proceso judicial normal, sin embargo, en el procedimiento administrativo resulta ser distinto dada su naturaleza, pues

[...] la aplicación de esta figura presenta sus matices propios, ya que el funcionario público no agota su cometido y obligaciones con el análisis y pronunciamiento sobre lo expuesto por el recurso del administrado, sino que al funcionario le corresponde, como proyección de su deber de oficialidad y satisfacción de los intereses públicos, resolver sobre cuantos aspectos obren en el expediente, cualquiera sea su origen. Por ello, la congruencia en el procedimiento administrativo adquiere singularidad hasta con figurar la necesidad que la resolución decida imperativamente cuantas cuestiones hayan sido planteadas en el expediente, aportadas o no por el recurso²⁵.

Es válido concluir, sin temor a equívoco, que, siendo el TTAIP la segunda instancia administrativa en el procedimiento de acceso a la información pública (a través del cual se intenta corregir los errores de la primera instancia administrativa y de la entidad), debe pronunciarse sobre aspectos no abordados ni resueltos por esta última ni advertidos por el administrado solicitante-apelante, por cuanto satisface el interés público de brindar información pública originado en la solicitud, como parte de la vía administrativa, así como denegando la que tenga restricciones.

Frente a ello, cabe formular la siguiente pregunta, cuya respuesta redunde en lo ya dicho: ¿se reformaría en peor o en contra de los derechos de la entidad pública cuando se revisan aspectos no abordados por los

administrados en sus apelaciones? Si nos inclinásemos hacia una respuesta afirmativa, reincidiríamos en la postura errónea de que la entidad, en calidad de primera instancia del procedimiento, es parte contendiente, reavivando así el mito de que tiene que defenderse en el TTAIP. Sin embargo, es altamente necesario enfatizar que las entidades del Estado no tienen el derecho de entregar o negar información pública: más bien, les resulta inherente el deber de entregar y o denegar según corresponda.

¿Por qué «deber»? Porque, conforme lo ha establecido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la información pública resulta de un insumo fundamental para ejercer democráticamente nuestra ciudadanía y sustentar nuestros proyectos de vida fiscalizando la cosa pública. Del mismo modo, y pese a no existir pronunciamientos detallados al respecto, también constituye un deber de la administración pública negar información que verdaderamente se encuentre incurso o protegida por las excepciones. Por ejemplo, ¿qué pasa si un ciudadano pretende acceder a la historia clínica de determinado funcionario público? Indistintamente de que pueda calificarse de legítimo su interés de conocer si un servidor se encuentra mentalmente apto para seguir ejerciendo de manera adecuada su cargo, no cabe revelar dicha información, porque constituye parte de la intimidad y vida privada que el servidor ha depositado en ella o que la entidad ha generado en el ejercicio de sus funciones. En caso se revelase la información, se vulnerarían tales derechos, que son sustentados también en la dignidad humana, que es el fin supremo del Estado, según lo establecido en el artículo 1 de la Constitución.

25 Juan Carlos Morón Urbina, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, op. cit., 241.

Teniendo en cuenta ello, la evaluación para conceder o denegar la entrega de la información requiere que tanto la primera como la segunda instancia administrativa materialicen su respuesta mediante carta, oficio o resolución administrativa. La respuesta estar debidamente motivada. Es este uno los requisitos de validez del acto administrativo, conforme se aprecia del numeral 4 del artículo 3 del TUO de la Ley 27444, en concordancia con la descripción que figura en el artículo 6 de la misma norma. El deber de motivar el acto administrativo no constituye una simple formalidad en el procedimiento, sino «una exigencia o condición impuesta para la vigencia efectiva del principio de legalidad»²⁶. En esa línea, constituye «una garantía de razonabilidad y no arbitrariedad de la decisión administrativa»²⁷.

Se debe tener en cuenta que, a menudo, las instancias administrativas de se limitan a resolver controversias, sin garantizar la materialización correcta de derechos, dada la preocupación de expedir el acto administrativo de manera célere. Frente ello, el Tribunal Constitucional ya ha establecido que «motivación una decisión no solo significa expresar únicamente bajo qué norma legal se expide el acto administrativo, sino, fundamentalmente, exponer en forma sucinta —pero suficiente— las razones de hecho y el sustento jurídico que justifican la decisión tomada»²⁸. De allí que, por ejemplo,

si el requerimiento constituye información protegida por una norma con rango de ley, no es racional afirmar que no se ha acreditado la naturaleza de la información mediante el citado de la norma pertinente por parte de la primera instancia administrativa, siendo que la aplicación de la normativa constituye una cuestión de puro derecho que pudiera sortearse con un estudio exhaustivo del expediente e información circundante. No es tarea fácil, pero es parte del deber como instancias administrativas el motivar sus decisiones.

Teniendo en cuenta lo hasta aquí señalado, corresponde efectuar una interpretación conveniente y constitucional del fundamento 13 de la sentencia recaída en el Expediente 2579-2003-HD/TC. Si bien el máximo interprete habría citado un término que mayoritariamente se utiliza de forma incorrecta —pues, como hemos visto, la carga de la prueba no encarna un *deber* de probar de las partes, sino una *facultad* de probar en libertad—, sin embargo, si obviamos tal peculiaridad, comprobaremos que acreditar, probar y cerciorarse corresponden a los elementos intrínsecos del deber de motivación de los actos administrativos, un derecho garante para el administrado y un deber ineludible de las instancias administrativas.

13. El requerimiento de información adicional como facultad que encarna el deber de motivar del TTAIP

Extraer a la segunda instancia administrativa de todas las entidades de la administración pública y concentrar la función de resolver en última y definitiva instancia en el TTAIP ha generado un halo de garantía

26 Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente 04123-2011-PA/TC. 30 de noviembre de 2011. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/04123-2011-AA.html>.

27 *Ibidem*.

28 Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente 08495-2006-PA/TC. 7 de agosto de 2008. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/08495-2006-AA.pdf>.

de imparcialidad al momento de resolver. No obstante, también ha originado algunas dificultades que impiden arribar a una decisión final debidamente motivada.

Una de esas dificultades es la de no tener un nexo con las entidades que permita conocer la verdadera naturaleza de la información requerida, lo que impide que esta sea evaluada de manera exhaustiva. Así, si un administrado requiere copia de la Carta 3465-2021-Servicio Administración Tributaria-MuniPraderita, cabe la duda de si el documento puede contener información tributaria (por las iniciales de la dependencia de la entidad) como, por ejemplo, el monto de la base imponible de un contribuyente. Al amparo del numeral 2 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, en concordancia con el artículo 85 del Código Tributario, correspondería que la información referida a dicha cuantía no se entregue, por constituir información confidencial protegida por la reserva tributaria, lo cual configura el deber de impedir su revelación. Pero podemos estar ante una entidad que, pese a haber solicitado los descargos correspondientes, no solo no sustenta, sino que no emite respuesta alguna.

A ese respecto, el numeral 9.1. del Decreto Legislativo 1353 ha otorgado una facultad única al TTAIP, al precisar que «De considerar insuficiente el descargo, solicita la remisión de la información sobre la cual versa la apelación». Ahora bien, debemos advertir que la norma es clara al determinar que dicho acto constituye una facultad. Ello tiene una explicación: teniendo en cuenta que la motivación de un acto administrativo constituye un deber por parte de las instancias administrativas,

la insuficiencia de los descargos tiene que pasar por un proceso previo de análisis; de allí que no siempre será necesario requerir información adicional, pues en ocasiones bastará inclusive con la respuesta apelada para analizar si ella es correcta y, en otras, bastará con los descargos.

Se desprende de lo señalado el fundamento para no considerar dicho acto como una obligación plena sino como una facultad. En esa línea, el único supuesto en el que la facultad tendría que activarse sería cuando sea insuficiente la información poseída para resolver; pero si el deber de motivar es una exigencia ineludible, la facultad adquiere obligatoriedad con el objeto de contar con información suficiente que permita obtener una decisión sustentada y no indeterminada, es decir, que garantice la no arbitrariedad del contenido del acto administrativo.

Sin perjuicio de lo señalado, cabe advertir que el TTAIP, a la fecha, no ha hecho uso de la mencionada facultad. Ello bajo el supuesto de que, adicionalmente a la postura (errada) de que la primera instancia administrativa es la única obligada a probar y que, para emitir la decisión final, el TTAIP únicamente cuenta con diez días hábiles, contados desde la admisión del recurso, para emitir la resolución final. De requerir información adicional, no se cumpliría con el plazo que caracteriza a un procedimiento célere como el descrito en la Ley de Transparencia. Al respecto, queda aún pendiente evaluar si sacrificar el derecho-deber de motivación de las decisiones administrativas resulta constitucionalmente válido para otorgar una respuesta célere pero insuficientemente motivada o si una decisión debidamente motivada merece

el sacrificio de la celeridad. Sin perjuicio de ello, entender el contexto descrito en el presente artículo significaría un vuelco total del procedimiento administrativo de acceso a la información pública.

14. Conclusiones

1. El procedimiento del derecho de acceso a la información pública debe ser calificado como un procedimiento administrativo general de evaluación previa, mediante el cual se analiza la materialización del menionado derecho y frente al cual opera silencio administrativo negativo en caso de ausencia de respuesta dentro del plazo legalmente establecido.
2. El administrado solicitante es la única parte en el procedimiento, la cual cuenta con legitimidad para obrar activa para ejercer el derecho de acceso a la información pública.
3. El derecho de acceso a la información pública se ejerce sin expresión de causa, lo que implica la prohibición de exigir explicación del porqué de su requerimiento o los fines en el uso de la información. Sin embargo, ello no implica una prohibición para que el ciudadano, en el ejercicio de su derecho facultativo a probar, ofrezca prueba o argumentos sobre la existencia y la naturaleza pública de lo requerido.
4. La entidad de la administración pública, en calidad de primera instancia, y el TTAIP, en calidad de segunda instancia administrativa, constituyen órganos resolutivos o decisores de la vía administrativa, que, por tal naturaleza, no contienden en la vía administrativa contra el administrado.
5. El instituto de la carga de la prueba en el procedimiento, contrariamente a lo postulado por el Tribunal Constitucional y el TTAIP, no genera obligación a las partes de probar, sino que es una pauta de juicio residual, la cual permite extraer consecuencias negativas en contra de la parte que, estando en mejor posición para probar, no lo hizo en su oportunidad.
6. En el procedimiento de acceso a la información pública, la regla de la carga de la prueba recae sobre el administrado solicitante. En mérito ello, de existir insuficiencia probatoria, se extraerían consecuencias negativas en contra de la pretensión del administrado, por lo que le convendría aportar prueba de poseerla para tratar de evitar respuestas adversas a su pretensión.
7. Por otro lado, la primera y la segunda instancias administrativas no poseen la carga de probar; por el contrario, tienen la obligación de emitir actos administrativos debidamente motivados, en concordancia con su función natural de buscar y encontrar la verdad en su actuar, garantizando así la no arbitrariedad de dichos actos.
8. La extracción de la segunda instancia administrativa del procedimiento de acceso a la información pública, concentrando sus competencias en el TTAIP, han dado como resultado un órgano de última instancia imparcial, pero con grandes retos en la emisión de sus decisiones finales, pues no pueden evaluar de primera mano la información requerida. A mérito de ello, el artículo 9 del Decreto Legislativo 1353 ha otorgado al TTAIP la facultad de pedir

descargos a las entidades públicas, en calidad de primera instancia administrativa, para suplir tal deficiencia.

9. Los descargos emitidos por la primera instancia administrativa no constituyen ejercicio del derecho de defensa de dichas instancias, sino un insumo de carácter informativo que permite al TTAIP tener mayores alcances para emitir una decisión suficientemente motivada.
10. Resulta incorrecto el criterio del TTAIP de considerar a la primera instancia administrativa del procedimiento de acceso a la información pública como parte contendiente del procedimiento, que debe probar la naturaleza reservada de la información requerida por tener la carga de la prueba. Por ello, tendría que reevaluarse la naturaleza del mencionado procedimiento en el ejercicio de sus funciones.

15. Bibliografía

Alsina, Hugo. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*. 2.^a edición. Vol. I. Buenos Aires: Ediar, 1956.

Alvarado Velloso, Adolfo. *Sistema Procesal. Garantía de la Libertad*. Vol. I, tomo 1. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2009.

Cabeza Castillo, Evelyn e Irving Chávez Guevara. «La actuación probatoria de las empresas tercerizadoras e intermediadoras en los procesos laborales de desnaturalización». Tesis para optar el título de abogado. Universidad Nacional de Trujillo, 2020. [\[dspace.unitru.edu.pe/handle/UNI-TRU/16983\]\(http://dspace.unitru.edu.pe/handle/UNI-TRU/16983\).](http://</p></div><div data-bbox=)

Cavallone, Bruno y Michele Taruffo. *Verifobia. Un diálogo sobre prueba y verdad*. Lima: Palestra, 2012.

Chiovenda, José. *Principios de derecho procesal civil*. 3.^a edición. Vol. II Madrid: Reus, 1925. <https://bit.ly/3jtC4aB>.

Devis Echandía, Hernando. *Nociones generales de derecho procesal civil*. Madrid: Aguilar, 1966. <https://bit.ly/3Q2Nrmm>.

Fairén Guillén, Víctor. *Teoría general de derecho procesal*. 6.^a edición. México: Instituto de Investigación Jurídica de la Universidad Nacional Autónoma de México. 1992. <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/9927>.

IUS 360. «Procedimientos administrativos especiales: los procedimientos administrativos trilaterales, de fiscalización y sancionadores». 2 de julio de 2019. <https://bit.ly/3C9UrYS>.

Méndez Vásquez, Diego. *El principio de conservación del acto administrativo en el ordenamiento jurídico peruano*. Lima: Asociación Civil Derecho & Sociedad, 2021.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (Perú). «Exposición de Motivos del Decreto Legislativo que crea la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública, fortalece el régimen de protección de datos personales y la regulación de la gestión de intereses». (2020). <https://spij.minjus>.

gob.pe/Graficos/Peru/2017/Enero/07/EXP-DL-1353.pdf.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (Perú). «Memoria anual 2022. Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública» (2022). <https://bit.ly/3VyHC0S>.

Morón Urbina, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Nuevo Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2019-JUS*. 14.ª edición. Tomo 2. Lima: Gaceta Jurídica, 2019.

Priori Posada, Giovanni Francesco. «La carga de la prueba en el proceso laboral». Vídeo de YouTube, 08:33. Publicado el 12 de agosto de 2016. <https://www.youtube.com/watch?v=LmgehDxPc1o>.

Taruffo, Michele. «*Conferencia: verdad y decisión en el proceso civil*». Vídeo de YouTube, 1:26:28. Publicado el 6 de febrero de 2017. <https://www.youtube.com/watch?v=VpBrM1xODEQ&t=5188s>.

16. Jurisprudencia

Resolución 000812-2021-JUS/TTAIP-SEGUNDA SALA. Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Expediente 00507-2021-JUS/TTAIP. 16 de abril de 2021. <https://bit.ly/3hVGuXs>.

Resolución 001236-2021-JUS/TTAIP-SEGUNDA SALA. Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Expediente 00993-2021-JUS/TTAIP. 3 de junio de 2021. <https://bit.ly/3GnRt5h>.

Resolución 002694-2021-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA. Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Expediente 02386-2021-JUS/TTAIP. 28 de diciembre de 2021. <https://bit.ly/3WROjfs>.

Resolución 002909-2021-JUS/TTAIP-SEGUNDA SALA. Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Expediente: 02627-2021-JUS/TTAIP, 30 de diciembre de 2021. <https://bit.ly/3I8UoAf>.

Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente 02833-2006-PA/TC. 28 de noviembre de 2007. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/02833-2006-AA.pdf>.

Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente 04123-2011-PA/TC. 30 de noviembre de 2011. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/04123-2011-AA.html>.

Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente 08495-2006-PA/TC. 7 de agosto de 2008. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/08495-2006-AA.pdf>.

LAS MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA Y SU APLICACIÓN EN EL PROCESO PENAL PERUANO

*The maxims of the experience and its application
in the Peruvian criminal process*

Autor: Carlos Ordaya López*

REVISTA

LP Derecho

Carlos Ordaya López

«Las máximas de la experiencia y su aplicación en el proceso penal peruano».

Revista LP Derecho.

4 (2023): 118-137.

Recibido: 23/12/2022

Aprobado: 26/01/2023

Resumen

Con relación a las máximas de la experiencia, como criterio de valoración de la prueba en el proceso penal peruano, no existe una jurisprudencia uniforme al momento de evaluar un hecho por los jueces de primera y de segunda instancia e incluso por la Corte Suprema. Más aún, podríamos decir que no existe doctrina consolidada por nuestros procesalistas más destacados. Debido a la mencionada situación fáctica, ha surgido un serio problema en la construcción de las máximas de la experiencia (ME) como auxilio valorativo de determinado hecho en un proceso penal, lo que suele llevar a errores judiciales que son subsanados en la Corte Suprema o en las instancias superiores. Así, existen numerosos casos que llaman la atención de toda la comunidad jurídica, en los cuales su construcción va de la mano con los prejuicios, sesgos o estereotipos que puede tener el magistrado del Poder Judicial al momento de emitir su decisión judicial y que configuran un problema latente que esperemos sea superada o corregida con el aporte de la doctrina especializada.

Palabras clave:

valoración de la prueba, jurisprudencia, doctrina, máxima de la experiencia, sesgos, estereotipos.

* Maestro en Ciencias Penales por la UNHEVAL, egresado del Doctorado en Derecho UNMSM, título en segunda especialidad en Argumentación Jurídica por la PUCP; fiscal adjunto provincial titular en la fiscalía supraprovincial especializada en derechos humanos, interculturalidad y delitos de terrorismo; docente contratado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Huánuco.

 <https://orcid.org/0000-0002-0765-2832>.

Abstract

In relation to the maxims of experience, as a criterion for the evaluation of evidence in the Peruvian criminal process, there is no uniform jurisprudence at the time of evaluating a certain fact by the judges of first and second instance and even by the supreme judges of the Supreme Court of the Republic. Moreover, we could say that there is no consolidated doctrine by our most prominent proceduralists. Due to the aforementioned factual situation, a serious problem has arisen in the construction of the maxims of experience as a valuation aid of a certain fact in a criminal proceeding, which often leads to judicial errors that are corrected in the Supreme Court or by higher instances. Thus, there are many cases that always call the attention of the entire legal community, and where its construction goes hand in hand with the prejudices, biases or stereotypes that the judge may have at the time of issuing his judicial decision and that configures a latent problem that hopefully will be overcome or corrected with the contribution of the specialized doctrine.

Keywords:

valuation of the proof, trial, doctrine, maxima of experience, biases, stereotypes

señala como máxima de la experiencia lo siguiente:

[ME-1] el uso de una ropa de interior de color roja [sic] tiene ciertas características por parte de la víctima, que acostumbra usarse en momentos especiales para instantes de intimidación, por lo que va a conllevar a inferir que la agraviada se encontraría dispuesta a mantener relaciones sexuales con el imputado; [ME-2] si una progenitora al tener conocimiento que su hija pese a conocer que ha salido con su vecino que habita a dos puertas de la de ella y que debía de regresar a las once de la noche, no retorna a su vivienda, el primer impulso es salir para indagar por su paradero; [ME-3] [La víctima] pudo haber adoptado el mismo comportamiento que precedió al consumo de la cachina colada, evitando de beber en exceso [...].

Interesa desarrollar de qué manera se construye una máxima de la experiencia teniendo en cuenta los factores sociales y culturales, la conducta personal del imputado y de la víctima, entre otros hechos que pueden ser o no generalizados, o conductas comunes en la sociedad, por parte de los jueces en el sistema procesal peruano. Asimismo, se busca establecer de qué manera nuestros jueces asumen como una máxima de la experiencia determinadas prácticas generalizadas, y de qué manera esto puede ser relevante para la resolución del caso.

Entonces, al considerar si una máxima de la experiencia es acorde con la jurisprudencia autorizada por un máximo tribunal, tenemos en cuenta la definición de Stein sobre «los juicios hipotéticos de contenido

1. Introducción

El presente estudio de las máximas de la experiencia (ME) y su aplicación en el sistema procesal penal peruano obedece a un interés personal de ahondar en el tema. Partimos de un análisis de la resolución recaída en el Expediente 002822-2019-90-1401-JR-PE-03, emitida por el Juzgado Supraprovincial Colegiado de Ica. En dicho caso, el colegiado absolvió al imputado, de iniciales G. M. E. R., del delito de agresión sexual en agravio de la presunta víctima, de iniciales J. E. P. M. Uno de sus fundamentos

general», es decir, «[i]nconexo de lo acontecido, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros»¹.

En las últimas décadas se han emitido sentencias en diferentes instancias, en algunos casos con aciertos que justifican su aplicación correcta, y en otros con desaciertos que motivaron el rechazo por algunos sectores de la sociedad, que incluso conllevaron a la intervención del órgano de control del Poder Judicial. Más aún, se llegó a suspender y destituir a los jueces que valoraron incorrectamente esa máxima de la experiencia. Viene aquí el caso de la «ropa de interior de color rojo», como un antecedente negativo en nuestro sistema procesal, en el que se demuestra que, a la fecha, persisten en algunos jueces prejuicios o estereotipos antes que una aplicación correcta a determinado caso.

Por otro lado, es importante conocer la formación académica del juez, con el objetivo de establecer de qué manera el magistrado construye una máxima de la experiencia. Esto va depender de la formación que tiene, así como de los factores sociales, políticos, culturales, religiosos, o de género inclusive, que influyen en sus decisiones. Ahora bien, para considerar cuándo estamos ante una máxima de la experiencia debidamente justificada, como una construcción permitida que goce de respaldo en la práctica judicial, es necesario determinar cuál es el criterio

del juez, por cuanto para uno podría ser una máxima de la experiencia y para otro no. Esto dependerá en gran medida de la formación profesional que ha recibido.

Finalmente, el presente trabajo tiene por objeto de demostrar que, a la fecha, existen problemas de distinta índole que permiten señalar que los magistrados del Poder Judicial, como encargados de construir las máximas de la experiencia, presentan ciertas dificultades al momento de argumentar correctamente la validez de una ME, partiendo de los sucesos fácticos que motivaron su conocimiento. Esto también obedece a que este problema no ha sido abordado ampliamente por la jurisprudencia y la doctrina procesal. Sería necesario —e interesante— que la Corte Suprema de Justicia otorgue pautas o lineamientos metodológicos que sirvan de guía o parámetro para la construcción de las ME por todos los jueces del Poder Judicial, a fin de evitar pronunciamientos negativos, como el caso en comento de la «trusa de color rojo», entre otros que fueron motivo de rectificación o cuestionamiento.

2. Antecedentes y naturaleza jurídica de las máximas de la experiencia

En el siglo XIX, Friedrich Stein publicó la obra titulada *El conocimiento privado del juez*, en la que lo define las máximas de la experiencia de la siguiente manera: «Definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, independientes al caso concreto a decidir en el proceso y sus circunstancias singulares, resultados mediante la experiencia, pero autónomas de los casos singulares de cuya observancia se

1 J. Parra, «Razonamiento judicial en materia probatoria», Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (México, 2012). <http://biblio.juridicas.unam.mx/7/3069/7.pdf>.

inferen y fuera de los cuales presenta valor para otros casos».²

Michele Taruffo asevera que el concepto de máximas de la experiencia se difunde también fuera de la doctrina alemana (como, por ejemplo, en la cultura procesalista de lengua española), para llegar a Italia, sobre todo en virtud de la mediación cultural efectuada por Carnelutti en su desarrollo de la *prova civile*. Sin embargo —y esta es una primera observación que debe hacerse a propósito de los límites del concepto en cuestión—, no se convierte en un concepto común a todas las culturas jurídicas. En efecto, no se encuentran rasgos de él en Francia, mientras que permanece ajeno a todos los ordenamientos del *common law*. De hecho, no existe en inglés una expresión que traduzca literalmente la expresión *máxima de la experiencia*.

La carencia antes mencionada se debería, con toda probabilidad, a la ausencia del fenómeno que se quiere designar: en la doctrina jurídica y filosófica de lengua inglesa se emplean expresiones como *stock of knowledge* o *background knowledges*; no obstante, no solo son muy genéricas, sino que falta en ellas la referencia a una «regla» o «generalización», que es un elemento característico de la máxima de la experiencia³.

Por su parte, el profesor español Jordi Nieva Fenoll considera que el concepto de las ME es anterior a lo señalado por Stein. Y es sabido que la denominación no convenía al propio autor de la expresión, que la

anunció solo de manera provisional. Finalizando, sostiene que hoy en día no podemos refugiarnos en algo sumamente vago para eludir dar motivos del juicio probatorio⁴.

En ese entender, los autores extranjeros, en su gran mayoría, reconocen a Friedrich Stein como creador de las máximas de la experiencia, por haber utilizado por primera vez el término, en el sentido de que aquellas parten del conocimiento práctico del juez, quien, conforme a su conocimiento y también a su experiencia en el desempeño de sus funciones, le permitirá resolver el caso concreto. Así, mediante una acción de valoración, y teniendo como base su experiencia, construirá una ME a partir de un determinado hecho. Cabe anotar que, si bien existen críticos, como Nieva Fenoll, que esgrimen posiciones en contra de los fundamentos epistémicos de las ME, puede decirse sin temor a equívoco que no existe doctrina nacional ni extranjera que desarrolle de manera exhaustiva la naturaleza jurídica de las máximas de la experiencia.

3. Ubicación, definición y base legal de las máximas de la experiencia

3.1. Ubicación

Antes de señalar la ubicación exacta de las máximas de la experiencia, conviene recordar la definición de *prueba*. Al respecto, el procesalista César San Martín considera la prueba como aquella acción de los sujetos procesales dirigida a acreditar y corroborar (acción de verificación) a fin de obtener la convicción del juez sobre las razones y pre-

2 H. Oberg, «Máximas de la experiencia», *Revista de Actualidad Jurídica* 10 (2004).

3 M. Taruffo, *La prueba*. (Barcelona: Marcial Pons, 2008), 341.

4 J. Nieva, *La valoración de la prueba*. (Barcelona: Marcial Pons, 2010).

tensiones afirmadas (actividad de demostración). La prueba es intervenida por el órgano jurisdiccional bajo estos principios: contradicción, igualdad y garantía, que tienden a asegurar su espontaneidad y que fueron incorporadas en la etapa del juicio oral a través de las pruebas obtenidas lícitamente⁵.

Dentro del sistema de apreciación de la prueba, conocemos las siguientes: a) sistema prueba legal tasada, b) de íntima convicción y c) de la sana crítica o libre de apreciación. Las máximas de la expresión se encuentran en esta última. En esa línea, Neyra Flores define la sana crítica de la siguiente manera:

El sistema de la sana crítica implicaría una apreciación razonada, la valoración del magistrado en este sistema, debe ser efectuada de una manera más razonada, crítica, que se basa en las reglas de la lógica, la psicología, la técnica, la ciencia, el derecho y las máximas de la experiencia aplicables al caso, de este modo, una valoración contraria a estas reglas será considerada una valoración defectuosa y la resolución nula, hay que tener en cuenta que en este sistema no es una libertad para el absurdo de la arbitrariedad.⁶

3.2. Definición

Se cuenta en la doctrina con distintas definiciones del concepto materia del presente estudio:

- Juan Eduardo Couture señala que las ME son «normas que tienen valor general, independientes del caso específico, pero que son extraídas de cuanto ocurre generalmente en múltiples ca-

sos, pueden aplicarse en todos los otros de la misma especie».

- Igartua Salaverría, a su vez, nos indica que las ME «constituyen elementos que permiten vincular un hecho con otro. Dichas máximas se basan en reglas de sentido común y son extraídas de la experiencia social cotidiana».
- Para Taruffo, desde su punto de vista, las ME «no deben confundirse con las reglas de la lógica ni de la argumentación racional: estas últimas reglas en efecto, no son derivadas de la experiencia, pero sí del contexto de los criterios que determinan la corrección del razonamiento».
- En el ámbito nacional, San Martín Castro, a partir del planteamiento clásico de Stein, define con claridad meridiana las ME, de acuerdo con los siguientes términos:

Las máximas de experiencia, según Stein, «son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos». Son, en definitiva, reglas de la lógica, de la ciencia o de la técnica —reglas de la sana crítica—. La diferencia con los hechos notorios radica en el objeto de conocimiento: la notoriedad está referida a «hechos», la máxima de experiencia está referida a «conceptos», esto es, a reglas de la técnica o de la experiencia, normas no jurídicas, que auxilian al juez en la apreciación probatoria.⁷

⁵ C. San Martín, *Derecho procesal penal. Lecciones*. (Lima: INPECCP, 2020), 753.

⁶ J. Neyra, *Manual del nuevo proceso penal y litigación oral*. (Lima: Idemsa, 2010), 558.

⁷ C. San Martín, «Prueba por indicios». Poder Judicial del Perú. Sistema Nacional Especializado

El catedrático y magistrado peruano anota que las ME son «juicios hipotéticos de contenido general, independientes del caso concreto y conquistados por la experiencia». Recomienda, asimismo, que debe «matizarse la regla rígida de prohibición de prueba de las máximas de la experiencia en el artículo 156.2 [del Código Procesal Penal]»; y agrega:

Igualmente se habrá de proceder respecto a los hechos notorios, en tanto hechos generalmente conocidos: sucesos de la naturaleza, acontecimientos históricos, hechos locales para una población determinada [...]. La jurisprudencia alemana incorpora los denominados hechos notorios judiciales: lo que el juez llega a saber de modo confiable, en relación con su actividad oficial, tales como constataciones hechas en las sentencias de otros jueces.⁸

- Pérez López, citando a García Cavero, define las ME como la generalización que se hace desde las observaciones cotidianas, lo que las hace contingentes y, por lo tanto, variables con relación al tiempo y lugar. Agrega este autor nacional que las ME, a diferencia de las leyes de la ciencia, se formaron no con el propósito del análisis científico, sino a partir de la experiencia humana. Es decir, son pensamientos hipotéticos generales, basados en la experiencia y que son ciertos para determinados casos, como los que se relacionan con el enunciado. Una ME que permite ha-

cer un razonamiento deductivo es, por ejemplo, que «nadie da nada gratuitamente a otro, a menos que concurra una razón aceptable para tal liberalidad»⁹.

3.3. Las máximas de la experiencia en el ordenamiento jurídico nacional

En nuestro ordenamiento procesal, el artículo 158, numeral 1, del Código Procesal Penal señala: «En la valoración de la prueba el juez deberá de observar las reglas de la lógica, la ciencia y las **máximas de la experiencia**, y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados» (el resaltado es nuestro); asimismo, el artículo 393, numeral 2, del código adjetivo prescribe: «El juez penal para la apreciación de las pruebas procederá primero a examinarlas individualmente y luego conjuntamente con los demás. La valoración probatoria respetará las reglas de la sana crítica, especialmente conforme a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia como también los conocimientos científicos».

Cabe recordar, a este respecto, que, en la norma procesal chilena, en su artículo 297, establece en lo relativo a la valoración de la prueba: «Los tribunales apreciarán con libertad, **pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia**, y los conocimientos científicamente afianzados» (el resaltado es nuestro)¹⁰. Como puede inferirse, el sistema procesal chileno otor-

en Delitos de Corrupción de Funcionarios. <https://pj.gob.pe>.

8 C. San Martín, *Derecho procesal penal. Lecciones*, op. cit., 759.

9 J. Pérez, «La prueba indiciaria», en *La prueba en el proceso penal* (Lima: Gaceta Jurídica, 2018), 184.

10 Código Procesal Penal de Chile, publicado en el diario oficial el 12 diciembre de 2000.

ga libertad a los jueces en su apreciación valorativa de las pruebas; empero, no podrán contradecir las máximas de la experiencia que se encuentran establecidas en su jurisprudencia.

En otro sentido, en el Código Procesal Civil peruano, encontramos a las reglas de la experiencia como una presunción judicial; así, en el artículo 281, se expresa lo siguiente: «El razonamiento lógico crítico del juez, basado en **reglas de la experiencia** o en sus conocimientos y a partir del presupuesto debidamente acreditado en el proceso, contribuye a formar convicción respecto al hecho o hechos investigados» (el resaltado es nuestro).

En nuestra norma procesal civil, las «reglas de la experiencia» se reconocen como una presunción judicial que contribuye a formar convicción en el juez. Así, en la casación civil 2782-2014-Lambayeque (fj. 27), se estableció una ME (y no una regla de la experiencia) en el proceso de indemnización de un pensionista contra la Oficina de Normalización Previsional, del siguiente modo:

[...] **por máxima de experiencia** es aceptable concluir que cualquier persona es decir; sin valor especial en las condiciones

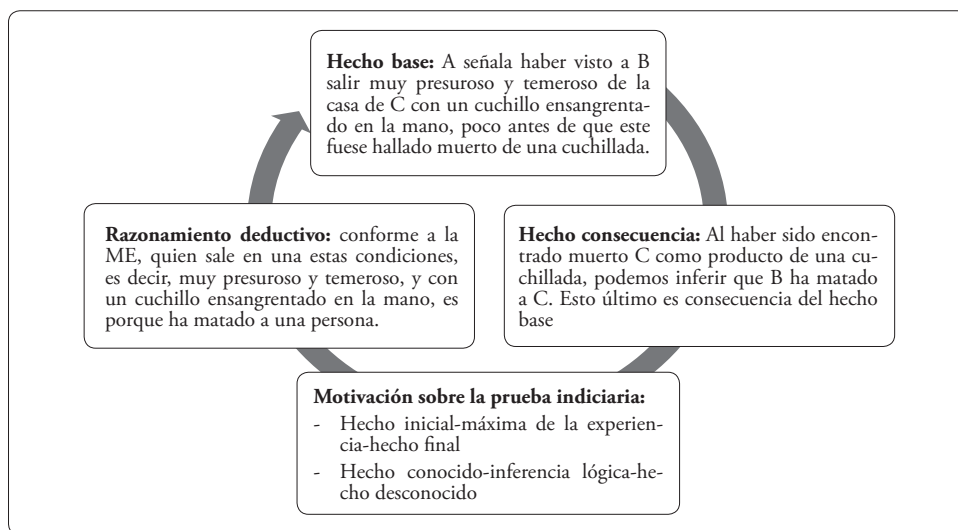
antes aludida, se verá perturbado su ánimo, causándole la situación desfavorable e injusta por la que pasa el sufrimiento que debe ser indemnizado, más aún si la pensión representa una concreción del derecho a la vida, en su sentido material, en atención al principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales orientado a la protección a la dignidad de la persona humana. (El resaltado es nuestro)

4. Estructura de las máximas de la experiencia

4.1. Según el supremo interprete de la norma constitucional:

En la STC 00728-2008-PHC/TC (Caso G. Llamoya H., fj. 29), el Tribunal Constitucional (TC) se pregunta: ¿es constitucional sustentar una condena teniendo como base la prueba indiciaria si en la sentencia no se manifiesta el procedimiento del razonamiento lógico que le permitió llegar a la conclusión? Terminantemente, la respuesta es no. Es, pues, incorrecto que se señale solo el hecho consecuencia y que falte el hecho base y, más aún, que falte el enlace o razonamiento deductivo.

A modo de aproximación sobre el razonamiento del TC, se grafica lo siguiente:



Esto guarda relación con lo mencionado por Fabrizio Macagno y Douglas Walton, teniendo en cuenta a Gilbert, sobre la fuerza de una presunción, en la cual posible distinguir la *presunción violenta* y las *inferencias de circunstancias que acompañan el hecho*; el ejemplo que nos otorgan es el siguiente: «Si se ve a un hombre huyendo con una espada ensangrentada de un lugar donde alguien ha sido de pronto encontrado muerto, se presume que dicho hombre es el asesino, ya que el huir apresurado acompaña a los crímenes y la espada y la sangre son signos de una acción violenta»¹¹.

4.2. El modelo argumentativo de Toulmin

En cuanto a la argumentación jurídica propiamente dicha, se tiene que esta se usa para referirse a la actividad total de establecer

y refutar pretensiones, ponerlas en cuestión, respaldarlas produciendo razones, criticando esas razones, refutando esas críticas, etc. Por esta razón, en un argumento pueden distinguirse cuatro elementos: la pretensión, las razones, la garantía y el respaldo¹². González Lagier, a partir del esquema de Toulmin sobre modelos y argumentos, propone la estructura de inferencia probatoria:

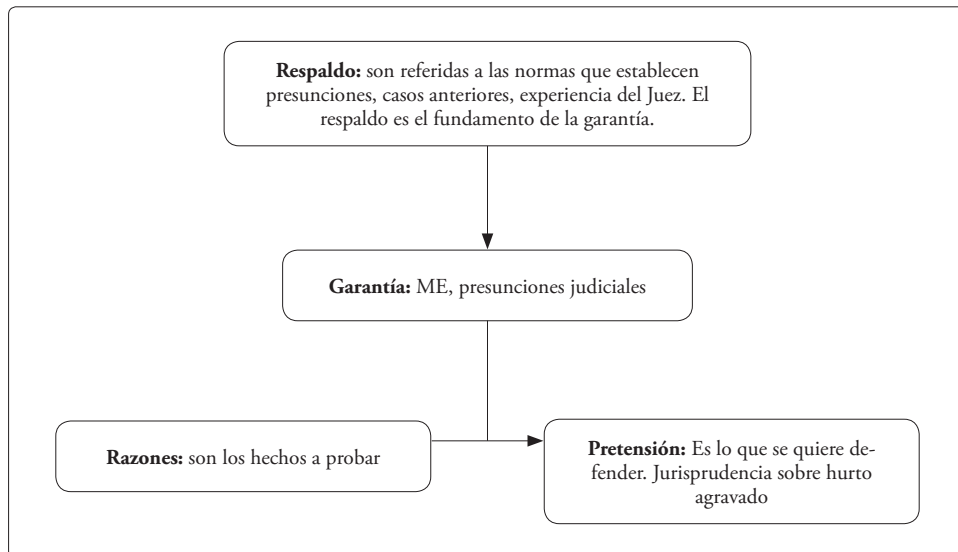
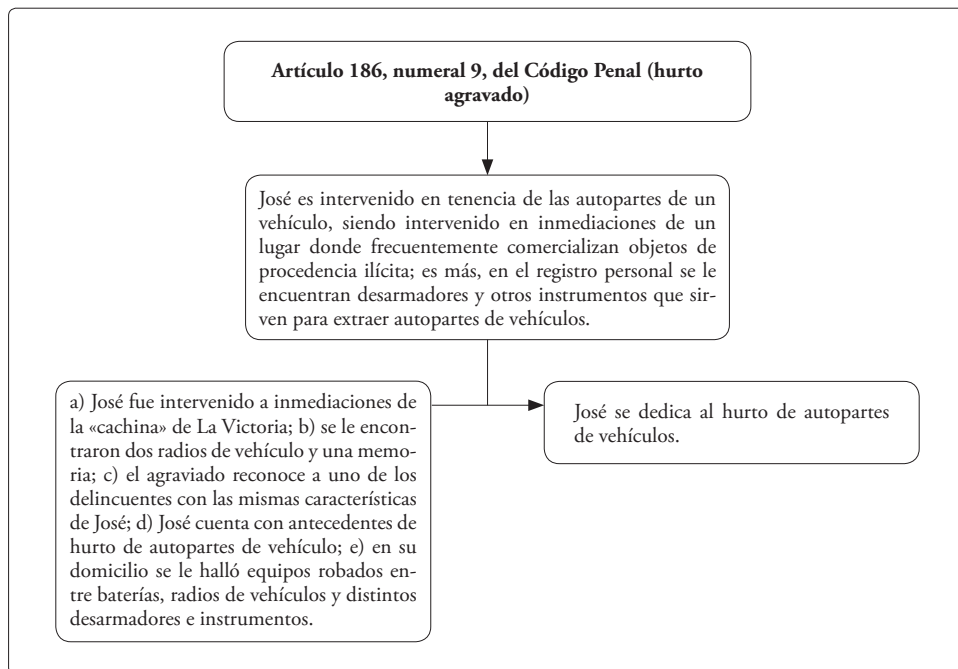
[...] los hechos probatorios van a constituir las razones del argumento; los hechos a probar, la pretensión o hipótesis del caso; la garantía estaría compuesta por las máximas de la experiencia, las presunciones y otro tipo de enunciados generales que correlacionan el tipo de hechos señalados en las razones con el tipo de hechos señalados en la pretensión.¹³

Desarrollaremos a continuación un ejemplo práctico.

¹¹ Macagno, F. y D. Walton, «Presunciones de la argumentación jurídica». *Ratio Juris* 25, 3 (2012): 271-300. Materiales de clase en el curso de Lógica Jurídica, profesor Enrique Sotomayor Trelles, PSE-Argumentación Jurídica, Pontificia Universidad Católica del Perú.

¹² M. Atienza, *Razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. (Lima: Palestra, 2016), 139.

¹³ D. González, *Quaestio facti. Ensayos sobre, causalidad y acción*. (México: Montanara, 2013), 41.

Primer paso. Identificar los presupuestos según Toulmin:**Segundo paso.** Un caso práctico que frecuentemente sucede:

A este respecto, González Lagier señala que en las ME, en las presunciones, así como en las definiciones de los enunciados generales, lo que cambia es su estructura concreta. Así, en el caso de las ME, «si X, entonces probable Y»; en las presunciones, «si X, entonces probado Y»; y, en el caso de las definiciones, «X cuenta como Y». Explica el citado autor que «la diferencia entre presunciones y máximas de la experiencia consiste en que las primeras son enunciados revestidos de autoridad»¹⁴.

5. Funciones principales de las máximas de la experiencia

De acuerdo con Michele Taruffo, se distinguen tres funciones que cumplen las máximas de la experiencia, a saber: a) una función heurística; b) una función epistémica, y c) una función justificativa.

5.1. Función heurística

Las ME constituyen un instrumento del que podemos servirnos para formular hipótesis sobre los hechos de la causa. La tarea en este caso es darle al narrador una manera de decir la verdad que le transmite a otro, una relación basada en el comportamiento mostrado por la experiencia común, para que la historia sea consistente y confiable, en términos de visualización. en la descripción desde el punto de vista de las experiencias compartidas.

5.2. Función epistémica

Según esta función, el juez se sirve de hechos conocidos y, mediante el método de emitir opiniones basadas en declaracio-

nes, obtiene un conocimiento indirecto de los hechos que tendrá que confirmar. El juez tiene la oportunidad de examinar las hipótesis formuladas sobre la verdad del caso, removiendo la incertidumbre que caracteriza a todo el proceso. Por lo tanto, las declaraciones de hechos le dan una forma de saber, en base a la cual crea una o más opiniones sobre la verdad o falsedad de una declaración en torno a algo desconocido, que debe confirmar.

5.3. Función justificativa

El papel de la disciplina se muestra en el contexto de decisiones motivacionales y escenarios de casos. Se observa cuando el juez crea argumentos destinados a ser una justificación externa de la verdadera razón de la decisión. La justificación basada en ella puede ser una buena justificación, es decir, un argumento que puede demostrar racionalmente que la decisión es cierta, ya que concuerda con la verdad de lo establecido en el caso de manera razonable.

6. Criterios para determinar la solidez o validez de las ME

Va a ser prioritario determinar la validez o solidez de la generalización. En este sentido, Schauer advierte que la generalización va a contar con un apoyo empírico sólido cuando:

- a) Se trate de universales una de las características; b) describa con precisión las características de una mayoría de integrantes de una clase; c) retracte a los miembros de la clase “x” que presenta un rasgo o característica con mayor prevalencia respecto del conjunto z (conjunto mayor del que también forma parte x), aunque el rasgo o característica va a aparecer en

¹⁴ *Ibidem*, 44.

menos que la mayoría de los integrantes de ambos grupos.¹⁵

En efecto, un hecho considerado como una generalización que no se encuentre debidamente respaldado por una ley universal, es decir, una ley empírica basada en la propia experiencia y observación, pero que no cuente con este respaldo, será una generalización inválida. En consecuencia, se tiene que hacer pasar por un filtro dicha generalización, comparándola con otras, a fin de determinar su validez o invalidez; en caso no resulte suficientemente comprobada, se descartará como máxima de la experiencia para el caso concreto. Sobre el particular, la Corte Suprema de la República nos dice que «la máxima de competencia requiere que, para determinado hecho, actitud, o fenómeno se puede manifestar de determinada forma debido a la constante y reiterada observación del acontecer y reiterada observación del acontecer común por la repetición uniforme de ciertos acontecimientos del accionar humano»¹⁶.

Michele Taruffo señala que las máximas comportan frecuentes riesgos de error si no se construyen de manera correcta. En tal sentido, formula algunas reglas de uso que podrían favorecer un empleo racional (o menos irracional si se quiere) de las máximas de la experiencia, con el fin de reducir, al menos en parte, el riesgo de error que en muchos casos puede implicar¹⁷. Al respecto, tenemos:

15 F. Schauer, *Profiles, Probabilities and Stereotypes*. (Cambridge: Harvard University Press, 2003), 10.

16 R. N. 902-2012 Cañete, f. 7.

17 M. Taruffo, *Páginas sobre justicia civil*. (Barcelona: Marcial Pons, 2010), 451-452.

- a) **Regla primera.** No hay que asignar a la ME un valor cognoscitivo superior al fundamento que tiene la máxima sobre la base de las generalizaciones que se expresen de ella. Si una generalización no se dirige a una máxima que tenga realmente valor general, la máxima no puede ser tratada como si fuese una ley general (decir que «usualmente» o «a veces» sucede X no es lo mismo a decir que «siempre» sucede X).
- b) **Regla segunda.** Si una ME está enunciada en términos generales, un solo contraejemplo será suficiente para contradecirla o, por lo menos, para demostrar que no tiene validez general alguna (la existencia de un solo cisne negro es suficiente para controvertir la afirmación general según la cual todos los cisnes son blancos). El contraejemplo podrá incluso ser suministrado por el caso específico que se juzga: si no corresponde a la máxima de la experiencia, es la máxima de la experiencia la que deberá ser dejada de lado.
- c) **Regla tercera.** Una ME no podrá emplearse si está contradicha por los conocimientos científicos disponibles. Es claro, en cierta manera, que el sentido común o la cultura media no puede prevalecer sobre datos cognoscitivos científicamente confirmados.
- d) **Regla cuarta.** No podrá emplearse válidamente una ME si, como sucede a menudo, la contradice otra ME. Cuando esto sucede, ninguna de las máximas que entran en contradicción podrá constituir un criterio admisible de valoración. Será necesario encontrar otra máxima —si existe— que tenga un fundamento más sólido y menos incierto, y que re-

sulte más generalmente compartida en el ámbito de la cultura de referencia.

- e) **Regla quinta.** No se van a emplear ME que se refieran a generalizaciones espurias, que sean falsas o que carezcan de cualquier fundamento controlable; mucho menos se deben emplear máximas que resulten deficientes de alguna base cognitiva o que estén evidentemente fundadas en prejuicios y lugares comunes no verificados.

En síntesis, tenemos:

1	No se puede atribuir a la máxima de la experiencia (ME) un valor cognoscitivo superior al del fundamento que tiene la ME.
2	Si una ME está enunciada en métodos generales, un solo contraejemplo es suficiente para contradecirla.
3	No puede emplearse si está contradicha con los conocimientos científicos disponibles.
4	No podrá utilizarse válidamente una ME si, como sucede a menudo, la contradice otra ME.
5	Es incorrecto emplear ME que se refieran a generalizaciones espurias, que sean falsas, que carezcan de cualquier fundamento, o fundadas en prejuicios.

7. Las máximas de la experiencia en la jurisprudencia nacional

7.1. Aplicación correcta de las máximas de la experiencia

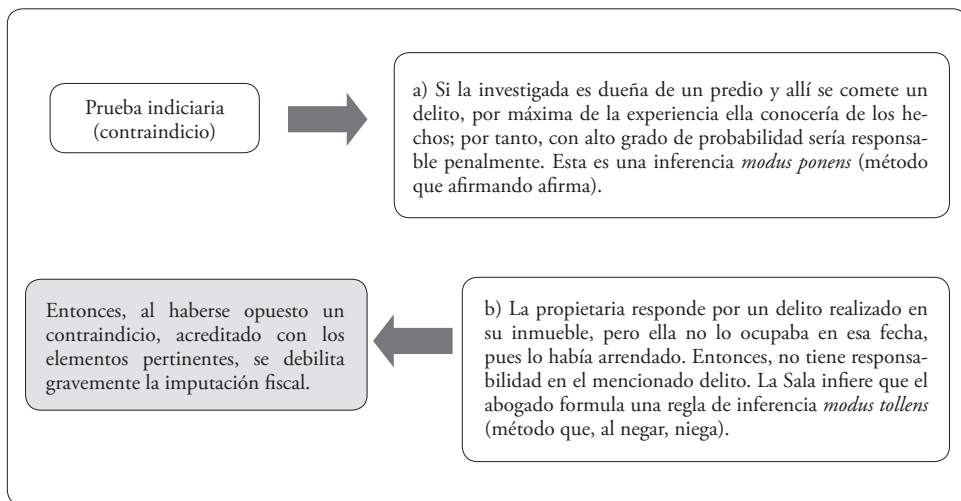
En la jurisprudencia nacional, en varias oportunidades se ha presenciado tanto una construcción correcta de las ME como una construcción incorrecta. Esta construcción muchas veces ha determinado que el

juez tenga en cuenta su propia valoración, conforme a su criterio personal o su propio sentido común. No obstante, desde un lado positivo, tenemos algunos ejemplos que se describen a continuación.

La **Sentencia 19-2001-A. V. Corte Suprema de la República del Perú (Sala Especial de Juzgamiento a AFF)**, en contra de Alberto Fujimori Fujimori, respecto a las ME, precisa:

- Tiene que estar asentada en conocimientos generales o en conocimientos científicos;
- No deberían existir ME aplicadas, como también fundadas, de modo que no sea posible alcanzar conclusiones alternativas que gocen del mismo grado de probabilidad;
- La conclusión del razonamiento no tiene que entrar en contradicción con otros hechos declarados probados. Cabe añadir que, si la conclusión sobre la existencia del hecho y la culpabilidad del imputado resulta unívoca, se excluye una interpretación de las pruebas disponibles que conduzcan a entender que los hechos serán realizados de forma diferente.

Por otro lado, en el **Expediente 0031-2019-10-5001-JR-PE-01**, la Segunda Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente, en un caso de minería ilegal, desarrolló la siguiente línea de razonamiento:



El **Recurso de Nulidad 1821-2019-Lima, Sala Penal Permanente (párrafo final del fundamento 19.6)** expresa que:

[...] resulta obvio poder afirmar conforme a las reglas y máxima de la experiencia que ninguna persona que está dedicada al servicio de taxi no debe recibir un pago de más de cinco mil soles por unos cuantos servicios de movilidad, es lo que evidencia la función y la labor realizada por Vilca Chumbe en forma consciente y voluntaria antes, durante y después del asesinato perpetrado.

En este caso, se imputa al que fingió ser el taxista que trasladó a un sicario para ejecutar un asesinato; no obstante, con las diversas pruebas actuadas y la acreditación correspondiente, se estableció su participación en el hecho criminal de sicariato. Además, en nuestra práctica cotidiana, resulta no creíble que un taxista cobre más de S/ 5000 soles por un servicio de taxi, más aún dentro de una misma ciudad.

7.2 Aplicación incorrecta de las máximas de la experiencia

7.2.1. Expediente 002822-2019-90-1401-JR-PE-03-Juzgado Supraprovincial Colegiado de Ica (caso «ropa interior color rojo»)

Citamos *ad litteram*:

Este caso particular que no pasa sin incidencia por este colegiado y llama a estudio según los psicólogos Calle Arévalo como De La Cruz Nieto, quienes han examinado a la víctima y tienen opinión similar, refieren que la agraviada en una mujer víctima [], muestra una actitud indiferente y problemas para ser asertiva y poder expresar una opinión negativa, de forma tajante, lo cual se expresa a través de su actitud de apocamiento frente a otras personas [], muestra rasgos de dependencia con predisposición a la extroversión, este arquetipo de personalidad se determina por ser extremadamente sensible, sumisa, con rasgos de inmadurez y tiene una autoimagen frágil y débil

[...], además, suele vestir prendas de ropa interior tal como la descrita por la bióloga forense Doris Matilde García Espinoza quien en su resolución de biología forense N° 201907000119, describiéndolo [...], trusa femenina de color rojo con encaje en zona del frente, blondas en alrededor de pierna [...], resultando insólito que la conjeturada personalidad que presenta la misma (tímida) no coincida con el uso de la prenda íntima que utilizó el día de los acontecimientos, **por la máxima de la práctica esta clase de ropa interior femenina suele utilizarse en ocasiones especiales para lugares y momentos de intimidad, por ello se induce a inferir que la agraviada se había preparado o estaba dispuesta a mantener relaciones sexuales con el imputado, de allí que de forma consciente se autodeterminó a quedarse en la casa del imputado, pues tenía conocimiento de la ausencia de su señora madre [...]** (fj. 35; el resaltado es nuestro).

En la última parte del fundamento 32, podemos también encontrar la referencia a una ME, en el siguiente sentido: por las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia, se precisa que la agraviada bien pudo haber tenido similar conducta previamente a la ingesta de la cachina colada, evitando tomar de manera exagerada, como lo había referido: **«no ingiere ningún tipo de licor a menos que este en una tertulia con familiares, pero no ingiere bebidas alcohólicas con frecuencia, ni bebe en exceso, en esta oportunidad ha ingerido cerveza y fue su deseo mantener hasta el final [...]**» (el resaltado es nuestro).

En esta sentencia, en la cual se absuelve al imputado, pueden apreciarse dos aspectos muy importantes: a) el uso de la trusa roja femenina en fechas especiales para tener intimidad sexual; y b) que una mujer

no puede tomar licor más de lo medido cuando no esté con los familiares.

Como es posible apreciar, se recurre a estereotipos de género, pues se hace referencia a que, por la sola condición de mujer, la agraviada puede utilizar una ropa interior con «ciertas características» solo en determinadas ocasiones. También, por su condición de mujer, no puede libar licor «más de lo medido», a menos que lo haga con sus familiares. Se recurre a un sentido común de la directora de debates, puesto que no es una conducta generalizada que goce de cierto respaldo en la sociedad, y específicamente de las mujeres que suelen usar dichas prendas.

Las suposiciones de usar la ropa interior de color rojo se podrían acaso contradecir con el argumento de que quizás no todas las mujeres suelen usar este tipo de prenda, sino otras con distintas características, colores, etc. Con respecto al no haber adoptado otra actitud ante el consumo de licor, ello no puede ser tomado como una máxima, toda vez que este comportamiento muchas veces puede estar sujeto a cuestiones emocionales o factores externos a la persona.

Estas suposiciones, en consecuencia, no pueden tenerse como probadas como una ME; más aún si están viciadas por ciertos estereotipos de género que muchas veces se encuentran presentes en la mente del juzgador y en la sociedad, lo cual influye negativamente en la construcción de la máxima. Deslegitimar la versión de una mujer por el hecho de que llevaba una prenda íntima de determinadas características o porque estuvo libando licor conlleva a señalar qué conductas debería adoptar la víctima ante una agresión sexual, más aún cuando los

imputados provienen de entornos cercanos o gozan de cierta amistad con aquella.

7.2.2. Expediente 08562-2013-PHC/TC-La Libertad

El Tribunal Constitucional se pronuncia sobre una máxima de la experiencia construida por el Cuarto JIP de Santa:

[No] enerva que exista peligro procesal y obstaculización de la administración de la justicia [.]. **De acuerdo a las máximas de la experiencia los hombres engañados por sus parejas quienes tienen en su entorno a personas que han sido involucrad[as] en hechos delictivos graves [...] matan u ordenan la muerte del supuesto amante [...] (fj. 2.3.8.; el resaltado es nuestro).**

A continuación, el máximo intérprete de la constitución establece:

[...] sobre las máximas de la experiencia, **este Tribunal Constitucional considero oportuno indicar que la mencionada fundamentación resulta impertinente, pero también, no invalida los fundamentos que sustentan las razones que la resolución de la imposición de la referida medida de coerción personal.** De la misma manera, la exhortación que indica la Sala Superior a la magistrada de primer grado, referente a la indicada argumentación, no implica el menoscabo de los argumentos que sustentan la ratificación de la medida apelada (fj. 2.3.10).

Esta construcción de la ME fue enmendada en su oportunidad por la sala de apelaciones de Santa. En efecto, resulta impertinente e, incluso puede conllevar a un sesgo de representatividad del juez, al señalar que los hombres engañados por su pareja, que tengan en su entorno amistades involucradas en actos criminales, ordenan asesinar a su supuesta amante.

Esta representatividad equivocada y sin respaldo alguno es, por ejemplo, el número de casos resueltos en un determinado lugar, como, en el caso, en el distrito judicial de Santa. Se tiene por cierto que las personas que son engañadas por sus parejas y que tengan amistades con antecedentes criminales conlleva a asesinar a la amante. Esto puede ser contradicho por la sencilla razón de que *no todas* las personas engañadas cometen este tipo de conductas, ni buscan sicarios para estos feminicidios, o que incluso que ellos mismos cometen ese delito por mano propia. Es decir, esta afirmación tampoco está sustentada con datos estadísticos de casos similares resueltos que la respalden; por tal motivo, esta afirmación como máxima de la experiencia resulta impertinente.

7.2.3. Recurso de Nulidad 300-2021-Cusco, la Sala Penal Permanente de Corte Suprema de Justicia de la República

Citamos *ad litteram*:

Por máxima de la experiencia se conoce que en reiteradas ocasiones los testigos muestran defensas que son denominados testigos a favor y de la misma manera los documentos son en muchas oportunidades alterados en su contenido. Por ello el marco normativo da a la parte contraria el derecho de tacha u oponerse a su actuación en el proceso, más allá de ello e independientemente, los magistrados deben ser muy cuidadosos en su evaluación, sin que ello implique un adelanto de opinión en contra de los intereses del inculpado (fundamento 4.19).

De la misma forma, esto puede ser considerado como un sesgo de representatividad, por cuanto no está demostrado estadísticamente que *todos* los testigos presentados por la parte que los ofrece mientan o tengan

que señalar aspectos favorables del imputado o de la víctima. La Corte Suprema, aquí, cae en un grave error, que la llevó a retractarse mediante un comunicado en el que se disculpa ante el gremio de abogados y, de manera específica, ante los letrados que se dedican a la defensa, afirmando asimismo su respeto a la defensa de los imputados o procesados.

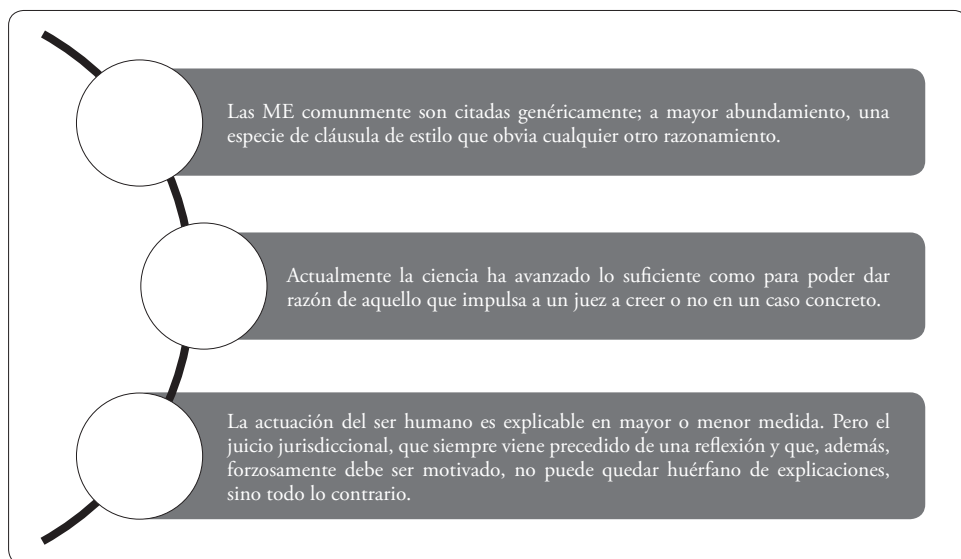
También ha sido reconocido que esta referencia ha sido mal empleada y que no puede erigirse propiamente en una ME para poder sustentar una inferencia probatoria. Valdría precisar inclusive que debió decirse, con propiedad, que «la defensa podía tachar testimonios, por falta de capacidad o de imparcialidad de los testigos, y documento, por falsedad o nulidad, pero

bajo ningún concepto puede prejuzgar al respecto».

En efecto, la selección y aplicación de la ME que se estime adecuada para el caso concreto puede conducir a una desacertada valoración de las declaraciones de litigantes o testigos, todo lo cual influye en el pronunciamiento de una sentencia errónea que puede ser atacada mediante recurso de apelación¹⁸.

8. Críticas a las máximas de la competencia en la doctrina

El procesalista español Jordi Nieva critica la noción de las máximas de la experiencia¹⁹ por las razones que se esgrimen en el siguiente cuadro:



18 C. Contreras, «Valoración de las pruebas de declaración de personas en segunda instancia». Tesis doctoral. (Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, 2015), 396.

19 J. Nieva, *La valoración de la prueba*, op. cit., 211.

Por su parte, Miguel Ángel León Untiveros, en el desarrollo de clases del curso de segunda especialidad de Argumentación Jurídica en la Pontificia Universidad Católica del Perú, acotó la postura negacionista de Nieva Fenoll en los siguientes términos:

Resulta entonces relevante el preguntarse si los preceptos ideológicos del juez causarán algún tipo de influencia en sus decisiones judiciales. Este problema ha pasado por diferentes estudios desde los ámbitos sociológicos y filosóficos y se determina que indudablemente habrá una incidencia, aunque no sea percibida *a priori*; es así que el centro de este debate está en conocer en qué medida esta ideología va de alguna manera a condicionar sus juicios sobre las pruebas e indicios [...]. [S]i concluimos que la decisión se da teñida de la ideología del magistrado, esta experiencia servirá para la construcción de toda una teoría de razonamiento presuntivo. Es así que se intenta demostrar la importancia de abordar esta cuestión desde los diferentes enfoques, principalmente el sociológico.²⁰

Agrega el profesor León Untiveros que, de adoptarse la postura negacionista, ello nos llevaría a concluir que la argumentación jurídica (cuando emplea las ME) derivaría en «irracional, arbitraria, irreflexiva, subjetiva, unilateral y estipulativa».²⁰

Al mismo tiempo, Michele Taruffo nos plantea ciertas interrogantes acerca de cualquier respaldo científico o estadístico de las máximas de la experiencia; es decir, precisamente cuando se trata de afirmaciones fundadas únicamente en la experiencia. Ante estos supuestos, formula varias preguntas importantes:

¿De quién es la experiencia relevante para la elaboración de una máxima? ¿La del juez? Pero entonces, ¿cuántos casos debe haber visto y decidido el juez para formarse esa experiencia? ¿Pero cómo ha decidido esos casos en momentos en que su experiencia no se había formado aún? Si lo decidido en función de criterios diversos, de caso en caso, ¿cómo hace para formular la máxima? O, en cambio ¿se trata de la experiencia de un ambiente social o cultural? ¿Cuál? ¿Cuán amplio? ¿Cuán homogéneo? ¿Cuánto tiempo ha sido necesario para que la experiencia de un grupo social se haya consolidado en una regla general? ¿Años, siglos? Más aún, ¿quién está legitimado para formular la máxima, condensando en una aserción la experiencia de variadas y numerosas circunstancias específicas vividas por algunos sujetos o por millones de personas? ¿Es el juez quien se hace intérprete del sentir social y crea *ad hoc* la máxima de la experiencia? ¿O bien hay otros intérpretes del sentido común legitimados para decidir en qué consiste la experiencia de determinados hechos? ¿Son quizás los «todólogos» o los «tertulianos» televisivos, o existen «expertos» de la experiencia social?²¹

Una lista de interrogantes que incluso se puede considerar quizás como un juego de preguntas retóricas, sin respuesta, pero en absoluto ociosas; de hecho, el profesor Taruffo incluso nos dice que podría continuar. No obstante, asegura que lo ya cuestionado resultaría suficiente como para poner en tela de juicio el fundamento epistémico de las ME.

En este orden de ideas, a nuestro juicio, consideramos que la aplicación y valoración de una ME es una labor muy compleja, si se tiene en cuenta que al momento de su valo-

20 M. Á. León, «Curso de teoría de los enunciados jurídicos. Reglas y principios», *op. cit.*

21 M. Taruffo, *Páginas sobre justicia civil*, *op. cit.*, 269.

ración la máxima se construye sin un cuidado y un rigor estricto por parte del tribunal al momento de emitir su decisión. Efectivamente, surgirán críticas y cuestionamientos cuando se antepone el sentido común o la posición personal del juez ante cualquier hecho que goza de respaldo general o cuando estamos ante una práctica socialmente adecuada. Esto quiere decir que su aplicación inapropiada puede afectar determinados bienes jurídicos tutelados, cuando, por ejemplo, se aplican estereotipos o prejuicios de índole sexual, racial, cultural, económica, religiosa, etcétera.

Es allí donde se incurre en el debilitamiento del método de las máximas de la experiencia. Las críticas a su uso influyen negativamente en el verdadero fundamento de las máximas, lo cual puede originar riesgos como la impunidad en determinados delitos o la condena a inocentes. Sin perjuicio de lo señalado, las generalizaciones empíricas están presentes en todo razonamiento, aun cuando no seamos conscientes de ello. Son las reglas de enlace que debe tener determinada fuerza acreditativa. Lo indicado es explicitarlas, discutir las y ver cómo contrastamos su aplicabilidad al caso concreto, por cuanto se debe tener en cuenta que cada caso, por más similar que sea a otros, siempre será un caso distinto por los sujetos que intervienen, por los hechos diferentes y por las motivaciones distintas que concurren.

Finalmente, se ha demostrado que, tanto en nuestra administración de justicia como en la administración pública en general, donde se imparte justicia y se brinda un servicio público esencial a la población existen algunos magistrados y funcionarios que actúan guiados por sesgos, prejuicios e incluso con estereotipos. Sin duda, ello obedece a que nuestro país es un territorio con

diversas culturas, costumbres, religiones, así como con distintas afinidades sociopolíticas, hecho que influye parcialmente en las decisiones y actos públicos. Por lo tanto, se debe evitar decisiones cuestionadas como «la trusa de color rojo», entre otros pronunciamientos negativos que pongan en duda el fundamento epistémico de las ME.

En el caso concreto de la construcción de las ME, ¿cómo invocarlas de modo que no se incurra en una motivación aparente o contaminada con algún prejuicio o sesgo? Considero que los jueces, aparte de ser independientes e imparciales, se deben asimismo a la Constitución y a la ley, así como al respeto a la persona humana y su dignidad, como un fin que persigue el Estado en su protección y defensa. Teniendo ello en cuenta, el juez tendrá que partir de un hecho, práctica o fenómeno de carácter generalizado, que reúna las condiciones de ser permitido y aceptado, no solo por la comunidad jurídica, sino por la sociedad de acuerdo con la cultura, costumbres e idiosincrasia de cada población. Su aplicación debe motivarse conforme al caso que se desarrolla y a hechos que se encuentran debidamente acreditados. Se aseguraría así que la construcción de las máximas de la experiencia tenga un respaldo y una garantía debidamente reforzadas, evitando en todo momento anteponer sus prejuicios personales y sus propias experiencias, que no ofrecen el sustento debido.

9. Conclusiones

- a) Las ME representan una relación abstracta y compleja en nuestro sistema jurídico, dado que no existe una doctrina uniforme sobre sus fundamentos epistémicos. Incluso la jurisprudencia

es contradictoria y muchas veces incurrir en graves errores, lo que conduce al riesgo de su mala utilización al momento de considerar como una máxima de la experiencia un hecho desprovisto del sustento debido.

- b) Los jueces, al momento de «elaborar» y construir una máxima de la experiencia, deben ser muy cuidadosos y cautos, a fin de evitar que sus propios criterios, sin sustento alguno, influyan en sus decisiones con la incorporación de aquellos estereotipos o sesgos que todavía existen en la práctica judicial y en la sociedad en su conjunto.
- c) Las ME requieren una justificación y una motivación adecuadas, en tanto ejes de un Estado constitucional de derecho, a fin de evitar serios errores, como en el caso del Expediente 02822-2019-90-1401-JR-PE-03-Juzgado Supraprovincial Colegiado de Ica («caso ropa interior color rojo»), que conllevó a la destitución de los jueces supernumerarios y la retractación de la Corte Suprema (R. N. 300-2021-Cusco), por haber incorporado una máxima de la experiencia mal construida y empleada.
- d) Evaluar el fundamento de una ME en la decisión judicial resulta muy difícil, dada la complejidad de su determinación, aun cuando el hecho, conducta o situación constituya un acto generalizado o resulte válido y permitido en la sociedad. Para fundamentar una máxima de la experiencia se requiere de un cierto grado de reconocimiento de su validez que no sea contrario ni, mucho menos, irrazonable. Ergo, se debe realizar con rigurosidad y anteponiéndose al propio

criterio personal y el sentido común.

10. Bibliografía

- Atienza, M. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Lima: Palestra, 2015.
- Contreras, C. «Valoración de las pruebas de declaración de personas en segunda instancia». Tesis doctoral. Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, 2015.
- González, D. *Questio facti. Ensayos sobre, causalidad y acción*. México: Montanara, 2013.
- León, M. Á. «Curso de teoría de los enunciados jurídicos. Reglas y principios». Materiales de clase. Lima: PUCP, 2021.
- Macagno, F. y D. Walton. «Presunciones de la argumentación jurídica». *Ratio Juris* 25, 3 (2012): 271-300.
- Neyra, J. *Manual del nuevo proceso penal y litigación oral*. Lima: Idemsa, 2010.
- Nieva, J. *La valoración de la prueba*. Barcelona: Marcial Pons, 2010.
- Oberg, H. «Máximas de la experiencia». *Revista de Actualidad Jurídica* 10 (2004).
- Parra, J. «Razonamiento judicial en materia probatoria», Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de investigaciones Jurídicas de la UNAM. (México, 2012). <http://biblio.juridicas.unam.mx/7/3069/7.pdf>.
- Pérez, J. «La prueba indiciaria». En *La prueba en el proceso penal*. Lima: Gaceta Jurídica, 2018.

San Martín, C. «Prueba por indicios». Poder Judicial del Perú. Sistema Nacional Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios. <https://pj.gob.pe>.

San Martín, C. *Derecho procesal penal. Lecciones*. Lima: INPECCP, 2020.

Schauer, F. 2003. *Profiles, Probabilities and Stereotypes*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

Taruffo, M., *La prueba*. Barcelona: Marcial Pons, 2008.

Taruffo, M., *Páginas sobre justicia civil*. Barcelona: Marcial Pons, 2009.

Sentencias y resoluciones judiciales

Expediente 08562-2013-PHC/TC La Libertad, Jack Wilfredo Castillo Castillo, de fecha 19 de agosto de 2015.

Expediente 002822-2019-90-1401-JR-PE-03. Juzgado Supraprovincial Colegiado de Ica.

Expediente 0031-2019-10-5001-JR-PE-01. Segunda Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente.

Recurso de Nulidad 902-2012. Corte Suprema de Justicia.

Sentencia 19-2001-A.V. de la Sala Especial de la Corte Suprema de Justicia, en contra de Alberto Fujimori Fujimori.

Recurso de Nulidad 300-2021-Cusco Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República.

Resolución 0031-2019-10-5001-JR-PE-01. Segunda Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente.

MUJERES EN EL TRABAJO: ANÁLISIS DE LAS DESIGUALDADES SALARIALES DESDE UNA PERSPECTIVA COMPARADA ENTRE BRASIL Y PERÚ

Women at work: analysis of the wage inequalities from a comparative perspective between Brazil and Peru

Autoras: Maria Cecília Máximo Teodoro*
Maria Luiza Simplicio Rodrigues**

REVISTA

LP Derecho

Maria Cecília Máximo Teodoro
Maria Luiza Simplicio Rodrigues

«Mujeres en el trabajo: análisis de las desigualdades salariales desde una perspectiva comparada entre Brasil y Perú».

Revista LP Derecho.

4 (2023): 138-149.

Recibido: 10/10/2022

Aprobado: 19/01/2023

Resumen

Este artículo busca plantear la cuestión de las desigualdades salariales desde la perspectiva del Sur global, tejiendo aspectos comparativos entre Brasil y Perú. A pesar de los notorios avances, la desigualdad de género en el mundo del trabajo es un problema persistente, especialmente en el continente latinoamericano, donde la situación se suma a varios otros frentes de derechos humanos y fundamentales. Este trabajo pretende analizar las disposiciones legales de Brasil y Perú relativas a la protección del trabajo de las mujeres desde una perspectiva comparada, y destacar la contribución de una perspectiva decolonial para promover realmente la igualdad de género, con el objetivo principal de demostrar los aspectos que deben observarse para un cambio práctico real.

Palabras clave:

desigualdades salariales, trabajo femenino, igualdad de remuneración, protección del trabajo.

Abstract

This article seeks to raise the issue of wage inequality from the perspective of the global South, weaving in comparative aspects between Brazil and Peru. Despite notorious advances, gender inequality in the world of work is a persistent problem, especially in the Latin American continent, where the situation adds up to several other human and fundamental rights fronts. This paper aims to analyze the legal provisions in Brazil and Peru regarding the protection of women's work from a comparative perspective, and to highlight the contribution of a decolonial perspective to truly promote gender equality, with the main objective of demonstrating aspects that must be observed for a real practical change.

Keywords

wage inequality, women's work, equal pay, labor protection.

* Maria Cecília Máximo Teodoro - Pós doutoranda pela UnB. Pós-Doutora em Direito do Trabalho pela Universidade de Castilla-La Mancha com bolsa de pesquisa da CAPES. Doutora em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela USP - Universidade de São Paulo. Mestre em Direito do Trabalho e Graduada pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professora do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da PUC Minas. Líder do Grupo de Pesquisa RED - Retrabalhando o Direito. Pesquisadora. Autora de livros e artigos jurídicos. Advogada-sócia no MÁX.OLI Advogados. Palestrante Tedx.

 <https://orcid.org/0000-0003-3239-8394>

** Maria Luiza Simplicio Rodrigues - Graduada em Direito pela PUC/MG. Pesquisadora no grupo de pesquisa LEGENTES e do Grupo de Estudos Alain Pellet. Monitora da disciplina Teoria da Constituição (2020/1), na PUC Minas. Realiza iniciação científica pelo PIBIC/FAPEMIG, com o projeto de pesquisa intitulado: «A violência aos corpos femininos pela ótica do feminismo decolonial de Françoise Vergès». Autora de artigos. Estagiária no MÁX.OLI advogados.

 <https://orcid.org/0000-0001-9099-0981>.

1. Introducción: el legado histórico de la discriminación contra la mujer en el mercado laboral

La persistencia de la discriminación salarial por género, a pesar de una serie de desarrollos para las mujeres en el mercado laboral, plantea interrogantes sobre cuáles son los determinantes que culminan en la desigualdad y cómo enfrentarla. Las últimas estimaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) para 2020 apuntan al hecho de que las mujeres ganan alrededor de un 20 % menos que los hombres por hora trabajada a nivel mundial. Aun así, según el Foro Económico Mundial, en las condiciones actuales, el mundo necesitará 257 años para superar la desigualdad de género en el lugar de trabajo.

Es necesario, sin embargo, señalar la relevancia del debate sobre la discriminación en América Latina. Los datos difundidos por la OIT antes mencionados ya denuncian la enorme discrepancia a nivel mundial, pero, con relación al continente latinoamericano, apuntan a una desigualdad muy acusada: en América Latina y el Caribe, las mujeres ganan 17 % menos que los hombres por hora de trabajo.

Un estudio realizado por el Instituto Brasileño de Geografía y Estadística (IBGE) en 2019 mostró que en Brasil las trabajadoras ganan, en promedio, un 20,5 % menos que los hombres. En el Perú, la brecha salarial entre hombres y mujeres aumentó del 19 al 21 % en 2020.

Esta realidad pone de manifiesto la importancia de una discusión desde el Sur global, proporcionando así un análisis

decolonial del tema. Las experiencias de las mujeres afrodescendientes, indígenas y racializadas, que constituyen la matriz de la sociedad latinoamericana, deben tomarse como antecedentes del debate. De esta forma, se invoca la perspectiva del pensamiento de Françoise Vergès, una pensadora contemporánea que propone el feminismo decolonial a partir de un análisis multidimensional de la opresión social. La autora entiende que es fundamental considerar que raza, clase y género no son categorías mutuamente excluyentes ni categorías jerárquicas. Está claro, además, que en el sur global la discriminación salarial con relación a las mujeres se suma a la precariedad del trabajo. Esta práctica, por lo tanto, nos ayuda a comprender la situación real de las mujeres en América Latina, especialmente en Brasil y Perú.

El concepto de *decolonialidad* se presenta como una perspectiva radical del feminismo para cuestionar el modo de sociedad en que vivimos, buscando la construcción de alternativas emancipadoras para las mujeres —especialmente las del Sur global—. La colonialidad, como expresión de poder, puede verse en la ocultación de la historia de los pueblos colonizados y en la invisibilidad de sus luchas, memorias y vidas en las reflexiones teóricas producidas por una academia predominantemente blanca y eurocéntrica. Así, la decolonialidad está representada por el espacio concedido a la historia de las mujeres y de los pueblos colonizados, así como por una insurgencia contra el proceso de colonización basado en el conocimiento eurocéntrico.

Al insertar a las mujeres latinoamericanas en el debate, es necesario, sobre todo,

resaltar la formación de su identidad. Según Hall¹, el tema habla de identidad desde una posición histórica y cultural; en ese sentido, la figura de la mujer latinoamericana se construye en un contexto de pobreza, servilismo y violencia.

Las relaciones laborales existentes en el período colonial en las Américas española y portuguesa incidieron directamente en las formas de explotación del trabajo en el continente y, sobre todo, conformaron la precariedad del trabajo que atraviesa la historia de los países latinoamericanos. Así, la actual condición del trabajo en América Latina refleja su pasado como colonia de explotación, ya que, a pesar de haberse incorporado la economía del continente a la economía mundial capitalista, sigue siendo una economía colonial dependiente.

Es esencial enfatizar, inicialmente, que existe un vínculo intrínseco entre el colonialismo y la división internacional del trabajo, relacionado con la composición del sistema capitalista periférico, en el que se insertan Brasil y Perú, en un contexto que debe analizarse desde una perspectiva decolonial. Según Aníbal Quijano:

Esta colonialidad del control del trabajo determinó la distribución geográfica de cada una de las formas integradas en el capitalismo mundial. En otras palabras, determinó la geografía social del capitalismo: el capital, en la relación social de control del trabajo asalariado, era el eje en torno al cual se articulaban todas las demás formas de control sobre el trabajo, sus recursos y sus productos. Esto lo hizo dominante sobre todos ellos y le dio un

carácter capitalista al conjunto de tal estructura de control del trabajo.²

Quijano señala también que la estructura de poder mundial consolidada en América Latina actúa en el control del trabajo y sus productos, en el control de género y familia, y en la intersubjetividad de cada ciudadano. Del análisis de la formación del continente se pueden inferir las transversalidades que inciden en la vida de las mujeres latinoamericanas; es decir, es necesario partir de la problematización de que, con una intensa explotación de la mujer en el escenario mundial, en América Latina se amplifican y potencian, evidenciando el abismo de los efectos de las desigualdades de género.

Otro aspecto relevante que se debe mencionar, y que se suma a la división internacional del trabajo, es la división sexual del trabajo, que genera una grave dicotomía. En efecto, la esfera de la producción presenta, de un lado, el *espacio público*, simbolizado por la fábrica y considerado como campo masculino, y, de otro lado, la *esfera de reproducción* o *espacio privado*, representado por la casa, considerado como territorio femenino. Esta configuración se basa en el antagonismo entre géneros, pero se extiende a la intensidad de la explotación que se sufre.

A lo largo de la historia, se ha diseñado un modelo de familia en el que la madre debe dedicarse al cuidado y educación integral de sus hijos, en cuyo contexto los

1 Stuart Hall, *A identidade cultural na pós-modernidade*. 7.ª edición. Río de Janeiro: DP&A, 2003.

2 Aníbal Quijano, «Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina», en Lander, Edgar (org.), *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales*. Buenos Aires: Clacso/Unesco, 2000).

espacios públicos serían derecho de los hombres, vistos como los principales productores en el modelo económico capitalista y cabeza de familia. De este modo, la maternidad se convierte en la ocupación principal de la mujer, la cual ni siquiera es reconocida como verdadero trabajo (no remunerado); de hecho, la responsabilidad no se comparte con los hombres en la división sexual del trabajo.

Por lo tanto, la ausencia de una división armónica de las tareas del hogar y el cuidado de los hijos persiste como un obstáculo para la emancipación de la mujer y la conquista y permanencia plena en el mercado de trabajo, ya que la sobrecarga a la que se ve sometida la mujer por las tareas domésticas y de cuidado de los hijos se traduce en un verdadero segundo día de trabajo, menoscabando su disponibilidad y su capacidad psíquica y física para mantener sus puestos de trabajo.

2. Comparativo Brasil/Perú sobre medidas legales y sociales para la igualdad de remuneración entre hombres y mujeres: el contexto peruano del trabajo femenino

En lo relativo a los aspectos comparativos entre Brasil y el Perú, los materiales adoptados para el análisis fueron las principales disposiciones legales relacionadas con el tema de la igualdad salarial, que comprenden las disposiciones constitucionales y las principales leyes sobre el tema en ambos países. Los aspectos jurisprudenciales, a partir de la investigación realizada, aún encuentran dificultades para pronunciarse sobre un entendimiento único, especialmente debido a la ausencia de participa-

ción femenina en las decisiones relacionadas con el tema.

En Brasil, la norma que regula el trabajo es la Consolidación de las Leyes del Trabajo (CLT), la cual se analiza en detalle y por separado en este trabajo, debido a su importancia en el derecho jurídico y laboral brasileño.

Al promover un análisis de las condiciones del trabajo femenino en el Perú, se destaca inicialmente que la Constitución Política de 1993 establece en el artículo 23 un mandato para prevenir la discriminación en el ámbito laboral: «Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o menoscabar la dignidad del trabajador». El artículo 26 expresa: «En las relaciones laborales se respetarán los siguientes principios: 1. Igualdad de oportunidades sin discriminación. 2. Carácter inalienable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley. 3. Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma».

Al igual que en Brasil, la Constitución peruana consagra el derecho a la igualdad, pero sin ubicar su aplicación en el mundo fáctico de las relaciones laborales. Según datos de la Encuesta Nacional de Hogares, la brecha salarial entre hombres y mujeres en el país aumentó 19 % en 2020 y 25 % en 2021. Al analizar la remuneración por edad, nivel educativo y actividad en términos económicos, la brecha aumentó un 24 % en 2020 y un 35 % en 2021.

Además de las disposiciones constitucionales, la Ley 30709 ocupa un lugar

destacado en el ordenamiento jurídico del país. El dispositivo, denominado «Ley que prohíbe la discriminación salarial entre hombres y mujeres», busca promover la igualdad de oportunidades en las relaciones laborales para ambos géneros. En su artículo 1, establece que tiene como objetivos principales «prohibir la discriminación retributiva entre hombres y mujeres, mediante la determinación de categorías, funciones y remuneraciones que permitan la ejecución del principio de igual remuneración por igual trabajo».

De acuerdo con su objetivo principal, la Ley 30709 peruana determina categorías y funciones que permiten la ejecución del principio de igual remuneración por igual trabajo, además de exigir igual remuneración en distintos trabajos, pero de igual valor. Cabe mencionar que, en el Perú, las disposiciones de la ley alcanzan únicamente a los trabajadores del sector privado, puesto que los trabajadores del sector público están sujetos al régimen laboral del Decreto Legislativo 728.

Es importante señalar que la Ley 30709 presenta aspectos más precisos (como la obligación de categorizar los puestos de trabajo), además de exigir el mantenimiento de registros detallados de la empresa para combatir efectivamente la discriminación salarial por razón de género. La norma citada también presenta avances al plantear la necesidad de explicar la metodología aplicada para determinar el valor relacionado con cada cargo en la empresa, además de identificar criterios que puedan justificar remuneraciones diferentes en funciones de igual valor (experiencia, tiempo en la empresa, productividad, disposiciones de negociación colectiva, entre otros).

Un aspecto innovador de la norma es la obligación del empleador de constituir un Comité de Igualdad Salarial, el cual debe estar integrado por representantes del empleador y de los trabajadores de la empresa, y refuerza además la necesidad de una participación equitativa de hombres y mujeres en su composición. Si bien no aborda algunos temas relevantes, como el grado de limitación del poder de dirección del empleador, la aplicación de la ley en los contratos de tercerización, entre otros, sus disposiciones demuestran que la desigualdad salarial en el país se debate en las políticas públicas.

También cabe señalar que el Perú ratificó el Convenio 100 de la OIT sobre Igualdad Salarial en 1960, en el cual la igualdad salarial entre mujeres y hombres se refiere a obtener una remuneración equitativa por un trabajo que, aunque diferente, tiene el mismo valor.

En 2007 se promulga la Ley 28983, «Ley de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres», que en el artículo 6, literal f, establece como directriz gubernamental:

Garantizar el derecho al trabajo productivo, ejercido en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana, incorporando medidas encaminadas a evitar cualquier tipo de discriminación en el trabajo, entre mujeres y hombres, en el acceso al empleo, en formación, promoción y condiciones de trabajo, e idéntica remuneración por trabajo de igual valor. Se incluyen entre los derechos laborales la protección contra el acoso sexual y la armonización de las responsabilidades familiares y laborales.

Sin embargo, a pesar del reconocimiento de la necesidad de garantizar la equidad

en el trabajo, no se dieron más orientaciones sobre la aplicación de esta norma. Ante el escenario de contar únicamente con lineamientos que permitan la implementación del contenido de las leyes promulgadas, en 2019 se aprobó la Resolución Ministerial 145-2019-TR, la cual constituyó una guía metodológica para evaluar la discriminación de género. Sin embargo, este instrumento también es solo una guía de referencia, dado que las empresas pueden elegir libremente la metodología que prefieran. Cabe advertir, no obstante, que esta normativa encuentra algunas dificultades de aplicación fáctica, habida cuenta de que se remunera de acuerdo con sus especificidades y la naturaleza de las actividades realizadas.

La relevancia del tema también abarca la discusión de las licencias de maternidad y paternidad. En el Perú, el subsidio por maternidad es el salario que reciben las mujeres embarazadas para compensar el tiempo que no trabajarían por la licencia de maternidad después del parto. Las disposiciones de la Ley 26644 reconocen el salario por un período de 98 días, que debe iniciarse 49 días antes de la fecha del parto, con la posibilidad de que la madre elija la fecha de inicio previa autorización médica. El salario puede perderse o suspenderse en algunas situaciones, como la pérdida del empleo, la realización de un trabajo remunerado durante el período y el abandono de tratamientos y prescripciones médicas.

A partir de la Ley 29409 se regula, asimismo, la licencia de paternidad, en virtud de la cual todo trabajador puede tener diez días de descanso remunerado por el nacimiento de un hijo. No se pue-

de renunciar a él y no se puede reemplazar por el pago, pero es claro que la cantidad de días otorgados todavía refleja la cultura patriarcal de los legisladores, con un período más corto dirigido al padre para cuidar al niño. El período de la licencia de paternidad en el Perú puede extenderse bajo ciertas condiciones, como el nacimiento prematuro del hijo o complicaciones graves en la salud materna, por ejemplo.

Es de suma importancia analizar las reglas para las licencias de maternidad y paternidad, dado que la mayor parte de la discriminación contra las mujeres en el ámbito laboral se debe al embarazo. En el caso peruano, se permite la acumulación de licencias de maternidad y paternidad para los hombres en caso de muerte de la madre durante el parto, además del aumento del período en algunas circunstancias, como se señaló anteriormente. Sin embargo, a pesar de los aspectos positivos que genera la aplicación de la Ley 29409, su redacción refleja la cultura patriarcal, al considerar el cuidado como un deber propio de la mujer, integrado a lo doméstico y a la subjetividad.

El Perú ha ratificado también el Convenio 156 de la OIT, que muestra una perspectiva embrionaria de progreso, dado que aborda la dificultad de conciliar las responsabilidades profesionales con las familiares, estas últimas con mayor énfasis en lo que se refiere a los niños. El Convenio busca, asimismo, trasladar a los hombres el deber de cuidado dentro de la familia, lo que se considera de suma importancia para la protección efectiva de las mujeres en el mercado laboral.

Destaca en el análisis planteado en el presente artículo, como ya se dijo, la necesidad de reconocer la desigualdad salarial desde una perspectiva decolonial. Reconocer la formación de la sociedad latinoamericana es, sobre todo, comprender cómo su construcción se plasmó en la explotación del trabajo, y en las diversas discriminaciones contra las mujeres afrodescendientes, indígenas y racializadas. Son mujeres que se encuentran atrapadas en trabajos secundarios, con bajos salarios y una intensa precariedad laboral basada en la informalidad. En este contexto, las mujeres son innegablemente más susceptibles al desempleo que los hombres; se puede decir que se encuentran en un «piso pegajoso» de desigualdad.

Así, en el análisis de las disposiciones legales vigentes en el Perú sobre paridad salarial, corresponde cuestionar si la ley permite el logro de una igualdad material y efectiva, y no solo simbólica. Las leyes promulgadas en el Perú pretenden hacer efectivo el derecho a la igualdad en una perspectiva material, pero es necesario señalar que las normas no agotan su objeto prohibiendo actos discriminatorios; es necesario ir más allá. Es indiscutible que una perspectiva decolonial es de gran contribución para erradicar de manera efectiva de la desigualdad salarial entre géneros.

3. Medidas de la legislación brasileña en un aspecto comparativo con Perú

En el contexto brasileño, la Constitución de 1988 prevé la igualdad formal entre hombres y mujeres en cuanto a debe-

res y derechos, y prohíbe la brecha salarial de género. Sin embargo, la formalización no soporta la realidad del país, aunque se ha avanzado de manera considerable gracias al actuar de los movimientos sociales. Para ejemplificar la desigualdad en Brasil, en 2020 las mujeres continuaron ganando menos, incluso en cargos directivos: para ellas, la hora pagada fue de R\$ 32,35, mientras que los hombres recibieron R\$ 45,83 por hora trabajada, aun teniendo la misma educación. Así, las mujeres recibieron en promedio R\$ 3190 y los hombres R\$ 4913.

En el ordenamiento jurídico laboral brasileño, el principio de igualdad de remuneración se presenta como un mecanismo para proteger el trabajo de las mujeres. Orientada por disposiciones constitucionales, la Consolidación de las Leyes del Trabajo (CLT), principal fuente del derecho laboral brasileño, en su artículo 461 buscó establecer parámetros para trabajadores con niveles iguales de productividad y perfección técnica de su paradigma o modelo. Con el cumplimiento de ciertos requisitos, se podía reclamar la igualdad de remuneración a través de los tribunales.

Sin embargo, el mencionado dispositivo fue debilitado por la dación de la Ley 13.467/2017, conocida como «Reforma Laboral», que impulsó varios cambios en la regulación de las relaciones laborales en el país. La Reforma condujo al dismantelamiento de los derechos laborales, la implementación de formas precarias de trabajo y el debilitamiento de los sindicatos, lo que —como consecuencia— se tradujo en daños a las minorías sociales, especialmente a las mujeres.

En *El segundo sexo*, Simone de Beauvoir³ sostiene que basta una crisis política, económica y religiosa para que se cuestionen los derechos de las mujeres. Así, en medio de la realidad económica y social que vive Brasil en el contexto de la reforma, el mencionado artículo 461 sufrió modificaciones que afectaron a la paridad salarial. En este contexto, se endurecieron los requisitos para la paridad salarial, de manera que este instrumento para resolver las desigualdades salariales —especialmente por razón de género— perdió eficacia ante las exigencias de la nueva redacción de la ley.

En este escenario de cambios, es necesario analizar la redacción del artículo 461 antes y después de la Reforma Laboral. Veamos una tabla comparativa preparada para ilustrar los cambios realizados:

Redacción original	Redacción según la Ley 13.467/17
Artículo 461.- Si la función es idéntica, todo trabajo de igual valor, prestado al mismo empleador, en la misma localidad, corresponderá a igual retribución, sin distinción de sexo, etnia, nacionalidad o edad.	Artículo 461.- Si la función es idéntica, todo trabajo de igual valor, prestado al mismo empresario, en el mismo establecimiento mercantil, corresponderá a igual retribución, sin distinción de sexo, etnia, nacionalidad o edad.
§1. A efectos del presente capítulo, se entenderá por trabajo de igual valor el que se realice con igual productividad y con la misma perfección técnica, entre personas cuya diferencia de tiempo de servicio no exceda de dos años.	§1. A los efectos de este capítulo, serán considerados trabajos de igual valor los realizados con igual productividad y con la misma perfección técnica, entre personas cuya diferencia de tiempo de servicio para el mismo empleador no exceda de cuatro años y la diferencia de tiempo en la función no exceda de dos años.

3 Simone de Beauvoir, *O segundo sexo*. 2.ª edición. Río de Janeiro: Nova Fronteira, 1949.

Redacción original	Redacción según la Ley 13.467/17
§2. Lo dispuesto en este artículo no regirá cuando el empleador tenga organizado el personal en un marco de carrera, en cuyo caso los ascensos deberán obedecer a los criterios de antigüedad y mérito.	§2. Lo dispuesto en este artículo no prevalecerá cuando el empleador tenga personal organizado en una junta de carrera o haya adoptado, mediante reglamento interno de la empresa o negociación colectiva, un plan de cargos y salarios, dispensándose cualquier forma de homologación o registro ante organismo público.
§3. En el caso del apartado anterior, los ascensos se realizarán alternativamente por méritos y antigüedad dentro de cada categoría profesional.	§3. En el caso del §2 de este artículo, los ascensos podrán realizarse por mérito y antigüedad, o por uno solo de estos criterios, dentro de cada categoría profesional

Fuente: Cuadro elaborado previa consulta con el CLT.

Al analizar los cambios en el texto legal, es posible percibir las restricciones impuestas por el legislador. Las disposiciones sobre la ubicación geográfica, así como el aspecto temporal y la constitución de un marco de carrera, demuestran el debilitamiento del instituto y plantean interrogantes sobre los impactos en la vida de los trabajadores brasileños. Además de los cambios en la disposición legal, se debe destacar la ausencia de políticas públicas efectivas que busquen mitigar las desigualdades de género en el trabajo, lo que apunta a la necesidad de buscar alternativas que implementen el principio de igualdad salarial.

Según el entendimiento de Maurício Godinho Delgado:

Los cambios introducidos por la Ley de Reforma Laboral en esta importante disposición de la CLT (art. 461, *caput* y sus incisos), si se leen literalmente, se muestran como una grave restricción de los derechos de los trabajadores [...]. De esta

forma, la interpretación lógico-racional, sistemática y teleológica del nuevo texto del art. 461 de la CLT rechaza la lectura meramente gramatical y literalista de esta disposición legal, al punto de desvirtuar sustancialmente el importante instituto antidiscriminatorio de la paridad salarial.⁴

En el caso brasileño, las normas previstas en la CLT relativas a la protección del trabajo de la mujer no son efectivas en la forma necesaria para la realidad del país. Los convenios pronunciados por la OIT, así como las leyes internas, no se desprenden de una visión patriarcal arraigada en las relaciones sociales, lo que implica un intento de evitar la desigualdad de trato al combinar las funciones reproductivas y laborales de las mujeres.

Se entiende en camino la aplicación de normas protectoras a ambos géneros, en un escenario en el que se promueva la igualdad de derechos de los hombres con relación a las mujeres y que evite la desvalorización del trabajo femenino sometido a la continua explotación del capital. Aun así, es necesario combatir la premisa superficial de que la protección de la mujer debe estar justificada por la maternidad, fundamento sustentado en una cultura patriarcal que no considera la paternidad asociada al cuidado. Por lo tanto, es necesario reforzar que:

Además, como hipótesis, no parece que se trate de normas laborales insuficientes, pues en el ordenamiento jurídico existen numerosas normas para la protección del trabajo y del mercado laboral de las mujeres. Por tanto, nos parece que son, en

realidad, insuficientes, ya que confunden la protección de la infancia y la familia con la protección de la mujer y, por la desigualdad que crean en relación con los hombres, acaban convirtiéndose en un derecho del trabajo que no protege.⁵

El fracaso en el intento de proteger a la mujer en el mercado laboral brasileño se puede ver, por ejemplo, en las disposiciones sobre licencia de maternidad y licencia de paternidad. En su artículo 392, la CLT dispone que «la trabajadora embarazada tiene derecho a una licencia de maternidad de 120 (ciento veinte) días, sin perjuicio de su empleo y salario». Su principal justificación va más allá del aspecto legal, pues considera que la mujer necesita reposo por razones biológicas, además del pleno contacto con su hijo al inicio de su vida.

Sin embargo, al analizar el artículo 473, inciso III, de la CLT, que trata sobre la licencia de paternidad, se puede apreciar la diferencia de trato entre géneros en el país. Según dicho artículo, el padre puede tener cinco días de ausencia sin perjuicio del empleo y salario en caso de nacimiento del hijo. Entonces, la pregunta es: si el fundamento rector de la licencia por nacimiento de un hijo es la interacción con el hijo en su etapa inicial de vida, ¿por qué el padre debe participar de esa etapa solo por cinco días?

En este contexto, es notoria la responsabilidad femenina por el trabajo de cuidado, además de su propio trabajo

4 Maurício Godinho Delgado y Gabriela Neves Delgado, *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei nº 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017.

5 Maria Cecília Máximo Teodoro, *O direito do trabalho da mulher enquanto «teto de vidro» no mercado de trabalho brasileiro* (2017). <https://www.migalhas.com.br/depeso/258792/o-direito-do-trabalho-da-mulher-enquanto--teto-de-vidro--no-mercado-de-trabalho-brasileiro>.

reproductivo. El padre aparece en un rol secundario, dado que las construcciones sociales sustentan la idea de que el cuidado debe ser siempre una actividad femenina, a lo que se suman las actividades domésticas, las afectivas y su trabajo fuera del hogar. Todas estas actividades convergen en un solo camino: el agotamiento.

El *burnout* materno se caracteriza por ser un síndrome único y específico, resultante de la exposición prolongada al estrés de las madres; es decir, el agotamiento se produce como consecuencia de la sobrecarga física y emocional por el desempeño del rol de madre. Se define en cuatro dimensiones: agotamiento emocional, desapego emocional, saturación y contraste⁶.

Se percibe así una de las falencias de la legislación que apuntan al principal problema: el hecho de que se busca proteger el trabajo de la mujer, sin otorgar derechos —y obligaciones— equivalentes a los hombres, dejando un notorio desequilibrio que provoca la sobrecarga femenina en un mundo cada vez más emergente y globalizado.

Al tejer un patrón de comparación entre Perú y Brasil, podemos ver tímidos avances que contemplan la ley peruana. Las disposiciones legales brasileñas sobre la materia no tratan puntos específicos con respecto a la igualdad, y, como se mencionó anteriormente, el país posee el artículo 461 de la CLT para abordar temas de igualdad de género, además de incorporar

a su ordenamiento jurídico el Convenio 100 de la OIT.

En el caso brasileño, un aspecto evolutivo del tema se evidencia mediante la aprobación del PLC 130/2011, ley complementaria que modificó la CLT, en los términos de que considerar el sexo como un factor variable para efectos de la remuneración, u otros aspectos relacionados con el ejercicio profesional, dará lugar a una multa a favor del trabajador equivalente al quíntuple de la diferencia verificada durante el contrato de trabajo.

Sin embargo, cabe señalar que ambos países forman parte de un escenario pospandemia y de intensa conflictividad política en el continente latinoamericano, que sigue siendo la región más desigual del mundo:

Esta condición de colonias de explotación de los países latinoamericanos desencadenó la formación de economías subdesarrolladas que, en el siglo XX, se caracterizaron por una industrialización tardía en algunos países y por una economía agraria-exportadora en otros. En consecuencia, esta situación incidió en la conformación del mercado laboral y las relaciones laborales en los países latinoamericanos en detrimento del reconocimiento de los derechos humanos de los trabajadores.⁷

Tanto el sistema legislativo brasileño como el peruano, aunque se destacan sus diferencias económicas y sociales, tienen varias similitudes, especialmente en cuanto

6 S. Hubert *et al.*, «Parental burnout: when exhausted mothers open up», en *Frontiers in Psychology* (2018). <https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fpsyg.2018.01021/full>.

7 J. C. Martins y J. M. Pires, «O trabalho humano na América Latina: evolução histórica e condições atuais», en *Brazilian Journal of Latin American Studies* 14, 27 (2015): 11-25. <https://doi.org/10.11606/issn.1676-6288.prolam.2015.110375>.

a la forma de abordar el tema: se reconoce que la desigualdad realmente existe e impacta en la vida de las mujeres; sin embargo, la aplicación concreta de la norma encuentra barreras en los vacíos abiertos por un sistema que aún se rige por una perspectiva patriarcal.

Así, es necesario señalar el proceso de instalación de la maternidad como un rol determinado para la mujer, lo que consecuentemente implicó la construcción social de que la paternidad podía ser una opción, perspectiva que se refleja en la redacción de las disposiciones legales que tratan el tema. El papel de la maternidad está profundamente relacionado con la desigualdad salarial que sufren las mujeres, por lo que entender el tema a la luz del decolonialismo es de enorme importancia.

4. Consideraciones finales

La evolución histórica del trabajo en los países latinoamericanos permite inferir que la precariedad y la desigualdad son sus aspectos centrales. En este contexto, las mujeres, que globalmente ya sufren las más diversas discriminaciones, se encuentran en situación de vulnerabilidad en relación con la vigencia efectiva de sus derechos, especialmente en el ámbito laboral.

Delimitando el campo de análisis a Brasil y Perú, podemos ver las similitudes en el contexto económico-productivo de los países y el esfuerzo legislativo por promover la igualdad de género en el aspecto salarial. A pesar de los avances que acompañan las luchas por los derechos de las mujeres en la modernidad, los obstáculos se encuentran principalmente en la ausen-

cia de una combinación entre la ley y las políticas públicas para lograr efectivamente la igualdad salarial.

Lo que se destaca principalmente en el análisis planteado en este artículo es la necesidad de reconocer la desigualdad salarial desde una perspectiva decolonial. Reconocer la formación de la sociedad latinoamericana es sobre todo comprender cómo su construcción se plasmó en la explotación del trabajo y en las diversas discriminaciones contra las mujeres afrodescendientes, indígenas y racializadas. En este sentido, las actividades laborales de las mujeres deben entenderse desde su contexto sociohistórico y, sobre todo, analizarse desde todas sus especificidades. Las leyes de ambos países utilizan conceptos demasiado genéricos en medio de la enorme heterogeneidad de las vidas y experiencias de las mujeres latinoamericanas, lo que puede dificultar el logro de la plena igualdad salarial.

La adopción de una perspectiva decolonial en el análisis es de inmensa importancia, considerando que el proceso civilizatorio instituido por la colonización busca mantener a las mujeres solo en las funciones reproductivas y de cuidado en la sociedad. Al analizar la paridad salarial desde esta perspectiva, por lo tanto, se puede advertir con claridad que la discusión debe agregar disposiciones legales a las políticas que protegen efectivamente a las mujeres, dado que la igualdad meramente simbólica no produce efectos concretos en la vida de las mujeres brasileñas y peruanas, que forman parte de un contexto estructural de opresión que no puede resolverse meramente a través de instrumentos normativos.

5. Bibliografía

- Beauvoir, Simone de. *O segundo sexo*. 2.^a edición. Río de Janeiro: Nova Fronteira, 1949.
- Delgado, Maurício Godinho y Gabriela Neves Delgado. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei nº 13.467/2017*. Sao Paulo: LTr, 2017.
- Hall, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. 7.^a edición. Río de Janeiro: DP & A, 2003.
- Hubert, S. y I. Aujoulat. «Parental burn-out: when exhausted mothers open up». En *Frontiers in Psychology*. (Bélgica, 2018). <https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fpsyg.2018.01021/full>.
- Instituto Peruano de Economía. Brecha salarial se incrementó fuertemente y se cerraría dentro de 50 años. <https://www.ipe.org.pe/portal/brecha-salarial-se-incremento-fuertemente-y-se-cerraria-dentro-de-50-anos/>.
- Martins, J. C. y J. M. Pires. «O trabalho humano na América Latina: evolução histórica e condições atuais». *Brazilian Journal of Latin American Studies* 14, 27 (2015): 11-25. <https://doi.org/10.11606/issn.1676-6288.prolam.2015.110375>.
- Organización Internacional de Trabajo. *La brecha salarial entre hombres y mujeres en América Latina. En el camino hacia la igualdad salarial*. Lima: OIT, 2019.
- Quijano, Aníbal. «Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina». En Lander, Edgardo (org.), *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales*. Buenos Aires: Clacso/Unesco, 2000.
- Maria Cecília Máximo Teodoro. *O direito do trabalho da mulher enquanto «teto de vidro» no mercado de trabalho brasileiro*. (2017). <https://www.migalhas.com.br/depeso/258792/o-direito-do-trabalho-da-mulher-enquanto--teto-de-vidro--no-mercado-de-trabalho-brasileiro>.
- Travassos Rodriguez, Fernanda y Tereziinha Feres Carneiro. «Maternidade tardia e ambivalência: algumas reflexões». Río de Janeiro, 2013. Vol. 45, n.º 1, pp. 111-121. *Tempo Psicanalítico* 45, 1 (2013): 111-121. <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/tpsi/v45n1/v45n1a08.pdf>.