

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE



# IPSO JURE

AÑO 12 N° 48 FEBRERO 2020

POR UNA MEJORA EN LA CALIDAD DEL SERVICIO DE IMPARTICIÓN DE JUSTICIA



## PRESENTACIÓN



**Oscar Burga Zamora**  
**Presidente de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque**

# CONSEJO DIRECTIVO DE LA REVISTA IPSO JURE

- Dr. Oscar Burga Zamora. Presidente de Corte y Presidente del Consejo Directivo de la revista.
- Dr. Edwin Figueroa Gutarra, director de la revista y representante de los señores Jueces Superiores.
  - Dra. Blanca Cervera Dávila, en representación de los señores Jueces Especializados
- Dres. Willy López Fernández, Hellen Guevara Jiménez, Carla Paredes Ciccía y Evelyn Alejo Quiroz, en representación de los señores Jueces de Paz Letrados
  - Auxiliares jurisdiccionales de apoyo: Kelly Mego Alarcón

NUMERO DE DEPÓSITO LEGAL 2014-07044



# INDICE

|  |    |
|--|----|
| <b>PALABRAS DEL DIRECTOR</b>   | 5  |
| .....  |    |
| <b>ESTUDIO COMPARATIVO ENTRE LOS SISTEMAS INTERAMERICANO Y EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS</b><br><i>EDWIN FIGUEROA GUTARRA</i>                            | 6  |
| .....  |    |
| <b>¿TIENE UN FUTURO LA FILOSOFÍA DEL DERECHO?</b><br><i>MANUEL ATIENZA RODRÍGUEZ</i>   | 28 |
| .....  |    |
| <b>A PROPÓSITO DEL DECRETO DE URGENCIA N° 016-2020<br/>LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO NO PUEDEN SOSLAYARSE</b><br><i>OMAR TOLEDO TORIBIO</i>   | 35 |
| .....  |    |
| <b>EL PRINCIPIO DE HUMANIDAD DE LAS PENAS:<br/>ANÁLISIS LEGISLATIVO, DOCTRINARIO Y JURISPRUDENCIAL</b><br><i>MARTIN TONINO CRUZADO PORTAL</i>          | 42 |
| .....  |    |
| <b>LAS NUEVAS FORMAS DE LA RELACIÓN LABORAL EN LA SOCIEDAD DE CONSUMO</b><br><i>RONALD FABIÁN DÍAZ CORREA</i><br><i>HILDA MANUELA PISCOYA GONZÁLES</i> | 62 |



## PALABRAS DEL DIRECTOR

Estimados amigos:

Qué duda que las experiencias de capacitación para todo profesional resultan siempre harto provechosas, pues se trata de vivencias de estudios, pero a la vez también de enriquecimiento cultural, y en ello va cierto matiz, incluso, de conocimiento de otras formas de pensar, de otras realidades y de diversos enfoques respecto al Derecho, en el caso de nosotros los jueces.

Nos referimos en específico a la extraordinaria oportunidad que ha significado para la persona de este Director de la revista, haber tomado parte en el último curso de Formación Judicial Especializada 2019 en la Escuela Judicial de Barcelona, programa al cual accedimos en calidad de becarios del Consejo General del Poder Judicial de España.

Ciertamente fue muy enriquecedor tomar parte en la instrucción antes referida, abordando, junto a otros 27 colegas de distintos países de Iberoamérica y también con alumnos de la Escuela Judicial, una visión en esencia del Derecho español durante casi tres meses y medio, comprendidos entre setiembre y diciembre del año que acaba de culminar. Y a nuestro juicio, la parte más enriquecedora de la experiencia fue tomar parte en visitas a diferentes ciudades, entre ellas Madrid, donde tuvimos acceso formal a entrevistas con miembros del Consejo General del Poder Judicial, del Supremo Tribunal, del Tribunal Constitucional y de la Audiencia Provincial de Madrid, a efectos de conocer in situ los sistemas de trabajo de estas importantes instituciones del sistema jurídico español.

Adicionalmente, estuvimos en Estrasburgo, Francia, donde visitamos el Parlamento Europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Consejo de Europa. Cerramos nuestras visitas, en diciembre, con una visita final al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Vcon sede en Luxemburgo, y aunque en verdad fueron días muy lluviosos y de extremo frío, pues las experiencias fueron de suyo muy valiosas.

En Barcelona también hubo visitas de relevancia. Estuvimos en la Ciudad de la Justicia, un extenso complejo de instituciones del sistema de justicia en esa ciudad, y además participamos en visitas guiadas a la Guardia Civil y a la Policía Autonómica de Barcelona, más conocida como los Mossos de Squadra. También hubo experiencias académicas de valor, como un evento referido a los 50 años de vigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos en la Universidad Pompeu Fabra, entre otras actividades que la Escuela programó dentro de la actividad becaria.

El balance, entonces, resulta muy positivo, y nos lleva a esa vieja reflexión respecto a si los jueces debemos ser solo muy celosos de nuestro Despacho, o por el contrario, si deben abrir sus experiencias de trabajo, también, a conocer otras realidades, y quizá pueda devenir entonces muy útil, igualmente, conocer cómo trabajan aquellos sistemas jurídicos que hacen las cosas mejor que nosotros, en el sentido de que efectivamente hay una praxis consolidada de los Estados europeos para una capacitación más integral en la formación de sus jueces.

En nuestro caso, nos decantamos por la segunda posibilidad, pues es más congruente con un nivel de exigencias formativas: si queremos mejores elementos para el sistema de justicia, pues es razonable que se invierta en capacitación, o en su caso, en asumir políticas macro de capacitación en el exterior, a fin de que los jueces puedan asumir una visión más amplia del Derecho, y esto en propiedad influye en las propias resoluciones, pues el juez no se ciñe solo a su realidad específica, sino compara, contrasta y contrapone las diferentes respuestas que abordan los ordenamientos jurídicos frente a problemas concretos.

A modo de balance, entonces, y como hemos aseverado en una de nuestras conferencias réplica a propósito de esta experiencia, hemos recomendado, con convicción, a todos nuestros colegas jueces optar y decidirse por tomar parte en este valioso programa de la Cooperación española, en tanto enriquece la perspectiva del juez respecto al mundo del Derecho, confiriéndole una visión más global del mismo. Y como añadido final, pues vaya con énfasis nuestro sentido agradecimiento a la Escuela Judicial por habernos honrado con la experiencia académica de haber podido formar parte de la misma. No descartamos algún día volver a pisar sus aulas otra vez.

Hasta la próxima edición.

**Edwin Figueroa Gutarra**  
Director



# ESTUDIO COMPARATIVO ENTRE LOS SISTEMAS INTERAMERICANO Y EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Edwin Figueroa Gutarra<sup>1</sup>



## Sumario

**Introducción. 1. La dimensión de los derechos humanos en la escena contemporánea 2. Una descripción referencial de los sistemas interamericano y europeo de dd.hh. 3. Similitudes entre ambos sistemas 4. Diferencias relevantes entre los modelos interamericano y europeo. 5. Retos a futuro respecto a los sistemas interamericano y europeo. Conclusiones**

## Introducción

Abordar un estudio comparativo entre los sistemas interamericano y europeo de derechos humanos involucra escrutar dos caras de una misma moneda, en la medida que las dos tradiciones de defensa de los derechos humanos, si así las podemos llamar, apuntan a un mismo objetivo, aunque a través de caminos distintos, cual es la defensa de la persona humana en su sustrato más valioso: el de la dignidad. Comparten ambos sistemas, a su vez, un esbozo jurisdiccional de defensa de aquellas libertades ciudadanas que resumen el *Volksgeist*, o espíritu del pueblo, con miras a construir estándares mínimos de defensa de los derechos de las personas, así como constantes retos de implementación de los derechos inalienables de la persona en los Estados parte, tanto del sistema interamericano como del europeo de derechos humanos.

En esa línea de enfoque, busca este estudio, en forma muy puntual, desarrollar un panorama comparativo entre los sistemas referidos, en el mejor propósito de describir cuánto se ha avanzado, cuáles son los logros sustantivos de ambos esquemas, y en especial, cuáles son los retos a enfrentar a futuro por parte de ambos supra ordenamientos.

Ambos esquemas de defensa de los derechos humanos comparten, vale la reiteración, una misma preocupación: la defensa de la persona humana, a través de fallos jurisdiccionales que, precisamente, asumen un importante estándar de vinculatoriedad, mecanismo que puede ser entendido desde una visión dinámica y no estática de los derechos humanos. Y enfatizamos este aspecto de la dignidad, pues a pesar de significar, en principio, un concepto jurídico indeterminado, es menester puntualizar, de la misma forma, que es construcción jurisprudencial de las Cortes el aporte base para que esa idea difuminada de la dignidad vaya adquiriendo consistencia, y se definan mejor sus parámetros a través de los casos concretos que representan las decisiones de fin de las más altas Cortes sobre los derechos humanos.

A este respecto, estos altos Tribunales orientan su jurisprudencia hacia estándares que buscan desarrollar el núcleo duro de los derechos humanos, reservando espacios que, a

<sup>1</sup> Doctor en Derecho. Juez Superior Distrito Judicial Lambayeque, Poder Judicial del Perú. Profesor de la Academia de la Magistratura del Perú. Docente Área Constitucional Universidad San Martín de Porres, Filial Chiclayo. Ex becario de la Agencia Española de Cooperación Internacional AECID. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y de la International Association of Constitutional Law. (IACL). efigueroag@pj.gob.pe

manera de contenidos esenciales, no pueden ser soslayados ni por el legislador ni tampoco pueden ser objeto de afectación grave por parte de los agentes del Estado, en cualesquiera manifestación de los derechos humanos con relevancia jurídica. En rigor, entonces, nos ocupamos de afianzar entre ambos sistemas esquemas similitudes que comparten una línea común, cual es la defensa material, de fin último, de la persona humana.

A su turno, creemos que las diferencias entre ambos sistemas tienden a ser mucho menores que las aquí anotadas, en tanto la diversidad de estos esquemas apunta mucho más a temas de formas y de procedimientos, manteniéndose en su caso la esencia propia de una sistemática que avanza desplazando, algunas veces y otras tantas también, los modos verticales y anómicos de defensa de los derechos humanos, de que adolece el principio de legalidad. Sobre este mismo particular, no dejamos de lado la relevancia que le asiste en todo sistema al principio de legalidad, como columna vertebral de todo ordenamiento jurídico, y sin embargo, si el derecho es extremadamente injusto, pues se hace necesaria e inevitable, así como impostergable, la defensa de los derechos humanos a través de la misma fórmula de Radbruch, la cual a su vez desplaza al derecho hiperlativamente injusto, en cuanto manifiesta lagunas, ambigüedades y vaguedades respecto a la exigencia de defensa material de los derechos humanos.

## 1. La dimensión de los derechos humanos en la escena contemporánea

La referencia a los derechos humanos hoy nos remite al concepto de *persona* y esa evolución ciertamente ha tomado mucho tiempo en afianzar la dimensión que hoy los sistemas regionales de derechos humanos promueven.

En la Grecia antigua, la dimensión de los derechos humanos, o propiamente la condición de ciudadano que podía ejercer sus derechos como tal, solo involucraba el concepto de *hombre libre*, o ciudadano de la *polis* griega. Por oposición, la exclusión era manifiesta con relación a las mujeres, los esclavos y los extranjeros, también denominados metecos, grupos que en conjunto no podían ejercer ningún tipo de derecho de autodeterminación, dada la ostensible segregación de las democracias griegas respecto a los no ciudadanos.

Fue necesario que llegara el siglo XX y más aún, que la Segunda Guerra Mundial concluyera con su doloroso saldo de decenas de millones de vidas perdidas, para que la humanidad volviera la vista hacia la idea de la importancia de enfatizar el respeto por la persona humana, y no solo desde las Cartas Fundamentales de los propios Estados, sino también a través de sistemas jurisdiccionales que a su vez promovieran políticas públicas de protección de los derechos humanos.

Entonces, la evolución de los derechos, en sentido amplio, fue notoria desde la perspectiva misma y vaga de un derecho subjetivo en cuanto tal, en sola referencia a la persona, para luego hacerse mención a derechos subjetivos públicos que a su vez ya comprendían una percepción de existencia por parte del Estado, y del reconocimiento de éste hacia los ciudadanos en cuanto a un margen básico de derechos, en tanto un poder político organizado fijaba los parámetros de la vida en sociedad. Es aquí que comienza una consolidación aún tímida del concepto de derechos fundamentales, para referirnos, poco después ya, a las garantías constitucionales propias de los Estados hacia sus



ciudadanos, y de ahí se promovió el gran salto que a su vez involucra hoy la existencia material y amplia de los derechos humanos.

La noción anterior merece una precisión de relevancia: los derechos humanos como tales datan de mucho antes, tienen una connotación implícita con la existencia de la misma humanidad en sus albores. Sin embargo, el salto cualitativo se produce con los sistemas jurisdiccionales de derechos humanos, en cuanto se reafirma una dimensión más material y por supuesto procedimental, en clave de mejora, de los derechos humanos. Bajo esa pauta, en la escena contemporánea una garantía constitucional recibe doble protección: desde la misma perspectiva de los sistemas nacionales de derechos que consagran la especificación de un derecho fundamental, con lo cual se satisface una positivización de entrada de los derechos del ciudadano, siendo prueba de ello las clasificaciones formales de derechos fundamentales, tanto en las Normas Fundamentales de los Estados como, de suyo, en los Códigos Sustantivos y Adjetivos en muchas democracias del mundo, hasta la dimensión misma de los derechos humanos, de los cuales suele hablarse en los sistemas jurisdiccionales supranacionales de derechos.

En esa ruta de pensamientos, el derecho a la vida, por ejemplo, recibe protección como derecho fundamental a través de un sistema nacional de protección de un Estado, pero a la vez también es objeto de protección a través de un sistema supranacional de protección, en cuanto se le reconoce dentro del catálogo de derechos humanos que son objeto de primera protección a través de instrumentos como las Convenciones Americana y Europea de Derechos Humanos. Pareciera entonces advertirse que el derecho a la vida fuera a la vez que derecho fundamental también derecho humano, lo que podría acarrear algún margen de posible confusión. Sin embargo, nuestra observación nos dice, entonces, que se trata, en ambos casos, del mismo derecho y sin embargo, la diferencia es sutil en cuanto la única diferencia se vincula al ámbito de protección del derecho, sea nacional o supranacional. Si la protección es de orden nacional, se le suele llamar al derecho a la vida, derecho fundamental, y si acaso la controversia alusiva a este derecho fuera a definirse en el escenario supranacional, estaríamos frente a un derecho humano.

## **2. Una descripción referencial de los sistemas interamericano y europeo de DD.HH.**

América y Europa comparten una misma preocupación por los derechos humanos hoy, a través de sus sistemas supranacionales de protección de estos conceptos. Ambos continentes partimos de una visión pionera de defensa de los derechos humanos y ciertamente es el siglo XX, específicamente concluida la segunda gran conflagración mundial, considerada el punto de partida para una consolidación de políticas públicas orientadas a construir sólidos sistemas jurisdiccionales de defensa de los derechos humanos.

El sistema europeo de derechos humanos empezó la sistematización de su ordenamiento supranacional en el año 1950, como consecuencia de la entrada en vigor del Convenio para la Protección de las Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, también





denominado Convenio Europeo de DD.HH.,<sup>2</sup> norma que a su vez nos remite a la organización de un sistema de tutela más allá de las fronteras nacionales. Con la entrada en vigor del Protocolo 11 en el año 1959, oportunidad en que entra en funciones el Tribunal Europeo de DD.HH., se configura en la praxis el reto principal de la vinculación de los fallos de una Corte supranacional a fin de que los países parte del sistema, se vieran en la obligatoriedad de respeto por las líneas matrices de protección de los derechos humanos.

La experiencia de la Unión Europea, incluso, comprende un mismo propósito, es decir, si existe una organización transfronteriza de cierto tipo de vicisitudes a defender en común, pues era más difícil que los militarismos galopantes de la primera mitad del siglo XX pudieran repetir la aventura que tanta muerte y destrucción en su momento acarrió. De esa forma, una preocupación por organizar una comunidad del carbón y el acero, materiales necesarios para construir armas, condujo a que los propósitos belicistas de algunas naciones, se vieran retraídos. De ahí la fuerza de las organizaciones comunes con propósitos afines de defensa ante propósitos belicistas.

La experiencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos comienza de forma similar, en la idea de que la jurisdiccionalidad de los derechos humanos pudiera trasvasar las fronteras nacionales y, fundamentalmente, pudiera comprender que un país fuera sancionado si incurría en prácticas contrarias a las líneas transversales de protección de los derechos humanos.

El sistema europeo ha avanzado, desde entonces, de forma sustantiva, en cuanto 47 países que forman el hoy denominado Consejo de Europa, han acordado someterse a la jurisdicción supranacional de una Corte, sin que ello signifique, en modo alguno, perder autonomía ni soberanía, a efectos de sujetarse a las decisiones de un Tribunal, que por su diversa composición de nacionalidades, hace complejo que pudiera acaso especularse alguna sospecha de configuración de un fallo unilateral contra el país puesto en el banquillo de los acusados por afectaciones a los derechos humanos.

De esa forma, el Convenio Europeo de Derechos Humanos fija elementos de protección matriz para los derechos tutelados por ese instrumento, en el cual la nota distintiva es, en rigor, que la interpretación de los derechos por parte del propio Tribunal, adquiere un rasgo de tutela bajo criterios de vinculación regional. A ese efecto, no deja de ser importante la mención al artículo 27<sup>3</sup> de la Convención de Viena sobre los Tratados, en

---

<sup>2</sup> LOPEZ GUERRA, Luis. “*EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE Y «LE MOUVEMENT NÉCESSAIRE DES CHOSES»*.” En *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, 2017, pp. 163.

Disponible en:

<file:///F:/TRABAJO%20DE%20INVESTIGACIÓN%20ESCUELA%20JUDICIAL%202019/LECTURA%20Lopez%20Guerra%20El%20Tribunal%20Europeo%20De%20Derechos%20Humanos%20.pdf>

En forma adicional y en vía comparativa, este trabajo del profesor López Guerra describe un importante ejercicio de comparación entre dos sistemas, que a su vez apuntan a la protección de las libertades fundamentales: de un lado el mismo Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y por otro, el sistema de justicia de la Unión Europea, el cual también apunta, bajo ciertas especificaciones, a que sean defendidos los derechos fundamentales de los ciudadanos.

<sup>3</sup> Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Suscrita en Viena, Austria el 23 de mayo de 1969, Entró en vigencia el 27 de enero de 1980.



cuanto los Estados deben observar los Tratados de los cuales son parte, sin que puedan invocar cuestiones de autonomía nacional para omitir su aplicación.

El sistema americano comienza mucho después,<sup>4</sup> imbuido de la misma tendencia febril por la construcción de un sistema regional de protección de los derechos humanos. La ola de Constituciones con líneas de tutela por los derechos humanos, cuyos puntos de máxima fuerza alcanzan un alto referente entre 1945 y 1978,<sup>5</sup> logra un punto de consolidación de suma importancia con la adopción de la Convención Americana de Derechos Humanos en el año 1969. Sin embargo, es de señalarse que el sistema demoró en consolidarse, pues es recién en el año 1978 que la Convención entra en vigencia, al realizarse el registro décimo primero de países signatarios de la Convención por parte de Grenada, conforme al artículo 74.2 de la Convención, y más aún, recién fue en 1987

---

*PARTE III. Observancia, aplicación e interpretación de los tratados. SECCION PRIMERA. Observancia de los tratados. (...)*

*27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.*

Adicionalmente, un valioso estudio sobre los principios de interpretación principales y complementarios de la Convención de Viena puede verse también en NOVAK TALAVERA, Fabián. “*Los criterios para la interpretación de los Tratados*”. En *THĒMIS*. Revista de Derecho 63. 2013. p. 71 y ss. Pontificia Universidad Católica del Perú.

Disponible en:

[file:///C:/Users/Usuario/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge\\_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/Dialnet-LosCriteriosParaLaInterpretacionDeLosTratados-5110708%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/Dialnet-LosCriteriosParaLaInterpretacionDeLosTratados-5110708%20(1).pdf)

Un criterio matriz a este respecto consiste en que los países no se pueden desvincular de obligaciones internacionales o eludir el Derecho Internacional bajo el argumento de que se deba aplicar su Derecho Interno. Sin perjuicio de ello, una reflexión válida al respecto bien podría constituir la excepción de un escenario en el cual el Derecho Interno pudiera proteger mejor que el Derecho Internacional el derecho fundamental concernido.

<sup>4</sup> Aunque el sistema interamericano se basa en la Declaración Americana de Derechos Humanos así como la Carta de Organización de las Naciones Unidas, ambas de 1948, es con la Convención Americana de Derechos Humanos, adoptada en San José de Costa Rica en 1969, que en propiedad se inicia una sistematización de defensa de los derechos humanos en América.

Un estudio sistemático sobre el sistema interamericano puede verse en MEDINA QUIROGA, Cecilia y NASH ROJAS, Claudio. *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección*. Centro de Derechos Humanos. Universidad de Chile. Abril 2007.

Disponible en:

[https://www.fundacionhenrydunant.org/images/stories/biblioteca/derechos\\_humanos/MEDINA\\_C.\\_y\\_NASH\\_C.\\_2007.\\_Sistema\\_interamericano\\_de\\_derechos\\_humanos.pdf](https://www.fundacionhenrydunant.org/images/stories/biblioteca/derechos_humanos/MEDINA_C._y_NASH_C._2007._Sistema_interamericano_de_derechos_humanos.pdf)

<sup>5</sup> Ejemplos ilustrativos son la Carta de San Francisco o Carta Fundacional de la Organización de Naciones Unidas en 1945, la Ley Fundamental de Bonn en 1949, la Constitución de la Quinta República francesa en 1958, y la Constitución española de 1978, entre otras muchas Cartas Fundamentales apuntando en un mismo sentido: el desarrollo conceptual de la noción de *derecho fundamental* y de *Estado Democrático y Social de Derecho*, pilares sobre los cuales se va construyendo las tendencias jurisprudenciales de tutela de los derechos humanos.

que tuvo lugar el primer fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Velásquez Rodríguez vs Honduras.<sup>6</sup>

Esta secuencia de fechas, en cierto modo lejanas, merece una nota de atención, pues es de verse que la jurisdiccionalidad común por los derechos humanos no tuvo la velocidad de acoplamiento esperada, y distintas razones concurrieron respecto a ello: el militarismo aún boyante en la década de los 70 del siglo XX, con varios países con regímenes militares en sendos puntos del continente americano; la idea de una vigencia de Estado desde adentro con poca tendencia a la apertura, como sucedió en el ámbito de la economía con experiencias de autosuficiencia productiva, entre otras; la comprensión de una fuerte jurisdiccionalidad intra estatal, que en esencia defendía que solo fueran los tribunales locales definieran las controversias relativas a derechos humanos, en detrimento de la “intromisión” indebida de órganos jurisdiccionales foráneos, aun así fueran supra nacionales; la casi nula existencia de la noción de estándares jurisprudenciales de vinculatoriedad de los derechos humanos, etc.

A estas referencias históricas hemos de sumar una fuerte actividad reguladora por parte de Tratados y Declaraciones relativas a los derechos humanos,<sup>7</sup> complementando la actividad jurisdiccional de los altos Tribunales. En buena cuenta, se ha ido dotando a todos los ordenamientos jurídicos, nacionales y supra nacionales, de diversas herramientas, formales y materiales, para coadyuvar a un mejor ejercicio de defensa de los derechos humanos.

### 3. Similitudes entre ambos sistemas

Podemos anotar algunas líneas comunes y de afinidad entre los sistemas interamericano y europeo de derechos humanos, siendo necesario reseñar algunos grados de intensidad en cada sistema. Al referirnos a similitudes planteamos pues una de las menciones sustantivas de este estudio, en la medida que la evolución de los derechos humanos ostenta una tendencia *in crescendo*, que en su momento hemos de destacar.

#### 3.1. Interpretación dinámica de los derechos humanos

---

<sup>6</sup> Sentencia de fondo de 29 de julio de 1988. Una cuestión a dilucidar es que el primer fallo de la Corte Interamericana haya requerido 9 años desde la entrada en vigor de la Convención. Al respecto se pueden tejer múltiples hipótesis. A juicio nuestro, no debe perderse la perspectiva de que los países de América, en especial del Sur, atravesaban en los años 70 del siglo pasado, un fuerte efecto, aún, de las dictaduras militares.

<sup>7</sup> Como hemos señalado *supra*, la tendencia hacia la adopción de instrumentos de protección de los derechos humanos inicia un camino de tendencia ascendente desde que concluyó la Segunda Guerra Mundial, creemos en el propósito de que la difícil experiencia de la esa Gran Guerra no se repita otra vez. Siempre queda como reflexión, en relación a este ítem, a cuánta eficiencia objetiva puede apuntar un sistema de derechos humanos, aún con sus ordenamientos sistematizados, frente a tendencias beligerantes concretas de los países del orbe. Nuestra posición es que el cerco *de los derechos humanos* cada vez se cierra más frente a los países que pretenden desvincularse de obligaciones relativas a los derechos humanos, es decir, la tendencia protectora del sistema es cada vez más fuerte. Y sin embargo, es en el detestado escenario de las guerras cuando en verdad se ponen a prueba los derechos humanos. Toca aún trabajar más en cuál puede ser el máximo nivel de defensa de estos derechos en caso de conflagraciones bélicas.



Es innegable que el principio de legalidad constituye un elemento ancla en el Estado de Derecho contemporáneo, y sin embargo, una cuestión relevante al respecto es qué podemos hacer frente a aquellas cuestiones que no son resueltas satisfactoriamente con la sola concurrencia del principio de legalidad. En este caso, nos encontramos en la encrucijada hartiana<sup>8</sup> de buscar una regla de reconocimiento para encontrar una salida a un problema jurídico dentro del Derecho positivo, o en su caso, tener que admitir la necesaria pesadilla de tener que interpretar ese mismo problema pero por principios.

Los derechos humanos han logrado un importante arraigo, debemos admitirlo así, a costa de las insuficiencias, no deficiencias por cierto, del principio de legalidad. Y es propio señalar que las estructuras de razonamiento, vía el principio de legalidad, nos han puesto en la encrucijada de una aparente desviación del Derecho, las más de las veces, cuando las controversias respecto a derechos fundamentales, o en su grado más superlativo, relativas a los derechos humanos, se han tenido que dilucidar a pesar de la indeterminación del razonamiento por principios que representan los derechos humanos.

La aparición del test de proporcionalidad, o de las tesis de la ponderación entre derechos fundamentales, o de los estándares de razonabilidad en el razonamiento de los jueces respecto a derechos fundamentales y derechos humanos, técnicas usadas en sendos casos por la Corte Interamericana<sup>9</sup> y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos,<sup>10</sup> configuran lo que podemos denominar hoy una figura de interpretación dinámica de los derechos humanos.

---

<sup>8</sup> Vid. HART, Herbert. *Una mirada inglesa a la teoría del derecho americano: la pesadilla y el noble sueño*. En AA.VV. *El ámbito de lo jurídico*. Barcelona. Crítica, 1994. p. 327-330. En LANDA ARROYO, César. *Los precedentes constitucionales*. JUSTICIA CONSTITUCIONAL. Revista de jurisprudencia y doctrina. Año III. No. 5, enero- junio. Lima, 2007. p. 34

La referencia hartiana aquí es de suma importancia pues nos conduce al permanente debate entre reglas y principios, o en su caso, entre positivismo y principialismo, o entre Derecho en su sentido más formal, y Moral. Sin duda, los derechos humanos tienen un profundo contenido moral y de ahí que su dilucidación no se pueda determinar desde un mero enfoque por reglas.

<sup>9</sup> Vid, entre otras, sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Kimel vs Argentina, sentencia de fecha 02 de mayo de 2008 (fondo, reparaciones y costas). Fundamentos 59 a 95. Materia: libertad de expresión.

La Corte desarrolla el test de proporcionalidad respecto de la norma argentina que sanciona penalmente al señor Kimel en los siguientes apartados:

- i) Estricta formulación de la norma que consagra la limitación o restricción (legalidad penal), fundamentos 59-67
- ii) Idoneidad y finalidad de la restricción, fundamentos 68-71
- iii) Necesidad de la medida utilizada, fundamentos 72-80.
- iv) Estricta proporcionalidad de la medida, fundamentos 81-95.

<sup>10</sup> Vid, entre otras, STEDH de 7 de diciembre de 1976 (caso Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen); STEDH de 23 de septiembre de 1983 (caso Van der Musselle); STEDH de 24 de febrero de 1995 (caso McMichael); STEDH de 23 de septiembre de 1995 (caso Spadea y Scalabrino); STEDH de 20 de mayo de 1999 (caso Rekvényi). En CHANO REGAÑA, Lorena. "Igualdad y principio de proporcionalidad en el Derecho Europeo: Especial referencia a los derechos fundamentales." En *Revista Universitaria Europea* N° 23. Julio-Diciembre, 2015. p. 161.

Dejan de esa forma, tanto la Corte como el Tribunal, la interpretación lineal, vertical o uniforme del principio de legalidad, para asimilar una técnica de razonamiento que se acerca mucho más a la idea de una *living Constitution*, o Constitución viviente, para dejar de lado la frialdad del silogismo jurídico o el razonamiento jurídico por meras reglas, que en buena cuenta nos dicen que el Derecho es uno solo, y que no se admite más escenario de interpretación que el solo Derecho Positivo.

Sabemos de lo complejo de nuestra afirmación y de las controversias que aún generan en ambos continentes, americano y europeo, las reflexiones a propósito de la fundamentación por principios que generan los derechos humanos. Además, es propio reconocer que el Derecho, en su dimensión coercitiva, se basa en la certeza, seguridad y uniformidad del Derecho Positivo, que es aquel impulsado desde la Revolución francesa,<sup>11</sup> y por cierto consolidado por Kelsen en el siglo XX; y sin embargo, aunque ciertamente las controversias sobre derechos humanos exigen resolverse, de inicio, desde el principio de legalidad, es menester insistir en que hoy el Derecho adquiere un carácter dual a raíz de los principios, y más aún si nos referimos a las cuestiones relativas a los derechos humanos.

Una clásica definición de Atienza<sup>12</sup> puede darnos una referencia de aquello que afirmamos, y en efecto, los *problemas fáciles* en el Derecho pueden ser resueltos por el Derecho Positivo, quizá incluso aún los *problemas difíciles*, los mismos que conciernen a controversias más complejas, donde pueden existir una diversidad de pretensiones y actores; pero son los *problemas trágicos* aquellos que demandan ser resueltos por principios, pues atañen a verdaderos dilemas morales. Por naturaleza propia, las controversias relativas a los derechos humanos suelen ser, las más de las veces, controversias que implican verdaderos dilemas morales: en primer lugar, porque poco o nada dice al respecto el principio de legalidad, evidenciándose problemas de vaguedad o lagunas, o porque a su turno existen varias versiones de respuesta de la ley al respecto, y otras tantas veces, en ese mismo caso, se opta por la solución más vulneratoria de los derechos humanos.

Las cuestiones relativas a los derechos humanos, aquellas discusiones en el nivel más alto de complejidad de la esencia humana, no pueden ser definidas solamente vía el principio de legalidad, y por el contrario, reclaman una interpretación dinámica de los derechos humanos por parte de los jueces de derechos humanos. Con ello, una

---

<sup>11</sup> Cfr. RECASENS SICHES, Luis. “*Concepción Mecánica de la Función Jurisdiccional, especialmente en Francia y otros países durante el siglo XIX*”. En *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, México Ed. Porrúa S.A., 1980. p. 190.

Una cuestión de orden histórico relevante es si podemos entender el principio de legalidad como una cuestión mecánica. Partimos, en rigor, de que la ley se debe aplicar a las situaciones concretas que se subsumen dentro del contenido de la regla, mas ¿debe ser el Derecho simple subsunción? La Francia revolucionaria nos deja el legado de la estricta aplicación del principio de legalidad, pues nadie podía estar por encima de la ley, ni siquiera el Rey Luis XVI, quien fue guillotinado el 21 de diciembre de 1793 en la Plaza de la Revolución, París.

<sup>12</sup> ATIENZA RODRIGUEZ, Manuel. “*Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos.*” En *Isonomía* Nro. 6. Abril 1997. pp. 7 y sgtes.

Disponible en:

file:///C:/Users/Usuario/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge\_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/los-lmites-de-la-interpretacin-constitucional-de-nuevo-sobre-los-casos-trgicos-0%20(1).pdf



interpretación por principios es sustantivamente dinámica, y no puede ser estática, pues los derechos humanos no son lineales sino transversales, no son estáticos sino exigen una interpretación en clave de progresividad, y finalmente no son frías fórmulas silogísticas sino demandan un alto estándar de razonabilidad.

### 3.2. Carácter de última instancia de la jurisdiccionalidad.

Otra de las líneas en común más importante de ambos sistemas es el carácter de última instancia de la jurisdiccionalidad, tanto de la Corte Interamericana como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, esto es, ambos órganos jurisdiccionales fijan la última posición de los jueces en materia de derechos humanos.

Los ciudadanos de los Estados parte, tanto de uno como de otro sistema, se ven impelidos a agotar la vía interna de discusión de una controversia relativa a los derechos humanos, o bien a observar incluso rigurosamente los mecanismos de excepción al agotamiento de la vía previa,<sup>13</sup> mas es de rigor asumir que la discusión sobre una demanda relativa a los derechos humanos debe haber llegado a su fin en la vía jurisdiccional interna, siendo un deber del afectado agotar los mecanismos de impugnación que al efecto prevé cada Estado parte.

Al respecto, el sistema interamericano impulsa, como mecanismo de interpretación, la acotada fórmula Heck,<sup>14</sup> noción que puede entenderse como una *prohibición de la cuarta instancia*. Esto se manifiesta en el sentido de que no debe asimilarse la noción de una discusión más allá de los límites que fija la propia legislación interna de un Estado, salvo que sea estrictamente necesario acudir a la vía última, representada tanto por la competencia de la Corte Interamericana como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A este efecto, si una discusión sobre derechos humanos se dirimió en un Estado parte y los jueces fallaron conforme al Derecho Interno y a su Constitución, observando los lineamientos centrales de los órganos jurisdiccionales supra nacionales, entonces deviene en innecesario recurrir al sistema jurisdiccional de las altas Cortes. Hacerlo implicaría congestionar los sistemas de justicia de la Corte o el Tribunal.

<sup>13</sup> Es una excepción al agotamiento de la vía interna que un Estado no ofrezca los mecanismos necesarios para que una controversia se pueda dilucidar en su ordenamiento interno. Otro caso excepcional implicaría que el agotamiento de la vía interna implique la consumación excesivamente gravosa del derecho humano cuya defensa se pretende.

Vid. FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. *El agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Disponible en:

[https://www.iidh.ed.cr/multic/UserFiles/Biblioteca/IIDH/2\\_2010/XXVCurso\\_Inter\\_en\\_Derechos\\_Humanos\\_Discursos\\_ponencias/17.%20HFaundez\\_doc.pdf](https://www.iidh.ed.cr/multic/UserFiles/Biblioteca/IIDH/2_2010/XXVCurso_Inter_en_Derechos_Humanos_Discursos_ponencias/17.%20HFaundez_doc.pdf)

<sup>14</sup> Vid sentencia Tribunal Constitucional Federal alemán, BverfGE 18, 85 –sentencia del 10 de junio de 1964.

Un alcance más amplio puede verse en HERNÁNDEZ RAMOS, Mario. “*El Tribunal Constitucional Federal Alemán aún en la encrucijada. Balance de medio siglo de reformas del trámite de admisión de la verfassungsbeschwerde.*”. En *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 88, enero-abril (2010). p. 194

La realidad nos dice, sin embargo, y ello explica la existencia de muchos litigios en trámite en los sistemas americano y europeo, que existe una visión distorsionada de la noción del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, asumida ésta como un concepto de acceso a la jurisdicción. En ese orden de ideas, si bien la tutela jurisdiccional implica, en su faceta positiva, que si un ciudadano tiene derecho a que el órgano jurisdiccional le dé la razón, porque le asisten la ley y la Carta Fundamental de su Estado, así como la faceta negativa expresa que si ese mismo ciudadano no tiene la razón ni le asiste el derecho solicitado, porque esas mismas ley y Constitución de su país se lo deniegan, ocurriendo además que, en ambos casos, el órgano jurisdiccional debe fundamentar las razones de su posición estimatoria o denegatoria, entonces es una manifiesta distorsión que el afectado recurra al sistema supra nacional si resulta evidente que no le asiste el derecho.

De ahí la idea de entenderse como una prohibición material recurrir a una cuarta instancia, en este caso la Corte Interamericana, si las instancias anteriores asumieron, con fundamento suficiente, una posición denegatoria respecto al derecho concernido.

Sin perjuicio de lo expresado, los ordenamientos nacionales no pueden suspender el derecho de acción, entendida en sentido amplio como la facultad de formular una pretensión de orden jurisdiccional. Los justiciables siempre podrán formular un emplazamiento formal, pues así lo prevé el derecho de acción en todo ordenamiento jurídico, siendo únicamente sancionable, a través de medidas como la multa u otros mecanismos, el ejercicio abusivo del derecho.

En consecuencia, al margen de estas precisiones que anteceden respecto al derecho a la tutela jurisdiccional, sí es pertinente reiterar que los sistemas interamericano y europeo expresan una forma de consecución material máxima del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, en los casos en los cuales las Cortes reconocen responsabilidad de un Estado respecto de un derecho humano flagrantemente vulnerado por la autoridad. En suma, queremos aquí esbozar la idea de que se debe acudir a una Corte supranacional solo y únicamente cuando sea estrictamente necesario.

La idea un fallo de última instancia, o de agotamiento propio de la jurisdiccionalidad, no expresa *per se*, de otro lado, la infalibilidad de la Corte o el Tribunal simplemente porque constituyan órganos de última decisión, sino que, en propiedad, constituyen estos órganos instituciones de cierre respecto a las controversias jurisdiccionales sobre derechos humanos, en la medida que no existe órgano alguno con competencias formales que a su vez pueda revisar las decisiones finales de estas altas Cortes.

### **3.3. Fuerte grado de estándares de vinculatoriedad.**

Acaso podamos referirnos a esta característica como uno de los rasgos más distintivos de ambos sistemas de protección. Este aspecto, en términos aproximados, es mencionado por García Roca,<sup>15</sup> al referir una propia expresión del caso *Gelman vs*

---

<sup>15</sup> GARCIA ROCA, Javier. NOGUEIRA ALCALA, Humberto. “*El impacto de las sentencias europeas e interamericanas: valor del precedente e interpretación vinculante*”. En GARCIA ROCA, Javier. CARMONA CUENCA, Encarna. En *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*. Thomson Reuters. Aranzadi. 1ra edición. España, 2017. p. 103.



Uruguay, como *cosa interpretada convencional*, incluso vinculante para los Estados que no fueran parte de un sistema.<sup>16</sup>

Si los tribunales supranacionales fueran a crearse pero los Estados pudieran no someterse a una línea de obligatoriedad de acatamiento de los fallos de una alta Corte, pues entonces el sistema supranacional sería poco o nada útil. El rasgo prevalente de caracterización de ambos ordenamientos regionales es la vinculación, o efecto fuerte de observancia, que adquiere un fallo sea de la Corte Interamericana o del Tribunal Europeo, en cuanto los Estados se ven impelidos a acatar los fallos del órgano jurisdiccional supranacional.

Sin perjuicio de lo expresado, podemos aludir a situaciones sumamente excepcionales que, aunque en rigor no son excepciones a la vinculatoriedad de las decisiones de las altas Cortes, sí implican escenarios que, en mayor o menor grado, afectan el margen de vinculación a que aludimos. Nos referimos, en específico, a acciones concretas que han pretendido o pretenden resquebrajar ese espíritu de vinculatoriedad que demandan los fallos de los Tribunales supranacionales.

En el caso americano la nota distintiva es aportada por Argentina, cuya Corte Suprema en 2017<sup>17</sup> ha observado la ejecución del fallo *Fontevecchia vs. Argentina*,<sup>18</sup> invocando un criterio de excepción respecto a la inejecutabilidad de la decisión de la Corte.

No compartimos esta línea de interpretación, en cuanto si acaso una Corte nacional pudiera observar la ejecución de un fallo de la Corte Interamericana, pues entonces se vaciaría de contenido sustancial el espíritu de vinculación que denotan las Cartas Suprafundamentales como el Convenio Europeo o la Convención Americana de Derechos Humanos. En propiedad, consideramos que los Estados no pueden invocar mecanismos de excepción para dejar de cumplir la interpretación de los derechos

---

<sup>16</sup> Esta última reflexión es de suyo valiosa pues el propio García Roca enumera una serie de categorías conceptuales como “¿vinculación a los Estados parte o a la interpretación de la norma?”, sentencias dictadas en un “sistema colectivo y efectivo de garantía de derechos que es multilateral”, “vinculación a la motivación”, “control de convencionalidad *ex officio*”, entre otras nociones. VID. GARCIA ROCA, Javier. Op cit. p. 104-105.

Estas ideas en conjunto suman un componente de vinculatoriedad a la motivación. Ahora bien, es presupuesto formal que un Estado forme parte de un sistema regional de derechos humanos para que le alcance un nivel de exigibilidad y, sin embargo, siendo los derechos humanos universales, inalienables e imprescriptibles, es un concepto de avanzada que la vinculación de los fallos de estas Cortes se extienda más allá de los fronteras de un Tratado de sujeción. Coincidimos con el autor en cuanto al alcance material de las interpretaciones jurisdiccionales materiales de los derechos humanos, los cuales pretenden una vocación universal.

<sup>17</sup> Centro de Información Judicial. Argentina. Nota del 14 de febrero de 2017. *La Corte sostuvo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos no puede revocar sentencias del Máximo Tribunal argentino*

Disponible en:  
<https://www.cij.gov.ar/nota-24822-La-Corte-sostuvo-que-la-Corte-Interamericana-de-Derechos-Humanos-no-puede-revocar-sentencias-del-M-ximo-Tribunal-argentino.html>

<sup>18</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Fontevecchia y D’Amico vs Argentina*, sentencia de fecha 29 de noviembre de 2011 (fondo, reparaciones y costas).



humanos que desarrolla una Corte, en un caso concreto, al amparo de un instrumento supranacional.

En el escenario europeo, el denominado *margen de apreciación*<sup>19</sup> constituye un criterio interpretativo que, bajo criterios excepcionales, permite a un Estado parte del Convenio Europeo, invocar un criterio de orden nacional, a efectos de no cumplir íntegramente un determinado estándar jurisprudencial del Tribunal. A juicio nuestro, esta atingencia tampoco implica un mecanismo válido, pues la sola invocación del mismo conduce a una errada interpretación de los estándares de derechos humanos, en cuanto un Estado parte podría construir una línea de interpretación propia para no ejecutar determinado fallo del Tribunal Europeo.

A juicio nuestro, la vinculatoriedad de los fallos justifica la esencia misma de existencia de estos altos Tribunales de Derechos Humanos, en cuanto se pretende uniformizar reglas de tratamiento comunes a los problemas que se generan en el ámbito de los derechos humanos. De esa manera, un estándar fijado para España, como parte del Tribunal Europeo, debe ser además válido para el total de otros países sometidos a la jurisdicción del Tribunal, sin que pueda alegarse potestad en contrario.

### **3.4. Referencia a un mecanismo previo de control.**

En rigor, esta referencia no es una similitud en sentido amplio. Lo fue en sus inicios en cuanto, inicialmente, el sistema europeo preveía la existencia de una Comisión Europea de Derechos Humanos,<sup>20</sup> mecanismo que si bien hoy no existe más, en sus inicios implicó un sistema de fiscalización previo de las demandas ante el sistema supranacional, aspecto que sí se mantiene en el ámbito interamericano, en la medida que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos mantiene un sistema de control previo antes de que una demanda llegue a conocimiento de la Corte Interamericana.

Sin embargo, si bien es cierto que no existe más una Comisión Europea de Derechos Humanos, es menester atender a la atingencia propia de que ello no significa, en puridad, que toda demanda sea conocida directamente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Al respecto, es de notar que el mecanismo de fiscalización previa que se organiza al interior del propio Tribunal Europeo,<sup>21</sup> implica que los jueces mismos, en comités, decidan si una demanda es admitida o no a trámite.

---

<sup>19</sup> CHANO REGAÑA, Lorena. Op. Cit. p. 162.

<sup>20</sup> Protocolo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Estrasburgo, Francia, 11 de mayo de 1994.

*Artículo 34. Demandas individuales.*

*El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho.*

Es de observarse que el Protocolo 11 ya no contempla la intervención de la Comisión Europea de Derechos Humanos.

<sup>21</sup> Protocolo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Estrasburgo, Francia, 11 de mayo de 1994.



La similitud a anotar, entonces, es solo de grado, pues acudir vía demanda tanto a la Corte Interamericana como al Tribunal Europeo, no involucra la admisión a trámite de la petición, sino que las formas de control previo de la dimensión de la demanda varían según el sistema, mas siempre existe labor previa de control. En ambos casos, la desestimación de la demanda contra un Estado implica el archivamiento del pedido, sin que exista mecanismo alguno de impugnación de la desestimación de la demanda.

#### **4. Diferencias relevantes entre los modelos interamericano y europeo**

Ponemos énfasis en este ítem a diferencias prevalentemente procedimentales, en cuanto los mecanismos de conocimiento de las demandas ante estos órganos supranacionales varían, en referencia directa a cómo es tramitada una demanda, y con mayor incidencia, respecto a cuáles órganos pueden conocer este tipo de peticiones.

##### **4.1. Mayor amplitud en el sistema europeo respecto a los órganos que conocen las demandas.**

Mientras en el sistema europeo, determinados casos de trascendencia pueden ser conocidos por una Sala de 7 jueces, y en razón de la relevancia material del caso, puede esa misma petición ser derivada vía impugnación a una Gran Sala de 17 jueces, lo que implica una mayor pluralidad de instancias, el sistema interamericano se circunscribe a una sola decisión, en instancia única, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Aquí es necesario anotar que no podemos incluir como órgano jurisdiccional a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, pues ésta es una entidad cuasi jurisdiccional, es decir, no representa su posición un sistema de jurisdicción propiamente dicho, sino involucra un mecanismo de postulación de demanda ante la Corte. Ahora bien, aludimos al término de *cuasi jurisdicción* en cuanto existe una actividad postulatoria de una pretensión de derechos humanos por parte de la Comisión, y si bien una denegatoria suya implica el cierre de la controversia, es propio señalar que las acciones de la Comisión no están revestidas de jurisdiccionalidad en el sentido de manifestarse a través de una decisión que ponga fin a una instancia, como sí sucede en el caso de la Corte Interamericana.

En esa referencia, el sistema europeo puede, entonces, implicar a dos órganos jurisdiccionales: Sala de 7 jueces y Gran Sala de 17 jueces, en tanto el sistema interamericano solo comprende a la Corte como único órgano jurisdiccional.

---

*Artículo 27. Comités, Salas y Gran Sala.*

*1. Para el examen de los asuntos que se le sometan, el Tribunal actuará en Comités formados por tres Jueces o en Salas de siete Jueces o en una Gran Sala de diecisiete Jueces. Las Salas del Tribunal constituirán los Comités por un período determinado.*

La labor de calificación de las demandas a ser presentadas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos recae, entonces, en los Comités, los cuales deben dilucidar si un caso es derivado a una Sala. En el caso interamericano la exigencia de intervención de la Comisión Interamericana es parte ineludible del procedimiento.

En términos de cifras de casos fallados, el Tribunal Europeo supera en producción a la Corte Interamericana por un amplio margen.<sup>22</sup>

Adicionalmente, podemos considerar, a modo de diferencia contextual, como anotan Bustos Gisbert<sup>23</sup> y otros autores, que ciertas diferencias puedan provenir de “diferentes contextos políticos (situaciones políticas en las que se producen las resoluciones)) y jurídicos (diferente definición de conceptos)”.<sup>24</sup>

#### **4.2. Mayor amplitud del sistema europeo de derechos humanos en términos de países involucrados.**

La referencia a números de países adscritos a los sistemas regionales de derechos humanos puede significar puntualmente solo una cifra referencial, mas la trascendencia de cuánto han crecido dichos sistemas es relevante y pasamos a explicar su contenido.

El número de países adscritos al sistema europeo de derechos humanos es, como hemos reseñado *supra*, 47,<sup>25</sup> en tanto que los países vinculados al sistema interamericano de derechos humanos es 24.<sup>26</sup>

Dentro de esta referencia, es propio examinar cuál es la tendencia de crecimiento del sistema y vemos, con cierta preocupación, una inclinación descendente en el caso

---

<sup>22</sup> El Tribunal Europeo de Derechos Humanos emite unas 1800 sentencias anuales en tanto que la Corte Interamericana lleva decididos unos 250 casos en toda su existencia como órgano jurisdiccional. Cifras estimadas a diciembre 2016. Vid. GUTIERREZ NOGALES, Sergio. “*El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reagrupación familiar de los menores y el interés superior del menor*”. En *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. Año 13, Número 26, julio-diciembre de 2016.

Disponible en: [https://www.ugr.es/~redce/REDCE26/articulos/09\\_NOGALES.htm](https://www.ugr.es/~redce/REDCE26/articulos/09_NOGALES.htm)

<sup>23</sup> EGUIGUREN PRAELLI, Francisco. BUSTOS GISBERT, Rafael. TORRES MURO, Ignacio. “*Las libertades de pensamiento, información y expresión, y los derechos de reunión y asociación. Pautas para un dialogo*”. En GARCIA ROCA, Javier y AAVV. *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*. Civitas. Thomson Reuters. España. 2012. p. 193.

<sup>24</sup> A modo de ejemplo, cabe destacar la puntualización que anotan Eguiguren, Bustos y Torres, por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, respecto a que la exigencia de veracidad solo puede aplicarse a la base sustentadora fáctica de un determinado mensaje. Si la base es veraz, anotan los autores, la legitimidad de las opiniones vertidas resulta prácticamente inatacable, excepto en caso de profusión de insultos. En el caso de la Corte IDH, la noción de veracidad ha merecido desconfianza. Podemos inferir, entonces, que se trata de distintos enfoques jurisdiccionales. VID. EGUIGUREN PRAELLI, Francisco. Op. cit. p. 194.

<sup>25</sup> MONTES FERNÁNDEZ, Francisco. “*El Consejo de Europa*”. En *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*. XLVII (2014). p. 64.

Disponible en:

[file:///F:/TRABAJO%20DE%20INVESTIGACIÓN%20ESCUELA%20JUDICIAL%202019/Dialnet-ElConsejoDeEuropa-4639615%20\(1\).pdf](file:///F:/TRABAJO%20DE%20INVESTIGACIÓN%20ESCUELA%20JUDICIAL%202019/Dialnet-ElConsejoDeEuropa-4639615%20(1).pdf)

<sup>26</sup> A enero 2012 un total de 24 países habían ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, según información de la Organización de Estados Americanos OEA.

Información disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/que.asp>



interamericano, el cual ha sufrido tres apartamientos considerables desde la creación de la Corte Interamericana como órgano jurisdiccional en funciones.

Desde ese ámbito, ha sido sensible el apartamiento de Trinidad y Tobago<sup>27</sup> en el año 1998, dada su postura de no aceptar el retiro de la pena de muerte en su ordenamiento interno. Sobre este asunto particular, debemos precisar que la Corte Interamericana no puede, ciertamente y en estricto, imponer a un país la obligación de derogar una norma, en este caso la pena de muerte, como mecanismo máximo de sanción, mas si puede emitirse una medida cautelar por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a favor de una persona condenada a muerte, y es propio que el país se vea impelido a respetar la decisión cautelar de la Comisión. En el caso que nos ocupa, no obstante la medida cautelar emitida, el país exhortado no solo no acató la medida de la Comisión, sino ejecutó la pena de muerte acotada en el caso concreto. Tras ello, Trinidad y Tobago optó por denunciar la Convención Americana y consumir así un retiro formal de la misma.

Venezuela es otro caso de retiro de la Corte. El acotado país denunció la Convención Americana de Derechos Humanos en el año 2012<sup>28</sup> y en el 2013 consumó su retiro, ejecutando así una decisión gubernamental de apartamiento del sistema regional de derechos humanos. Si bien la facultad del país se inscribió dentro del contexto procedimental de la propia Convención Americana, es innegable que la evolución de los derechos humanos, en dicho país, ha merecido un desarrollo no sustantivo de las libertades públicas. En propiedad, desde los apartamientos de los países referidos, es de concluirse que las pretensiones relativas a derechos humanos en dichos Estados terminan al interior de esos propios ordenamientos, sin que sea ya viable recurrir al ámbito interamericano de derechos humanos.

Por último y aunque bajo la exigencia de que su decisión aún merece un esclarecimiento de orden regional, República Dominicana<sup>29</sup> optó, a través de una sentencia, por su retiro

---

<sup>27</sup> Trinidad y Tobago notificó denunció la Convención Americana de DD.HH. el 26 de mayo de 1998 a fin de poder aplicar expeditivamente la pena de muerte, considerando a su vez excesiva la demora de los órganos de protección de los derechos humanos en definir su posición al respecto. La parte pertinente de interés de la denuncia señala:

*El Gobierno de Trinidad y Tobago no está en condiciones de conceder que la incapacidad de la Comisión para tratar en forma expedita las peticiones relacionadas con casos de imposición de la pena capital, frustre la ejecución de esta pena legal con que se castiga en Trinidad y Tobago el delito de homicidio. La constitucionalidad de las sentencias dictadas contra las personas convictas y condenadas a muerte al cabo del debido proceso judicial, se determina ante los tribunales de Trinidad y Tobago. Por ende, existen salvaguardias suficientes para la protección de los derechos humanos y fundamentales de los prisioneros condenados.*

Información disponible en:

[http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm#Trinidad y Tobago)

[32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos\\_firmas.htm#Trinidad y Tobago:](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm#Trinidad y Tobago)

<sup>28</sup> La República de Venezuela denunció la Convención Americana el 10 de setiembre de 2012 y sin embargo, la Asamblea Nacional de dicho país ratificó nuevamente la Convención con fecha 31 de julio de 2019.

<sup>29</sup> Sentencia 256-14 de 04 de noviembre de 2014. El Tribunal Constitucional de República Dominicana dispone el retiro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

del ámbito de la Convención Americana. Alegó el país, en su momento, que no se dieron las condiciones de suscripción idóneas cuando dicho país se incorporó al ámbito de la Convención en el año 1999, y que tales cuestiones ameritaban una decisión jurisdiccional a efectos de concretar el retiro de dicho país del sistema interamericano de derechos humanos.

Lo particular de este último caso es el medio empleado. En efecto, la Convención Americana prevé en su artículo 78,<sup>30</sup> las exigencias para el retiro de un país vía denuncia de la propia Convención, mas no considera que un país lo pueda hacer a través de una sentencia. En puridad podríamos afirmar que República Dominicana no ha cumplido la condiciones formales de retiro vía denuncia de la Convención, y que ello, por tanto, merece que el caso sea sancionado como una no efectivización de su retiro de la Convención Americana.

Adicionalmente, Perú intentó retirarse de la jurisdicción contenciosa de la Corte en el año 1999,<sup>31</sup> dado el escenario complejo del fallo Castillo Petruzzi vs ese país, decisión de fecha 14 de mayo de ese año. A esa particular situación debemos sumar el alto volumen de sentencias condenatorias contra dicho país por parte de la Corte durante esos años. La Corte fue muy enfática respecto a este país: denegó el retiro prácticamente parcial del Estado solicitante, pues era contrario al espíritu de la Convención invocar un retiro condicionado de un Estado del sistema. En buena cuenta, Perú pretendía conservar el reconocimiento de los derechos humanos contemplados por la Convención, pero invocaba que no se sucedieran más juicios contra dicho país, mecanismo que la misma Corte consideró de plano inviable.

Los casos acotados, en relación al sistema interamericano, grafican una tendencia a la baja en relación al número de países que se adscriben al sistema. A juicio nuestro, y por el contrario, la tendencia debería ser inversa, y mas bien, el panorama debería apuntar a un mayor número de países que se incorporen al sistema. Y esto debería ser así por la



---

La parte resolutive de la sentencia señala:

*PRIMERO: DECLARAR la inconstitucionalidad del Instrumento de Aceptación de la Competencia de la CIDH suscrito por el presidente de la República Dominicana el diecinueve (19) de febrero de mil novecientos noventa y nueve (1999), por los motivos que figuran en el cuerpo de esta sentencia.*

<sup>30</sup> Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 78

*1. Los Estados Partes podrán denunciar esta Convención después de la expiración de un plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor de la misma y mediante un preaviso de un año, notificando al Secretario General de la Organización, quien debe informar a las otras partes.*

*2. Dicha denuncia no tendrá por efecto desligar al Estado parte interesado de las obligaciones contenidas en esta Convención en lo que concierne a todo hecho que, pudiendo constituir una violación de esas obligaciones, haya sido cumplido por él anteriormente a la fecha en la cual la denuncia produce efecto.*

<sup>31</sup> Vid. DULITZKY, Ariel. “El retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte de Perú. Análisis Jurídico”. En *Pensamiento Constitucional*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Año VI No. 6. 1999. p. 707.

Disponible en:

file:///C:/Users/Usuario/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge\_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/3233-Texto%20del%20artículo-12178-1-10-20121106%20(1).pdf

naturaleza omnicomprendiva de los derechos humanos, cuya clave distintiva es la de progresividad de las libertades, y no de regresividad.

Nos explicamos, los derechos humanos representan conquistas materiales de las personas y no de los Estados. El hecho de la importante evolución de estas facultades en todos los ordenamientos jurídicos del orbe, nos expresa una tendencia de crecimiento de los derechos y no de retroceso de los mismos. No estamos, entonces, frente a una *inflación* de los derechos, con límites acaso insospechados, sino frente a una necesaria evolución de estas libertades, pues así lo demanda el sentido de la historia.

Esta actitud proactiva hacia los derechos humanos termina, con la nueva tendencia de estas facultades, con esa actitud de *laissez faire laissez passer* de un Estado anómico, que únicamente deja hacer y deja pasar la historia. Y sin embargo, la autoridad pública tiene hoy el deber de hacer efectivo un *Schutzpflicht* o *deber de protección*, que se traduce como su obligación de respetar y hacer respetar los derechos humanos. En ese orden de ideas, se hace necesaria la existencia de tribunales que hagan respetar los derechos humanos de los ciudadanos, y si se diere el caso de que un Estado no observa las líneas de tutela matriz de estas garantías, pues entonces es misión del Tribunal suprarregional exigir, demandar y efectivizar el respeto de estas obligaciones.

A su vez, si ese sistema regional sufre un desandamiaje, por las causas que fueren o que invocaren los Estados, entonces estamos frente a un contrasentido de la historia, y los derechos humanos se vuelven estériles si solo el Estado parte decide, unilateralmente, qué es el Derecho y cómo debe aplicarse ese Derecho. De ahí la necesidad de que los sistemas regionales de derechos humanos crezcan formal y materialmente, expresado esto en un mayor número de países adscritos al sistema, y no que se presente un escenario de regresividad, manifestado ello en que un país se retire de un instrumento supranacional de derechos humanos.

#### **4.3. El sistema de ejecución de sentencias es mono institucional en el ámbito interamericano.**

Tanto las decisiones jurisdiccionales de la Corte Interamericana como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, representan la vía última de una controversia relativa a los derechos humanos. Un tema que se vincula a este aspecto, estrechamente, es la cuestión de la ejecución de las decisiones.

La Corte Interamericana ha implementado, al respecto, una fase de ejecución de la sentencia a la que denomina de “supervisión”, etapa que se desarrolla bajo control directo de la propia Corte. Más aún, las sentencias de la Corte pretenden ser, en comparación a mecanismos anteriores, más expeditivas, pues ahora en una sola decisión la Corte resuelve excepciones preliminares, fondo y costas, mientras que antes de este sistema, la Corte podía expresarse por separado respecto a estos aspectos del caso. A su vez, la Corte emite resoluciones de supervisión a través de las cuales verifica que los países infractores de derechos tutelados por la Convención, efectivamente cumplan con lo ordenado por la Corte. De ahí nuestra denominación de órgano mono institucional, pues en un solo órgano se resumen las funciones de juzgamiento y supervisión.

Cuestión de debate aparte es cuál es el efecto de aquella situación en la cual un país eventualmente no acate, por una u otra razón, la decisión de la Corte respecto a un fallo.



Si ello eventualmente sucediere – escenario hartamente inconveniente- es potestad de la Corte dar cuenta de la conducta renuente de un país a la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos.<sup>32</sup>

Por su parte, el sistema europeo de derechos humanos delega en el denominado Consejo de Ministros del Consejo de Europa,<sup>33</sup> la etapa de supervisión del fallo, desligándose así el Tribunal de la competencia directa de ejecución del fallo.

## 5. Retos a futuro respecto a los sistemas interamericano y europeo

El mayor reto que los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos han de abordar en los próximos años es el del necesario afianzamiento de su universalización en el orden jurisdiccional.

Rezagos como los que hemos anotado, en referencia a la renuencia de algunos países respecto al acatamiento de las decisiones de los Tribunales supranacionales, son una muestra de que aún existe un conflicto interno, si queremos llamarlo ideológico, entre la exigibilidad de los fallos de un Tribunal supranacional, y el Derecho Interno de los países parte. En efecto, aún no termina de ser sólida la noción, en varios países del orbe, que no pueden alegarse cuestiones de orden interno para no acatar los fallos de la Corte Interamericana o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Corresponderá, en ese sentido, que la Organización de Estados Americanos, en cuanto respecta al sistema interamericano, y el Consejo de Europa, en cuanto concierne al ordenamiento europeo, estructuren un mejor sistema de afianzamiento de sus fallos, dada su calidad de órganos rectores de la jurisdiccionalidad de último rango en cuanto a los derechos humanos.

De igual forma, creemos que hay que trabajar en la exigencia de una mejor universalización de los derechos humanos. No basta que los fallos de las Altas Cortes solo señalen la dimensión de los derechos humanos, su connotación y las obligaciones al respecto de los Estados parte. Existe la necesidad de que las Cortes difundan más la dimensión de los derechos humanos a través de la acción proactiva de los Estados de organizar, como políticas públicas necesarias, una verdadera protección de los derechos humanos, para lo cual las Cortes se convierten en un actor fundamental, a fin de que la comunidad jurídica de los países parte del sistema, puedan concientizar un mensaje amplio sobre la transversalidad, la imprescriptibilidad y la exigibilidad de los derechos humanos.

---

<sup>32</sup> Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 65

*La Corte someterá a la consideración de la Asamblea General de la Organización en cada período ordinario de sesiones un informe sobre su labor en el año anterior. De manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos.*

<sup>33</sup> Convenio Europeo de Derechos Humanos. Artículo 46. Fuerza obligatoria y ejecución de las sentencias

1. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes.
2. La sentencia definitiva del Tribunal se transmitirá al Comité de Ministros, que velará por su ejecución.



Finalmente, es fundamental un mayor diálogo inter Cortes. Creemos que tanto el sistema americano como el europeo apuntan a los mismos objetivos: la mejor protección de la persona humana. Pues bien, bajo ese eje de raciocinio se vuelve necesario que nuestras Cortes, tanto americana como europea, procuren trabajar criterios de estandarización, de mayor acercamiento conceptual y de asimilación de lo que la doctrina suele llamar *judicial cross fertilization*,<sup>34</sup> en el propósito de compartir, más y de mejor forma, estándares jurisprudenciales de protección relevante de los derechos humanos. Bajo esa lógica, si el Tribunal Europeo, respecto a una Corte española, implanta un mejor estándar de protección del derecho a la libertad de expresión, compartir esa posición con la Corte Interamericana implicaría no solo el conocimiento del fallo, sino su adopción pronta como criterio estándar de jurisdiccionalidad última de los derechos humanos.

## Conclusiones

Hemos abordado en este estudio una descripción referencial de los sistemas interamericano y europeo de derechos humanos, marcando las similitudes entre ambos sistemas, así como las diferencias que consideramos las más relevantes entre los modelos interamericano y europeo.

En un primer grupo de facetas similares, hemos anotado caracteres como la interpretación dinámica de los derechos humanos por parte de ambos Tribunales, marcando al respecto que la interpretación de los derechos humanos no puede ser estática.

De la misma forma, ambos esquemas ostentan una característica de última instancia de la jurisdiccionalidad de los derechos humanos, en cuanto no existen instancias superiores respecto a ambas Cortes. A su turno, existe un fuerte grado de los estándares de vinculatoriedad que fijan estas altas Cortes, pues no se trata de fallos que comprometen aisladamente a un Estado, sino los estándares jurisprudenciales fijados por dichas Cortes son vinculantes tanto para los 24 países vinculados a la Convención Americana de Derechos Humanos, así como para los 47 países que conforman el Consejo de Europa. He aquí una manifestación jurisdiccional que consideramos de suma trascendencia, pues solo de dicha forma podemos hablar de tribunales con activismo judicial.

En los mismos términos, en los dos sistemas existen mecanismos previos de control, en cuanto no existe la noción de un litigio directo ante la Corte Interamericana o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sino que es necesaria una labor de filtro exigible para determinar cuál tipo de controversia es un asunto que pueda ser conocido por los jueces de derechos humanos.

<sup>34</sup> ARENAS MEZA, Miguel. "El diálogo judicial euro-latinoamericano en el tema de leyes de amnistía: un ejemplo de cross-fertilization entre tribunales de Derechos Humanos," En *ARAUCARIA*. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales. No. 40. 2018



Entre las diferencias respecto a estos sistemas, hemos anotado una mayor amplitud en el sistema europeo respecto a los órganos que conocen las demandas, en tanto 47 jueces de Europa conocen las demandas sobre derechos humanos, en tanto solo 7 jueces conforman la Corte Interamericana. A su vez, hemos reseñado una mayor amplitud del sistema europeo de derechos humanos en términos de países involucrados, en tanto el Consejo de Europa comprende a 47 países adscritos, signatarios del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en tanto el sistema interamericano comprende a 24 países.

A su vez, hemos anotado que el sistema de ejecución de sentencias es mono institucional en el ámbito interamericano, en cuanto la Corte Interamericana es órgano decisor y a la vez ejecutor, en tanto es el Consejo de Ministros del Consejo de Europa el órgano de ejecución de los fallos del Tribunal Europeo.

Es válido concluir, a tenor de lo afirmado, en la dimensión de relevancia que hoy adquieren los derechos humanos, los cuales tendrían solo un carácter semántico si tan solo aparecieran enunciados en instrumentos internacionales. En ese orden de ideas, son altas Cortes como el Tribunal Europeo o la Corte Interamericana de Derechos Humanos los elementos que hacen vivos los derechos humanos, y que junto a una llamada *living Constitution*, hoy nos permiten hablar de los *alive human rights*, o derechos humanos dinámicos o vivos, como expresión última de *ratio et essentia*, o de razón y esencia, del Estado convencional, o Estado de unos derechos humanos respetados, observados y garantizados.



## BIBLIOGRAFIA

**ARENAS MEZA, Miguel.** “El diálogo judicial euro-latinoamericano en el tema de leyes de amnistía: un ejemplo de cross-fertilization entre tribunales de Derechos Humanos,” En *ARAUCARIA*. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales. No. 40. 2018.

**ATIENZA RODRIGUEZ, Manuel.** “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos.” En *Isonomía* Nro. 6. Abril 1997.

**CHANO REGAÑA, Lorena.** “Igualdad y principio de proporcionalidad en el Derecho Europeo: Especial referencia a los derechos fundamentales.” En *Revista Universitaria Europea* N° 23. Julio-Diciembre, 2015.

**CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.** Caso Kimel vs Argentina, sentencia de fecha 02 de mayo de 2008 (fondo, reparaciones y costas).

**CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.** Caso Fontevecchia y D’Amico vs Argentina, sentencia de fecha 29 de noviembre de 2011 (fondo, reparaciones y costas).

**DULITZKY, Ariel.** “El retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte de Perú. Análisis Jurídico”. En *Pensamiento Constitucional*. Año VI No. 6. 1999. Pontificia Universidad Católica del Perú.

**EGUIGUREN PRAELLI, Francisco. BUSTOS GISBERT, Rafael. TORRES MURO, Ignacio.** “Las libertades de pensamiento, información y expresión, y los derechos de reunión y asociación. Pautas para un dialogo”. En GARCIA ROCA, Javier y AAVV. *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*. Civitas. Thomson Reuters. España. 2012. p. 193.

**FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor.** *El agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

**GARCIA ROCA, Javier. NOGUEIRA ALCALA, Humberto.** “El impacto de las sentencias europeas e interamericanas: valor del precedente e interpretación vinculante”. En GARCIA ROCA, Javier. CARMONA CUENCA, Encarna. En *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*. Thomson Reuters. Aranzadi. 1ra edición. España, 2017.

**GUTIERREZ NOGALES, Sergio.** “El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reagrupación familiar de los menores y el interés superior del menor. En *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. Año 13, Número 26, julio-diciembre de 2016.

**HART, Herbert.** *Una mirada inglesa a la teoría del derecho americano: la pesadilla y el noble sueño*. En AA.VV. *El ámbito de lo jurídico*. Barcelona. Crítica, 1994. En LANDA ARROYO, César. *Los precedentes constitucionales*. JUSTICIA CONSTITUCIONAL. Revista de jurisprudencia y doctrina. Año III. No. 5, enero- junio. Lima, 2007

**HERNÁNDEZ RAMOS, Mario.** “El Tribunal Constitucional Federal Alemán aún en la encrucijada. Balance de medio siglo de reformas del trámite de admisión de la verfassungsbeschwerde.”. En *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 88, enero-abril (2010)

**LOPEZ GUERRA, Luis.** “EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE Y «LE MOUVEMENT NÉCESSAIRE DES CHOSES».”. En *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, 2017.

**MEDINA QUIROGA, Cecilia y NASH ROJAS, Claudio.** *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección*. Centro de Derechos Humanos. Universidad de Chile. Abril 2007.



**MONTES FERNÁNDEZ, Francisco.** “*El Consejo de Europa*”. En *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*. XLVII (2014).

**NOVAK TALAVERA, Fabián.** “*LOS CRITERIOS PARA LA INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS*”. En *THĒMIS*. Revista de Derecho 63. 2013. Pontificia Universidad Católica del Perú.

**RECASENS SICHES, Luis.** “*Concepción Mecánica de la Función Jurisdiccional, especialmente en Francia y otros países durante el siglo XIX*”. En *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho, México* Ed. Porrúa S.A., 1980.



# ¿TIENE UN FUTURO LA FILOSOFÍA DEL DERECHO?<sup>1</sup>

Manuel Atienza Rodríguez  
España



1.

El título de mi ponencia, “¿Tiene un futuro la filosofía del Derecho?”, se inspira en el de un conocido trabajo que un importante penalista, Enrique Gimbernat, publicó en 1970: “¿Tiene un futuro la dogmática penal?” Partía ahí de la situación de crisis que entonces vivía la ciencia del Derecho penal en Alemania como consecuencia de la puesta en cuestión de la noción de culpabilidad que planteaban entonces el desarrollo de las ciencias empíricas (la criminología) y el psicoanálisis; y que hoy, en cierto modo, se ha agudizado con el desarrollo de la neurociencia. La situación vendría a ser la siguiente: si no existe el libre albedrío, entonces no cabe hablar ni de culpabilidad ni de pena y, por lo tanto, tampoco de Derecho penal o de dogmática penal. Gimbernat aceptaba la tesis del determinismo (no había en su opinión libre albedrío), pero, a su juicio, la existencia del Derecho penal no dependía del principio de culpabilidad, de manera que, una vez justificada la necesidad de ese orden normativo, nuestro penalista concluía justificando también la necesidad de una dogmática penal, cuya función fundamental habría de ser la de aumentar la seguridad en la aplicación del Derecho penal.

El anterior esquema puede también servir, salvadas las distancias, para abordar el tema que aquí nos interesa. De manera que, en primer lugar, habría que ver si los cambios, o alguno de los cambios, que están teniendo lugar en los últimos tiempos en el Derecho significan una amenaza para la supervivencia de la filosofía del Derecho; para luego, y en el caso de que la respuesta sea negativa (o sea, si se piensa que sigue habiendo o seguirá habiendo problemas iusfilosóficos), plantearse la cuestión de qué tipo de filosofía del Derecho está justificada, esto es, cuál es la filosofía del Derecho que tiene un futuro, en el sentido de que cumple las condiciones para resolver o, al menos, decir algo que sea relevante en relación con esos problemas.

2.

A propósito de la primera de esas cuestiones, habría que decir que la pervivencia de la filosofía del Derecho parecería, en principio, estar más y mejor asegurada que la de la dogmática penal o cualquier otra disciplina jurídica de carácter particular. Simplemente, porque los problemas iusfilosóficos no dependen de un determinado sector del ordenamiento jurídico de manera que, por ejemplo, la desaparición del Derecho penal (bien sea porque ha sido sustituido “por algo mejor que el Derecho penal” o bien por algo todavía peor: a eso apuntan muchas de las distopías que se han construido en los últimos tiempos)

<sup>1</sup> Texto de la ponencia presentada en el homenaje a Jorge Malem que se celebró en Tossa de Mar los días 17 y 18 de octubre de 2019.

no tendría por qué llevar consigo la de la filosofía del Derecho. Lo que amenazaría nuestra existencia como filósofos del Derecho tendría que ser la desaparición del Derecho en su totalidad, o bien un tipo de cambio en los sistemas jurídicos que no suscitara ya problemas como los que, tradicionalmente, se han considerado problemas iusfilosóficos y que – recuerdo- de manera muy esquemática vendrían a ser: el problema del concepto de Derecho; el del conocimiento –el método- jurídico; y el de la justicia.

En el inmediato pasado, como es bien sabido, el anarquismo o el marxismo defendieron la tesis de que el Derecho y el Estado estaban destinados a extinguirse una vez que se diera el paso a un modelo perfecto, justo, de sociedad: la anarquista o la comunista. Esos son dos ejemplos de ideologías, de concepciones del mundo, que suelen considerarse trasnochadas, pero en los últimos tiempos ha aparecido una nueva, el llamado transhumanismo o posthumanismo, que, sobre la base del impresionante avance de la ciencia y de la tecnología, vuelve a plantear la hipótesis de una sociedad sin Derecho, en el sentido de que el control social no requeriría ya de los instrumentos típicamente jurídicos: basados en la existencia de normas cuyo cumplimiento viene asegurado por el uso de la fuerza física. Según ellos, estaríamos en la antesala de lo que sería un cambio específico, o sea, nuestros descendientes (o algunos de ellos) no podrían ya considerarse propiamente como miembros de la especie homo sapiens; esos individuos post-humanos poseerían capacidades físicas, cognitivas y emocionales que implicarían necesariamente un cambio de valores en relación con los que subyacen a nuestras instituciones morales, políticas o jurídicas. Según Juval Noah Harari, la propia noción de Derecho, al igual que la de derechos humanos, no son más que ficciones, construcciones imaginarias que dependen de otra ficción, la del libre albedrío, y que, es de suponer, estarían destinadas a desaparecer o a ser absorbidas por la biología: “el comportamiento humano está determinado por hormonas, genes y sinapsis, y no por el libre albedrío; las mismas fuerzas que determinan el comportamiento de los chimpancés, los lobos y las hormigas. Nuestros sistemas judiciales y políticos intentan barrer en gran medida estos descubrimientos inconvenientes bajo la alfombra. Pero, con toda franqueza, ¿cuánto tiempo más podremos mantener el muro que separa el departamento de biología de los departamentos de derecho y ciencia política?” (Sapiens, 2014, p. 262).

Pues bien, yo no creo que se pueda descartar del todo la hipótesis del no Derecho, o sea, es posible que las cosas evolucionen de tal manera que el control del comportamiento de todos o de algunos de los homo sapiens (o de los sucesores de los homo sapiens) vaya a dejar de ser jurídico. Y, por cierto, el libre albedrío (el no determinismo) me parece que es condición de existencia no sólo del Derecho penal (en esto, a mi juicio, se equivocaba Gimbernat), sino también del Derecho, de la moral y de cualquier tipo de acción que caiga en el ámbito de lo que solemos entender por razón práctica. Pero parece que, por lo menos en lo que se refiere al inmediato futuro, en nuestras sociedades va a seguir habiendo Derecho; incluso todo apunta a que el grado de juridicidad de la sociedad se está incrementando mucho aunque, al mismo tiempo, cabe pensar que el nuevo Derecho presenta características un tanto distintas en relación con el Derecho, digamos, clásico, el Derecho estatal. Y de aquí (de cómo están evolucionando nuestros Derechos y nuestras sociedades) surgen, por cierto, problemas iusfilosóficos de enorme calado. Para empezar, el del propio concepto de Derecho. ¿Deberíamos seguir pensando en el Derecho como un conjunto de normas jerarquizadas y respaldadas por la coacción? ¿O acaso lo que mejor



permite dar cuenta del nuevo Derecho no es ya la pirámide kelseniana, sino la idea de red, de horizontalidad y del poder blando que caracterizaría al llamado soft law? Y si fuera esto último, ¿estaríamos entrando quizás en un proceso de desaparición del Derecho? ¿Cuál está siendo –o debería ser- el sustituto del Derecho?

Las respuestas a esas preguntas son obviamente muy variadas y cada una de ellas, además, apunta, yo diría, a una determinada forma de concebir la filosofía del Derecho. Pondré tres ejemplos, a modo de mera ilustración.

El primero se puede encontrar en la obra de Luigi Ferrajoli, que tanto éxito ha tenido en los últimos tiempos. Para él, como se sabe, el constitucionalismo garantista significa un cambio de paradigma en relación con el positivismo clásico, porque el Derecho (el Derecho positivo) incorpora ahora también el deber ser jurídico. El constitucionalismo contemporáneo ofrece un modelo de Derecho capaz en teoría de hacer frente a los grandes desafíos de nuestras sociedades, si no fuera porque “los poderes económicos y financieros se han reubicado fuera de los confines nacionales, evadiéndose del rol de gobierno de la política y de las funciones de garantía del derecho”. La “verdadera Grund-norm del orden mundial” no se encuentra en “las constituciones nacionales y las cartas internacionales de los derechos”, sino en “la ley del mercado”. Y de ahí que él considere que “repensar la geografía de poderes, tanto públicos como privados, y reivindicar el rol del derecho como ley del más débil en contra de las leyes de los más fuertes, que son las leyes de la economía, son actualmente las tareas principales de la filosofía del derecho del futuro (Doxa 39, p. 262 y 263).

Un segundo ejemplo puede encontrarse en la obra de Francisco Laporta. Como todos sabemos muy bien, él no piensa que sea para nada necesario establecer ningún nuevo paradigma iusfilosófico, sino que, cabría decir, lo que él propugna es una defensa del positivismo jurídico, basado en la asunción de los valores del Estado de Derecho en una visión, digamos, clásica, que pone el énfasis en la noción de imperio de la ley, porque le parece que eso es una condición necesaria para que pueda haber derechos fundamentales. En un trabajo reciente, Laporta se plantea si el orden jurídico actual va a ser o no capaz de afrontar los grandes problemas que surgen como consecuencia de la evolución y distribución de la población humana, los movimientos migratorios, las nuevas tecnologías de la información, el cambio climático o la economía financiera. Su tesis es que, de haber una solución (su actitud es de bastante pesimismo), ella no se encontraría en la apelación a ideas como la de networks o soft law, sino que habría que volver a lo que él considera como “la razón última del derecho”: “una autoridad externa que imponga la solución” a actores que tienen intereses y preferencias incompatibles (p. 32); “las soluciones a nuestros problemas tienen que ser soluciones normativas y, con frecuencia, soluciones claramente jerárquicas y vinculantes (p. 41).

Y el tercer ejemplo es el de un iusfilósofo, digamos, de la nueva generación y que plantea también las cosas de manera muy diferente a como lo hacen Ferrajoli o Laporta. Luis Lloredo considera que la filosofía del Derecho es “una emanación de la cultura iuspositivista” (p. 121), y que está ligada a un “rasgo característico del mundo moderno” como es “la centralidad del derecho” (p. 119). Ahora bien, esa “hegemonía de lo jurídico se está desvaneciendo”, se está “difuminando su poder como instrumento regulador” (p. 128).



Pero esa “pérdida de la centralidad del derecho a la que estamos asistiendo no es tanto la penetración de la moral, como se nos dice desde las teorías neoconstitucionalistas, sino un reverdecimiento de la política, una politización de lo jurídico” (p. 130). De manera que lo que nos viene a decir Lloredo es que la filosofía del Derecho tendría que ser reemplazada por una filosofía política, como lógica consecuencia de la pérdida de centralidad del Derecho y de la subordinación del Derecho a la política. Y para ello pretende inspirarse nada menos que en Pasukanis y en la propuesta de este último de reemplazar al Derecho por una “política audaz” (p. 130), precisando que esa “primacía de la política no debería verse como un atentado a la cultura democrática, sino como una radicalización de la misma, como una forma de hacer del derecho un ejercicio más sometido a la deliberación pública de lo que lo es ahora, más cercano a las problemáticas sociales y menos propenso a encerrarse en su aislamiento tradicional” (p. 131-2).

3.

Pues bien, yo no creo que los cambios que están ocurriendo en la sociedad y en el Derecho supongan un peligro para la filosofía del Derecho. Lo que los mismos plantean, si acaso, es la necesidad de un reenfoque de la reflexión iusfilosófica, pero parece indudable que, al menos por un tiempo, vamos a seguir teniendo materia iusfilosófica, o sea, seguirá existiendo el problema de qué es el Derecho, cómo podemos conocerlo en sus diversas manifestaciones y qué métodos hemos de utilizar para operar en las diversas instancias jurídicas, y el de cómo debería ser, qué cabe entender por Derecho justo. Sin embargo, al mismo tiempo, me parece que debemos reconocer también la existencia de una serie de síntomas que apuntan hacia el diagnóstico de que la filosofía del Derecho no es una disciplina que goce en los últimos tiempos de muy buena salud.

Quizás esos síntomas resulten menos visibles cuando el panorama se contempla desde España o, en general, desde el mundo latino. Se sigue escribiendo mucho sobre la materia, hay un número creciente de revistas, muchísimos profesores, en Latinoamérica casi cabría hablar de una moda iusfilosófica...Pero las cosas no parecen ir por este camino en el panorama internacional. Pongo tres ejemplos de la pérdida de interés académico de la disciplina, que me parecen significativos.

Hace ya un tiempo, unos 15 años, vino a nuestro seminario de los jueves de filosofía del Derecho, en Alicante, Aulis Aarnio, a hablar de Alf Ross. Y una de las cosas que dijo, y que nos dejó asombrados, fue que en los países nórdicos prácticamente nadie (ningún jurista) sabía ya quien era Alf Ross. Y esa cuasi-desaparición de los estudios de filosofía del Derecho en el Norte de Europa parece confirmada por el testimonio de otros profesores que siguen teniendo algún interés por la disciplina que, sin embargo, solo cultivan como un aspecto bastante secundario de su trabajo intelectual.

En una entrevista aparecida en el número de Doxa de 2001 (el 24), Alexy hablaba de una “desprofesionalización” de la filosofía del Derecho en su país. “Todas las Facultades -decía- ofrecen cursos de filosofía y/o teoría del Derecho”, pero “la calidad ciertamente es muy desigual”. Una de las causas de ello es que “En Alemania no hay prácticamente ninguna cátedra dedicada por completo a la filosofía del Derecho o a la teoría del Derecho”



(p. 680-1). Y su juicio sobre la desprofesionalización de la materia (algo que, yo creo, es fácil de percibir en los últimos congresos de la IVR) venía a ser éste: “Si uno se da cuenta de que para una parte de los jóvenes el peligro de la desprofesionalización no reside únicamente en lo que vaya a ser el ejercicio de la profesión, sino que sobre la base de una desprofesionalización ya existente de los maestros no han tenido en un principio una formación profesionalizada, entonces resulta fácil explicar algunas de las carencias de la situación actual de la filosofía del Derecho en Alemania” (p. 681-2).

Por lo que se refiere al mundo anglosajón, la situación parece todavía más preocupante. También en una entrevista que se le hizo a Schauer en *Doxa* en 2014 (nº 37), cuando se le preguntó sobre cómo estaban evolucionando las universidades estadounidense en materia iusfilosófica, contestó lo siguiente: “Antes, cuando Fuller estaba en su mejor momento, desde finales de los años treinta hasta mediados de los sesenta, la Jurisprudence era algo que existía en la conciencia de muchos o al menos de la mayoría de los estudiantes estadounidenses. Los estudiosos de la teoría del derecho en áreas específicas como contratos, responsabilidad civil, derecho constitucional, prueba y derecho penal, por ejemplo, sabían sobre Kelsen, sobre Hart, conocían acerca de Roscoe Pound, etc. La Jurisprudence era propiamente estudiada para tratar la mayoría de temas del derecho, e informar sobre ellos, en lugar de ser dejada de lado. Esto ha cambiado en décadas recientes, hemos sido testigos en los Estados Unidos y en el Reino Unido, con excepción de algunas universidades y de pocos lugares, del aislamiento creciente de la Jurisprudence en las principales corrientes teóricas y académicas. Este es un problema real -agregaba-, que yo, entre otros, trato de mitigar” (pp. 391-2).

Se podría pensar seguramente que no hay nada de malo en convertirse en una especie de reserva mundial de filosofía –o de filósofos- del Derecho. Pero no me parece tampoco, ni mucho menos, que esto último esté asegurado. Hay una serie de indicios que no son difíciles de percibir y que significan, en mi opinión, otras tantas amenazas a lo que podríamos llamar el futuro de la filosofía del Derecho en los países latinos y, más en especial, en España.

Uno de ellos es el colonialismo o dependencia cultural que padecemos (o, mejor, que asumimos con entusiasmo), pues parece obvio que, si desciende el nivel de producción de la metrópoli, esa bajada de nivel tendrá que notarse también en las colonias. Y, en todo caso, la dependencia excesiva del exterior (sería absurdo pensar en una filosofía del Derecho cerrada en sí misma, provinciana), produce muchos efectos negativos, mucha desorientación. Pongo un ejemplo de esto último. Cuando empecé a preparar este trabajo, pedí a alguna gente próxima si podían indicarme algunos trabajos de interés sobre la materia. En seguida me sugirieron la lectura de uno de Martha Nussbaum titulado “El uso y abuso de la filosofía en la enseñanza del Derecho”. Merece la pena leerlo y Nussbaum es, sin duda, una filósofa competente y cuya fama, yo diría, está ampliamente justificada. Pero lo que resulta verdaderamente asombroso es que ella parezca ignorar por completo que existe, desde hace por lo menos dos siglos, una tradición de pensamiento, una práctica teórica, que se llama por algo “Filosofía del Derecho”. Y que, por lo tanto, su propuesta de que se debe enseñar filosofía en las escuelas de Derecho (porque en el Derecho existen conceptos de interés filosófico) o que debería pensarse en construir una filosofía aplicada al





Derecho siguiendo la pauta de la filosofía aplicada a la medicina, la ética médica, resulta, por decir lo menos, una excentricidad.

Otra señal de preocupación proviene, yo creo, de la enorme dispersión temática que se ha producido en los últimos tiempos. Por un lado, eso puede parecer una muestra de vitalidad pero, al mismo tiempo, supone también una gran debilidad. En la medida en que resulte imposible reconstruir algo así como un núcleo temático de la disciplina, ello lleva consigo, yo creo, un peligro claro de debilitamiento, cuando no de desaparición de nuestra materia, de los planes de estudio de las Facultades de Derecho (que es el único lugar donde cabe pensar que se vaya a estudiar y a desarrollar la filosofía del Derecho). Desde luego, hay motivos sobrados para criticar todo lo que entre nosotros ha supuesto el llamado “Plan Bolonia” (todas sus deletéreas consecuencias, empezando por la malhadada ANECA) y también para quejarse del pragmatismo ramplón dominante en la cultura jurídica en la universidad y fuera de la universidad que, sin duda, conspiran contra la filosofía del Derecho. Pero de la pérdida de peso de las asignaturas de filosofía del Derecho en España (aunque haya muchas diferencias de universidad a universidad) me temo que tenemos también la culpa, en una buena parte, los propios iusfilósofos. Me parece que hemos descuidado ampliamente nuestro deber (ligado a nuestro interés como gremio) de contribuir a que los juristas (nuestros colegas de Facultad; pero también nuestros estudiantes y los juristas prácticos en general) sean capaces de comprender la importancia que para ellos (para desempeñar adecuadamente su trabajo) tiene poseer una formación en filosofía del Derecho. Un deber, por cierto, que Jorge Malem se ha tomado muy en serio y en cuyo cumplimiento ha tenido un notable éxito. Personalmente me parece que hay algunas razones de índole deontológico como para no colaborar con la ANECA (derivada de la obligación general de no colaborar al mal en el mundo), pero quizás también aquí quepa esgrimir alguna causa de justificación, como el estado de necesidad o el mal menor (la evitación de males mayores).

Y un último síntoma preocupante sobre la situación de la filosofía del Derecho en España deriva de la manera (o de las maneras) como la disciplina es cultivada (y entendida). Dejando (relativamente) a un lado la dispersión a la que antes me refería, me parece que sigue teniendo sentido pensar que las direcciones dominantes (con todos los matices que se les quiera añadir) podrían –suelen- clasificarse en tres rubros principales que agruparían respectivamente, a los iusnaturalistas, los positivistas-analíticos, y los “críticos”. Recuerdo ahora (dicho esto entre paréntesis) que hace tiempo, en el número 15-16 de Doxa (1994), Elías Díaz presentaba una clasificación “desenfadada” de la filosofía del Derecho en España, en la que una de las tendencias (en su elenco había hasta 7) aparecía por él calificada como “Doxa-Tossa”; en su opinión, representaba el mercado ( y su análisis), como línea ideológico-política aparecía la de liberales (plurales) y su sede social radicaría en Tossa de Mar: Apartamentos “Prima facie” (muy bien amueblados). Pues bien, yo creo que ninguna de esas tres concepciones resulta muy prometedora si se piensa en el futuro de la filosofía del Derecho. Para decirlo de una manera tajante y prescindiendo por tanto de todos los matices con los que habría que contar para hacer justicia: el iusnaturalismo porque, aunque no podamos prescindir de muchas de las ideas que provienen de esa tradición, es una concepción que obedece al pasado, a una época que no es la nuestra: el Derecho, simplemente, no tiene nada de natural, es un artificio, un producto de la historia; los autores “críticos” porque, aunque no les falte del todo la razón en algunas de sus



propuestas, sin embargo, lo que nos ofrecen (ofrecen a los juristas en general) no es propiamente una teoría que pueda guiar las prácticas jurídicas, sino, todo lo más, algunas ideas para tener en cuenta; y el positivismo analítico, por su tendencia, hablo siempre en general, a desentenderse de los problemas reales (relevantes) de la práctica jurídica bajo el pretexto de que lo único que importa en una teoría (o, al menos, el elemento fundamental de la misma) es el rigor metodológico, que algunos piensan debe ser perseguido aunque conduzca a un verdadero rigor mortis.

Jorge Malem se ubica, supongo que él está de acuerdo con ello, en el grupo de los positivistas analíticos, pero hay que reconocer que él es uno de los representantes de esa dirección que se ha ocupado de estudiar problemas bien relevantes: la desobediencia civil, la corrupción, la ética judicial... Ahora bien, aquí surge otra debilidad de la filosofía del Derecho que tiene que ver con la falta de adecuación entre la teoría y la práctica. Quiero decir con ello que de poco vale, por ejemplo, ser un especialista en desobediencia civil si eso no le permite a uno darse cuenta de que Torra no encabeza precisamente un movimiento de desobediencia civil. De la misma manera que tampoco se ve mucho sentido en defender el universalismo moral si se piensa que eso es compatible con la adhesión al inevitable particularismo que supone cualquier nacionalismo (no digamos cuando se trata de un nacionalismo de los ricos). O en ser un adalid de la democracia deliberativa, pero incapaz de reconocer en la práctica los rasgos que caracterizan a una vulgar y corriente democracia. O, en fin, en pensar que una filosofía como la de Carlos Nino puede dar alguna cobertura a la defensa de un derecho de autodeterminación en el contexto de un Estado de Derecho y en la que existe un pleno goce de todos los derechos fundamentales de los individuos.

4.

Creo que algunos de los que aquí están saben cuál es el tipo de filosofía del Derecho que, en mi opinión, tiene sentido y tiene un futuro, aunque este siempre sea, naturalmente, problemático, incierto. De algunas de las cosas que antes he dicho se desprende también (quizás a contrario sensu) cuáles serían las características (algunas de ellas) de esa filosofía del Derecho, pero no es momento de exponerlas aquí. Lo dejo para un futuro, quizás no muy lejano. Y termino mi ponencia con un acto de reconocimiento a nuestro homenajeado, Jorge Malem. Uno puede tener con él, como es mi caso, algunas diferencias (de política general y de política universitaria y, quizás por ello, también iusfilosóficas), pero siempre lo he considerado (desde que nos conocimos, hace más de 40 años) un gran amigo (como le gusta decir a nuestro común maestro, Ernesto Garzón: de los del pulmón) con el que, además, la filosofía del Derecho española (y yo como filósofo del Derecho) tiene contraída una gran deuda de gratitud: ¡muchas gracias, pues, Jorge, y mucha suerte!



# A PROPÓSITO DEL DECRETO DE URGENCIA N° 016-2020 LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO NO PUEDEN SOSLAYARSE

Omar Toledo Toribio  
Profesor Universitario



## INTRODUCCIÓN

Mediante Decreto de Urgencia N° 016-2020, publicado en 23 de enero de 2020, (en adelante DU) el Poder Ejecutivo, en uso de sus facultades legislativas, ha establecido “medidas en materia de los recursos humanos, a efectos de regular el ingreso de las servidoras y los servidores a las entidades del Sector Público y garantizar una correcta gestión y administración de la Planilla Única de Pago del Sector Público”.

Si bien es cierto, que estamos plenamente de acuerdo con el objetivo de establecer un régimen de ingreso a la función pública, basado en la meritocracia, que garantiza el derecho constitucional de igualdad ante la ley y, además, un servicio público eficiente que responda a las expectativas de la población, consideramos que el citado DU contiene normas que afectan los principios esenciales del Derecho del Trabajo, que durante muchos años han sido gestados en la doctrina laboral y plasmados en la jurisprudencia, tanto de la justicia constitucional como de la justicia ordinaria. Por otro lado, las normas que contienen el DU afectan derechos y principios constitucionales y normas convencionales, esto es, el *Corpus Iuris internacional* en materia de derechos humanos, en este caso los que constituyen un límite infranqueable, incluso para los Estados.

El DU, en términos concretos, constituye la positivización, en su versión original, de la sentencia que constituye precedente vinculante recaída en el Expediente N° 5057-2013-PA/TC, (precedente Huatuco que modificó el nivel de protección ante un despido arbitrario de un trabajador público sujeto al régimen laboral privado), frente a la cual nosotros manifestamos nuestra posición en el sentido de que constituye una afectación a derechos fundamentales y a los principios del derecho del trabajo<sup>1</sup>, y, en su oportunidad, a través de la figura del *distinguish* inaplicamos en aquellos casos en los que no se presenta el supuesto de hecho que ha servido para la expedición del precedente, como es el caso, a manera de ejemplo, de los obreros municipales<sup>2</sup> y los trabajadores de las empresas del Estado<sup>3</sup>, posición que luego fue asumida por la Corte Suprema<sup>4</sup>, lo cual incluso ha convencido al propio Tribunal Constitucional quien ha flexibilizado su aplicación a través de la STC N° 06681- 2013-PA/TC, según el cual

<sup>1</sup>EL PRECEDENTE HUATUCO HUATUCO Y LA CAPTURA O SUBSUNCIÓN DE LA SUBJETIVIDAD LABORAL (Artículo publicado en la Revista DIALOGO CON LA JURISPRUDENCIA, N° 203, Lima, agosto 2015, año 21, pp. 215-232).

<sup>2</sup> EXP. N° 23565-2013-0-1801-JR-LA-04 sentencia Del 14/7/2015, 4ta. Sala Laboral de Lima.

<sup>3</sup> Expediente N° 24951-2013-0-1801-JR-LA-09 (S sentencia Del 15/7/2015. 4ta. Sala Laboral de Lima.

<sup>4</sup> Casación Laboral N° 11169-2014 LA LIBERTAD; CASACIÓN LABORAL N° 12475-2014 MOQUEGUA; CASACIÓN LABORAL 18032-2015, CALLAO.



no se aplica el precedente Huatuco a los obreros municipales, y mediante diversos pronunciamientos según los cuáles no resulta de aplicación dicho precedente en aquellos casos en que no hay progresión en la carrera, EXP.N.º00210-2015-PA/TC, a los trabajadores de las empresas del Estado, EXP.N.º05542-2015-PA/TC, y, recientemente, mediante la STC 01204-2017, cuando se trata de la reposición de un trabajador con familia ensamblada, esto es, cuando se encuentra de por medio la protección de un derecho constitucional, como es el derecho a la familia.

## **NORMAS QUE AFECTAN DERECHOS FUNDAMENTALES Y LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO LABORAL.**

En esta oportunidad nos referiremos a aquellas normas contenidas en el DU que consideramos afectan de manera palmaria principios constitucionales, los derechos fundamentales de los trabajadores y los principios del derecho del trabajo. El DU establece lo siguiente:

### **Artículo 3. Ingreso por mandato judicial a las entidades del Sector Público**

*3.1 Los mandatos judiciales que ordenen la reposición, la reincorporación o el reconocimiento de vínculo laboral en entidades del Sector Público comprendidas en el inciso 1 del numeral 4.2 del artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1442, con independencia del régimen laboral al que se refiera la demanda, el motivo de la desvinculación del demandante o la forma en la que esta se haya realizado, deben observar, bajo responsabilidad, las siguientes reglas:*

*1. Sólo puede efectuarse en la entidad del Sector Público que fue parte demandada en el proceso judicial.*

*2. Sólo procede en una plaza a tiempo indeterminado cuando la persona haya ingresado por concurso público en una plaza presupuestada, de naturaleza permanente y vacante, de duración indeterminada; y, se trate del mismo régimen laboral en el cual fue contratada.*

*3. Para el caso de reconocimiento de vínculo laboral dispuesto por sentencia judicial, el demandante debe ser incorporado al régimen laboral vigente que corresponda a la Entidad. El cambio de régimen laboral únicamente procede mediante un nuevo concurso público.*

*3.2 Para dictar una medida cautelar, además de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos para su interposición en la normatividad vigente, debe cumplirse lo establecido en el numeral 3.1 del presente artículo.*

*3.3 Cuando no sea posible proceder conforme a lo establecido en el numeral 3.1 del presente artículo, se toman en cuenta las siguientes reglas:*

*1. Dentro de un proceso judicial en trámite sobre reposición, reincorporación o reconocimiento de vínculo laboral, el juez de oficio o a pedido de parte dispone la indemnización prevista en el inciso 3 del presente numeral 3.3. Asimismo, en ejecución de sentencia, previo traslado a las partes, el juez puede excepcionalmente disponer la indemnización prevista en el inciso 3 del presente numeral 3.3 por lo dispuesto en la sentencia.*

*2. No puede solicitarse conjuntamente, sea en sede administrativa y/o judicial, la reposición, reincorporación o el reconocimiento de vínculo laboral y la indemnización establecida en el inciso 3 del presente numeral 3.3, así se trate de pretensiones subordinadas. Cuando la servidora pública o el servidor público solicite el pago de la indemnización, se excluye su pretensión de reposición, reincorporación o el reconocimiento de vínculo laboral; y, viceversa. Se trata de pretensiones alternativas y excluyentes entre sí.*

*3. El pago de la indemnización establecida equivale a una compensación económica y media mensual o remuneración y media mensual por cada año completo de prestación de servicios, según*



corresponda al régimen laboral al que pertenezca, hasta un tope de doce (12) compensaciones económicas o remuneraciones mensuales. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos. No procede la indemnización en el caso de las servidoras públicas o los servidores públicos de confianza. El otorgamiento de la indemnización excluye la posibilidad de ordenar la reposición, la reincorporación o el reconocimiento de vínculo laboral.

4. Para el cálculo de la indemnización a que se refiere el inciso 3 del presente numeral 3.3, se debe tomar como referencia la última remuneración mensual o compensación económica percibida por el demandante en la entidad en la cual ha laborado o ha prestado servicios.

3.4 Salvo lo establecido en el numeral 3 del artículo 2 del presente Decreto de Urgencia, para disponer por mandato judicial la reubicación, reincorporación o el reconocimiento de vínculo laboral del personal de un Programa o Proyecto Especial extinguido o fusionado con otra entidad, en otra entidad del Sector Público, sólo procede dicho mandato cuando exista una norma con rango de Ley que así lo permita, la misma que establece el procedimiento para su financiamiento, sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público.

3.5 En caso que el Procurador Público competente advierta que no se han seguido las reglas contenidas en el presente artículo, debe iniciar las acciones legales pertinentes. De corresponder, el Procurador Público interpone la demanda a que hace referencia el artículo 178 del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil.

#### **CUARTA. Aplicación inmediata**

Lo establecido en los artículos 2, 3 y 4 del presente Decreto de Urgencia es de aplicación inmediata para todos los procedimientos y procesos en trámite.

## **PRINCIPIO-DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY.**

El DU colisionaría con el principio-derecho de la igualdad ante la ley, previsto en el artículo 2.2. de la Constitución Política del Estado, pues resulta evidente la desprotección de los derechos laborales de los trabajadores del sector público que se encuentran sujetos a contratos civiles y/o modales regulados éstos últimos por el Decreto Legislativo N° 728, en contraposición de los trabajadores del sector privado a quienes no recae la aplicación de los requisitos establecidos en el DU para obtener la reposición en su centro de trabajo. Se advierte de este modo, una diferenciación no razonable, proscrita por el Convenio 111 de la OIT, norma internacional que protege al trabajador de los tratos discriminatorios y promueve el trato igualitario de oportunidades en el empleo.

## **PRINCIPIOS DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD y CONTINUIDAD LABORAL.**

Con el DU se afectaría la vigencia del principio de continuidad laboral para aquellos trabajadores de la administración pública que vienen siendo sometidos a contratos que su empleador impone, además se vulnera el principio de la condición más beneficiosa, pues establece nuevas condiciones que perjudican al trabajador y se violenta el principio de primacía de la realidad, pues se resquebraja su naturaleza al establecer condiciones adicionales para la aplicación del mismo.

## **PRINCIPIO PROTECTOR**


El trabajador es sobre todo una persona, centro de derechos y obligaciones, su defensa y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, en



términos del artículo 1° de la Constitución Política del Perú, en consecuencia todo el amalgama de normas tanto nacional e internacional deben confluír para el progresivo bienestar de este y de su familiar, tanto es así, que al hablar de bienestar de la persona humana, no tiene la misma proyección en las diferentes legislaciones latinoamericanas y europeas, por lo que se debe tomar en cuenta la mejor situación y por ende la regulación normativa más favorables, lo que conocemos por el principio Protector, en su variante, la condición más beneficiosa.

El principio protector tiene su fundamento en la situación de asimetría que se encuentra el trabajador respecto del empleador, por lo que el sistema jurídico reconoce al trabajador una serie de prerrogativas o ventajas que se convierten en una suerte de desequilibrio compensatorio del desequilibrio intrínseco existente entre las partes de la relación laboral. El principio protector se encuentra recogido en el artículo 23° de la Constitución Política del Estado, y, más específicamente en la última parte del mismo, cuando señala que ninguna relación laboral podrá limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.

### **PRINCIPIOS LABORALES DE SEGUNDA GENERACIÓN: PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA DISPOSICIÓN MÁS FAVORABLE A LA PERSONA HUMANA Y EL PRINCIPIO DE LA PROGRESIVIDAD Y NO REGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS DE NATURALEZA LABORAL.**



En relación al primer principio éste se encuentra recogido en el artículo 5.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, según el cual *podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.* Asimismo, en términos exactamente iguales el artículo 5.2. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que *no podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.*

En relación al Principio de Progresividad previsto en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el suscrito<sup>5</sup> ha tenido la oportunidad de señalar que: “De las normas internacionales antes citadas se puede colegir que en relación a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante DESC), existe la obligación de los Estados partes de garantizar la progresividad de los mismos de lo que se desprende como consecuencia la prohibición de regresividad de ellos. En función a lo regulado por los instrumentos internacionales antes descritos se ha llegado a

---

<sup>5</sup>TOLEDO TORIBIO, Omar. En el artículo “El Principio de progresividad y no regresividad en materia laboral”, publicado en Gaceta Constitucional, Tomo 44, Lima, agosto 2011, páginas 218 a 227. citado en referencia a la invocación de este principio en la Sentencia, de fecha 07 de agosto de 2014, emitida por la Cámara de Apelaciones de Trelew (Chubut- República de Argentina) recaída en el Expte. N° 128 – año 2014 CAT, seguido por Guequen, A.Edith y otro c/ La Caja Aseguradora de Riesgos del Trabajo ART S.A sobre indemnización.

considerar que el principio de progresividad de los DESC contiene una doble dimensión: la primera a la que podemos denominar positiva, lo cual está expresado a través del avance gradual en orden a la satisfacción plena y universal de los derechos tutelados, y que supone decisiones estratégicas en miras a la preeminencia o la postergación de ciertos derechos por razones sociales, económicas o culturales<sup>6</sup> y la otra a la que podemos denominar negativa que se cristaliza a través de la prohibición del retorno, o también llamado principio de no regresividad<sup>7</sup>.

En ese sentido, la orientación de la legislación se debe concretar al desarrollo progresivo, esto es, de mayor protección a los derechos fundamentales de las personas, en este caso en materia laboral, y no constituir medidas claramente regresionistas, como sería el caso del DU materia del análisis.

## **TRANSGRESIÓN AL PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD MAXIMIZADA DEL SISTEMA DE DERECHOS HUMANOS.**

En el ámbito internacional de los derechos humanos se ha desarrollado el principio de integralidad maximizada del sistema, de manera que el derecho internacional de los derechos humanos está incorporado al derecho interno como fuente, cuando contiene algún plus respecto de este último y el derecho interno se incorpora como fuente de derecho internacional en la medida de ser más favorable al sistema de derechos.<sup>8</sup>

Así, la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 29, b), señala que: “ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los estados parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos estados”. El mismo principio está reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 52, entre otros.<sup>9</sup>

Este principio resulta plenamente aplicable cuando se esgrime el argumento de que las normas internacionales no necesariamente plantean la reposición como único remedio frente a un despido ilegal.

## **LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS.**

---

<sup>6</sup>Equipo Federal de Trabajo. Edición N° 37, Buenos Aires. En: [http://www.newsmatic.e-pol.com.ar/index.php?pub\\_id=99&sid=1174&aid=30931eid=37&NombreSección=Notas%20de%20c%C3%83%C2%A1tedra%20universitaria&Accion](http://www.newsmatic.e-pol.com.ar/index.php?pub_id=99&sid=1174&aid=30931eid=37&NombreSección=Notas%20de%20c%C3%83%C2%A1tedra%20universitaria&Accion).

<sup>7</sup>Idem.

<sup>8</sup>José G. DE LA O SOTO. “EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO: RESEÑA DE UNA SENTENCIA JUDICIAL”, EN *PRÁCTICAS JUDICIALES*, Revista Publicación semestral / No. 22/Diciembre 2016, Instituto Federal de Defensoría Pública, Editorial Mario Alberto Torres López, pp.139-140.

<sup>9</sup> Abg. García Jijón, Julia Isabel y otros. - “Principios de interpretación y aplicación de los Derechos Humanos vigentes en el Ecuador”: <http://www.monografias.com/trabajos76/principio-interpretacion-derechos-humanos-ecuador/principio-interpretacion-derechos-humanos-ecuador2.shtml>. (Obtenido 30/07/2017)



El Estado no podría contradecir sus propios actos, puesto que, por un lado durante muchos años viene contratando personal bajo contratos civiles, contratos modales regulados en el Decreto Legislativo N° 728 y Contratos Administrativos de Servicios, sin convocar a concurso público para ocupar plazas de naturaleza permanente, situación que es de entera responsabilidad de las entidades de la administración pública que utilizan esta política de contratación, generando una situación desigual entre los mismos servidores del Estado al utilizar en forma fraudulenta contratos civiles y modales cuando, en el plano de la realidad, por la naturaleza de las labores que realizan, corresponde un contrato de trabajo a plazo indeterminado, y por otro lado, ahora se pretende implementar la exigencia de concurso público con el fin de desvirtuar los efectos jurídicos de la invalidez de la contratación civil o modal indebidamente utilizada. Esta conducta, contradice la teoría que ha sido resumida en el brocardo jurídico que reza “*Nemopropiamturpitudinemallegansauditur*”, esto es, de que nadie puede beneficiarse con sus propios errores.

El artículo 5 de la Ley Marco del Empleo Público N° 28175, el cual se hallan inmersos todos los servidores públicos con independencia del régimen laboral, señala que: “*El acceso al empleo público se realiza mediante concurso público y abierto, por grupo ocupacional, en base a los méritos y capacidad de las personas, en un régimen de igualdad de oportunidades*”, siendo que su inobservancia constituye una vulneración al interés general que impide la existencia de una relación válida y determina la nulidad de pleno derecho el acto administrativo que las contravenga, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, civiles o penales de quien lo promueve, ordena o permita.

Dicho dispositivo legal tiene como finalidad que las entidades de la administración pública cumplan con organizar dichos concursos públicos a fin de proveerse de personal, no siendo su objetivo exonerar al Estado como empleador, de sus responsabilidades legales ante una situación de simulación o fraude a la contratación laboral. Sin embargo, como ya lo hemos indicado, esto no ocurre en el ámbito laboral peruano, pues si lo que se pretende es la debida observancia de la Ley Marco del empleo público, lo que debe hacerse es cubrir todo requerimiento de personal bajo estas condiciones, es decir, mediante concurso público, con plena observancia de los requisitos exigidos por la legislación laboral de la actividad privada para la validez de las formas contractuales por tiempo determinado, pero de ninguna manera puede utilizarse dicha normativa para justificar la ineficacia de los diversas modalidades contractuales que se celebró sin haberse realizado concurso público alguno y que evidentemente vulnera los derechos laborales de todo trabajador.

## **LA INDEPENDENCIA DE LAS DECISIONES JUDICIALES Y LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LA COSA JUZGADA.**

El artículo 138 de la Constitución Política del Estado establece que: “*La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal,*



los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”. Igualmente, el artículo 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que: “El Poder Judicial en su ejercicio funcional es autónomo en lo político, administrativo, económico, disciplinario e independiente en lo jurisdiccional, con sujeción a la Constitución y a la presente Ley”.

En efecto el DU establece “3.1 Los mandatos judiciales que ordenen la reposición, la reincorporación o el reconocimiento de vínculo laboral en entidades del Sector Público comprendidas en el inciso 1 del numeral 4.2 del artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1442, con independencia del régimen laboral al que se refiera la demanda, el motivo de la desvinculación del demandante o la forma en la que esta se haya realizado, deben observar, bajo responsabilidad, las siguientes reglas:

2. Sólo procede en una plaza a tiempo indeterminado cuando la persona haya ingresado por concurso público en una plaza presupuestada, de naturaleza permanente y vacante, de duración indeterminada; y, se trate del mismo régimen laboral en el cual fue contratada”.

Definitivamente se estaría afectando el principio de separación de poderes y la independencia judicial cuando, no obstante, exista un mandato judicial firme que ordena la reposición del trabajador, se condiciona el mismo a que exista una plaza a tiempo indeterminado cuando la persona haya ingresado por concurso público en una plaza presupuestada, de naturaleza permanente y vacante, de duración indeterminada. Esto resulta particularmente grave si tenemos en cuenta que la Cuarta Disposición Final del DU establece que es de aplicación inmediata para todos los procedimientos y procesos en trámite, aspecto este último, que debe ser materia de análisis en función al artículo 103 de la Constitución Política del Estado según la cual la ley no tiene fuerza ni efectos retroactivos.

Por otro lado, la disposición contenida en el numeral 3.1.2 afectaría la garantía constitucional de la cosa juzgada, prevista en el inciso 13 del artículo 139 de la Carta Política, pues no resulta jurídicamente posible que, luego de haber quedado la orden de reposición con autoridad de cosa juzgada, se pretenda modificar, por DU, un mandato judicial investido de dicha característica. Refuerza esta conclusión lo previsto en el artículo 4 del TUO de la LOPJ que categóricamente determina que toda persona y autoridad está obligada a acatar y dar cumplimiento a las decisiones judiciales o de índole administrativa, emanadas de autoridad judicial competente, en sus propios términos, sin poder calificar su contenido o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, bajo la responsabilidad civil, penal o administrativa que la ley señala. Ninguna autoridad, cualquiera sea su rango o denominación, fuera de la organización jerárquica del Poder Judicial, puede avocarse al conocimiento de causas pendientes ante el órgano jurisdiccional. **No se puede dejar sin efecto resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada, ni modificar su contenido, ni retardar su ejecución, ni cortar procedimientos en trámite, bajo la responsabilidad política, administrativa, civil y penal que la ley determine en cada caso.** (El resaltado es nuestro)

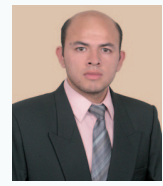
## CONCLUSIÓN.

En función de lo antes expuesto consideramos que el DU, en los aspectos precisados, afectaría principios del derecho laboral y derechos fundamentales. En todo caso, corresponderá a los órganos jurisdiccionales efectuar un análisis bajo los parámetros constitucionales (control de constitucionalidad) y convencionales (control de convencionalidad) y, en su momento, ser materia de debate en el seno del Congreso de la República como lo dispone el artículo 135 de la Constitución Política del Estado.



# EL PRINCIPIO DE HUMANIDAD DE LAS PENAS: ANÁLISIS LEGISLATIVO, DOCTRINARIO Y JURISPRUDENCIAL

Por: Cruzado Portal Martín Tonino<sup>1</sup>



1.- Introducción. 2.- Problema jurídico. 2.1.- Problema Principal. 2.2.-Problemas secundarios. 3.- Marco Teórico. 3.1.- Sustento Legislativo del Principio de Humanidad de las Penas. 3.1.1.- A nivel supranacional. 3.1.2.- A nivel Interno. 3.2.- Sustento Doctrinario y jurisprudencial del Principio de Humanidad de las Penas. 3.2.1.- Límites del *ius Puniendi* en un Estado democrático. 3.2.2.- Concepto del principio de humanidad de las penas. 3.2.3.- Origen y la evolución del principio de humanidad de las penas. 3.2.4.- Acepciones del Principio de Humanidad de las penas. 3.2.5.- Funciones del Principio de Humanidad de las penas. 3.2.6.- Postulados del Principio de Humanidad de las Penas, en el ordenamiento jurídico peruano. 3.2.7.- Resolución de los problemas planteados. 3.2.7.1.- Problema Principal. 3.2.7.2.- Problemas secundarios. 4.- Conclusiones. 5.- Recomendaciones. 6.- Bibliografía.

## 1.- Introducción.

Los principios se configuran como las máximas, apotegmas, guías o directrices de un determinado ordenamiento jurídico, en dicha línea, cada rama de la ciencia del derecho posee sus propios principios que los distinguen de las otras especialidades del derecho, es impensable por ejemplo, pretender aplicar en el ámbito penal, el Principio de Autonomía Procesal, el cual sólo lo posee el Tribunal Constitucional Peruano (TC, en adelante), no podemos extrapolar dicho principio a otras ramas del derecho, y con mayor razón al Derecho Penal, sin embargo existen ciertos principios que se extienden a todas las ramas del derecho como son, por mencionar algunos, el principio de legalidad, el principio de proporcionalidad, etc.

En lo relacionado a nuestro tema, la doctrina aborda el estudio de los principios que rigen el derecho penal y lo hace a través de los denominados límites al *ius puniendi*, son clásicos entre nosotros, el Principio de Legalidad, el de prohibición de aplicación retroactiva de las normas penales, la prohibición de la aplicación analógica, el principio de culpabilidad, el principio de materialidad, el principio de lesividad, el principio de mínima intervención, el principio de fragmentariedad, el principio de subsidiaridad, el principio de subjetividad y un largo etcétera, sin embargo el principio más olvidado y el menos estudiado de todos los principios en materia penal, creemos es el Principio de Humanidad de las Penas, a tal punto que si comparamos el tratamiento jurisprudencial y doctrinario con relación a los principios que de manera referencial hemos aludido, podemos reparar que ni la Corte Suprema, ni la doctrina le han dado un tratamiento serio y profundo al Principio de Humanidad de las Penas, creemos que dicha deficiencia pasa porque el Estado no cuenta con los suficientes recursos económicos, para dar un tratamiento adecuado a las personas que se encuentran privadas de su libertad, en los centros penitenciarios del país, sean en calidad de sentenciados o sujetos a la medida de prisión preventiva, y en relación a las medidas de seguridad el escenario también es deplorable, prueba de ello ha quedado graficado en la STC. Exp. N° 03426-2008-PHC/TC. Caso Pedro Gonzalo Marroquín Soto, más adelante brindaremos los detalles del caso.

Para abordar el tema materia de investigación, y para dotarlo de seriedad y rigor científico, hemos decidido realizar un análisis legislativo, doctrinario y jurisprudencial del principio de humanidad de las penas, para tal efecto vamos a recurrir a la legislación que se ha expedido sobre el tema, citaremos la doctrina más autorizada, la cual va de la mano con los pronunciamientos de los principales organismos supranacionales y de los órganos jurisdiccionales internos (Tribunal Constitucional y Poder Judicial).

## 2.- Problema jurídico.

El problema que cabe plantearnos radica en precisar que hemos advertido que contamos con ciertos principios que a veces no se aplican o se aplican de manera deficiente, y que sólo están enunciados pero que no son empleados por los operadores jurídicos (jueces, fiscales, abogados), no es una verdad oculta que la tendencia del legislador peruano, es a

<sup>1</sup>Doctor en Derecho y Ciencia Política. Magister en Derecho Constitucional y Gobernabilidad. Abogado por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. Juez Supernumerario del Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de Chiclayo.

sobrecriminalizar<sup>2</sup> las conductas, ya sea recurriendo a lo que la doctrina ha denominado adelantamiento de las barreras de punibilidad, o la creación de los denominados delitos de peligro.

Al emitirse una posterior condena o una medida coercitiva de naturaleza personal -prisión preventiva-, una persona es internada en un centro penitenciario, sin embargo cabe preguntarnos, si la forma en la que cumple la restricción de su derecho a la libertad ambulatoria, es la más adecuada, las cárceles se encuentran en óptimas condiciones, se cumplen con los estándares internacionales, se cumplen con las opiniones emitidas por los organismos internacionales, se puede decir que al término o cumplimiento total de la condena el recluso se encuentra rehabilitado y está listo para reincorporarse a la sociedad, en tal sentido nos planteamos la siguiente pregunta:

### 2.1.- Problema Principal:

**¿En qué medida se cumplen los postulados del Principio de Humanidad de las Penas, en el ordenamiento jurídico peruano?**

### 2.2.- Problemas secundarios:

2.2.1.- ¿La pena de cadena perpetua atenta contra el principio de humanidad de las penas y el fin resocializador?

2.2.2.- ¿Según la legislación no se debe incurrir en tratos crueles o humillantes en el cumplimiento de la pena, pero tenemos la infraestructura para cumplir con dichos fines de la pena (función preventiva, protectora y resocializadora)?

2.2.3.- ¿Tiene alguna relación el procedimiento de la determinación judicial de la pena con el principio de Humanidad de las penas?

2.2.4.- ¿Tiene alguna relación el principio de Humanidad de las penas con los principios de proporcionalidad, razonabilidad, y culpabilidad?

2.2.5.- ¿Se puede extender los postulados del Principio de la Humanidad de las penas a las medidas de seguridad?

2.2.6.- ¿Es aplicable el Principio de la Humanidad de las penas a la jurisdicción extraordinaria, como lo son las rondas campesinas y nativas?

### 3.- Marco Teórico.

Como ya lo habíamos mencionado líneas arriba, vamos a abordar el principio materia de estudio, desde el punto de vista legislativo, jurisprudencial y doctrinario, por lo que, para comenzar con nuestro cometido, es menester comenzar con las disposiciones contenidas en la legislación:

#### 3.1.- Sustento Legislativo del Principio de Humanidad de las Penas.

La ley, al igual que la doctrina y la jurisprudencia son fuentes del derecho, al margen queda la discusión académica, si estas son fuentes principales o secundarias (la manifestación de la voluntad y la costumbre), lo que nos interesa resaltar es la denominación técnica que empleamos en el uso de los términos, en consecuencia, el término ley, es meridianamente limitado, lo correcto es emplear el término legislación.

Cabe mencionar que se nos ha dicho hasta la saciedad, que nos encontramos en un Estado Constitucional de Derecho, otros postulan que estamos dentro de un Estado Convencionalizado de Derecho, en consecuencia ello implica que todos nuestros actos, incluidos los trabajos académicos, partan y se fundamenten desde y para la Constitución y luego

<sup>2</sup>Del mismo parecer es el profesor Villavicencio Terreros: “(...) en la actualidad se observa una tendencia a la **sobrecriminalización**, como por ejemplo, con el aumento de los mínimos legales de la pena de privación de la libertad o la introducción de nuevos injustos penales.” Vid. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte General*. Editora Jurídica Grijley. 2006. Pág. 109.



se descienda a las demás disposiciones de acuerdo al rango que ocupen en la ya clásica pirámide normativa, dicho esto cabe comenzar entonces por los tratados internacionales, la constitución, luego la ley y finalmente los reglamentos.

El principio de Humanidad de las penas, se encuentra positivizado de manera implícita y explícita veamos a continuación:

### 3.1.1.- A nivel supranacional.

#### Convención sobre los Derechos del Niño.<sup>3</sup>

##### Artículo 37º

Los Estados Partes velarán por qué:

- a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;
- b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda;
- c) **Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad** y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;
- d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción. (Resaltados nuestros).

#### Convención Americana sobre Derechos Humanos.

##### Artículo 5º. Derecho a la Integridad Personal.

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

2. **Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.** (Resaltados nuestros).

### 3.1.2.- A nivel Interno.

#### Constitución Política del Perú.

##### Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho:

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

H. Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a **tratos inhumanos o humillantes**. Cualquiera puede pedir de inmediato el examen médico de la persona agraviada o de aquella

<sup>3</sup> Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante su Resolución N° 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entró en vigor el 2 de septiembre de 1990, de conformidad con su Artículo 49º. Suscrita por el Perú el 26 de enero de 1990, y aprobada mediante Resolución Legislativa N° 25278, publicada el 4 de agosto de 1990. El instrumento de ratificación del 14 de agosto de 1990 fue depositado el 4 de setiembre de 1990. Vigente desde el 4 de octubre de 1990. El texto de la Convención fue publicado en la Separata Especial del 22 de noviembre de 1990. Vid. MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. *Compendio de Derechos Humanos: Tratados Internacionales de los que el Perú es parte*. Banco de Crédito BCP. Primera Edición Oficial: Octubre 2012. Pág. 196.

imposibilitada de recurrir por sí misma a la autoridad. Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia. Quien la emplea incurre en responsabilidad. (Resaltados nuestros).

#### **Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia.**

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

##### **21. El derecho de los reclusos y sentenciados de ocupar establecimientos adecuados.**

22. El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. (Resaltados nuestros).

#### **Código de Ejecución Penal.**

##### **Principio de Humanidad.**

**Artículo III.-** La ejecución penal y las medidas privativas de libertad de los procesados están exentas de tortura o trato inhumano o humillante y de cualquier otro acto o procedimiento que atente contra la dignidad del interno.

##### **Ambiente adecuado y tratamiento integral.**

**Artículo 3º.-** El interno ocupa un ambiente adecuado y está sujeto a tratamiento integral desde su ingreso hasta su liberación.

#### **3.2.- Sustento Doctrinario y jurisprudencial del Principio de Humanidad de las Penas.**

##### **3.2.1.- Límites del *Ius Puniendi* en un Estado democrático.**

Para abordar este ítem cabe despejar la duda en el sentido que si el estado posee derechos o es sujeto de Derecho, nos queda claro que la persona humana, los tiene, la persona jurídica también ostenta ciertos derechos fundamentales, pero el estado ¿tiene derechos fundamentales?, la respuesta es un rotundo sí, pero no todos los derechos, el Estado sí ostenta ciertos derechos fundamentales,<sup>4</sup> y uno de ellos es *ius puniendi*, sin embargo como ya es doctrina consolidada en el ámbito constitucional, ningún derecho se puede ejercer de manera ilimitada, por ello debemos recurrir al tópico de los límites al *Ius Puniendi*.

Al respecto el profesor español Mir Puig expone: “Si el Estado de Derecho exige el sometimiento de la potestad punitiva al principio de legalidad y en el Estado social dicha potestad sólo se legitima si sirve de eficaz y necesaria protección de la sociedad, un Estado que además pretenda ser democrático tiene que llenar el Derecho penal de un contenido respetuoso de una imagen del ciudadano como dotado de una serie de derechos derivados de su **dignidad humana**, de la **igualdad (real)** de los hombres y de su facultad de **participación** en la vida social. Pueden así fundamentarse ciertos principios político-criminales generalmente aceptados en el presente, los cuales pueden y deben aún profundizarse si se quiere ahondar en el camino de un Derecho penal realmente democrático -no sólo de garantías formales, sin duda imprescindibles, sino también al servicio efectivo de todos los ciudadanos- (...)”<sup>5</sup>

##### **3.2.2.- Concepto del principio de humanidad de las penas.**

<sup>4</sup> “La primera enumeración de los derechos y deberes del Estado fue formulada por el abate Henry Gregorie al presentar la Declaración de los Derechos de los Pueblos ante la Convención Nacional Francesa en 1975. En dicho texto exponía el derecho a la independencia, al dominio sobre el territorio, entre otros.

En lo que se relaciona con la especificación detallada de los derechos y deberes positivos del Estado, estos se sujetan a las referencias del escenario geográfico y del tiempo histórico en que se verifican.

Entre los derechos básicos pueden enunciarse los tres siguientes:

- a) El derecho a la autonomía y a la independencia.
- b) El derecho de conservación.
- c) El derecho a la exigencia de contribución de sus miembros.

Entre sus deberes básicos pueden enunciarse los dos siguientes:

- a) El deber de resguardar la dignidad de sus miembros.
- b) El deber de promover el desarrollo y el mantenimiento de un orden basado en la justicia.” *Vid.* GARCÍA TOMA, Víctor. *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Segunda Edición Actualizada. Palestra Editores Segunda Edición Mayo 2008. Págs. 217-219.

<sup>5</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. Editorial B de F Montevideo - Buenos Aires. Julio César Faira - Editor. Novena Edición. 2011. Pág.122.



El profesor García Caveró expone: “En el derecho penal se ha desarrollado el llamado principio de humanidad de las penas, según el cual la pena aplicada al delincuente no puede rebajarlo en su dignidad. Penas como las penas corporales o infamantes e incluso la pena de muerte y la cadena perpetua se han considerado como contrarias a dicha dignidad absoluta del ser humano.”<sup>6</sup>

El profesor Castillo Alva expone: “Una pena es humana cuando no agrava el conflicto y el drama creado por el delito, convirtiendo al autor del mismo en una nueva víctima, pero esta vez ya no de un tercero, sino del propio Estado y de la sociedad. Una pena es humana cuando no *desocializa* o no impide una reconciliación del infractor con el derecho y la sociedad ni impone males crueles en abierta desproporción con la gravedad del hecho.”<sup>7</sup>

A nuestro turno, concebimos al principio de la humanidad de las penas, como aquel principio que busca consolidar el principio-derecho de la dignidad humana por lo tanto durante la ejecución de la pena, el penado debe ser tratado como un ser humano, un fin del derecho, lo cual implica que no se le someta a tratos crueles o humillantes, y cumpla su pena -lo ideal sería de corta duración- adicionalmente implica que el legislador ya sea el congreso constituyente o vía delegación el Poder Ejecutivo, al momento de legislar construya tipos penales con una adecuada técnica legislativa y una pena proporcional acorde a la magnitud del daño causado.

De la reflexión anterior es menester traer a colación un caso paradigmático, el caso del penal de Challapalca, el cual se vio materializado en dos Informes expedidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que se detallan a continuación:

**Informe N° 12/04. Petición 4390/02. Admisibilidad.  
Internos del penal de Challapalca. Perú.  
27 de Febrero de 2004.**

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos,  
(...)  
DECIDE:

1. Declarar admisible la presente petición en relación a la violación a la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y a los artículos 5(1), 5(2), 5(3), 5(4), 5(6) y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con el artículo 1(1), en perjuicio de los internos del Penal de Challapalca que fueron trasladados desde el Penal de Yanamayo el 21 de septiembre de 2001.
2. Declarar admisible la presente petición en relación a la violación al artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en perjuicio de los familiares de los internos del Penal de Challapalca que fueron trasladados desde el Penal de Yanamayo el 21 de septiembre de 2001.
3. Continuar con el análisis del fondo de la cuestión.
4. Notificar esta decisión a los peticionarios así como al Estado.
5. Ponerse a disposición de las partes con el fin de alcanzar una solución amistosa fundada en el respeto de los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos e invitar a las partes a pronunciarse sobre tal posibilidad.
6. Publicar esta decisión e incluirla en su Informe Anual a la Asamblea General de la OEA. (...).

**Informe especial sobre la situación de los derechos humanos en la cárcel de Challapalca,  
departamento de Tacna, república del Perú.<sup>8</sup>**

<sup>6</sup>GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Grijley. 2008. Pág. 62.

<sup>7</sup>CASTILLO ALVA, José Luis. *Principios de Derecho Penal. Parte General*. Gaceta Jurídica. Lima. 2002. Pág. 346.

<sup>8</sup> Disponible en: <http://www.cidh.org/countryrep/Challapalca.sp/informe.htm> (Fecha de consulta 11/01/2020).

(...)

#### IV. Conclusiones y recomendaciones.

115. La Comisión ha podido constatar in situ las inadecuadas condiciones del centro carcelario, y que el Estado peruano no ha dado cumplimiento a la recomendación formulada por la CIDH en su Segundo Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Perú del año 2000 respecto a la inhabilitación del referido penal, por las vulneraciones a los derechos humanos de las personas allí recluidas y que por el contrario éstas se siguen presentando no obstante las denuncias de los internos, de sus familiares y de las instituciones de control como la Defensoría del Pueblo.

116. La Comisión ha verificado que por el contrario desde que se realizara en el año de 1998 la visita a ese penal, fue aumentado paulatinamente el número de personas recluidas en este centro carcelario, no obstante las difíciles condiciones de aislamiento por la distancia geográfica, la altura y el clima a que están sometidas las personas allí recluidas, reconociendo que para la fecha de aprobación de este informe, el Estado reportó que sólo permanecían allí cuarenta personas. Asimismo que a algunos detenidos se les ha infligido maltratos físicos y psicológicos que están prohibidos por la Convención Americana, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Constitución y la legislación interna, que deben ser investigados y sancionados por las autoridades peruanas.

117. Que las condiciones de detención de las personas allí recluidas, originadas por la situación geográfica donde se encuentra ubicado el Penal de Challapalca, se convierten en un castigo adicional para ellos, sus familiares y para el personal del Instituto Penitenciario allí destacado, poniendo en peligro el derecho a la vida, violando la obligación de protección a la integridad personal y al derecho de una privación de la libertad en condiciones dignas y seguras, derechos consagrados en la Convención Americana y en los instrumentos internacionales que el Estado peruano se ha comprometido a cumplir y respetar.

118. Que tales condiciones se han hecho extensivas a los familiares de los reclusos de la Cárcel de Challapalca, a quienes no sólo se les dificulta su visita sino se les pone en riesgo en su salud. Que estas circunstancias impiden dar cumplimiento a los principios de resocialización y de tratamiento integral de la persona sujeta a detención, según los estándares internacionales aprobados por las Organización de los Estados Americanos, las Naciones Unidas, y adoptados por la legislación interna del Perú.

119. Por lo anterior, siendo aprobada la versión final del presente informe con fecha 9 de octubre de 2003, la Comisión ha dispuesto su publicación y exhorta el Estado peruano a dar cumplimiento a la recomendación formulada desde el año 2000 por la CIDH de inhabilitar de inmediato la Cárcel de Challapalca en forma definitiva, haciendo traslado de los reclusos allí detenidos a centros penitenciarios cercanos a sus entornos familiares e informar al respecto en un período de tiempo que no exceda los treinta días a partir de la publicación del presente informe.

120. Entre tanto, la Comisión solicita al Estado peruano proteger en debida forma los derechos a la vida, la integridad personal y a la resocialización de las personas que continúan allí recluidas hasta que se clausure en forma definitiva este penal, informándose a la Comisión sobre su situación.

121. En igual forma, recomienda realizar una investigación seria y objetiva a efectos de verificar las diferentes denuncias presentadas por los internos y por sus familiares sobre presuntas torturas físicas y psicológicas que señalan han sido objeto por la guardia del penal y con la permisibilidad de sus directivas.

### 3.2.3.- Origen y la evolución del principio de humanidad de las penas.

El profesor Mir Puig expone: "Tal vez sea éste el principio que en mayor medida caracteriza el **origen** y la **evolución** del contenido del sistema penal contemporáneo. Nació éste de la mano de la reivindicación de una humanización del rigor de las penas previstas en el Derecho del Antiguo Régimen. Fue un punto central del programa de la **Ilustración** que concretó especialmente Beccaria en el s. XVIII y que no ha dejado de inspirar la evolución doctrinal posterior y



buen número de las reformas penales que se han producido hasta el presente. Se pasó así primero, de un sistema penal que giraba en torno a la pena de muerte y a las penas corporales, a otro cuya espina dorsal han sido las penas privativas de libertad. Las penas corporales desaparecieron primero. La pena de muerte va siendo abolida en los últimos tiempos en muchos países civilizados,<sup>9</sup> como lo ha sido en España, salvo si la prevén en tiempo de guerra las leyes militares (art. 15 Const.). Más no se detiene aquí la evolución. En nuestros días se aprecia una importante y progresiva **sustitución de las penas privativas de libertad** por otras penas menos lesivas como la multa o el trabajo en beneficio de la comunidad, y hasta por otras medidas consistentes simplemente en la *suspensión* del cumplimiento de la pena o de su propia imposición, o incluso en la *renuncia* a toda pena. El CP 1995 ha incorporado o ampliado alguno de estos aspectos. En esta línea se inscribe también la tendencia internacional a la **despenalización** de ciertas conductas antes punibles.<sup>10</sup> También se *atenúa* paulatinamente la gravedad de la pena señalada a los delitos. Hoy se pide que la pena privativa de libertad tenga un *límite máximo* de quince años, aunque se trate de una aspiración no realizada en la mayoría de países. El Derecho vigente no admite la cadena perpetua, ni siquiera para sustituir la pena de muerte, abolida, como se ha dicho ya más arriba por el art. 15 Const., para tiempo de paz.<sup>11</sup>

Especial importancia tiene la progresiva humanización que se reclama por la doctrina y se exige por los textos legales para el **cumplimiento de las penas privativas de libertad**. Es éste un postulado más indiscutible que el más problemático, aunque también importante, de la resocialización. En cuanto sean inevitables, las cárceles tienen que garantizar unas condiciones de humanidad mínimas, como lo exigen las condiciones mínimas de la ONU.<sup>12</sup> Sin embargo, la realidad de la prisión no acaba de adaptarse a estas exigencias.

Toda esta evolución perdería sentido en una concepción política en la que el Estado se concibiese como fin en sí mismo y no al servicio de los individuos. Así se explica que las tendencias humanitarias cediesen durante el paréntesis en que, en el siglo XX, imperaron los Estados totalitarios, cuyos Derechos penales acrecentaron inexorablemente su rigor. Es la dignidad del individuo, como límite material primero a respetar por un Estado democrático, lo que va fijando topos a la dureza de las penas y agudizando la sensibilidad por el daño que causan en quienes las sufren. Aunque al Estado y hasta a la colectividad en general pudieran convenir penas crueles para defenderse, a ello se opone el respeto de la dignidad de todo hombre -también del delincuente-, que debe asegurarse en un Estado *para todos*.<sup>13</sup>

Otra opinión similar: “En el Derecho penal, como reacción a la situación existente, nace con Beccaria, que fue el principal exponente, el derecho penal humanitario, consagrado en su obra “De los delitos y las penas”, publicada en 1764, donde se combatió la pena de muerte, las penas infamantes, la tortura, el procedimiento inquisitivo y se abogó por la atenuación de las penas, su legalidad y la protección del acusado mediante garantías procesales.”<sup>14</sup>

En la doctrina peruana se expone: “En su desenvolvimiento histórico, el Derecho penal ha transcurrido diversos estadios, marcados en principio por épocas de bárbara venganza, hasta su humanización. Contemporáneamente este principio conduce a la obligatoriedad del respecto a la persona humana y a la necesidad de disminuir cada vez más la presión individual y social constituida por la pena. De allí la preponderancia del principio de mínima intervención y la urgencia de descriminalizar, despenalizar, desprisionizar, etc.

El principio de humanidad se refleja principalmente en el sistema de ejecución de penas privativas de libertad. La consideración del penado como miembro de la sociedad exige que sea tratado como persona y no como simple objeto, respetando su dignidad, procurando su reeducación, si ello es necesario, ayudando a su reinserción social y prohibiendo los trabajos forzados y cualquier tipo de malos tratos de palabra u obra hacia su persona. Como efecto de

<sup>9</sup>[64] Cfr. García Valdés, No a la pena de muerte, pp. 37 ss. Citado por MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. Editorial B de F Montevideo - Buenos Aires. Julio César Faira - Editor. Novena Edición. 2011. Pág.122.

<sup>10</sup>[65] Cfr. por todos la visión general que ofrece Jescheck, Movimiento internacional, pp. 15. Citado por MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. Ob. Cit. Pág.122.

<sup>11</sup>[66] Cfr. Mir Puig, RJCat, 1981, pp. 27 ss. Citado por MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. Ob. Cit. Pág.123.

<sup>12</sup>[67] Cfr. García Valdés, Comentarios, p. 19. Citado por MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. Ob. Cit. Pág.123.

<sup>13</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. Ob. Cit. Pág. 123.

<sup>14</sup>AGUILAR AVILÉS, Dager. *La humanidad de las penas en los instrumentos internacionales fundamentales de perfección de los derechos humanos*. Pág. 35. En: Cañado Trindade, Antônio Augusto. Barros Leal, César. (Coordinadores) El principio de humanidad y la salvaguardia de la persona humana. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2016. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/03/doctrina45006.pdf>(Fecha de consulta 11/01/2020).



ello, las cárceles tienen que garantizar condiciones de humanidad mínimas, como lo exige contemporáneamente las Naciones Unidas en sus Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos.”<sup>15</sup>

### 3.2.4.- Acepciones del Principio de Humanidad de las penas.

Al respecto el profesor Castillo Alva expone: “Algunos autores afirman que el principio de humanidad llamado principio de respeto de la dignidad de la persona humana<sup>16</sup>, puede ser ubicado dentro del principio del Estado de Derecho, lo cual obligaría a limitar las intervenciones penales para asegurar la convivencia de las personas en la comunidad<sup>17</sup>. Creemos que, por razones de legitimidad, y por ser un principio rector del Derecho Penal, debe encontrar una autonomía propia sirviendo para verificar y contrastar el grado de juridicidad de un Estado. No faltan también quienes, luego de enfatizar su papel de principio rector, consideran que el principio de subsidiaridad y la racionalidad, practicabilidad y efectividad del sistema penal dependen del principio de humanidad<sup>18</sup> o quienes, por otro lado, ubican al principio de proporcionalidad de las penas dentro del principio de humanidad llamado también principio de prohibición de las penas inhumanas y degradantes.”<sup>19</sup>

Por otro lado el profesor Villavicencio Terreros expone: “También llamado **principio de proscripción de la crueldad**<sup>20</sup>, se le ha considerado en la actualidad como el pensamiento central de la ejecución penal<sup>21</sup> y uno de los límites primordiales en un Estado democrático<sup>22</sup>. Según los postulados de este principio, se rechaza por cruel toda sanción pena que resulte brutal en sus consecuencias para el sujeto. Se debe buscar una pena humanitaria en el sentido que se ejecute sin crueldad ni sufrimientos innecesarios del Derecho de los derechos humanos<sup>23,24</sup>.

Asimismo, se rechaza aquellas sanciones penales que buscan mantenerse hasta la muerte de la persona. Toda consecuencia jurídica debe terminar en algún tiempo pero nunca debe rebasar más allá de la vida del penado ni ser perpetua, ya que implicaría admitir la existencia de una persona innecesaria<sup>25</sup>. El Tribunal Constitucional, en la sentencia sobre la inconstitucionalidad de la normativa antiterrorista (Decretos Leyes 25475, 25659, 25708 y 25880, normas complementarias y conexas), sobre este principio ha señalado que de “*las exigencias de “reeducación”, “rehabilitación” y “reincorporación” como fines del régimen penitenciario se deriva la obligación del legislador de prever una fecha de culminación de la pena, de manera tal que permita que el penado pueda reincorporarse a la vida comunitaria. Si bien el legislador cuenta con una amplia libertad para configurar los alcances de la pena, sin embargo, tal libertad tiene un límite de orden temporal, directamente relacionado con la exigencia constitucional de que el penado*



<sup>15</sup>HUGO VIZCARDO, Silfredo. *Principios reguladores del control penal. Las normas rectoras*. En: Revista Jurídica “Docentia et Investigatio” Facultad de derecho de la U.N.M.S.M. Vol. 11. N° 2-49-72-2009. Pág. 67. Disponible en <http://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/derecho/article/download/10571/9378> (Fecha de consulta 11/01/2020).

<sup>16</sup>[41] Así SILVA SÁNCHEZ, Jesús María.; *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*; p. 261. Citado por CASTILLO ALVA, José Luis. *Principios de Derecho Penal. Parte General*. Ob. Cit. Pág. 347.

<sup>17</sup>[42] Jescheck, Hans; *Tratado de Derecho Penal*. p. 22. Citado por CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. Cit. Pág. 347.

<sup>18</sup>[43] Zipf, Heinz; *Introducción a la Política Criminal*, p. 43. Citado por CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. Cit. Pág. 347.

<sup>19</sup>[44] Zugalúa Espinar. José Miguel; *Fundamentos del Derecho Penal*, p. 254. Citado por CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. Cit. Pág. 348.

<sup>20</sup>[116] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 125. Citado por VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte General*. Ob. Cit. Pág. 107.

<sup>21</sup>[117] JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 30. Citado por VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte General*. Ob. Cit. Pág. 107.

<sup>22</sup> [118] MIR PUIG, 2004, p. 131, num. 59. Citado por VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte General*. Ob. Cit. Pág. 107.

<sup>23</sup> [119] FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, 1989, II, pp. 42-43. Citado por VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte General*. Ob. Cit. Pág. 107.

<sup>24</sup>[120] Este principio tiene su origen en la Revolución Francesa de 1789 y la posterior promulgación de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano donde se buscó la reivindicación de una humanización ante el rigor de las penas que preveía el Antiguo Régimen. Se pasó de un sistema penal que contenía entre sus consecuencias penales la pena de muerte y las penas corporales, a otra que se basaba en las penas privativas de la libertad. Actualmente, se puede decir que las penas corporales ya han desaparecido, pero no se puede decir lo mismo con la pena de muerte, aunque existe una tendencia abolicionista (Cfr. MIR PUIG, 2004, p. 131, num. 60). Citado por VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte General*. Ob. Cit. Pág. 107.

<sup>25</sup>[121] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 125. Citado por VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte General*. Ob. Cit. Pág. 107.

se reincorpore a la sociedad.”<sup>26</sup>. En relación a la llamada **cadena perpetua**, el Tribunal señala que “en su regulación legal actual, es intemporal; es decir, no está sujeta a límites en el tiempo, pues si tiene un comienzo, sin embargo carece de un final y, en esa medida, niega la posibilidad de que el penado en algún momento pueda reincorporarse a la sociedad”<sup>27</sup>

### 3.2.5.- Funciones del Principio de Humanidad de las penas.

Al respecto el profesor Castillo Alva expone: “El principal cometido del principio de humanidad de las penas es reducir la violencia estatal, conduciendo la configuración y aplicación de las penas, según criterios razonables. No sólo se busca, con ello, reducir el *quantum* o marco penal de las sanciones, sino además, determinar la clase de pena a crear e imponer, adecuándola a “la humanidad del hombre”. En base al principio de humanidad es cruel toda pena que resulte brutal en sus consecuencias, como las que comprometen toda la vida del sujeto”<sup>28</sup>.

Respecto al sistema de penas, el principio de humanidad, desempeña una función crítica notable, situación que incluso puede extenderse a objetar su alcance y duración. El principio aludido sirve como criterio rector y de orientación a la política criminal del Estado y al control penal en su conjunto. En tal sentido, creemos que sus consecuencias tienen plasmación en la *órbita sustantiva*, en la creación de penas y en su cuantificación, representando una limitación a los legisladores y jueces respecto a la creación o aplicación de penas estigmatizantes<sup>29</sup>. Asimismo, aparece en el *plano procesal* prohibiendo a los operadores normativos [jueces, fiscales, policías] la aplicación de torturas y tratos inhumanos y otras prácticas aflictivas, tendientes a obtener una confesión, deponer acerca de los otros partícipes o declarar sobre las ganancias delictivas, etc. Por último, el principio de humanidad logra manifestarse en la *fase de la ejecución de las penas* en cuyos centros e instituciones [cárceles] aparecen las más visibles infracciones (...).<sup>30</sup>

### 3.2.6.- Postulados del Principio de Humanidad de las Penas, en el ordenamiento jurídico peruano.

**“A) Incidencia en la parte especial del Derecho Penal:** Los compromisos asumidos por la firma y ratificación de los textos internacionales de derechos humanos, generales y específicos, obligan a los Estados a la tipificación y sanción en su ordenamiento interno de los hechos constitutivos de tortura y demás tratos internacionalmente prohibidos.”<sup>31</sup>

**“B) Repercusiones en el campo de las consecuencias jurídicas del Delito:** La prohibición de la tortura y demás tratos inhumanos o degradantes no sólo despliega sus efectos en la parte especial del Derecho penal, también alcanza importantes repercusiones en el campo de las consecuencias jurídicas del delito.

a) Pena de muerte. b) Prisión perpetua y penas de muy larga duración. c) Régimen penitenciario inhumano o degradante.”<sup>32</sup>

En similar línea argumentativa el profesor Muñoz Conde: “El principio de humanidad obliga siempre a reconocer que el delincuente, cualquiera que sea el delito que haya cometido, es un semejante, una persona humana que tiene derecho a ser tratada como tal y a reintegrarse en la comunidad como un miembro de pleno derecho.

Estas ideas se reflejan en el proceso penal, en la abolición de determinados tipos de pena y en la ejecución de las penas privativas de libertad.

<sup>26</sup>[122] Num. 182, STC del 3 de enero de 2003, Exp. 010-2002-AI/TC. Citado por VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte General*. Ob. Cit. Pág. 107.

<sup>27</sup>[123] Num. 183, *in fine, ibidem*. (...). Citado por VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte General*. Ob. Cit. Pág. 107.

<sup>28</sup>[46] Zaffaroni, Eugenio Raúl; *Derecho Penal [P.G.]*, p. 125. Citado por CASTILLO ALVA, José Luis. *Principios de Derecho Penal. Parte General*. Ob. Cit. Pág. 348.

<sup>29</sup>[47] Zugaldía Espinar, José Miguel; *Fundamentos del Derecho Penal*, p. 254. Llama a esta manifestación del principio de humanidad como interdicción de penas incoizadoras. Citado por CASTILLO ALVA, José Luis. *Principios de Derecho Penal. Parte General*. Ob. Cit. Pág. 349.

<sup>30</sup> CASTILLO ALVA, José Luis. *Principios de Derecho Penal. Parte General*. Ob. Cit. Págs. 348-349.

<sup>31</sup>DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. *El principio de humanidad en derecho penal*. Pág. 45. En: Cançado Trindade, Antônio Augusto. Barros Leal, César. (Coordinadores) *El principio de humanidad y la salvaguardia de la persona humana*. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2016. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/03/doctrina45006.pdf> (Fecha de consulta 11/01/2020).

<sup>32</sup>*Ibidem*. Pág. 47-57.

- En el proceso penal, el principio de humanidad, que surge con la Ilustración, ha llevado a la abolición de la tortura como medio de averiguación de la verdad y a la de cualquier otro medio que prive al acusado de la libre determinación de su voluntad, como el lavado de cerebro, el detector de mentiras, el suero de la verdad, etc. Esto es lo que garantiza, en definitiva, el derecho a la presunción de inocencia que, como principio básico del imputado en el proceso penal, reconoce el art. 24 de la CE.

- Con respecto a la *pena de muerte*, el principio de humanidad impone su abolición en los países donde existe; pues ni sirve más que otras penas para proteger a la comunidad, ni permite ningún tipo de acción resocializadora sobre el delincuente, ni, desde luego, es necesaria para garantizar la paz social.

- Por último, en materia de ejecución penitenciaria, el principio de humanidad obliga a tratar con respeto al encarcelado y procurar su reinserción en la vida social una vez que haya salido de la cárcel, ahorrándole, en todo caso, todo tipo de vejaciones inútiles y de sufrimientos.

El art. 15 de la Constitución prohíbe expresamente la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes, aboliendo la pena de muerte. Y el art. 25,2 de la misma dice que las penas y las medidas privativas de libertad estarán orientadas primordialmente a la reinserción social de los condenados.<sup>33</sup>

Al respecto la jurisprudencia del TC, en el paradigmático caso sobre los decretos leyes antiterroristas, la STC. Exp. N° 010-2002-AI/TC. Caso Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos. Ha expuesto:

#### **Tratos crueles y humillantes en la legislación antiterrorista.**

**220.** Es cierto, que así como el *ius puniendi* del Estado puede manifestarse en distintas intensidades, pues el grado de severidad sancionadora puede variar en proporción directa a la gravedad del delito cometido, también es posible que las condiciones en que el individuo debe cumplir la pena puedan ser distintas en atención a las particulares circunstancias que rodean el caso de cada sentenciado, es decir, en atención al margen de peligrosidad que pueda ser deducido de sus características personales, su comportamiento, antecedentes penales, especial gravedad del ilícito cometido, etc. No obstante, en ningún caso puede justificarse la degradación del ser humano, de lo contrario el Estado, lejos de actuar como promotor de la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (artículo 139°, inciso 22) de la Constitución), se convertiría en un colaborador del acrecentamiento de la desviación social del condenado, negándole incluso su condición de persona humana.

**221.** La calificación de una pena como inhumana o degradante y, por lo tanto, como atentatoria del derecho a la integridad personal, depende, en buena cuenta, del modo de ejecución de misma. No puede desatenderse que, aunque proporcional, la simple imposición de la condena ya implica un grado importante de sufrimiento en el delincuente, por ello sería inconcebible que ésta venga aparejada, a su vez, de tratos crueles e inhumanos que provoquen la humillación y envilecimiento en la persona.

Dicho trato inhumano bien puede traducirse en una duración injustificada de aislamiento e incomunicación del delincuente. Siendo el ser humano un ser social por naturaleza, la privación excesiva en el tiempo de la posibilidad de relacionarse con sus pares genera una afectación inconmensurable en la psiquis del individuo, con la perturbación moral que ello conlleva. Dicha medida no puede tener otro fin más que la humillación y el rompimiento de la resistencia física y moral del condenado, propósito, a todas luces, inconstitucional.

**222.** El artículo 20° del Decreto Ley N.° 25475 dispone que los condenados por terrorismo cumplirán la pena "con aislamiento celular continuo durante el primer año de su detención". Asimismo, establece que "en ningún caso (...) los sentenciados podrán compartir sus celdas unipersonales, régimen disciplinario que estará vigente hasta su excarcelación". Esta misma línea fue seguida por el inciso b) del artículo 3° del Decreto Ley N.° 25744, declarado anteriormente inconstitucional.

<sup>33</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*. Tirant Lo Blanch. Séptima Edición. Valencia 2010. Pág. 84.



223. El Tribunal Constitucional considera, en atención a lo ya expuesto, que someter a un sentenciado a una pena que suponga el aislamiento absoluto durante el período de un año constituye una medida irrazonable y desproporcionada, constitutiva de un trato cruel e inhumano. Lo propio acontece con la exigencia de mantener al recluso en celdas unipersonales durante todo su período de confinamiento en un centro penitenciario. Por ello, los preceptos referidos, en cuanto consignan dichas medidas, son violatorios del artículo 2°, inciso 1) de la Constitución y del artículo 5°, incisos 1), 2) y 6), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al afectar el derecho a la libertad personal.

En la misma línea la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso **Loayza Tamayo Vs. Perú Sentencia de 17 de septiembre de 1997 (Fondo)**. Expuso:

58. Aún cuando la Comisión alegó en su demanda que la víctima fue violada durante su detención, la Corte, después de analizar el expediente y, dada la naturaleza del hecho, no está en condiciones de darlo por probado. Sin embargo, los otros hechos alegados como la incomunicación durante la detención, la exhibición pública con un traje infamante a través de medios de comunicación, el aislamiento en celda reducida, sin ventilación ni luz natural, los golpes y otros maltratos como el ahogamiento, la intimidación por amenazas de otros actos violentos, las restricciones al régimen de visitas (supra, párr. 46 c., d., e., k. y l.), constituyen formas de tratos crueles, inhumanos o degradantes en el sentido del artículo 5.2. de la Convención Americana. De las alegaciones y pruebas examinadas aparecen elementos graves y convergentes, y no desvirtuados por el Estado, que permiten válidamente presumir la existencia de una práctica de tratos crueles, inhumanos y degradantes en la cual se enmarca el presente caso de la señora María Elena Loayza Tamayo, en violación del derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5 de la Convención Americana.

### 3.2.7.- Resolución de los problemas planteados.

#### 3.2.7.1.- Problema principal.

**¿En qué medida se cumplen los postulados del Principio de Humanidad de las Penas, en el ordenamiento jurídico peruano?**

Es menester traer a colación lo expuesto por el insigne jurista Jiménez De Asúa: “La tendencia Humanista: Todo el Derecho penal, que está cubierto de sangre y que amadriga en su recóndito seno tanto sadismo, es un espejo donde se reflejan los esfuerzos liberales de la Humanidad. De este tremendo afán iba resultando el Derecho penal liberal. Alboreaba el siglo XIX y aun no lo era, a pesar de Beccaria y de Howard.

Durante muchos siglos, después de proclamado el Derecho penal público, la pena sigue siendo durísima expiación del delito. Fue una inmensa época, de propósitos retributivos y a lo sumo intimidantes, con fines de prevención general, en que se aspiraba a utilizar al delincuente en provecho del Estado (minas, galeras). Parece que la Iglesia abre una etapa humanitaria, aunque no falten autores, como Schiappoli, que lo pongan en duda.”<sup>34</sup>

Los Postulados del Principio de Humanidad de las Penas, en el ordenamiento jurídico peruano, implica que dicho principio tengalncidencia en la parte especial del Derecho Penal, en la creación de delitos, lo cuales se encuentran en sintonía con los tratados internacionales y la interpretación de los mismos, prueba de ello es que nuestro Código Penal, no impone como sanción en ningún precepto penal de la parte especial, la pena capital, sin embargo debemos matizar la afirmación en el sentido que nuestro Código Penal, contiene un catálogo punitivo con penas muy altas. Consideramos que el principio de Humanidad de las penas si se aplica aunque no de una manera óptima.

Por la constitucionalización de nuestro ordenamiento jurídico podemos reparar que se han prohibido la tortura y demás tratos inhumanos odegradantes.

Sin embargo, queda mucho tramo por recorrer en lo que es la aplicación de la pena de cadena perpetua y penas de larga duración y lo que es la adecuada infraestructura del régimen penitenciario, no solo para aquellas personas que se encuentra purgando una pena privativa de la libertad, sino para la aplicación de las medidas de seguridad, prueba de ello ha quedado graficado en la STC. Exp. N° 03426-2008-PHC/TC. Caso Pedro Gonzalo Marroquín Soto, el TC

<sup>34</sup>JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Principios de Derecho Penal. La ley el delito*. Abeledo-Perrot Editorial Sudamericana S.A. Pág. 32.

procedió a la Declaración de un estado de cosas inconstitucional para aquellas personas que se encuentran sujetas a medidas de seguridad de internación por padecer de una enfermedad mental:

31. Sobre esta base este Tribunal Constitucional en cuanto garante último de los derechos fundamentales, considera que para la superación del problema, que es de naturaleza estructural, se hace necesaria la intervención activa y oportuna no sólo de las autoridades emplazadas, sino fundamentalmente, coordinada y/o mancomunada, de los demás sectores o Poderes del Estado (Ministerio de Justicia, Ministerio de Salud, Ministerio de Economía y Finanzas, Congreso de la República, Poder Judicial, etc.). Por tanto, este Tribunal exige el replanteamiento de la actuación de los poderes públicos, a fin de que adopten un conjunto de medidas de carácter administrativo, legislativo, judicial y de otra índole que tengan por objeto superar de manera inmediata y eficaz las situaciones de hecho que dan lugar al quebrantamiento de la Constitución.

32. Sentado lo anterior, y teniendo en cuenta los efectos generales de la sentencia en la que se declara el estado de cosas inconstitucional, este Tribunal, de conformidad con lo establecido en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, señala que cualquier persona o personas que se encuentren en las mismas circunstancias a las descritas en esta sentencia, esto es, que sufran agravio por el mismo o similares actos lesivos, podrán acogerse a los efectos de la presente sentencia o a la doctrina constitucional sentada por este Tribunal, no siendo necesaria la interposición de nueva demanda de hábeas corpus. Y es que, tal como ha señalado este Colegiado *“La expansión de los efectos de una sentencia más allá de las partes intervinientes en el litigio no debe causar mayor alarma, puesto que, tratándose de un Tribunal encargado de la defensa de la supremacía constitucional, es claro, que sus decisiones -no sólo en los juicios abstractos de constitucionalidad, sino también en los casos concretos de tutela de derechos subjetivos- vincula a todos los poderes públicos”* (Exp. N° 3149-2004-AC/TC, fundamento 14).

33. Tal como se dijo *supra*, si bien el problema es de orden estructural; sin embargo, de autos también se aprecia que las autoridades del INPE, así como las autoridades de salud, sólo se han limitado, de *un lado*, a la remisión de documentos y al traslado del favorecido a los centros hospitalarios, y de *otro lado*, a señalar la imposibilidad material para el internamiento del beneficiario por falta de camas, debido a que los jueces no disponen el cese de la medida pese a haberse recomendado el alta médica; no han realizado tampoco gestiones intra e interinstitucionales para superar el problema, tales como la puesta en conocimiento de los titulares del sector, la solicitud de los recursos materiales y económicos necesarios, la celebración de determinados convenios o acuerdos interinstitucionales o de otra índole, etc.



### 3.2.7.2.- Problemas secundarios.

#### A.- ¿La pena de cadena perpetua atenta contra el principio de humanidad de las penas y el fin resocializador?

Se ha puesto en tela de juicio la constitucionalidad de la pena de Cadena Perpetua, sin embargo, el TC ha dado respuesta a esta controversia en la paradigmática STC. Exp. N° 01715-2011-PHC/TC. Caso Aquilino Pablo Gutiérrez Prado.

Sobre la constitucionalidad de la Cadena Perpetua:

6. Al respecto debe indicarse que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de dicha pena. Así en la sentencia recaída en el proceso de inconstitucionalidad recaído en el Exp. N° 010-2002-AI/TC, se señaló que la cadena perpetua resulta vulneratoria de la libertad personal, dignidad humana y del principio resocializador de la pena (artículo 139°, inciso 22, de la Constitución) porque:

(...) de las exigencias de “reeducación”, “rehabilitación” y “reincorporación” como fines del régimen penitenciario, se deriva la obligación del legislador de prever una fecha de culminación de la pena, de manera tal que permita que el penado pueda reincorporarse a la vida comunitaria.

7. Sin embargo este Tribunal no declaró la inconstitucionalidad de la pena de cadena perpetua bajo el criterio de que todas las objeciones que suscitaba su existencia en el sistema penal podían subsanarse si se introducía una serie de medidas que revirtieran su carácter intemporal. Y es que al tenerse que expedir una sentencia de “mera incompatibilidad”, el Tribunal Constitucional consideró que correspondía al legislador introducir en la legislación nacional los mecanismos jurídicos para hacer que la cadena perpetua no sea una pena sin plazo de culminación.

8. Mediante el artículo 1º del Decreto Legislativo N.º 921 se incorporó la institución de la revisión de la pena de cadena perpetua cuando se cumplieren 35 años de privación de libertad, disponiéndose en el artículo 4º su incorporación en el Código de Ejecución Penal. Así en el artículo 59-A del aludido Código se reguló la denominada “revisión de la pena de cadena perpetua”, estableciendo su procedimiento. Dicho régimen fue asimismo materia de pronunciamiento por parte de este Tribunal (Expediente N.º 00003-2005-AI/TC), en el que declaró que con el régimen jurídico de la cadena perpetua establecido en el Decreto Legislativo N.º 921 han sido salvadas las objeciones de inconstitucionalidad [Cfr. STC 09826-2006-PHC/TC]. Por consiguiente, conforme al criterio adoptado por este Tribunal, en lo que se refiere a este extremo de cuestionamiento del actor no se aprecia un agravio del derecho a la libertad personal que resulte inconstitucional.

¿Una pregunta relacionada a la pena de Cadena Perpetua es si esta se reduce a 35 años si es que hay circunstancias atenuantes?

### **Pleno Jurisdiccional Distrital 2016 del Santa.**

#### **Subtema 2.**

Constitucionalidad de la Cadena perpetua, principio de proporcionalidad, circunstancias atenuantes privilegiadas y/o bonificaciones procesales y determinación de la pena concreta en 35 años o por debajo de ese quantum inclusive.

**Segunda Posición:** Sustituir la pena de **cadena perpetua** por privativa de libertad de 25, 30 o 35 años si se tiene la presencia de circunstancias atenuantes privilegiadas y/o bonificación procesal.

**Con relación a la pregunta planteada** ¿La pena de cadena perpetua atenta contra el principio de humanidad de las penas y el fin resocializador? Lo mismo se puede predicar para la pena de muerte.

El sustento constitucional es el **Artículo 140.- Pena de muerte:** La pena de muerte sólo puede aplicarse por el delito de traición a la Patria en caso de guerra, y el de terrorismo, conforme a las leyes y a los tratados de los que el Perú es parte obligada.

“No es, pues, la pena de muerte derecho, cuando tengo demostrado que no puede serlo: es sólo una guerra de la Nación contra un ciudadano, porque juzga útil o necesaria la destrucción de su ser. Pero si demostrase que la pena de muerte no es Útil ni es necesaria, habré vencido la causa en favor de la humanidad.”<sup>35</sup>

**B.-¿Según la legislación no se debe incurrir en tratos crueles o humillantes en el cumplimiento de la pena, pero tenemos la infraestructura para cumplir con dichos fines de la pena (función preventiva, protectora y resocializadora)?**

Al respecto la doctrina expone: “El principio de racionalidad republicana se vincula con el *de humanidad o de proscripción de la crueldad*, reforzado en el art. 18 CN con la prohibición de la pena de azotes y de toda forma de tormento<sup>36</sup> y consagrado expresamente a través del inc. 22 del art. 75 con la prohibición de la tortura y de las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 5º de la DUDH, art. 7º del PIDCP y art. 5º inc. 2º de la CADH). Pese a esta consagración expresa en las leyes de máxima jerarquía, se trata del principio más ignorado por el poder criminalizante. Las agencias judiciales pueden imponer en parte su observancia, pero hay aspectos que, por depender sólo de las agencias ejecutivas, son de difícil control.

En función del principio de humanidad, es cruel toda pena que resulte brutal en sus consecuencias, como las que crean un impedimento que compromete toda la vida del sujeto (muerte, castración, esterilización, marcación cutánea,

<sup>35</sup> BONESANA, César. Marqués de Beccaria. *Tratado de los delitos y las penas*. Editorial Heliasta S.R.L. Argentina 1993. Pág. 119.

<sup>36</sup> [128] La abolición del tormento se remonta a la Asamblea de 1813 (v. *El Redactor de la Asamblea 1813-1815*, Buenos Aires, 1913). La de azotes fue más resistida porque, aunque provenía del proyecto de Alberdi y se estableció en 1853. encontró defensores entre los constituyentes de 1860 (v. *Diario de Sesiones de la Convención del Estado de Buenos Aires*; también *Constitución Nacional de 1989. Antecedentes*, pp. 916-919). Los reclamos actuales de desaparición en IIDH, *Manual de buena práctica penitenciaria*, p. 28. Citado por ZAFFARONI, Eugenio Raúl. ALAGIA Alejandro. SLOKAR Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*. Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera. Segunda Edición. Buenos Aires Junio 2002. Pág. 132.

amputación, intervenciones neurológicas). Igualmente crueles son las consecuencias jurídicas que se pretenden mantener hasta la muerte de la persona, puesto que importa asignarle una marca jurídica que la convierte en una persona de inferior dignidad (*capitis diminutio*). Toda consecuencia de una punición debe cesar en algún momento, por largo que sea el tiempo que deba transcurrir, pero nunca puede ser perpetua en el sentido propio de la expresión, pues implicaría admitir la existencia de una *persona descartable*.

Una pena puede no ser cruel en abstracto, o sea, en consideración a lo que sucede en la generalidad de los casos, pero resultar cruel en concreto, referida a la persona y a sus particulares circunstancias, (a) Uno de estos claros supuestos es aquél en que la persona ha sufrido un grave *castigo natural*, es decir, cuando ha padecido en sí misma las consecuencias del hecho, (b) Otro supuesto se presenta cuando la perspectiva de vida de la persona se acorta porque ha contraído una enfermedad, o porque las posibilidades de supervivencia se reducen en razón de las condiciones de la prisionización. En estas circunstancias concretas, la prisionización o su continuación comienzan a aproximarse a una pena de muerte. Es claro que en el derecho argentino no puede pensarse con la muerte ningún delito, pero es mucho más claro que sería aberrante si se pretendiese penar con la muerte un robo o una estafa. Sin embargo, el temor de nuestra doctrina a tocar los mínimos de las escalas penales, la lleva a no relevar estos casos, cuando, en rigor, *los mínimos no pueden tener otro alcance que el meramente indicativo, porque el principio republicano obliga a los jueces a apartarse de ellos cuantas veces sea necesario para salvar principios constitucionales o internacionales, como sucede cuando las circunstancias concretas del caso demuestran que las penas conforme al mínimo de la escala lesionan el principio de humanidad.*<sup>37</sup>

### **C.-¿Tiene alguna relación el procedimiento de la determinación judicial de la pena con el principio de Humanidad de las penas?**

A nuestro entender la determinación judicial de la pena implica que el juez realice dos procedimientos el primero la determinación legal de la pena y el segundo procedimiento el establecimiento de la pena abstracta, consideramos que el juez debe tomar en cuenta el principio materia de comentario, por cuanto aplicar una pena manifiestamente desproporcionada atenta contra el Principio de Humanidad de las Penas, pues al darnos cuenta que los establecimientos penitenciarios no cuentan con la estructura adecuada por lo tanto la manera y forma como se purgue la condena, incidirá de manera proporcionada en el principio de humanidad de las penas.

### **D.-¿Tiene alguna relación el principio de Humanidad de las penas con los principios de proporcionalidad, razonabilidad, y culpabilidad?**

Al respecto "**Humanidad de las penas**. Principio que junto al de legalidad da cuenta de las más importantes transformaciones positivas en el mundo del derecho punitivo. Constantemente fortalecido por el derecho internacional de los derechos humanos y cánones internacionales sobre los derechos de los reclusos. Este principio enfatiza el rol resocializador de las penas, la exclusión de la pena de muerte, de las penas inhumanas, degradantes o infamantes y sostiene la necesidad de afirmar la idea de dignidad de los reclusos y detenidos, en tanto seres humanos desviados que merecen cancelar sus deudas con la sociedad en penales (en el caso de aplicación de pena privativa efectiva) bajo condiciones humanas y dignas. La pena de cadena resulta igualmente objetada desde la mirada de esta directriz del derecho penal y penitenciario. La Constitución peruana afirma este principio en el artículo 139.22, al indicar que el régimen penitenciario tiene finalidades reeducativas, rehabilitadoras y de reincorporación del penado a la sociedad."<sup>38</sup>

Al respecto el profesor Zaffaroni: "*La lesión a la racionalidad y humanidad de las penas*. Hasta ahora hemos señalado brevemente algunas de las características más salientes del derecho penal de fondo que muestran la afición autoritaria de las leyes "anti-droga" de la región en los últimos años. Hemos omitido otras que por razones de espacio no podemos exponer en todo su alcance. De cualquier manera, es bueno que las mencionemos brevemente, porque de lo contrario parecería que las hemos agotado.

El principio de *racionalidad de las penas* resulta claramente afectado por muchas de estas leyes, que prevén penas que no guardan ninguna relación con la magnitud de los injustos de que tratan: existe la tendencia a no permitir una

<sup>37</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. ALAGIA Alejandro. SLOKAR Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*. Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera. Segunda Edición. Buenos Aires Junio 2002. Págs. 132-133.

<sup>38</sup> INSTITUTO DE CAPACITACIÓN JURÍDICA E.I.R.L. *Balotario desarrollado para el concurso de acceso a la magistratura*. Primera entrega: Abril de 2012. Pág. 582.



adecuada distinción entre los contenidos injustos y los grados de culpabilidad, las escalas penales tienen mínimos altísimos para impedir a los jueces valorar los injustos y las culpabilidades; en algunos países se conocen sentencias de prisión de cinco y hasta diez años por tenencia de pequeñas cantidades de marihuana. Es sabido que la duración de los procesos hace que prácticamente el 70% de los presos de la región sea procesados y no condenados. El mismo efecto de prisonización prolongada se obtiene mediante leyes que prohíben la excarcelación de procesados por delitos vinculados a tóxicos. Además, el principio de *humanidad* se lesiona en la mayoría de los casos de tráfico internacional. En efecto; suele detectarse preferentemente el tráfico de cantidades limitadas de cocaína, para el que los traficantes explotan la necesidad de mujeres de los sectores sociales más humildes y que operan como “transportadoras” (“mulitas”), siendo en definitiva las únicas que van a dar a prisión, con severísimas penas y generando un creciente problema penitenciario *porque provocan el aumento inusitado de la población penal femenina* en sistemas penitenciarios empobrecidos y no preparados ni pensados para mujeres.

La irracionalidad y humanidad de las penas no es más que una expresión de la “guerra”. En toda “guerra” la invocación de una necesidad de “guerra” hace que el contenido injusto de los hechos se altere: encender una luz no es una contravención, sino un delito grave; consumir más energía no es una contravención sino un delito grave porque pone en peligro el potencial de producción bélica; consumir más de lo que señala el bono de racionamiento es grave porque impide el consumo de otros; etc. Cuando la “guerra” se alucina o se fabrica, sucede lo mismo y eso da lugar al derecho penal autoritario, que se manifiesta preferentemente mediante la punición indiscriminada y excesiva en comparación con otros injustos que afectan bienes jurídicos esenciales. De allí que una tentativa de homicidio pueda ser menos severamente penada que una tenencia de tóxicos y un homicidio menos que una venta minorista.

El establecimiento de escalas penales altas y, sobre todo, con mínimos altísimos, impide que los jueces puedan adecuar la individualización de las penas a las pautas generales. Este cuadro se completa con un bombardeo periodístico sobre los magistrados, para estigmatizar a cualquiera de ellos que se atreva a proclamar la inconstitucionalidad de estos mínimos o de la prohibición de excarcelación, cuando no son los tribunales superiores o supremos los que, para defender a la corporación de la estigmatización, proceden a imponer gravísimas sanciones internas o a estigmatizar a sus propios magistrados.”<sup>39</sup>

Al respecto la jurisprudencia de la Corte Suprema expone:

#### **R.N. N° 2368-2016-Lima Norte.**

##### **Principio de Humanidad y Proporcionalidad.**

**Sumilla:** Con el principio de humanidad de las penas se pretende excluir del sistema penal aquellas sanciones que por su contenido resulten especialmente crueles o denigrantes para el sometido a ellas, más allá del sufrimiento que suele llevar aparejada la simple imposición de una condena. Asimismo, el principio de proporcionalidad de las penas, también implica una “prohibición por defecto”, es decir, la prohibición de que la pena sobredisminuya la responsabilidad por el hecho.

##### **§. Determinación de la pena.-**

**Noveno:** El procesado Julio Henry Gutiérrez Zarco, también recurre el quantum de la pena impuesta; manifestando que para la determinación de la pena se debe tener presente los fines de la pena, la proporcionalidad y racionalidad de la pena, así como los principios de humanidad de las penas; y, que además se debe considerar que cuenta con arraigo laboral, domiciliario y familiar, lo que amerita una pena condicional.

(...)

**Décimo Primero:** Respecto al Principio de Humanidad de las Penas, implica la valoración en el caso concreto de la verdadera capacidad individual de adecuación del comportamiento a la ley, algo natural en un Estado social y democrático de Derecho, donde sería intolerable “tratar igualitariamente lo que es desigual”. La doctrina señala, que tres son las líneas principales en las que se manifiesta el contenido específico de este principio: **a)** La prohibición de la tortura y de toda pena y trato inhumano o degradante, con sus importantes reflejos en la parte especial del Derecho penal y en las consecuencias jurídicas del delito; **b)** La orientación resocializadora de la pena, en particular, si es privativa de libertad; **c)** La atención a las víctimas de toda infracción penal.

*Entonces, con el principio de humanidad de las penas se pretenden excluir del sistema penal aquellas sanciones que por su contenido resulten especialmente crueles o denigrantes para el sometido a ellas más allá del*

<sup>39</sup>ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Hacia un realismo jurídico penal marginal*. Monte Ávila Editores Latinoamericana. Primera edición 1993. Págs. 141-142.



*sufrimiento que suele llevar aparejada la simple imposición de una condena;* por lo que, el hecho de imponerle una pena de 5 años de pena privativa de libertad al acusado no se está inobservando los principios pre citados; por el contrario, la pena impuesta por la Sala Superior, frente a la determinación punitiva que realizaría esta Suprema Instancia, resulta benigna, más aun considerando que la pena del tercio inferior es de 14 años y 8 meses; que si bien en el caso se advierte la concurrencias de una circunstancia atenuante, esto es la responsabilidad restringida por la edad, que solo indica que el juez puede prudencialmente rebajar la pena, no implica que se deba imponerle una pena de carácter suspendida; tanto más, si ya la pena ha sido rebajada hasta por debajo del mínimo legal, pues la pena debe estar relacionada con el grado de culpabilidad del agente; más aún, si de los actuados y de la propia declaración del acusado y del menor infractor, estos previamente acordaron en ir a robar. Por estos fundamentos esta Sala Suprema considera que la pena impuesta al acusado no es proporcional al grado de su culpabilidad, pues tomando en consideración el tercio inferior de 14 años y 8 meses y aplicando lo estatuido en el artículo 22 del Código Penal, le correspondería una rebaja de 3 años, siendo lo correcto imponerle 11 años y 8 meses de pena privativa de libertad; sin embargo, atendiendo que solo recurrió el acusado no podríamos reformar dicha pena por la prohibición de reforma peyorativa.

**R.N. N° 1294-2016-Junín.**

**Sumilla:** La pena a imponer debe ser proporcional al daño causado, respetando el principio de humanidad, fines de la pena; y teniendo en cuenta lo establecido en el Acuerdo Plenario 1-2008/CJ-116; por lo que teniendo en cuenta las atenuantes presentadas en el caso concreto, se debe rebajar la pena impuesta, por ser esta excesiva.

**Séptimo:** Dicho ello, corresponde analizar si la pena impuesta se encuentra arreglada a ley o si, por el contrario esta deviene en ínfima y, en consecuencia, es atendible el pedido formulado por el recurrente Jorge Luis Aguilar Chucos; siendo así tenemos: i) Respecto a los presupuestos para fundamentar y determinar la sanción que prevé el artículo cuarenta y cinco del Código Penal, debe tenerse en cuenta las carencias sociales que hubieren sufrido el acusado, el nivel de sus culturas y costumbres -grado de instrucción primera completa, según ficha RENIEC de folios ciento seis, de ocupación agricultor, conforme a sus generales de ley a folios doscientos quince, la carencia de antecedentes penales; circunstancias que se encuentran dentro del tercio inferior de la pena conminada; ii) Adicionalmente a ello, se tiene que abona a favor del acusado el efecto de la confesión sincera, beneficio premial de reducción de pena por debajo del mínimo legal por acogimiento a la ley de conclusión anticipada [pues en estricta aplicación de la ley veintiocho mil ciento veintidós de fecha dieciséis de diciembre del dos mil tres; los miembros de la Segunda Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Junín aceptaron el acogimiento del acusado a la conclusión anticipada de los Debates Orales, quedando facultados a lo establecido en el Acuerdo Plenario cinco-dos mil ocho<sup>40</sup>, por lo que debieron rebajar la pena en un séptimo por debajo del mínimo legal; teniendo en cuenta que la pena mínima era de doce años y un sexto equivale a dos años, correspondiendo rebajar la misma hasta diez años, y si bien por modificatoria de la Ley N° 3077 no se puede aplicar reducción de pena por razón de responsabilidad restringida [pues a la fecha de los hechos contaba con veinte años y ocho meses de edad], debe tenerse en cuenta que se trata de una persona joven, con proyectos de vida, con carga familiar; por lo que este Supremo Tribunal considera que confirmar la pena impuesta sería colisionar con el principio de proporcionalidad, el mismo que se encuentra amparado en nuestra Constitución Política del Estado en el numeral 22), artículo 139°; que además iría contra los fines de la pena que se encuentra respaldados en el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal que señala la pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora. iii) Es menester hacer referencia al Principio de Humanidad, que sostiene que el Estado no puede diseñar, aplicar ni ejecutar sanciones penales que afecten la dignidad de la persona, ni dañen la constitución psicofísica de los condenados. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado al respecto en su STC N.° 010-2002-AI/TC, señalando en el fundamento 217 que: “*La dignidad de la persona humana es el presupuesto ontológico para la existencia y defensa de sus derechos fundamentales*”; por lo que, este Supremo Tribunal considera que la pena impuesta debe ser rebajada hasta seis años.

**R.N. N° 216-2017-Lima Sur.**

**No haber nulidad en condena y pena. Sumilla.** Los argumentos expuestos en el recurso de nulidad no son

<sup>40</sup>El Acuerdo Plenario cinco-dos mil ocho /CJ-ciento dieciséis, de fecha dieciocho de julio de dos mil ocho, en su fundamento veintitrés, ha declarado en vía de integración jurídica -analogía- que toda conformidad procesal, si reúne los requisitos legalmente establecidos, tiene como efecto jurídico favorecer el beneficio de reducción de la pena. Que esta reducción conlleva la conformidad procesal, siempre será menor de la sexta parte fijada en el vigente artículo cuatrocientos setenta y uno del nuevo Código Procesal Penal referido al proceso especial de terminación anticipada. Citado en el R.N. N° 1294-2016-Junín.



atendibles, máxime cuando no se centraron en cuestionar el rechazo de su argumento de error de tipo, sino solo en alegar criterios de legislación comparada y solicitar una pena suspendida.

**Décimo.** Por tanto, se verifica que la pena impuesta a Older Verde Castro obedece a criterios establecidos por esta Corte Suprema, así como al principio de humanidad; por lo que, a pesar de que este Colegiado considera que resulta por demás benévola y no comparte dicha determinación de la pena concreta por parte de la Sala de Instancia, en el presente caso solo la defensa interpuso recurso de nulidad (mas no el Fiscal Superior); en atención de lo previsto en el artículo trescientos, inciso uno, del Código de Procedimientos Penales, y en cumplimiento del principio de *non reformatio in peius* (no reforma en peor) se deberá ratificar el extremo de la condena y pena por el delito de violación sexual de menor de edad dispuesto en la sentencia materia de alzada.

#### E.- ¿Se puede extender los postulados del Principio de la Humanidad de las penas a las medidas de seguridad?

Como ya lo mencionamos líneas arriba ya dimos respuesta a la pregunta planteada, también es extensible dicho principio a las medidas de seguridad, para tal efecto citamos el caso STC. Exp. N° 03426-2008-PHC/TC. Caso Pedro Gonzalo Marroquín Soto.

**31.** Sobre esta base este Tribunal Constitucional en cuanto garante último de los derechos fundamentales, considera que para la superación del problema, que es de naturaleza estructural, se hace necesaria la intervención activa y oportuna no sólo de las autoridades emplazadas, sino fundamentalmente, coordinada y/o mancomunada, de los demás sectores o Poderes del Estado (Ministerio de Justicia, Ministerio de Salud, Ministerio de Economía y Finanzas, Congreso de la República, Poder Judicial, etc.). Por tanto, este Tribunal exige el replanteamiento de la actuación de los poderes públicos, a fin de que adopten un conjunto de medidas de carácter administrativo, legislativo, judicial y de otra índole que tengan por objeto superar de manera inmediata y eficaz las situaciones de hecho que dan lugar al quebrantamiento de la Constitución.

**32.** Sentado lo anterior, y teniendo en cuenta los efectos generales de la sentencia en la que se declara el estado de cosas inconstitucional, este Tribunal, de conformidad con lo establecido en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, señala que cualquier persona o personas que se encuentren en las mismas circunstancias a las descritas en esta sentencia, esto es, que sufran agravio por el mismo o similares actos lesivos, podrán acogerse a los efectos de la presente sentencia o a la doctrina constitucional sentada por este Tribunal, no siendo necesaria la interposición de nueva demanda de hábeas corpus. Y es que, tal como ha señalado este Colegiado "*La expansión de los efectos de una sentencia más allá de las partes intervinientes en el litigio no debe causar mayor alarma, puesto que, tratándose de un Tribunal encargado de la defensa de la supremacía constitucional, es claro, que sus decisiones -no sólo en los juicios abstractos de constitucionalidad, sino también en los casos concretos de tutela de derechos subjetivos- vincula a todos los poderes públicos*" (Exp. N° 3149-2004-AC/TC, fundamento 14).

**33.** Tal como se dijo *supra*, si bien el problema es de orden estructural; sin embargo, de autos también se aprecia que las autoridades del INPE, así como las autoridades de salud, sólo se han limitado, de *un lado*, a la remisión de documentos y al traslado del favorecido a los centros hospitalarios, y de *otro lado*, a señalar la imposibilidad material para el internamiento del beneficiario por falta de camas, debido a que los jueces no disponen el cese de la medida pese a haberse recomendado el alta médica; no han realizado tampoco gestiones intra e interinstitucionales para superar el problema, tales como la puesta en conocimiento de los titulares del sector, la solicitud de los recursos materiales y económicos necesarios, la celebración de determinados convenios o acuerdos interinstitucionales o de otra índole, etc.

#### F.- ¿Es aplicable el Principio de la Humanidad de las penas a la jurisdicción extraordinaria, como lo son las rondas campesinas y nativas?

Según el artículo 149° de la Constitución Política del Perú, *las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona*. Sin embargo, consideramos que sí se podría exigirse la aplicación del Principio de Humanidad de las penas, por cuanto las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, amparándose en el derecho consuetudinario, no pueden imponer las penas que les plazca, como podría ser la pena de azotes, torturas, la cadena ronderil, tratos crueles y humillantes, etc. Creemos que dichas penas son contrarias a los Derechos Fundamentales. El mismo



razonamiento es aplicable para los otros ámbitos de la jurisdicción especial nos referimos a la justicia militar.

En dicha línea el profesor Rojas Vargas, comentando el tema de las Rondas Campesinas: “(...) cabe preguntarse ¿deben estas normas consuetudinarias reguladoras estar por encima de los principios fundamentales de dignidad y humanidad?, en otras palabras, ¿es el Derecho consuetudinario valorativa y socialmente superior a la teoría de los derechos humanos, de modo que predomine sobre esta?”<sup>41</sup>

A nuestro turno debemos precisar que la respuesta, como es obvio, es negativa, por cuanto los derechos fundamentales tienen un contenido indisponible, que no se puede restringir, las Comunidades Campesinas y Nativas, al igual que los demás ciudadanos; estamos obligados a respetar los derechos fundamentales, con ello no pretendemos normativizar la justicia comunitaria, lo que pretendemos es precisar que no hay zonas exentas de control tal como lo ha precisado el TC, por ejemplo, en el precedente vinculante recaído en la STC. Exp. N° 5854-2005-PA/TC. Caso Pedro Lizana Puelles (Amparo Electoral).

Al respecto es paradigmática la STC. Exp. N° 07009-2013-PHC/TC. Caso Juan Villar Vargas y Otro. Representado(A) por Jorge Payaba Cachique. Sobre el delito de violación sexual a la indemnidad sexual de menor de edad. Veamos lo FJ 12,13, 14 y 15.

#### **La presencia de unos límites objetivos aplicables sobre la facultad jurisdiccional reconocida para las comunidades campesinas y nativas.**

12. Si bien el artículo 149 de la Constitución, deja claramente establecido el reconocimiento de la jurisdicción comunal en los términos que antes se ha descrito, establece a su vez y con toda nitidez que la misma debe ser ejercida de una forma tal que no colisione con los derechos fundamentales de la persona; esto es, coloca a estos últimos como un punto central de obligada referencia.

13. La invocación al respeto de los derechos fundamentales por parte de la jurisdicción comunal, no es ni representa sin embargo, un simple desiderátum carente de contenido objetivo o sujeto a la libre discrecionalidad de quien pone en práctica el ejercicio de la consabida facultad. Si se ha dicho en innumerables ocasiones que la Constitución y su catálogo de derechos vinculan tanto al Estado como a quienes integran la sociedad, es indiscutible que no pueden existir ámbitos a donde pueda predicarse exenciones al orden constitucional y sobre todo, excepciones a la eficacia de los mandatos a favor de la persona humana y el respeto de su dignidad.

14. La observancia de los derechos fundamentales o, lo que es lo mismo, la obligación de que estos no sean vulnerados, no es pues dentro de este contexto una proclama que no pueda resultar concretizable, sino una máxima que reclama garantías de observancia obligatoria. Consecuentemente y a despecho de quienes no vean una lectura a favor de los derechos cuando de la jurisdicción comunal se trata, conviene que este Tribunal deje claramente establecido, que en cada ocasión en que el ejercicio de esta última, colisione de manera frontal y evidente con estos últimos, de ninguna manera estaremos hablando de una facultad regularmente desarrollada, sino de una evidente desnaturalización de la misma.

15. Los derechos fundamentales, son pues en definitiva, límites indiscutiblemente objetivos al ejercicio de la potestad jurisdiccional comunal y, como tales, deben ser meritados en cada ocasión en que puedan resultar invocados según la incidencia o nivel de afectación del cual puedan ser objeto. Ello pues descarta, la idea de que por el simple hecho de alegarse la existencia de una potestad jurisdiccional especial, quede cerrada la discusión en torno de su correcto o adecuado ejercicio.

También son paradigmáticos los pronunciamientos de la Corte Suprema, veamos al respecto:

**Casación N° 842-2015-Lambayeque. Cosa juzgada e instigación en masa. Sumilla:** 1. El límite subjetivo, del efecto excluyente o negativo de la cosa juzgada, comprende al sujeto pasivo del proceso penal, pero no solo a quien resultó condenado o absuelto, sino también a quien pudo y debió haber sido acusado -o, mejor dicho, procesado- y no lo fue. Los co-partícipes se benefician con lo declarado en otro proceso penal, si se trata de los mismos hechos. Por lo que no es posible abordar, autónomamente, si la conducta de los imputados, es ilícita y

<sup>41</sup>ROJAS VARGAS, Fidel. *Derecho Penal. Estudios fundamentales de la Parte General y Especial*. Gaceta Jurídica. Primera Edición. Junio 2013. Pág. 92.



si, en esa virtud, medió una extralimitación de la potestad jurisdiccional reconocida por la Constitución. **2.** En la instigación o inducción no basta una mera provocación a delinquir en general o dirigida a una masa indeterminada de personas, debe ser directa. Por consiguiente, no puede reputarse instigación la conducta de los tres imputados, en la medida en que eran dirigentes ronderos, cuando plantearon a la Asamblea Ronderil que dirigían, como opción que debía adoptarse, que la agraviada continúe con la sanción de “cadena ronderil”, y que esa posición, mediante votación, fuese aceptada por la referida Asamblea. La interpretación y aplicación de la norma Penal por al Tribunal Superior es jurídicamente correcta.

**Casación N° 1343-2017-Del Santa. La jurisdicción penal ordinaria y la jurisdicción comunal. Sumilla:**El estatuto de la ronda campesina SanRoque prevé un listado taxativo de los delitos que puede conocer e imponer sanción, dentro de los cuales, no se encuentra el de violación sexual. Además, que no se cumple con el factor de congruencia establecido en el Acuerdo Plenario N.º 01-2009/CJ-116, que implica una condición de legitimidad y límite material anclado en el respeto de los derechos fundamentales para el ejercicio de esta función jurisdiccional especial. Asimismo, el Tribunal Constitucional, expresamente ha indicado que los delitos contra la libertad sexual de ninguna manera son pasibles de ser conocidos en el fuero comunal, más aun si comprometen a personas de condición especial como lo son los menores de edad.

#### 4.- Conclusiones.

**4.1.-** El principio de Humanidad de las penas, es un principio que se encuentra anclado en la dignidad de la persona humana, se erige como una conquista de la humanidad, a fin que el legislador construya tipo penales, con penas adecuadas, razonables y proporcionales.

**4.2.-** La pena de cadena perpetua no atenta contra el principio de humanidad de las penas y el fin resocializador de las penas, por cuanto existen mecanismos de revisión de las penas, sin embargo, es necesario que se establezcan penas de corta duración.

**4.3.-** Según la legislación no se debe incurrir en tratos crueles o humillantes en el cumplimiento de la pena, sin embargo, no tenemos la infraestructura para cumplir con los fines de la pena (función preventiva, protectora y resocializadora).

**4.4.-** Es totalmente válido extender los postulados del Principio de la Humanidad de las penas a las medidas de seguridad, tal como lo tiene expuesto el TC, en su doctrina jurisprudencial.

**4.5.-** Sí es aplicable el Principio de la Humanidad de las penas a la jurisdicción extraordinaria, como lo son las rondas campesinas y nativas, por cuanto las autoridades de dichas comunidades, no pueden aplicar de manera indiscriminada, cualquier clase de penas como son los tratos crueles o humillantes, cadena ronderil, por cuanto toda actuación está sujeta a ciertos límites como son el respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales.

#### 5.- Recomendaciones.

**5.1.-** Profundizar en la medida de los posible el estudio y desarrollo del Principio de Humanidad de las penas por cuanto es el principio menos estudiado en comparación a los demás principios del derecho penal.

**5.2.-** Capacitar a los operadores jurídicos a fin de poder invocar correctamente el Principio de Humanidad de las penas.

#### 6.- Bibliografía.

AGUILAR AVILÉS, Dager. *La humanidad de las penas en los instrumentos internacionales fundamentales de perfección de los derechos humanos*. En: Cançado Trindade, Antônio Augusto. Barros Leal, César. (Coordinadores) *El principio de humanidad y la salvaguardia de la persona humana*. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2016. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/03/doctrina45006.pdf>

BONESANA, César. Marqués de Beccaria. *Tratado de los delitos y las penas*. Editorial Heliasta S.R.L. Argentina 1993.

CASTILLO ALVA, José Luis. *Principios de Derecho Penal. Parte General*. Gaceta Jurídica. Lima. 2002.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. *El principio de humanidad en derecho penal*. En: Cançado Trindade, Antônio

Augusto. Barros Leal, César. (Coordinadores) El principio de humanidad y la salvaguardia de la persona humana. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2016. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/03/doctrina45006.pdf>

GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Grijley. 2008.

GARCÍA TOMA, Víctor. *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Segunda Edición Actualizada. Palestra Editores Segunda Edición Mayo 2008.

HUGO VIZCARDO, Silfredo. *Principios reguladores del control penal. Las normas rectoras*. En: Revista Jurídica "Docentia et Investigatio" Facultad de derecho de la U.N.M.S.M. Vol. 11. N° 2-49-72-2009. Disponible en <http://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/derecho/article/download/10571/9378>

INSTITUTO DE CAPACITACIÓN JURÍDICA E.I.R.L. *Balotario desarrollado para el concurso de acceso a la magistratura*. Primera entrega: Abril de 2012.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Principios de Derecho Penal. La ley el delito*. Abeledo-Perrot Editorial Sudamericana S.A.

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. *Compendio de Derechos Humanos: Tratados Internacionales de los que el Perú es parte*. Banco de Crédito BCP. Primera Edición Oficial: Octubre 2012.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. Editorial B de F Montevideo - Buenos Aires. Julio César Faira - Editor. Novena Edición. 2011.

MUÑOZ CONDE, Francisco. GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*. Tirant Lo Blanch. Séptima Edición. Valencia 2010.

ROJAS VARGAS, Fidel. *Derecho Penal. Estudios fundamentales de la Parte General y Especial*. Gaceta Jurídica. Primera Edición. Junio 2013.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte General*. Editora Jurídica Grijley. 2006.

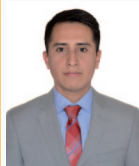
ZAFFARONI, Eugenio Raúl. ALAGIA Alejandro. SLOKAR Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*. Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera. Segunda Edición. Buenos Aires Junio 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Hacia un realismo jurídico penal marginal*. Monte Ávila Editores Latinoamericana. Primera edición 1993.

<http://www.cidh.org/countryrep/Challapalca.sp/informe.htm>



# LAS NUEVAS FORMAS DE LA RELACIÓN LABORAL EN LA SOCIEDAD DE CONSUMO



**Ronald Fabián Díaz Correa**  
Juez Supernumerario del Juzgado de Paz Letrado Permanente de la Provincia de Lambayeque



**Hilda Manuela Piscocoya Gonzáles**  
Secretaria judicial del Juzgado Especializado Transitorio Laboral de la Provincia de Jaén

## RESUMEN:

Los trabajadores cuentan con protección del Estado y es por ello que se les brinda derechos laborales, siendo muchas veces vulnerados por no encontrarse aún reguladas las nuevas formas de la relación laboral a la que pertenecen; guardándose la esperanza que con el transcurrir del tiempo las nuevas formas de relación laboral formen parte de nuestro Ordenamiento Jurídico.

**PALABRAS CLAVES:** Contrato, Plataformas Virtuales, Trabajadores, Servicios, APPS, Relación laboral, Uber.

## I. INTRODUCCIÓN:

No es fácil mantener alejado al Derecho del Trabajo de los cambios económicos, sociales y tecnológicos, los cuales inciden en el desempeño y evolución, puesto que el Derecho del Trabajo es considerada una rama sensible, que, a partir de las diversas posibilidades brindadas por las tecnologías informáticas, han repercutido en cambios de la empresa, convirtiéndola hoy en día en una empresa magra, producto de la externalización de actividades que antes se desarrollaban al interno de la empresa.

Ahora bien, con la aparición de nuevas figuras y situaciones en el mundo económico las cuáles hoy en día constituyen un reto para el Derecho del Trabajo, ello, por las transformaciones tecnológicas, las cuales han alterado de sobremanera las modalidades de organización del trabajo y que este se expanda, tanto en el espacio como en el tiempo, abandonándose el esquema de horarios fijos y las jornadas de trabajo estrictamente delimitadas, desapareciendo los muros de las empresas, debido a que los empleados mantienen conexión permanente a dispositivos móviles que desfiguran los límites entre tiempo de trabajo y tiempo libre.

Actualmente, es de uso común las plataformas digitales para solicitar la prestación de diversos servicios como transporte mediante taxis, pedidos de comida rápida, limpieza a domicilio, entrenadores personales, etcétera. Ante ello, existe la preocupación respecto a la relación de aquellos que los prestan en forma inmediata frente a los empresarios que tienen el dominio de la plataforma virtual, llamados por estos colaboradores u operadores.

Asimismo la falta de puestos de trabajo ha llevado a que cada vez más personas se vean obligadas a trabajar por cuenta propia, por lo que, al aparecer las plataformas digitales, se presentan como una “oportunidad de empleo”, creando la falsa creencia de que el trabajador por cuenta propia es un emprendedor, y se vende la idea de que es un empresario de sí mismo, que puede manejar su tiempo, trabajar cuando lo desee, incluso cotizar a su seguridad social si lo considera y “descansar” cuando estime necesario.

Las nuevas empresas que usando plataformas digitales pretenden hacernos creer que quien para ellas trabaja es un emprendedor, una persona que busca autonomía económica e independencia laboral. Se han atrevido a afirmar que las personas que llegan a trabajar en su



app manifiestan inconformidad con el mundo laboral, y que se refugian allí por ser la mejor alternativa, a sabiendas de que llegan por falta de oportunidades, exclusión, rechazos y estigmatizaciones laborales, falta de democratización, entre otras razones.

Se dice también, que el trabajo de plataforma hace más inclusivos a los mercados laborales porque ofrece oportunidades a quienes tienen que compaginarlo con obligaciones domésticas, además de ser catalogadas estas plataformas como la mejor forma de adquirir experiencia cuando no se tiene la suficiente para ser contratado y que en teoría, al socio le da mucha libertad y flexibilidad para decidir cómo, dónde y cuándo quieren prestar sus servicios.

La situación jurídica laboral que le corresponde al *crowdworker* o al trabajador de plataforma digital, es la de trabajadores autónomos, ya que es muy común que las plataformas consideren así a quienes ofrecen allí sus servicios y es más reconocen únicamente una relación contractual mercantil, lo cual a decir verdad les sale más barato y les libera de tener que garantizar derechos laborales como vacaciones, seguros, etc. además de trasladar el riesgo al socio, que ha de poner todos los medios materiales por su cuenta. Sin embargo, la asimetría que existe entre el socio plataforma no encaja con la autonomía que le corresponde a un trabajador por cuenta propia, pues en muchos casos, gracias a la tecnología, la plataforma tiene formas de ejercer el control que superan a las que una empresa tradicional puede ejercer sobre sus trabajadores. Tal es el caso de los algoritmos, los cuales operan en los sistemas de muchas plataformas como nuevas formas de vigilancia y control del trabajador, teniendo en cuenta el tiempo en que éste se conecta a la app o sirven para determinar los precios y la cantidad de servicios (como producción para la empresa). Aunado a ello, la monitorización constante en forma de informes y rankings semanales le supone estar sometido a una amenaza en potencia permanente, sintiéndose el trabajador presionado para cumplir las expectativas de la compañía.

A razón de lo señalado resulta válido plantear la siguiente pregunta: *¿Existe entre los socios de la plataforma digital de UBER una relación de orden laboral o civil?*, la absolución de este problema, nos llevará a identificar la existencia –o no- de una relación laboral entre el socio y empresario que utiliza una plataforma virtual como comunidad de “emprendedores”, lo que nos permitirá concluir si estamos ante un nuevo paradigma de una relación laboral moderna.

A continuación, desarrollaré la problemática en dos partes, la primera parte se centra en conceptualizar el contrato de trabajo, con la finalidad de analizar -si la labor que despliegan los socios o “emprendedores” en una plataforma virtual empresarial se encuentran inmersas- en la relación laboral y, por último, en la segunda parte, me centraré en determinar si en la plataforma virtual (Uber) existe verdaderamente una relación laboral con los asociados -trabajadores-.

## II. PARTE I: Regulación laboral en el Perú:

### 2.1. Contrato de trabajo:

El contrato de trabajo es entendido como un acuerdo de voluntades por el cual una de las partes llamada trabajador, se compromete a prestar personalmente sus servicios en relación de subordinación a favor de la otra llamada empleador, quien a su vez está obligado a pagar a favor de aquél una remuneración por los servicios prestados. En ese sentido lo tiene expuesto **DE FERRARI**, quien al referirse al respecto manifiesta que, el contrato de trabajo “*es aquel por el cual una persona se obliga a trabajar por cuenta ajena y bajo la dependencia de otra o a estar*



*simplemente a sus órdenes, recibiendo como compensación una retribución en dinero*<sup>1</sup>. En igual línea de ideas se ha expresado **GÓMEZ VALDEZ**, al señalar que *“El contrato de trabajo es el convenio elevado a protección fundamental, según el cual, un trabajador bajo dependencia se coloca a disposición de uno o más empleadores a cambio de una retribución, elevada, también, a idéntica protección fundamental”*<sup>2</sup> y por último **TOYAMA MIYAGUSUKU**, define al contrato de trabajo como: *“Un acuerdo de voluntades entre el trabajador y el empleador para la prestación de servicios personales y subordinados bajo una relación de aménidad (servicios subordinados prestados para otra persona). El acuerdo podrá ser verbal o escrito, expresa o tácito, reconocido o simulado por las partes”*.<sup>3</sup>

Considero que, los colaboradores reclutados a través de la red, no han adquirido el conocimiento necesario y tampoco la debida protección por parte del Estado Peruano, toda vez que al brindar servicios por medio de las plataformas, no les garantiza una adecuada protección de sus derechos laborales, ya que no suscriben ningún contrato de trabajo que les considere como trabajadores, asimismo este capitalismo precisa “brindar soluciones” a la escasez del trabajo, confundiendo de esta manera la perspectiva laboral, perdiendo la dinámica y la versatilidad del contrato de trabajo, esto porque las empresas inducen al trabajador en error, haciéndoles creer que actúan como trabajadores autónomos, siendo que al momento de alguna intervención judicial o inspección, resultan contar con los rasgos de la laboralidad, propios de una relación laboral.

## **2.2. Relación con los contratos asociativos regulados en la Ley General de Sociedades – Ley N° 26887:**

Los contratos asociativos son regulados en la Sección III, Libro Quinto, artículos 438° y siguientes de la Ley Nro. 26887, encontrándose al contrato de asociación en participación y el contrato de consorcio. EliasLaroza (2000) indica que los contratos de asociación y de consorcio son clasificados por la Ley en el rubro de contratos asociativos que son aquellos en que la colaboración empresarial se expresa con una característica especial: la existencia de una finalidad común, que es primordial para todos los contratantes (pág. 946). Como se puede advertir, son contratos que no necesitan formalidades, puesto que únicamente es suficiente un contrato escrito, que no se inscribe en los Registros Públicos y no adquiere personería jurídica alguna, como es en el caso de las sociedades.

**2.2.1. Contrato de Asociación en Participación:** El artículo 440° de la Ley General de Sociedades lo define como el contrato por el cual una persona denominada asociante concede a otra u otras personas denominadas asociados, una participación en el resultado o en las utilidades de uno o de varios negocios o empresas del asociante, a cambio de determinada contribución.

**2.2.1.1. Características:** Según el artículo 441° de la Ley General de Sociedades enuncia las características que debe reunir este contrato.

- ✓ El asociante actúa en nombre propio y la asociación en participación no tiene razón social ni denominación.
- ✓ La gestión del negocio o empresa corresponde única y exclusivamente al asociante y no existe relación jurídica entre los terceros y los asociados.
- ✓ Los terceros no adquieren derechos ni asumen obligaciones frente a los asociados, ni estos ante aquellos.

<sup>1</sup>DE FERRARI, Francisco. “Derecho del Trabajo”, Segunda Edición, Depalma, Buenos Aires, 1969, Volumen II, p. 73.

<sup>2</sup> GÓMEZ VALDEZ, Francisco. “El contrato de Trabajo”. Parte General. Tomo I. Lima, Editorial San Marcos, p. 109.

<sup>3</sup> TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. El derecho individual del trabajo en el Perú. Un enfoque teórico – práctico (2015), Gaceta Jurídica, Lima, p.65.



- ✓ El contrato puede determinar la forma de fiscalización o control a ejercerse por los asociados sobre los negocios o empresas del asociante que son objeto del contrato.
- ✓ Los asociados tienen derecho a la rendición de cuentas al término del negocio realizado y al término de cada ejercicio.

**2.2.1.2. Limitación de asociar:** El asociante puede atribuir participación en el mismo negocio o empresa a otras personas sin el consentimiento expreso de los asociados.

**2.2.1.3. Presunción de propiedad de los bienes contribuidos:** Respecto de terceros, los bienes contribuidos por los asociados se presumen de propiedad del asociante, salvo aquellos que se encuentren inscritos en el registro a nombre del asociado.

**2.2.1.4. Participaciones y casos especiales:** Salvo pacto en contrario, los asociados participan en las pérdidas en la misma medida en que participan en las utilidades, y las pérdidas que los afecten no exceden el importe de su contribución. Se puede convenir en el contrato, que una persona participe en las utilidades sin participación en las pérdidas, así como que se le atribuya participación en las utilidades o en las pérdidas sin que exista una determinada contribución.

En conclusión, el asociado no recibe una retribución por realizar su contribución, sino que adquiere un derecho a participar en las utilidades del asociante.

**2.2.2. Contrato de Consorcio:** Es el contrato por el cual dos o más personas se asocian para participar en forma activa y directa en un determinado negocio o empresa con el propósito de obtener un beneficio económico, manteniendo cada una su propia autonomía. Corresponde a cada miembro del consorcio realizar las actividades propias del consorcio que se le encargan y aquellas a que se ha comprometido. Al hacerlo, debe coordinar con los otros miembros del consorcio, conforme a los procedimientos y mecanismos previstos en el contrato.

**2.2.2.1. Afectación de bienes:** Los bienes que los miembros del consorcio afectan al cumplimiento de la actividad a que se han comprometido, continúan siendo propiedad exclusiva de éstos. La adquisición conjunta de determinados bienes se regula por las reglas de la copropiedad.

**2.2.2.2. Relación con terceros y responsabilidades:** Cada miembro del consorcio se vincula individualmente con terceros en el desempeño de la actividad que le corresponde en el consorcio, adquiriendo derechos y asumiendo obligaciones y responsabilidades a título particular. Cuando el consorcio contrate con terceros, la responsabilidad será solidaria entre los miembros del consorcio, sólo si así se pacta en el contrato o lo dispone la ley.

**2.2.2.3. Sistemas de participación:** El contrato deberá establecer el régimen y los sistemas de participación en los resultados del consorcio; de no hacerlo, se entenderá que es en partes iguales.

### 2.3. La Relación Laboral:

La relación de trabajo es una noción jurídica de uso universal con la que se hace referencia a la relación que existe entre una persona denominada "el empleado" o "el asalariado" (o a menudo, "el trabajador"), y otra persona denominada el "empleador" a quien aquélla proporciona su trabajo bajo ciertas condiciones, a cambio de una remuneración (O.I.T., El ámbito de la relación de trabajo., 2003, pág. 20).



Los profundos cambios que se están produciendo en el mundo del trabajo, y especialmente, en el mercado de trabajo, han dado lugar a nuevas formas de relaciones que no siempre se ajustan a los parámetros de la relación de trabajo. Si bien esas nuevas formas han aumentado la flexibilidad del mercado de trabajo, también han contribuido a que no esté clara la situación laboral de un creciente número de trabajadores, y que, consecuentemente, quedan excluidos del ámbito de la protección normalmente asociada con una relación de trabajo (O.I.T., Por una globalización justa., 2004, pág. 18).

#### 2.4. Elementos de la Relación Laboral:

De las definiciones dadas, es importante recordar que los elementos constitutivos del contrato son: **a) la prestación personal de servicios**, la labor no debe ser desempeñada por intermediarios, sino de manera personal y directo por el trabajador, **b) la remuneración**, este elemento reconocido constitucionalmente en el Artículo 24° de nuestra Carta Magna<sup>4</sup>, es considerado como la retribución que percibe el trabajador por la realización de un servicio a favor del empleador **y, c) la subordinación**, el trabajador obedece las órdenes del empleador, es decir el empleador tiene el poder de dirigir y fiscalizar al trabajador, desprendiéndose de lo establecido en el artículo 4° del Decreto Supremo N 003-97-R, TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral señala: *“En toda prestación de servicios remunerados y subordinados se presume, salvo prueba en contrario, la existencia de un contrato de trabajo por tiempo indeterminado”*

Cabe hacer énfasis, que estos elementos son esenciales en todo contrato de trabajo, vale decir, que necesariamente tienen que concurrir para considerar a una ocupación dentro del objeto de regulación del derecho del trabajo; pues la falta de uno de ellos daría lugar a una relación jurídica diferente a la que es materia de protección de la rama laboral.

Otros indicios que pueden ser analizados son la jornada (horario y asistencia), si se otorgan beneficios similares a los laborales (por ejemplo, en julio y en diciembre se otorga un pago doble, se asume el costo de la movilidad, etc.), signos distintivos (uso de la marca o nombre de la entidad empleadora), tarjetas de presentación, carné de ingreso, herramientas de trabajo, uniformes, etc. En efecto, existen varios indicios que podrían acreditar la existencia de un vínculo laboral; es decir, no existe una lista de indicios aplicables; en todo caso, va a depender de cada caso en concreto.

Ahora bien, es oportuno traer a colación que uno de los principios fundamentales que ayuda para poder evaluar si nos encontramos ante un trabajador – al margen que emita recibos por honorarios o formalmente figure como un trabajador independiente – es el principio de primacía de la realidad –, ya que de producirse alguna situación en que exista discordancia entre los sujetos y los hechos que dicen suceder y lo que realmente sucede, el derecho deberá preferir lo que sucede. Asimismo, el Tribunal Constitucional ha señalado: *“(…) En el caso autos, es aplicable el principio de primacía de la realidad, que significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos”*<sup>5</sup>.

<sup>4</sup>Artículo 24° de la Constitución Política del Perú que señala: *“El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual. El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador. Las remuneraciones mínimas se regulan por el Estado con participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores”*.

<sup>5</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, fundamento 3 del Exp. N.° 1944-2002-AA/TC

### 3. PARTE II: LA PLATAFORMA DIGITAL

#### 3.1. La Plataforma Virtual:

Raso Delgue define a una plataforma virtual como: *“aquella base de datos simbólicos, con una serie de herramientas de comunicación propia (foros, chats, correos electrónicos, etc.), que permiten la creación y gestión de la misma a través de un software, orientadas a diversas funciones que pueden ser un espacio de aprendizaje, de actividades comerciales o de producción de servicios”*.(Raso Delgue, 2016).

De igual forma, Evans, D. S., A. Hagiu & R. Schmalensee consideran que una plataforma virtual es un sistema que permite la ejecución de diversas aplicaciones bajo un mismo entorno, permitiendo que los usuarios accedan a ellas a través de Internet. (Evans, David S.; Hagiu, Andrei; Schmalensee, Richard, 2006).

En este sentido se comprende que, Las Plataformas Virtuales son espacios en Internet que permiten la ejecución de diversas aplicaciones o programas en un mismo lugar para satisfacer distintas necesidades. Cada una cuenta con funciones diferentes que ayudan a los usuarios a resolver distintos tipos de problemas de manera automatizada, usando menos recursos y necesitando únicamente contar con una conexión a la Web que le permita ingresar a la plataforma y hacer uso de sus servicios.

La plataforma ha incidido en el mercado laboral, incorporándose al debate público sobre la *precarización laboral*. No obstante, considero que el debate se concentra en la precarización del trabajo por plataforma, ya que a través de una plataforma una persona puede convertirse en un actor económico que opera globalmente, una verdadera revolución y desafío a nuestra tradicional percepción del papel de un solo individuo. En este sentido, la precariedad laboral no la han inventado las plataformas virtuales, sino al contrario las personas con movilidad reducida o enfermas o aquellas que deben cuidar de sus familiares pueden encontrar en las plataformas online una forma de acceso al empleo, aunque sea de esta manera tan poco convencional, ya que solo necesitan una buena conexión a internet y una tarjeta de crédito. Sin embargo, no siempre se trata de un buen empleo. Tenemos pues, que considerar que muchos jóvenes han encontrado en las plataformas vías de ingresos adicionales y trabajos flexibles para combinar otras actividades. El tradicional trabajo de verano o de fin de semana ahora lo puedes modular de una forma más eficiente y directamente desde el móvil, por lo que estas plataformas han crecido rápidamente en los últimos años y, a medida que se expanden podrían tener un efecto transformador aplicado al mercado de trabajo.

##### 3.1.1. Tipos de plataformas digitales:

A) Según la Organización Internacional de Trabajo sostiene que existen dos tipos de Plataformas Digitales

- Plataformas basadas en la Web o también llamadas plataformas en línea:**
- Plataformas basadas en la ubicación:**(transporte - uber, entregas Deliveroo, servicios para el hogar – Taskrabbitt)

#### 3.2. Las Plataformas Virtuales y la Relación Laboral:

Hay quienes dicen que estas aplicaciones son el futuro del trabajo, pero más bien suena a un viaje al siglo pasado, ya que si bien es cierto el proceso para el socio es sencillo. Descarga la aplicación, crea un socio y paga con efectivo o tarjeta de crédito. Fácil, rápido y a veces más económico, se sabe que el trasfondo de estas aplicaciones que llegaron para simplificar los deseos de los consumidores, esconden los requisitos para configurar una relación de dependencia, las plataformas clasifican a los trabajadores como independientes. Esta categorización es estructuralmente opuesta a la creación de lazos, vínculos y unión entre los trabajadores de la



empresa. Lo que debe leerse conjuntamente con la alta tasa de rotación del personal que tienen estas plataformas, ya que el promedio del tiempo que los trabajadores se quedan en las plataformas digitales, por lo general no excede los seis meses, respondiendo así a la precarización laboral a la cual se enfrentan los empleados a pocos días de ingresar a trabajar, ya que al principio hay una suerte de encantamiento en donde la empresa realiza el trabajo duro de seducción para que el trabajador crea en falsas promesas de libertad laboral y salario digno, por lo que al superar esta primera etapa que esconde condiciones laborales precarias y perjudiciales comienza, en muchos casos, el paseo por otras aplicaciones de la economía de plataforma, de Uber a Cabify, de Cabify a Easy Taxi, de Rappi a Glovo, de Glovo a PedidosYa, todas con mayores o menores niveles de displacer, repitiéndose los reclamos y los comportamientos de las empresas son análogos y pocas veces hacen eco de los agravios que sufren los trabajadores.

La principal molestia por parte de los socios hacia las plataformas virtuales es la **remuneración**, asimismo también se puede advertir que expresan el desamparo, ya que la aplicación no se responsabiliza frente alguna eventualidad presentada durante el traslado de un pasajero en el auto (caso Uber), asimismo los trabajadores de estas aplicaciones no tienen **jornadas de trabajo** y suelen trabajar todos los días, sin franco, siendo además que los empleadores, que niegan serlo, ejercen facultades de control sobre los repartidores o conductores, conociendo mediante un sistema GPS la ubicación de los repartidores mientras estén logueados, y de sanción, como la inhabilitación o bloqueo de la aplicación (despido).

Cuando se ingresa a trabajar para cualquiera de las aplicaciones prometen que los socios serían sus propios jefes, pero a medida que pasaba el tiempo se notaba el engaño, debido a que rápidamente se ejercía control y sanción si no funcionaban como la plataforma deseaba.

### 3.3. Plataforma Virtual Uber:

En la página oficial de Uber se indica que esta compañía se fundó en 2009, en la ciudad de San Francisco del estado de California, Estados Unidos, asimismo, se autodefine como una empresa, que opera mundialmente, titular de una plataforma tecnológica, mediante la cual conecta a clientes que requieren el servicio de transporte y a conductores dispuestos a brindar ese servicio a cambio de una retribución dineraria, es decir que, es una aplicación que conecta personas que buscan moverse con conductores que brindan servicio de transporte privado. (Uber Technologies Inc.).

Para ser un conductor de Uber en Lima, el proceso resulta bastante sencillo. En primer lugar, a través de la web oficial del servicio debes registrarte (nombre, apellido, correo electrónico, número de teléfono, contraseña, ciudad de donde deseas trabajar), se lleva a cabo un primer contacto para que, posteriormente, se fije una entrevista personal donde se indica al futuro conductor la forma de operar y el servicio que debe prestar en la realización del servicio. Como requisitos indispensables, para el conductor son: (Mayor de 18 años, brevet, SOAT, Certificado de Antecedentes Penales) y con respecto al vehículo antigüedad no menor a 10 años, cinturones de seguridad funcionales, cuatro puertas, excelentes condiciones mecánicas y estéticas, no tener señalética de taxi). Posteriormente, se firma el denominado "acuerdo de colaboración", donde se especifican cuáles son las condiciones del servicio y el reparto de los ingresos; y finalmente, el conductor instala la aplicación de Uber para poder operar en el mercado con el correspondiente servicio de transporte. El sistema operativo de trabajo para los conductores se realiza a través de la App ya instalada, donde se proporciona la localización respecto a dónde deben recoger al usuario que han reclamado el servicio gracias al navegador GPS para llegar al destino específico. (Uber Technologies Inc.)

En el contrato se indica que, quien brinda el servicio de transporte debe asumir todos los gastos implicados ya que la empresa Uber no va a asumir ningún tipo de gastos. Los gastos



generados por la utilización de la licencia, tales como los dispositivos móviles y de bases de datos, deben también ser sufragados por el conductor. Asimismo, se explica que de existir algún inconveniente mientras dura el servicio, la responsabilidad recaerá sobre el prestador del servicio más no en la empresa. De igual forma en dicho contrato, se indica que la relación laboral entre el socio y la empresa Uber es únicamente comercial, más no laboral, además refiere la empresa que no se exige al socio exclusividad y por último se reserva la potestad de modificar el cálculo de la compensación y el porcentaje de la tasa de manera discrecional.

El dispositivo móvil actúa como una actividad de “control empresarial”, teniendo la capacidad de registrar las horas que el conductor ha estado trabajando y “compartiendo gastos” con la empresa. En el caso en el que el conductor del vehículo no utilice el dispositivo móvil durante un determinado periodo de tiempo – que suele ser por varias semanas –, se entiende que ha abandonado la actividad y se le da de baja como “socio”, lo cual puede ser perfectamente entendido, como opinión personal, a un despido por baja productividad.

Correlato a lo indicado es necesario realizar un breve análisis de los elementos del contrato de trabajo, ello con la finalidad de explicar la existencia de la relación laboral:

- ⇒ **LA PRESTACIÓN PERSONAL DE SERVICIOS EN LA EMPRESAS DE PLATAFORMA:** Uber es quien selecciona a los conductores, les otorga una identificación (ID), y un dispositivo para que puedan acceder a la driver app, y que no puede ser utilizado por otra persona ajena al conductor, quien ha sido sometido a un proceso de selección por parte de Uber en donde se determinó que es personal idóneo para prestar el servicio de transporte a través de la aplicación de Uber, ya que cuenta con licencia de conducir, tiene un vehículo con las características mínimas establecidas, tiene un seguro contratado, entre otros.
- ⇒ **REMUNERACIÓN:** Las Plataformas virtuales realizan los pagos por servicios prestados mediante depósitos semanales, al número de cuenta de los socios por sus servicios prestados; si el pago es en efectivo, el dinero queda en el bolsillo del socio – trabajador- y las comisiones se descontarán del pago de los usuarios que lo realicen por medio de tarjeta. Se considera importante señalar que estas plataformas virtuales otorgan una bonificación por horas trabajadas, por tener buenas calificaciones o por no rechazar viajes, característica típica de un empleador para premiar el buen desempeño de sus trabajadores. Asimismo, el pago realizado por Uber se determina de acuerdo a los kilómetros recorridos, y a la duración del viaje, por lo que se entiende que dicha retribución es de libre disponibilidad del socio.
- ⇒ **ELEMENTO SUBORDINACIÓN:** Este elemento es el punto neurálgico del presente artículo: y es que si en la relación entre estas plataformas virtuales y sus socios – trabajadores-, reina más que una relación de “conexión”, donde las plataformas simplemente pone en enlace a los usuarios –quienes necesitan un servicio- y sus socios –prestadores de servicio- que realizan el servicio de taxi o es un empleador que ordena la prestación de los servicios requeridos por los usuarios a través del uso de la plataforma a su trabajadores, para que presten un servicio de taxi. Por lo que, como primer matiz, se debe señalar, que no toda relación en la que exista prestación personal de servicios remunerada, el Derecho del Trabajo entrará a tallar, pues además de dichos elementos –prestación personal de servicios y remuneración-, es necesaria la presencia de un tercer elemento “subordinación” para que dicha relación sea considerada de naturaleza laboral. Elemento que da origen a un derecho propio y típico de los empleadores como es el “poder de dirección”. En definitiva, que la empresa dicte solamente las “instrucciones necesarias” no significa que el trabajador



deje de estar subordinado a la empresa. Además las “recomendaciones” que realiza Uber respecto a la forma en que se debe prestar el servicio de transporte conlleva afirmar que esta empresa brinda instrucciones directas a los conductores de la forma de efectuar el servicio y siendo esta empresa quien determina la tarifa que va a cobrar por el servicio. De lo establecido, se puede colegir que Uber, aunque aparentemente establezca “recomendaciones” sobre cómo prestar servicios, los asociados que no las acaten por periodos continuos, pueden fácilmente verse desactivados –capacidad sancionadora-, así como también pueden serlo, si constantemente tienen resultados negativos en las evaluaciones sobre su rendimiento –atención- que los clientes les realizan cada vez que hacen uso de su servicio. Es de observar, que la fiscalización monitorizada del trabajo a la que están sujetos estos nuevos tipos de trabajadores es mucho mayor que los trabajadores tradicionales dado que, desde la perspectiva de los clientes, el trabajo es observable en todo momento y sin coste alguno para la empresa. Por lo que podemos establecer, que la inexistencia o reducción de instrucciones por parte de las plataformas virtuales, sumada con la evaluación a la que son sometidos los de las plataformas digitales por parte de los socios –clientes-, siendo trascendental, a que la relación entre las plataformas virtuales y los socios trasciende más que una relación comercial a una de naturaleza “LABORAL”.

Ahora bien, analizando el contrato entre los socios colaboradores y la empresa Uber, esta última enfatiza que no se dedica al transporte sino que su giro empresarial es suministrar servicios de tecnología para la realización de servicios de transporte; siendo importante dejar en claro ello para tenerlo en cuenta al momento de determinar si en realidad el giro principal de Uber es solo la tecnología o si también lo es el servicio de transporte.

En el apartado 2. del contrato en referencia hace alusión al "uso de los servicios Uber" de la siguiente manera:

**"2. Uso de los Servicios Uber**

**2.1. ID del Conductor.** Uber enviará al Cliente una ID del conductor para cada Conductor que ofrece Servicios de transporte para permitir al Cliente y a cada Conductor acceder a la Driver App y utilizarla en un Dispositivo conforme al Anexo del conductor y al presente Contrato. El cliente acepta que se asegurará de que sus Conductores mantendrán las ID del conductor en confidencialidad y no las compartirán con ningún tercero distinto del conductor asociado a dicha ID del conductor con el propósito de proporcionar servicio de transporte (...)"

En esta cláusula se aprecia que Uber le proporciona al conductor del vehículo una ID para que pueda acceder a la aplicación y utilizarla, dicha ID es confidencial y no podrá ser usada por otro conductor diferente. Ahora bien, la ID es una clave de identificación y contraseña que Uber le asigna al conductor y que le permite utilizar y acceder a la driver app. Uber es enfático al indicar que la ID no puede ser utilizada por otro conductor, lo que denota que el carácter personalísimo de los servicios que presta el conductor ya que no se puede valer de un tercero, para ello en tanto no puede compartir con otro conductor su ID. Además es de anotar que si bien es cierto esta empresa es propietaria de los datos relacionados con la provisión de servicios de transporte a través de los servicios Uber y la drive app además de la ID del conductor, y como tal puede imponer ciertas cláusulas que salvaguarden la imagen de la calidad de su producto; también lo es que, al recibir una contraprestación por parte del cliente éste tendría derecho a hacer uso de la forma que crea conveniente del servicio que está adquiriendo claro está salvaguardando que los productos de Uber sean utilizados adecuadamente. Desde ya es posible vislumbrar la conexión necesaria entre los servicios de tecnología que ofrece Uber con el servicio de transporte que prestan los

conductores; por lo que se puede señalar que Uber es en realidad no solo una aplicación sino también una empresa de transporte ya que ese también resulta ser su objeto principal del negocio.

En cuanto a la provisión del servicio de transporte, se indica:

**2.2. Provisión de servicios de transporte.** Cuando la Driver App está activada, las peticiones de Servicios de transporte por el Usuario pueden mostrarse a un conductor a través de la Driver App si el conductor está disponible y cerca del Usuario. Si un Conductor acepta la petición de Servicios de transporte de un Usuario, los Servicios Uber proporcionarán determinada Información de usuario a dicho Conductor a través de la Driver App, incluido el nombre de pila del Usuario y la ubicación de recogida. Para aumentar la satisfacción del Usuario con la aplicación móvil de Uber y los Servicios de transporte del Cliente y del Conductor o Conductores, se recomienda que el Conductor espere al menos diez (10) minutos para que un Usuario se presente en la ubicación de recogida solicitada. El Conductor obtendrá el destino del Usuario, ya sea en persona en el momento de la recogida o desde la Driver App si el Usuario opta por introducir dicho destino a través de la aplicación móvil de Uber. El Cliente reconoce y acepta que una vez un Conductor ha aceptado la petición de Servicios de transporte del Usuario, la aplicación móvil de Uber puede proporcionar determinada información sobre el Conductor al Usuario, incluido el nombre de pila del Conductor, información de contacto, nombre de la entidad del Cliente, fotografía y ubicación, y la marca y número de matrícula del Vehículo del conductor. El Cliente no deberá ponerse en contacto con ningún Usuario ni utilizar la información personal del Usuario para un propósito distinto de la prestación de los Servicios de transporte y se asegurará de que los Conductores cumplan esta norma. En cuanto al acuerdo celebrado entre Uber y el Cliente, el Cliente reconoce y acepta que: (a) el Cliente y sus Conductores son los únicos responsables de determinar la forma más eficaz, eficiente y segura de llevar a cabo cada Servicio de transporte; y (b) excepto en cuanto a los Servicios Uber o cualquier Dispositivo Uber (si procede), el Cliente deberá proporcionar todo el equipamiento necesario, herramientas y otros materiales, asumiendo los gastos correspondientes, conforme precise para prestar los Servicios de transporte.

Es necesario precisar que, esta cláusula contiene uno de los rasgos sintomáticos clásicos de un contrato de trabajo, es que el empleador quien suministra a sus trabajadores las herramientas necesarias para la prestación del servicio; por lo que al seguir esta línea de razonamiento nos encontraríamos ante una característica de un contrato civil y no laboral toda vez que Uber no proporciona al conductor el vehículo que va a manejar; sin embargo, ello no es determinante ya que se debe tener en cuenta que los verdaderos medios de producción de esta plataforma virtual son los tecnológicos en comparación con el vehículo que hoy en día puede ser adquirido a un menor costo.

Con relación a este tema, conviene hacer alusión a lo señalado en el apartado 2.7 del contrato bajo análisis, en el que se indica:

**“2.7. Dispositivos.**

**2.7.1. Uber anima al Cliente a utilizar los Dispositivos proporcionados al conductor para ofrecer los Servicios de transporte.** De otro modo, Uber proporcionará al Cliente a previa petición del mismo los Dispositivos Uber a cada Conductor autorizado, así como el plan de datos necesario para el operador de servicios inalámbricos para dichos Dispositivos, teniendo en cuenta que Uber requerirá que el Cliente reembolse los gastos asociados con el plan de datos para el operador de servicios inalámbricos de cada Dispositivo Uber y/o solicite una fianza por cada Dispositivo Uber. El Cliente reconoce y acepta que: (a) Los Dispositivos Uber solo pueden ser utilizados con el fin de permitir el acceso del Conductor a los Servicios Uber; y (b) los Dispositivos Uber no pueden transferirse, prestarse, venderse ni proporcionarse de otro modo a ninguna otra parte distinta del Conductor asignado a utilizar dicho Dispositivo Uber. Los Dispositivos Uber serán en todo momento propiedad de Uber y, al finalizar el presente Contrato o al cancelar o desactivar un Conductor, el Cliente se compromete a devolver a Uber los Dispositivos Uber correspondientes en un plazo de diez (10) días. El Cliente reconoce y acepta que, si no devuelve a tiempo cualquiera de los Dispositivos Uber, o causa daños en ellos fuera del “desgaste normal de uso”, ello tendrá como consecuencia la pérdida de las fianzas relacionadas.

**2.7.2. Si el Cliente opta por utilizar cualquiera de los Dispositivos proporcionados al Conductor:** (i) el Cliente y/o sus Conductores son responsables de la adquisición, el costo y el mantenimiento de dichos Dispositivos proporcionados al conductor, así como de cualquier plan de datos necesario a través de un operador de servicios inalámbricos; y (ii) Uber proporcionará la Driver App para su instalación en dichos Dispositivos proporcionados al conductor. Uber otorga por el presente al usuario autorizado de cualquier Dispositivo proporcionado al conductor una licencia de uso no exclusiva y no transferible para instalar y utilizar la Driver App en un Dispositivo proporcionado al conductor únicamente con el propósito de ofrecer Servicios de transporte. El Cliente se compromete a no ofrecer, distribuir o compartir, ni permitir la provisión, distribución o uso compartido de la Driver App (o los datos asociados a la misma) con terceros y se hará responsable de que cada uno de los Conductores correspondientes se atenga a esta norma. Lo antedicho se traducirá en la inmediata rescisión y el Conductor borrará y eliminará completamente la Driver App del Dispositivo proporcionado al conductor si el Cliente y/o el Conductor correspondiente dejan de proporcionar Servicios de transporte utilizando el Dispositivo proporcionado al conductor. El Cliente acepta, y deberá informar de ello al Conductor correspondiente, que: (i) el uso de la Driver App en un Dispositivo proporcionado al conductor requiere un plan de datos activo con un proveedor de servicios inalámbricos asociado al Dispositivo proporcionado al conductor, cuyo plan de datos será proporcionado por el Cliente o el Conductor correspondiente que asumirán los gastos correspondientes; y (ii) el uso de la Driver App en un Dispositivo proporcionado al conductor como interfaz con los Servicios Uber podría consumir grandes cantidades de datos a través del plan de datos. Uber aconseja que los Dispositivos proporcionados al conductor solo deben ser utilizados bajo un plan de datos con límites de uso de datos muy altos o ilimitados, y Uber no será responsable de ningún cargo, gasto o tasa por gastos por excedente de datos en ningún plan de datos.”



Como es de verse, en esta cláusula se indica que Uber es quien proporcionará a los socios los dispositivos Uber para cada conductor, así como el plan de datos necesario para el operador del servicio inalámbrico; los cuales deben ser solo utilizados para que el conductor acceda a la aplicación Uber y no podrán ser utilizados ni transferidos a otras personas y para otras finalidades. Además, se indica que los dispositivos Uber serán de propiedad de Uber y que al finalizar el contrato deberán ser devueltos.

Ahora bien, de acuerdo al análisis realizado de las cláusulas más importantes contenidas en el contrato de servicios, se concluye que existen suficientes rasgos de laboralidad que me permite afirmar que en la relación contractual entre Uber y sus conductores se han configurado los tres elementos de un contrato de trabajo: prestación personal del servicio, subordinación y remuneración.

### **3.5. Sentencia Respecto al caso Uber:**

**3.5.1.** Pronunciamiento en primera instancia recaído en el caso **Uber**, confirmado por la Corte de Apelaciones en noviembre de 2017, utiliza indicios nuevos de laboralidad para concluir que los conductores de Uber del Reino Unido poseen un vínculo laboral con la plataforma de servicios. Entre los argumentos empleados cabe resaltar a los siguientes:

- El hecho que los choferes conducen debajo una marca ajena y que además Uber publicita a su marca, no a los conductores o prestadores de servicios. Se indica en la sentencia que resulta complicado entender la coordinación entre empresas al referirse a Uber y a los conductores. Se trataría de la empresa Uber y los empresarios unipersonales (choferes).
- La imposibilidad de los conductores de crecimiento en su negocio. Indica la sentencia que, si los autónomos fueran pequeños empresarios, tendrían al menos potenciales posibilidades de crecimiento, hecho que no se presenta en este caso pues el crecimiento dependerá del incremento de horas de actividad de los choferes.
- La plataforma controla información clave para el desarrollo del negocio.
- Uber puede modificar unilateralmente los términos del contrato.
- La sentencia señala que es ridículo el argumento de que en Londres existan 30,000 pequeños empresarios unidos por una única plataforma.

### **IV. PROPUESTA DE SOLUCIÓN:**

**4.1.** Proponer la aplicación del cooperativismo de plataforma, es decir, mejorar el acceso a las plataformas, además de realizarlo en forma compartida de los bienes, en lugar de poseerlos, como por ejemplo: EBay construido con blockchain donde compradores y vendedores se relacionan sin pasar por una plataforma central.

**4.2.** Sería necesaria una regulación internacional no sólo sobre las condiciones fiscales de estas empresas que ya están generando beneficios, sino también sobre las condiciones salariales y contractuales de los trabajadores para velar la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores, además de reglamentar el uso de datos y de la responsabilidad sobre el control de los algoritmos en el mundo del trabajo.





**4.3.** Plantear diferentes ejes y criterios de actuación para la **intervención sindical** en la **economía de plataformas**, si bien es cierto supone ya que se necesita de un enfoque flexible y multidimensional en su abordaje, pero deberían tener en cuenta el nivel de importancia la existencia de ciertos acuerdos laborales, formación de agrupaciones sindicales, aplicación de códigos de conducta y de inclusión en convenios colectivos de los trabajadores de plataformas.

**4.4.** La inspección sería una buena arma, ello con la finalidad de determinar hasta qué punto Uber tiene el control sobre el trabajo que realizan sus autónomos. Es decir, si fija el horario, la jornada o la zona de actuación; si marca los salarios y penaliza de alguna manera el rechazo de un servicio o el incumplimiento de un horario.

## **V. CONCLUSIONES:**

**5.1.** Tal y como hemos desarrollado, existen indicios razonables tanto a nivel doctrinario, que nos indican la existencia de una relación laboral entre las plataformas digitales y los socios -trabajadores-, por lo que a efectos de responder a la pregunta planteada aplicaré como principio rector el de primacía de la realidad según el cual, ante la confrontación de los hechos reales con los hechos formales, se deben preferir los hechos tal y como son en la práctica. Por tanto, en la prestación del servicio de los conductores a Uber se verifica la presencia de los tres elementos de un contrato de trabajo que son: la prestación personal del servicio, la remuneración, y principalmente, la subordinación.

**5.2.** No existe duda que nos estamos enfrentando a la modificación de la relación laboral entre trabajador y empresario, es decir entre el capital y la fuerza de trabajo, por lo que se advierte que esta relación laboral es la más antigua super explotación del capitalismo.

**5.3.** Los socios -trabajadores- no son realmente trabajadores por cuenta propia y tampoco son debidamente remunerados por la plataforma, por lo que sus condiciones laborales son consideradas como propensas a la esclavitud, ya que no son calificados como trabajadores autónomos, puesto que existe subordinación ante las plataformas digitales, más aún que estas plataformas crean trabajos precarios, exentos de uno mínimo de calidad y se muevan en los márgenes laborales.



## VI. BIBLIOGRAFÍA:

1. Muñoz GarcíaBoris, 2018, Uber, La Subordinación Y Las Fronteras Del Derecho Del Trabajo. Algunas Ideas Para Delimitar, Vol. 09, 2018,40 pgs.
2. Elias Laroza, E. (2000). *Derecho Societario Peruano; La Ley General de Sociedades del Perú*. Trujillo: Editorial Normas Legales.
3. Evans, David S.; Hagiu, Andrei; Schmalensee, Richard. (2006). *Invisible Engines: How Software Platforms Drive Innovation and Transform Industries*. The MIT Press Massachusetts Institute of Technology.
4. O.I.T. (2004). Por una globalización justa. *Conferencia Internacional de Trabajo N°92*, (pág. 18). Ginebra.
5. Raso Delgue, J. (2016). El derecho al trabajo como rama del derecho y sus nuevas fronteras. *REVISTA CHILENA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL*, 07(13), 34.
6. Sanguinetti, Wilfredo, 2017 Ponencia "Contrataciones Laborales", PSE, Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima
7. Todoli Signes, Adrián, 2015, El Impacto De La "Uber Economy", En Las Relaciones Laborales: Los Efectos De Las Plataformas Virtuales en el Contrato de Trabajo, IUSLABOR.2015 <http://www.raco.cat/index.php/IUSLabor/article/view/305786>
8. Toyama Miyagusuku, J. (2011). *Derecho Individual del Trabajo* (Tercer Edición ed.). Lima: Gaceta Jurídica.
9. Valderrama, Luis, 2016, Diccionario del Régimen Laboral Peruano, Editorial El Buho E.I.R.L, Lima.
10. <https://adriantodoli.com/2019/02/25/tercera-sentencia-en-espana-que-declara-a-un-rider-de-glovo-falso-autonomo/>
11. <https://www.uber.com/>
12. <https://glovoapp.com/>



# IPSO JURE

REVISTA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE

---

---

**La República**

SOMOS DIARIO JUDICIAL - LAMBAYEQUE 2020