CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE

IPSO JURE

AÑO 13 Nº 55 NOVIEMBRE 2021

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

PRESENTACIÓN

Juan Riquelme Guillermo Piscoya
Presidente de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque

CONSEJO DIRECTIVO DE LA REVISTA
IPSO JURE

- Dr. Juan Guillermo Piscoya, 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. Rosa Vera Meléndez, en representación de los señores Jueces Especializados.
- Dras. Hellen Guevara Jiménez y Evelyn Alejo Quiroz, en representación de los señores Jueces de Paz Letrados.
- Auxiliares jurisdiccionales de apoyo: Pahola Samillán Ruiz y José Quiñones Quiñones.

NUMERO DE DEPÓSITO LEGAL 2014-07044

INDICE

PALABRAS DEL DIRECTOR 5

BICENTENARIO Y DERECHOS FUNDAMENTALES
EDWIN FIGUEROA GUTARRA 6

PRÓLOGO PARA UN LIBRO SOBRE CARRIÓ "NOTAS (AL MARGEN) SOBRE DERECHO Y LENGUAJE"
MANUEL ATIENZA RODRÍGUEZ 24

EL NECESARIO CONTROL DEL PODER PUNITIVO EN LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO POR PARTE DE LAS AGENCIAS JUDICIALES PENALES
JOSÉ ERNESTO COCA CAYCHO 31

ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DEL ERROR DE PROHIBICIÓN INDIRECTO VENCIBLE EN LA CASACIÓN N° 466 – 2017/LAMBAYEQUE
GIAN PIERRE ALCÁNTARA VILLANUEVA 34

PALABRAS DEL DIRECTOR

Estimados amigos:

La admiración por nuestros maestros es siempre un valor añadido en las tareas académicas docentes, y desde esa perspectiva, reconocer el liderazgo de las ideas de quienes influyeron en nuestro pensamiento, siempre nos conduce a escenas de hondo significado que trasuntan, entre otros tantos signos, los de reconocimiento, amistad y acercamiento de reflexiones sino de coincidencias manifiestas.

Vienen estas palabras a propósito de un valioso artículo que incluimos en esta edición y en el cual el mismo Manuel Atienza Rodríguez, nuestro guía forjador de siempre en la disciplina de la Filosofía del Derecho, se expresa con admiración de Genaro Carrió (Argentina, 1922 - 1997), uno los maestros que influyó en sus orientaciones académicas a propósito de esta disciplina, y con quien tuvo un trato personal que consolidó varios de los perfiles de cimiento de sus ideas en el tiempo.

Y cuanto queremos rescatar de las ideas que el maestro Atienza nos expresa en este número, nos reconduce a la idea de formación conceptual que representan nuestros primeros grandes maestros. Es singular y emotiva la nota final de su reflexión cuando alude a que, si pudiera recomendar a un alumno de la Escuela de Alicante, donde él es director del Área de Argumentación Jurídica, respecto al pensamiento de un autor como tema de una Tesis Doctoral, sin duda la obra a analizar sería la de Genaro Carrió.

Y es verdad que Argentina ha aportado a la Filosofía del Derecho del mundo latino no solo el pensamiento de Carrió, sino también las de un considerable número de autores, entre los cuales podemos mencionar a Carlos Santiago Nino, Eugenio Bulygin (nacido en Rusia pero formado en Argentina), Ernesto Garzón, Carlos Cossío, entre muchos otros, a tal punto que, en uno de sus trabajos académicos, Atienza se refiere a Buenos Aires como la Atenas de Sudamérica, y dice además que si los filósofos atenienses fueron los grandes educadores de la Hélade, los iusfilósofos argentinos podrían serlo de los juristas latinoamericanos.

Se trata, advertimos, de frases elogiosas que no solo constituyen una deferencia sino un reconocimiento al liderazgo de tantos maestros de la nación sudamericana que, aún en medio del difícil contexto de la crisis económica de la centuria pasada, mantuvieron una línea de pensamiento que representa nuestro aporte sustancial como continente a la Filosofía del Derecho del mundo latino, ámbito al cual Atienza propone se adscriban, también, España, Portugal e Italia, dadas las coincidencias y raíces idiomáticas comunes.

Carrió representa en ese propósito, sin duda, una de las bases del pensamiento filosófico contemporáneo, además de un pensador y gran teórico del Derecho, y como tal, las expresiones de reconocimiento de Atienza constituyen un agradecimiento inmaterial valioso para quienes sobre cuyos hombros nos apoyamos para la forja de nuestras ideas.

Alguna vez le preguntaron a Peter Häberle por sus ideas y él replicó que les debía mucho a los gigantes de Weimar- Kelsen, Schmitt, Heller y Smend- pues éramos todos nosotros, en realidad, solo discretos enanos que necesitábamos apoyarnos en los hombros de los gigantes para poder ver más lejos. Quizá esa anécdota es valiosa, con énfasis, para Carrió respecto a Atienza y todos quienes alguna vez hemos leído un poco sobre el filosofar en Derecho. Sin apoyarnos en los hombros de Carrió, quizá tengamos dificultades para poder ver el horizonte de los pensamientos. Y sobre sus hombros, el panorama es mucho más claro. De ahí nuestro agradecimiento.

Hasta la próxima edición.

Edwin Figueroa Gutarra
Director

BICENTENARIO Y DERECHOS FUNDAMENTALES[1]

Edwin Figueroa Gutarra[2]

Ce concept reste vague. Droits fundamentaux?
(Este concepto es vago. ¿Derechos fundamentales?)
Jean Rivero

Resumen: La configuración actual de los derechos fundamentales ha seguido un largo camino en su evolución histórica desde su noción inicial de derechos subjetivos lineales. De la misma forma, el Bicentenario nos sirve de marco de reflexión para el esbozo de una revisión puntual del progreso de estos conceptos en las diversas Constituciones de nuestro país. En ese contexto, nuestra historia constitucional permite entender ese arraigo progresivo de los derechos fundamentales.

Palabras clave: Bicentenario, derechos fundamentales, historia constitucional, Constituciones del Perú.

Sumario

Introducción. 1. De los derechos subjetivos a los derechos fundamentales. 2. Una revisión histórica de las Constituciones del Perú. 2.1. Cartas Fundamentales en el siglo XIX. 2.2. Cartas Fundamentales en el siglo XX. Conclusiones provisorias.

Introducción

Abordar nuestro Bicentenario como República implica, de suyo, desarrollar reflexiones de entorno sobre nuestra historia: cómo nacimos, cuáles fueron las coyunturas que forjaron la Nación, y cómo evolucionamos ante las vicisitudes que vivió la Patria. Junto a esos aspectos, si tratamos de realizar una vinculación de esos avatares con los derechos fundamentales, hemos de remitirnos a la historia de nuestras Cartas Fundamentales y, desde luego, a observar cuáles fueron las tendencias conceptuales que se abordaron década tras década, respecto a los mismos, en la forja de un país independiente.

El ejercicio de enfoque histórico que se desprende de lo afirmado *supra* nos conduce a un escenario de interés: nos permite apreciar en qué forma se han desarrollado las

[1]Ponencia presentada a la VI Jornada Nacional sobre Derechos Fundamentales, organizadas por la Pontificia Universidad Católica del Perú, entre los días 16 y 17 de setiembre de 2021.

[2] 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 y del Consejo General del Poder Judicial de España. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y de la *International Association of Constitutional Law*. (IACL). efigueroag@pj.gob.pe

nociones de ley y Constitución respecto a los derechos de las personas, y hemos de encontrar, de ese modo, desde una definición muy inicial, casi *lineal*, de los derechos subjetivos de la persona, para transitar, con el aporte de la visión germana de los derechos, a un contexto de derechos públicos subjetivos, en los cuales hay un rasgo distintivo, y el mismo reside en la aparición del Estado como ente en la tutela de los derechos cuya protección reclaman los ciudadanos. Ese sendero finalmente desemboca en la asunción de la noción de derechos fundamentales, y de la representatividad de los mismos de cara a la idea de un Estado democrático y social de derecho, en el cual van apareciendo nuevas nociones que refuerzan la vigencia efectiva de esos derechos fundamentales y la primacía normativa de la Constitución.

En ese mismo camino, argüimos que la tendencia evolutiva material de los derechos de la persona marca una naturaleza *in crescendo* y, de esa manera, y solo para citar uno de tantos ejemplos, un escenario caótico como el de la Constitución de 1823, admite la esclavitud de los negros, panorama que hoy nos resultaría manifiestamente repulsivo, dado que esa situación es en opuesto diferente a la Carta Fundamental de 1993, en la cual todos los ciudadanos, sin excepción, gozan de las más amplias libertades públicas.

Desde ese eje de ideas, ciertamente la noción de estos *droits fundamentaux*, o derechos fundamentales, no es más un concepto estático, como en el siglo XIX, y por el contrario, en el siglo XX, sobre todo a partir del afianzamiento de la justicia constitucional, asumimos una concepción dinámica de dichos derechos, elemento vital que nos permite concluir en que respecto de los derechos fundamentales se afianza una tesis de progresividad, pues ésa es la naturaleza contemporánea de estos derechos.

Bajo la premisa afirmada, nos orientamos en este estudio a la idea ambiciosa de construir un binomio de singular naturaleza, en el cual precisamente descansan las acepciones de Bicentenario y derechos fundamentales, los cuales se correlacionan de tal forma que no hay Bicentenario si no apreciamos una noción de justicia progresiva respecto a los derechos fundamentales. De igual forma, no hay idea de justicia si no marcamos las ostensibles diferencias del caso entre las Constituciones diríamos nominales y lineales del siglo XIX. Finalmente, no habría derechos fundamentales en su acepción de hoy, si no hubiéramos tenido que transitar por ese aciago camino republicano de situaciones de inestabilidad política, social y económica, escenarios que han servido para el arraigo de nuevas concepciones de los derechos.

Se trata, en suma, de pensar en una República con ciudadanos, en contraposición a la idea de preocupación que expresa Nelson Manrique, al afirmar una República sin éstos. Y, en verdad, son esos ciudadanos que buscan el respeto de sus derechos fundamentales quienes se convierten en el motor de la historia republicana, pues precisamente la labor tesonera de buscar nuevos horizontes para la tutela de estos derechos, es el insumo que nos ha llevado, constantemente, sobre todo en el inicio de nuestra vida republicana, a adoptar diversas Cartas Fundamentales, incluso con escasos intervalos de tiempo. Es menester, entonces, repensarnos como Nación y eso indudablemente nos lleva a mirar, con espíritu crítico, los avatares de nuestra vida republicana.

1. De los derechos subjetivos a los derechos fundamentales

Los derechos de las personas han existido desde las sociedades antiguas, pero en precisión conceptual se entendieron, en un inicio, como derechos subjetivos en un orden que podríamos llamar *lineal*, es decir, sin la trascendencia humanista que más tarde, en el tránsito de la historia, le imprimieron el iusnaturalismo racionalista del siglo XVII y centurias posteriores.

Los derechos fundamentales, *Grundrechte* en la dogmática alemana, no representan un juicio definido y categórico, y reclaman constantemente una labor de configuración conceptual. Como señala Cruz Villalón, en relación a este *nomen iuris,* "Carl Schmitt, con su habitual abundancia verbal, le(s) dedicó los sustantivos *Heterogenität, Inkohärenz und Pleonexie*" (1989, p. 57), los cuales, en traducción libre, se pueden entender como derechos con características de heterogeneidad, incoherencia y pleonexia, es decir, de amplia indeterminación en su contenido, a lo que se suma que " en estas palabras tenemos ya la explicación de por qué se considera que los preceptos dedicados a las libertades individuales «giran en el vacío»"(Cruz, 1989, p. 57) Es de advertirse, entonces, que una primera noción de los derechos fundamentales apunta a su indefinición misma *per se*.

En este mismo eje de ideas, " los derechos fundamentales son negaciones del poder público (ámbitos donde el aparato del Estado no puede imponer unilateralmente deberes jurídicos de inexcusable cumplimiento)." (Villaverde, 2015, p. 578), al tiempo que pueden ser igualmente entendidos como " derechos reaccionales; es decir, (... como) el derecho de reaccionar ante las extralimitaciones del poder público lesivas de la libertad, acudiendo en amparo a los tribunales de justicia." (Villaverde, 2015, p. 584)

A partir de lo anteriormente enunciado, el concepto de derechos fundamentales presenta hogaño connotaciones axiológicas de innegable valor, sin las cuales su comprensión cabal tendría un valor semántico limitado. Peces Barba aporta adicionalmente, a este respecto, una reflexión de valor pues señala que " no se debe desconocer (...) la raíz ética que está en los cimientos de los conceptos de derechos y deberes fundamentales." (1987, p. 8)

Desde otra perspectiva, el origen de los derechos fundamentales es aún un tema de discusión actual, y de esa forma " para Jellinek, el origen debe buscarse en el *Bill of Rights* de Virginia, donde se garantizan jurídicamente las distintas libertades individuales(...). Para Boutmy, sin embargo, esa idea es demasiado pobre, pues para él el origen de esa juridificación debe buscarse en la Declaración de Derechos francesa de 1789, donde se concibe la libertad como principio general de todo Estado constitucional." (Villaverde, 2015, p. 587)

Cruz Villalón es muy enfático sobre este aspecto y, coincidiendo con Villaverde, refiere que es pertinente reconocer los derechos fundamentales a partir de la Declaración de los Derechos de Virginia en el año 1776 " ni antes ni después"(1989, p. 41). En

consecuencia, " la aparición del concepto de derechos fundamentales se producirá en la historia a partir del tránsito a la modernidad."(Peces, 1987, p. 11)

Es pertinente rescatar otras menciones de origen a este respecto y, en ese sentido, " la historia de la aparición y evolución de los derechos fundamentales comienza en la Edad Media. En la Antigüedad no sólo no existieron reconocimientos por parte del poder, sino que ni siquiera se planteó el tema en el terreno teórico." (Sánchez, 2014, p. 233) En efecto, " los documentos medievales sobre la materia contienen no auténticas declaraciones, sino privilegios que el monarca concede a un grupo de súbditos, a un estamento social, a los habitantes de una ciudad. "(Sánchez, 2014, p. 233)

En concordancia con lo señalado *supra* "la historia de los derechos fundamentales va a pasar en la Edad Moderna, por diferentes fases, pero hay un dato (...)muy característico (...): que a partir del siglo XVI ya no encontraremos (...) privilegios (...) a favor de (...) estamentos determinados, sino que las garantías y seguridades ofrecidas por el poder real se dirigen a todos los súbditos, lo que (...) instaura un principio de generalidad."(Sánchez, 2014, p. 234)

Esa visión aislada y prácticamente nominal de la época medieval es más tarde superada, de tal forma que " el humanismo, que se iniciará sobre todo en Italia ya a partir del siglo XIV (...), supone una nueva visión del mundo, de la naturaleza, del arte, de la moral, en oposición a la visión totalizadora, dominada por la filosofía escolástica, del mundo medieval." (Peces, 1987, 13)

A su turno, juegan un rol de trascendental importancia, en estos contextos, las creencias, de modo que " la fe y la religión dejarán de ser un límite al poder (...). No es casual que la tolerancia, precursora de la libertad de conciencia y de religión sea el primer derecho fundamental que se formulara con carácter moderno. Ya en 1598 en (...) "El Edicto de Nantes" aparecerá (...) la referencia a la libertad de conciencia. (Peces, 1987, p. 12)

Podemos así concluir este segmento histórico arguyendo que " característica destacada del siglo XIX es la de que se abandona el procedimiento de formular los derechos fundamentales en solemnes Declaraciones, para dar cabida a los mismos en las Constituciones de los Estados." (Sánchez, 2014, p. 235)

Esta secuencia evolutiva, sin embargo, sufre cierto detenimiento en tanto "en Europa, durante todo el siglo XIX, el principio de legalidad es «el alfa y el omega» de los derechos individuales: los derechos comienzan y acaban con el principio de legalidad."(Cruz, p. 49)

Si nos referimos a grandes épocas que a su vez marcaron tendencias, la historia de los derechos fundamentales puede entenderse también en períodos y señala Cruz Villalón " tres momentos (...) el momento original, situado en la América del setecientos; el largo eclipse europeo de los derechos fundamentales, ejemplificado en la Francia del ochocientos; por fin, en la tercera década del novecientos, Weimar, como el antecedente inmediato del presente." (1989, p. 42)

La interrogante natural a formular, entonces, es cuál era antes de este histórico suceso el concepto de estas " libertades públicas francesas, (o) derechos públicos subjetivos alemanes " (Cruz, 1989, p. 41), y cómo evolucionaron esas percepciones de los derechos hacia una época contemporánea, en la cual se configura una carga moral en los derechos como tales, insumo que permite entender una visión de orden más principialista del Derecho.

A partir de todo lo enunciado, la clave de bóveda para asumir una tendencia de progresividad de los derechos simplemente subjetivos a derechos públicos subjetivos, tiene lugar a partir de una noción de involucramiento de la actividad del Estado en el reconocimiento de los derechos subjetivos, y de ahí que agreguemos a su denominación la característica de " públicos".

La Declaración de Derechos de Virginia, por ende, aborda una visión *prima facie* de la vinculación del Estado con los derechos del ciudadano de manera más vinculante. Más tarde, son las Constituciones adoptadas tras la Segunda Guerra Mundial los instrumentos que consolidan una presencia del concepto de derechos fundamentales en sus respectivas Cartas Fundamentales. De ese modo, entre otras, la Ley Fundamental de Bonn de 1949, la Constitución de la V República francesa de 1958, y la Constitución española de 1978, consolidan la referencia material relevante a un Estado democrático y social de derecho.

A partir de esta noción, se desarrollan otros ejes de relieve respecto a los derechos fundamentales, y en ese orden de ideas, para Cruz Villalón " los artículos 1 y 19 de la Ley Fundamental de Bonn, de 23 de mayo de 1949..." (contienen) “lo que hoy es «el derecho de los derechos fundamentales»: la vinculación general, la eficacia directa, el contenido esencial, la tutela judicial. Ninguna de estas garantías constaba expresamente en las Constituciones americanas del setecientos, ni han sido introducidas con posterioridad. " (1989, p. 62)

Ahora bien, debemos evitar que este importante avance de los derechos fundamentales pueda entenderse como una cuestión de prevalencia de un renovado iusntauralismo. Dice Peces Barba respecto a los derechos fundamentales que " no es casual que se afirme reiteradamente que son el Derecho Natural del tiempo actual. Sin embargo, esa referencia no parece pertinente." (1987, p. 33)

Ciertamente hemos abundado en diversas citas históricas y, sin embargo, deviene importante reconocer este tránsito de la simple noción de derechos subjetivos de la persona a la categoría de derechos fundamentales. Abonado ese terreno, podemos escrutar, con ocasión del Bicentenario, algunas de las características más relevantes de los derechos fundamentales a lo largo de nuestra historia republicana, tarea de largo aliento que nos va a demandar el resto de este estudio.

2. Una revisión histórica de las Constituciones del Perú

En el escenario peruano la evolución de la idea de derechos subjetivos a la noción de derechos fundamentales, ha seguido un largo camino entre el nacimiento de una República independiente con la adopción de nuestra primera Constitución de 1823 hasta la Norma Fundamental *de* 1993, que arraiga un amplio catálogo de derechos fundamentales, susceptibles de ampliarse incluso vía una cláusula de derechos no enumerados.

Señala García Belaunde que " la historia no comienza estrictamente en 1820, sino mucho antes. Los esfuerzos independentistas se inician en 1780, en forma lenta, pero segura, y culminarán años después, sellándose en 1824 la independencia sudamericana en los campos de Ayacucho." (1999, p. 385)

Teniendo en cuenta estos antecedentes históricos, tenemos que se suele afirmar que forman parte de nuestra historia constitucional las 12 Constituciones habidas en nuestro historial republicano, entre los siglos XIX y XX. Sin embargo, dada su importancia histórica y conocido su espíritu de influencia en las revoluciones americanas, es pertinente incluir algunas líneas de reflexión a propósito de la Constitución de Cádiz de 1812, sancionada en un ambiente de condiciones difíciles para España, dada la invasión napoleónica.

La inclusión de esta Carta en la historia de nuestras Constituciones es explicada por Ramos Núñez, quien señala que " en *Las constituciones del Perú* (2017), (se) incluyó la Constitución de Cádiz más por necesidades prácticas que por deliberaciones teóricas." (2018, p. 12)

De ese modo, creemos importante pasar somera revista, efectuada esta suma simbólica, a las 13 Constituciones que han significado la historia republicana del Perú, poniendo énfasis puntual, por razones de espacio, solo a algunos de los rasgos más distintivos, o bien *sui géneris*, o referencialmente ilustrativos de cada una de estas Cartas Fundamentales en el contexto de su tiempo.

Como carácter general, el siglo XIX de nuestra historia trae aparejado un incesante movimiento político entre caudillismos militares y conflagraciones de relevancia como la Guerra con Chile. Las Constituciones de 1823, 1826, 1828, 1834, 1839, 1854, 1860 y 1867 constituyen un testimonio de nuestras idas y venidas como país, más aún si observamos, de la data referida, que, en apenas 16 años, esto es, entre 1823 y 1839, el país adopta 5 Cartas Fundamentales. Reside la explicación de esta inestabilidad política en los avatares del surgimiento como Nación en 1821, incluso cuando la independencia del país aún no se había consolidado. A ello deben sumarse sucesos políticos de envergadura que iremos glosando en este estudio.

Durante el siglo XX son adoptadas 4 Constituciones- 1920, 1933, 1979 y la vigente de 1993- siendo característico de este período la disminución de los movimientos militaristas, así como de complejas coyunturas políticas. Se justifica, a su vez, este menor número de Cartas en la voluntad política de afianzarnos como país, en un

intento por entrar a los cauces de la modernidad que aparejaba el concepto de democracia constitucional.

García Belaunde desarrolla una importante precisión histórica al destacar que " existe un largo período de afianzamiento del Estado constitucional- liberal, que dura hasta el fin de la Gran Guerra, es decir, hasta 1918 (...). Luego viene un período agitado y enriquecedor (1918-1945) que es en realidad de transición. Y con posterioridad, empieza un «tercer momento constitucional» luego de la segunda postguerra, que dura hasta nuestros días."(1999, p. 384)

Desde un eje de reflexiones sobre el discurrir histórico de nuestras Constituciones, debemos coincidir con Landa cuando señala críticamente que " la historia constitucional peruana ha sido pródiga en la expedición de textos constitucionales y en la incorporación nominal de instituciones democráticas, pero no en la creación de una conciencia constitucional en la ciudadanía, ni en el pleno ejercicio del poder con lealtad constitucional de sus gobernantes. " (2000, p. 1)

La afirmación vertida es taxativamente cierta. Hemos avanzado como país adoptando diversas Cartas Fundamentales, mas no hemos abonado el terreno de una conciencia cívica nacional. He ahí, creemos, una razón válida para no autocalificarnos, por ahora, y no sabemos aún por cuánto tiempo, como nación desarrollada.

2.1 Cartas Fundamentales en el siglo XIX

La **Constitución de Cádiz de 1812**, " conocida también como *La Pepa* (por haber sido promulgada el día de San José)" (Ramos, 2018, p. 11), fue adoptada el19 de marzo de ese año. Señala García Belaunde que esta Carta, expedida por las Cortes Generales españolas, " tuvo un amplio componente democrático, (pues en ella) participaron un buen número de representantes americanos (entre ellos quince del Perú), y (fue) conocida y jurada en todas las plazas. (...) Tales empeños, sin embargo, naufragaron tan pronto retornó al poder Fernando VII en 1814." (1999, p. 386)

En efecto, no obstante, la errónea decisión de la Corona española, de dejar sin efecto este instrumento, no podemos dejar de reconocer el contexto de aportes de esta Carta, uno de ellos, el más importante creemos, haber establecido la soberanía de la Nación, ya no del Rey, así como haber afianzado, entre otras, las nociones de separación de poderes y el sufragio universal.

La **Constitución de 1823** ha sido objeto de importantes debates históricos pues " ni bien se aprobó (...) esta fue casi inmediatamente suspendida, al otorgársele a Bolívar el "poder dictatorial" (Carpio y Pazo, 2016, p. 35), a lo que debemos sumar que " la frase más severa y más exacta contra la Constitución de 1823, sería la de Toribio Pacheco: «Puede decirse que la Constitución del año 23 nació solo para morir»."(Ramos, 2018, p.17)

El contexto histórico de su aprobación también fue muy duro. Ramos señala que " la Constitución del año 23 no debió ser expedida. Ella no era la obra de un congreso

nacional, porque cinco de los once departamentos en que se dividía el Perú, a saber: Arequipa, Cusco, Huamanga, Huancavelica y Puno, ocupados por las armas españolas, no concurrían realmente a la elección de ese congreso, y en su territorio no podía implantarse el régimen constitucional." (2018, p.18)

Sobre estos mismos aspectos históricos afirma García Belaunde que" la primera constitución peruana de 1823 (...) prácticamente no llegó a regir por la continuación de la lucha entre patriotas y realistas y luego por los poderes otorgados a Bolívar." (1999, p. 386)

Entre algunos enunciados de relevancia de esta Carta, tenemos que su artículo 4 enuncia que " si la nación no conserva o protege los derechos legítimos de todos los individuos que la componen, ataca el pacto social: así como se extrae de la salvaguardia de este pacto cualquiera que viole alguna de las leyes fundamentales. "En relación a este artículo, señala Ramos que " a juicio de Alzamora, «era una Constitución roussoniana hasta la exageración»." (2018, p. 19)

Adicionalmente, su artículo 11 enuncia que " nadie nace esclavo en el Perú, ni de nuevo puede entrar en él alguno de esta condición. Queda abolido el comercio de negros." En relación al Poder Judiciario, previsto en el Capítulo VIII, prevé su artículo 101 que habrá en los departamentos de Lima, Trujillo, Cuzco, Arequipa y demás que conviniese, Cortes Superiores de Justicia compuestas de los vocales y fiscales necesarios.

Su Capítulo V, referido a garantías constitucionales considera, en su artículo 193, que se declaran inviolables, entre otros, la libertad civil, la seguridad personal y la del domicilio, la propiedad, el secreto de las cartas, el derecho individual de presentar peticiones o recursos al Congreso o al Gobierno, la buena opinión o fama del individuo, la libertad de imprenta, la libertad de la agricultura, industria, comercio y minería, y la igualdad ante la ley.

La **Constitución Política de 1826,** denominada “Constitución vitalicia”, en términos de Carpio y Pazo, " tuvo una vigencia efímera, pues solo rigió hasta el 9 de diciembre de 1826, en que, ausente Bolívar del territorio nacional, fue dejada sin efecto." (2016, p. 35) A ello añadimos que esta Carta " hizo a Bolívar presidente vitalicio y le otorgó las facultades monárquicas de elegir a su sucesor." (Ramos, 2018, p.27)

Ramos es enfático en sus apreciaciones sobre esta Carta al señalar que " la Constitución de 1826, caro producto bolivariano, (...) paradójicamente fue llamada «vitalicia», (y) duró poco menos de dos meses. " (2018, p. 25) En términos objetivos agrega que “Toribio Pacheco, con estilo afilado, llamaría a la Constitución bolivariana, «plagio ridículo de la Constitución francesa del año II»." (2018, p.26)

Llama nuestra atención el artículo 12 de esta Carta, el cual señala que son deberes de todo peruano, entre otros, " sacrificar sus bienes, y su vida misma, cuando lo exija la salud de la República, y velar sobre la conservación de las libertades públicas." A su vez y como esbozo de la dimensión e importancia de la libertad, enuncia su artículo 117 que " ningún peruano puede ser preso sin prudente información del hecho, por el

que merezca pena corporal, y un mandamiento escrito del Juez ante quien ha de ser presentado (...)".

Su Título XI, referido a garantías, enuncia, en sus artículos 142 y siguientes, “la protección de la libertad civil, la seguridad individual, la propiedad y la igualdad ante la ley, (que) se garantizan a los ciudadanos por la Constitución", así como que " todos pueden comunicar sus pensamientos de palabra o por escrito, y publicarlos por medio de la imprenta sin censura previa; pero bajo la responsabilidad que la ley determine. (...)".

En una premisa inicial de esbozos de los estados de excepción, dispone su artículo 150 que " los Poderes Constitucionales no podrán suspender la constitución, ni los derechos que correspondan a los peruanos, sino en los casos y circunstancias expresadas en la misma Constitución, señalando indispensablemente el término que deba durar la suspensión."

La **Constitución Política de 1828,** adoptada durante la gestión del presidente José de la Mar, " fue aprobada sin los apremios de afrontar una guerra externa, aunque sí bajo la lucha y el encono de los caudillos militares en el frente interno. Aun así, ella deja ver una reflexión seria sobre la mejor forma de organización política que teníamos que darnos y, por ello, Manuel Vicente Villarán (1962) la caracterizó como la “madre de nuestras Constituciones”. (Carpio y Pazo, 2016, p. 35)

Señala Ramos que " su raigambre es anglosajona y más exactamente norteamericana. De este tomaron la institución de la Presidencia de la República como jefe del poder ejecutivo con poderes suficientes." (2018, p. 38). Agregan Carpio y Pazo que " ella rigió hasta el 10 de junio de 1834, en cumplimiento de su artículo 176, que disponía el cese de su vigencia a los cinco años a partir de la fecha de su publicación."(2016, p. 36)

Es de destacar que esta Carta dispone, en su artículo 5, que el ejercicio de los derechos de ciudadanía se pierde " por sentencia que imponga pena infamante, si no se alcanza rehabilitación conforme a ley; por aceptar empleos, títulos, o cualquiera gracia de otra Nación, sin permiso del Congreso; por el tráfico exterior de esclavos; y por los votos solemnes de Religión."

De igual forma, enuncia en su artículo 163º que " las cárceles son lugares de seguridad y no de castigo: toda severidad inútil a la custodia de los presos es prohibida", así como su artículo 172 indica que " la protección de los derechos políticos y civiles de los ciudadanos exige de cada miembro de la sociedad el deber de concurrir al sostén de esta protección por medio de las armas y de las contribuciones en razón de sus fuerzas y de sus bienes."

La **Constitución Política de 1834** fue adoptada por la Convención Nacional el día 10 de junio de ese año, durante la gestión de Luis José Orbegoso. Señala Ramos que " Toribio Pacheco sostenía sobre la Constitución (...) de 1834 (que) era casi la misma que la del año 28, salvo algunas modificaciones («Los artículos reformados no pasan de veinte»)."(2018, p. 47) Un detalle de relevancia respecto a esta Carta es su

vinculación a la Confederación Perú- Bolivia. Sobre este aspecto, " para algunos, la creación de esta confederación era fruto de una “agresión externa” del ejército boliviano." (Carpio y Pazo, 2016, p. 36)

Respecto a su articulado es de destacarse que su artículo165 dispone que " todo peruano puede reclamar ante el Congreso o Poder Ejecutivo las infracciones de la Constitución", y a su vez, el artículo 167 prescribe que " ningún ciudadano puede ser obligado en tiempo de paz, a alojar en su casa uno o más soldados. Entiempo de guerra sólo la autoridad civil puede ordenarlo, en la manera que se resuelva por el Congreso."

La **Constitución Política de 1839** fue adoptada por el Congreso General el día 10 de noviembre de ese año en Huancayo, durante la Presidencia de Agustín Gamarra. Carpio y Pazo manifiestan que " como “un parto monstruoso” fue calificada la Constitución de 1839 por Pacheco, " (2016, p. 37) y Ramos acota que " frente a la anarquía era de esperarse una reacción autoritaria: esa fue la Constitución de 1839 (...) una vez que sucumbió la Confederación Peruano-boliviana." (2018, p.53)

En sentido crítico precisa Ramos, adicionalmente, que " Toribio Pacheco, (...) al momento de escribir sus *Cuestiones Constitucionales*, apenas había cumplido los 25 años, (y) arremeterá contra uno de los principales caracteres de la Constitución de 1839: su desconfianza frente a la juventud. En efecto, solo a los 40 años se alcanzaba la plenitud de la capacidad política. " (2018, p. 55)

Sobre las garantías individuales precisa el artículo 155 de esta Carta que " nadie nace esclavo en la República", y su artículo 163 precisa que " la Constitución no conoce empleos, ni privilegios hereditarios, ni vinculaciones laicales. Todas las propiedades son enajenables."

La **Constitución de 1856** fue adoptada durante el mandato del Libertador Ramón Castilla. Indica Ramos que " esta Constitución tuvo una vigencia mayor, pues rigió hasta el 27 de junio de 1855, fecha en la que el general Ramón Castilla expidió un nuevo estatuto provisorio, que rigió hasta octubre de 1856, en que se aprobó la Constitución de ese año. La Constitución de 1856 era hija del tercer liberalismo peruano." (Carpio, 2016, p. 37)

Agrega Ramos que " hacia 1856 se aprobó una de las constituciones de menor duración, pero de enorme impacto político e ideológico. Inspirada en gran medida en el Estatuto Provisorio de 1855, de filiación libérrima, criticada por las huestes conservadoras (...) y derogada por el propio presidente que la había promulgado, Ramón Castilla, en verdad no de buen grado." (2018, p.61)

Es de destacar, en relación a esta Carta, que " Bartolomé Herrera, (...) desde las aulas del más importante centro de estudios de la época (el Convictorio Carolino), planteó la tesis de la soberanía de la inteligencia." (Carpio y Pazo, 2016, p. 38) Por cierto se trata de una expresión elitista y cabe nos preguntemos: ¿habría sido acaso satisfacer la condición de persona inteligente un requisito para ejercer la ciudadanía?

Esta norma señala, en su Título II, sobre garantías constitucionales, que " nadie puede arrogarse el título de soberano: el que lo hiciere, comete un atentado de lesa patria." De otro lado, su artículo 6 señala que " en la República no se reconoce privilegios hereditarios, ni fueros personales, ni empleos en propiedad. Tampoco se reconoce vinculaciones, y toda propiedad es enajenable en la forma que determinan las leyes (...) "

En una proyección inicial de control difuso, dispone esta Carta en su artículo 10 que " es nula y sin efecto cualquiera ley en cuanto se oponga a la Constitución. Son nulos igualmente los actos de los que usurpen funciones públicas, y los empleos conferidos sin los requisitos prescritos por la Constitución y las leyes." Acotan Carpio y Pazo respecto a esto que " una de las novedades de esta Carta fue su artículo 10(y) se ha juzgado a esta cláusula como el antecedente más importante de lo que después vendría a constituir el control judicial de la constitucionalidad de las leyes."(2016, p.37)

Sobre esto mismo destaca Ramos que " consagró, si bien de modo indirecto, la revisión judicial de la constitucionalidad, como se advierte del artículo 10 (...) En forma implícita se dejaba en manos del poder judicial la inaplicación de las leyes contrarias a la constitución. Lamentablemente, los jueces no lo entendieron así y el hoy llamado control difuso demoraría en implantarse en el Perú. " (2018, p.63)

En su Título IV, sobre garantías individuales, señala el artículo 15 de esta Carta que " no se reconoce más obligaciones que las impuestas por las leyes; y ninguna ley tiene efecto retroactivo", así como enuncia su artículo 16 que " la vida humana es inviolable; la ley no podrá imponer pena de muerte."

La **Constitución Política de 1860** fue también adoptada en la gestión de Ramón Castilla. Manifiestan Carpio y Pazo que "en términos generales, la Constitución de 1860 fue moderada, pues las importantes prerrogativas que se establecieron a favor del Poder Ejecutivo vinieron acompañadas de la institucionalización de ciertas prácticas parlamentarias que equilibraban las de aquel." (2016, p. 38)

Destaca Ramos que " la Carta de 1860 (fue) la más longeva de nuestra historia. Su talante moderado explica su perdurabilidad y su contenido la urgencia de dejar sin efecto la Constitución radical a la que se sobreponía. «La razón fundamental de tan larga duración fue su tono moderado y su adaptación a la realidad», en palabras de Lizardo Alzamora."(2018, p.71)

Esta Carta señala en su Título IV, sobre garantías individuales, artículo 16, que " la ley protege el honor y la vida contra toda injusta agresión; y no puede imponer la pena de muerte sino por el crimen de homicidio calificado", al tiempo que enuncia su artículo 18 que " nadie podrá ser arrestado sin mandamiento escrito de juez competente, o de las autoridades encargadas de conservar el orden público, excepto "infraganti" delito; debiendo, en todo caso, ser puesto el arrestado, dentro de veinticuatro horas, a disposición del juzgado que corresponda. Los ejecutores de dicho mandamiento están obligados a dar copia de él, siempre que se les pidiere."

La **Constitución de 1867** fue sancionada por el Congreso Constituyente durante la Presidencia de Mariano Ignacio Prado. Destaca Ramos que " en lo tocante a la Constitución de 1867, su carácter liberal generará malestar en la población católica. (...) Apenas cumplió medio año de vigencia cuando fue derogada." (2018, p.77)

Es de mencionarse que " una de sus notas distintivas fue el reconocimiento de un congreso unicameral, adelantándose más de un siglo a la Constitución de 1993." (Ramos, 2018, p.77) En términos valorativos podemos juzgar que " la Constitución de 1867 (...) insistió en la plena abolición de la pena de muerte. Con lo que en la historia constitucional peruana solo asoman dos constituciones totalmente abolicionistas: la de 1856 y la de 1867." (Ramos, 2018, p.78)

Igualmente, vale enunciar que " la vocación moralista también se halla presente en la Constitución de 1867. Así, cuando en el artículo 41, inciso 5, entre las causas de suspensión de la ciudadanía incluye al «notoriamente vago», «jugador», «ebrio» o «estar divorciado por culpa suya». O entre las situaciones que dan pie a la pérdida de la ciudadanía a la quiebra fraudulenta y el tráfico de esclavos, cualquiera que sea el lugar donde se haga." (Ramos, 2018, p.78)

Esta Carta señala en su artículo 24 que " son completamente libres la enseñanza primaria, media y superior, y la fundación de Universidades (...) bajo las condiciones de capacidad y moralidad determinada por la ley."

A modo de balance de estas Cartas Fundamentales, podemos señalar una prevalencia marcada del principio de legalidad, explicado, en gran medida, por la influencia civilista del derecho francés del siglo XIX. En este período, si bien se van fijando progresivamente derechos de las personas en grado de mayor protección, aunque muy lentamente, como la abolición de la esclavitud, diríamos que existía un contexto de tutela muy nominal, es decir, un grado de protección ciertamente semántico.

Habría de ser necesario una centuria revolucionaria en muchos sentidos - el siglo XX- para cambiar, con mayores avances, estas cláusulas constitucionales, es decir, para marcar un avance de las agujas del reloj, de un grado primario, a un grado de protección superior, respecto a los derechos.

2.2. Cartas Fundamentales en el siglo XX

La **Constitución de 1920,** denominada de la Patria Nueva, fue adoptada durante el mandato de Augusto B. Leguía. Históricamente señalan Carpio y Pazo que " el epílogo de la Constitución de 1860 comenzó el 4 de julio de 1919, cuando con el apoyo de las Fuerzas Armadas, Augusto B. Leguía se hizo del poder. Este fue el último golpe que soportó la más longeva de las constituciones del siglo xix" (2016, p. 40). Acotan, en esta misma ruta de ideas, que " unos meses después, el 18 de enero de 1920, con ocasión de un aniversario más de la ciudad de Lima, el presidente de la “patria nueva” promulgó la nueva Constitución. Fue el final de la llamada “república aristocrática” y el inicio de una nueva fase del constitucionalismo."(2016, p. 40)

Ramos destaca que " por «Patria Nueva» (se entenderá) el fomento de la instrucción de los ciudadanos y, del mismo modo, el fomento de su participación en los asuntos de la cosa pública. Se trató, de esta manera, de involucrar más al ciudadano con el Estado, aporte fundamental que este documento dejó para la posteridad. Su impacto se desvanecerá de manera conjunta con la imagen de Leguía."(Ramos, 2018, p.81)

Entre algunos de sus aspectos distintivos podemos indicar que " la Constitución de 1920 recogió algunas de las preocupaciones del constitucionalismo social" (Carpio y Pazo, 2016, p. 41), así como que " también estableció la incompatibilidad entre el mandato legislativo y cualquier otro empleo público, (dando forma así a) los primeros esbozos de un sistema de carrera judicial." (Carpio y Pazo, 2016, p..41)

De igual forma señala Ramos que " la Constitución de 1920 recogió, por encima de todo, la voluntad del presidente" (2018, p.83), así como que " la nueva Constitución no tardó en ser violentada, en especial en lo referente a autorizar la reelección, incluso indefinida."(2018, p.83)

Esta Carta fija en su Título II, referido a garantías nacionales, artículo 6, que " en la República no se reconocen empleos ni privilegios hereditarios ni fueros personales", así como su artículo 12 establece que " nadie podrá gozar más de un sueldo o emolumento del Estado sea cual fuese el empleo o función que ejerza."

En su Título III, sobre garantías individuales, determina su artículo 22 que " no hay ni puede haber esclavos en la República. Nadie podrá ser obligado a prestar trabajo personal sin su libre consentimiento y sin la debida retribución. La ley no reconoce pacto ni imposición alguna que prive de la libertad individual", en tanto su artículo 25 fija que " nadie podrá ser apresado por deudas."

La **Constitución Política de 1933**, a juicio de Carpio y Pazo, "continuó la senda establecida por su antecesora (...), destacando entre sus disposiciones –en clara reacción ante los sucesos que acontecieron en el oncenio de Leguía– la prohibición de la reelección inmediata, a la que se revistió de la condición de cláusula pétrea." (2016, p. 42)

Igualmente, entre otras valoraciones críticas tenemos que " Jorge Basadre apuntará el carácter antileguiista y parlamentarista de la Carta de 1933 " (Ramos, 2018, p.96), a lo que hay que agregar que " en su afán de perseguir al Apra y al Partido Comunista, la Constitución de 1933 dispuso la proscripción de partidos políticos de organización internacional. Reguló también la pena de muerte que el Código Penal de 1924, en una línea humanitarista, no había tratado. " (Ramos, 2018, p.97)

Desde un enfoque normativo " una institución interesante del derecho procesal constitucional que nos legó esta Carta fue la Acción Popular, que procedía contra decretos y resoluciones dictadas por el Ejecutivo, siempre que tuvieran carácter general. " (Ramos, 2018, p.98)

En materia de garantías individuales enuncia su artículo 58 que " no hay detención por deudas" y su artículo 69 que " todos los derechos individuales y sociales reconocidos

por la Constitución, dan lugar a la acción de habeas corpus. "En igual forma, señala su artículo 70 que " cuando lo exija la seguridad del Estado, podrá el Poder Ejecutivo suspender total o parcialmente, en todo o en arte del territorio nacional, las garantías."

La **Constitución Política de 1979**" fue extensa y reglamentarista –tuvo 307 artículos y 18 disposiciones finales y transitorias. " (Carpio y Pazo, 2016, p.43) Acota Ramos que " fue promulgada por una Asamblea Constituyente, especialmente convocada para ello, en el marco de un proceso de transición y mudanza de una dilatada dictadura militar a una democracia incipiente. " (2018, p.99), a lo cual añade que " Domingo García Belaunde, sin un apasionamiento favorable o adverso, sobre las características del texto constitucional de 1979, apuntará que fue un *texto consensuado "* (2018, p. 101*)*

El mismo autor señala que " su inspiración fue la Constitución española de 1978, pero también (...) la Constitución de la Segunda República española de 1931, de donde recogió el nombre. (...) Un progreso trascendental fue la incorporación del concepto de derechos fundamentales, como también el establecimiento de una cláusula que otorga rango constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos." (Ramos, 2018, p.103)

En términos de regulaciones relevantes " la Constitución de 1979, reafirmará la protección de los derechos sociales como ninguna otra " (Ramos, 2018, p.104), a lo cual se puede sumar que " otra de las grandes innovaciones de la Constitución de 1979 fue el reconocimiento de otras formas matrimoniales. Entendiéndose por ellas al matrimonio a prueba, *servinacuy*, y al propio matrimonio religioso, que, lastimosamente no serían regulados en el Código Civil de 1984. Un enorme progreso sería el reconocimiento económico de la unión de hecho." (Ramos, 2018, p.105)

Esta Norma Fundamental señala en su Título I, sobre derechos y deberes fundamentales de la persona, artículo 1, que " la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla. "El artículo 3 enuncia que " los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas peruanas, en cuanto les son aplicables."

En su Título V, sobre garantías constitucionales, reconoce las acciones de habeas corpus, de amparo, y la acción popular ante el Poder Judicial, por infracción de la Constitución o la ley, contra los reglamentos y normas administrativas y contra las resoluciones y decretos de carácter general que expiden el Poder Ejecutivo, los gobiernos regionales y locales y demás personas de derecho público."

Instaura su artículo 296 " el Tribunal de Garantías Constitucionales, como órgano de control de la Constitución. Se compone de nueve miembros. Tres designados por el Congreso; tres por el Poder Ejecutivo; y tres por la Corte Suprema de Justicia."

El autogolpe del gobernante Fujimori Fujimori1992 acarreó el fenecimiento de esta Carta, y señala Landa al respecto que " se invierte pues la relación entre el derechoy el poder, estableciéndose un estado de la fuerza - *Machtstaat*, caracterizado porque la

autoridad somete a la ley- *auctoritas facit legem*- este último principio válido en todo Estado de Derecho. " (Landa, 2000, p. 6)

La **Constitución Política de 1993** "ha retomado (...) el modelo unicameral, que fue recuperado, en realidad no tanto por invocaciones históricas cuanto por presunto ahorro fiscal, de la Constitución de 1867. Del mismo modo, y en la línea trazada desde la Constitución de 1920, cuenta con un capítulo dedicado a las comunidades campesinas y nativas. " (Ramos, 2018, p.107)

Acota Ramos que " la de 1993 no es una Constitución bella (al fin y al cabo, ese no es el propósito de una carta política); hasta se diría que, con excepción de su preámbulo (...) es un documento gris. No tiene la belleza estilística de las constituciones de 1823 y de 1856, tampoco la fuerza dramática de la Constitución de 1933 ni la exacta parquedad de la Constitución de 1920."(2018, p.108).

Un añadido importante de este mismo autor es el siguiente: " el capítulo más crucial de la Constitución de 1993 no es la concepción de los derechos humanos, tema al que fue llevada casi por la fuerza; tampoco el reconocimiento de los derechos sociales, que para ella no existen o, por lo menos, no en la forma como se diseñaron en la construcción ideológica previa. Su finalidad es clara: quiere establecer un orden económico nuevo." (2018, p.108)

Esta Norma señala en su Capítulo I, sobre derechos fundamentales de la persona, en su artículo 1 que " la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. "Enuncia el artículo 2los derechos fundamentales de la persona propiamente dichos, y dispone su artículo 3 una fórmula de *numerus apertus*, al señalar que " la enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno."

Su Título V, sobre garantías constitucionales, refiere, en el artículo 200, que son garantías constitucionales: las acciones de habeas corpus, amparo, hábeas data, de inconstitucionalidad, acción popular, y de cumplimiento. Los conflictos de competencia o de atribuciones son previstos en el artículo 202.

Críticamente señala Ramos que " si se hubiera respetado escrupulosamente la formalidad, nos habríamos mantenido con la Constitución de 1823, lo cual, en realidad, no habría sido una mala idea (Estados Unidos cuenta con una Constitución del siglo XVIII, Noruega con otra que se remonta a comienzos del siglo XIX."(2018, p.110)

Es de apreciarse que un balance respecto de estas cuatro Normas Fundamentales del siglo XX, arroja hasta tres aspectos que merecen ser puestos de relieve: en un primer rango, se avizoran ya los caracteres contemporáneos de los derechos fundamentales, principalmente a partir de la Carta de 1979, y que, en desarrollo, no descuida la Constitución de 1993. La determinación de estos derechos, en cuanto tales, indudablemente aporta valor a su comprensión contemporánea.

De otro lado, aparecen mejor delineadas las herramientas procesales necesarias -garantías es la denominación que abordan estas Cartas- para la protección efectiva de los derechos fundamentales. El *nomen* genérico de una acción general de habeas corpus en las Cartas de 1920 y 1933, de naturaleza omnicomprensiva para la tutela de varios derechos, se amplía a las acciones de habeas corpus, amparo y acción popular en la Carta de 1979, para adquirir el rango de baremos de dimensión procesal inobjetable en la Constitución de 1993.

Es esta última Carta donde quedan configurados los procesos de habeas corpus, amparo, habeas data, cumplimiento, para la protección y vigencia efectiva de los derechos fundamentales, así como las acciones de inconstitucionalidad y competencial, respecto del principio de primacía normativa de la Constitución. Adicionalmente, la acción popular conserva su carácter de control regulador constitucional respecto de las normas reglamentarias que vulneren la Constitución.

Por último, un tercer rango se refiere a la consolidación de la justicia constitucional, que precisamente se configura a partir del desarrollo jurisprudencial de la Carta de 1993. La jurisprudencia dinámica del Tribunal constitucional, sobre todo desde el retorno a la democracia en 2001, permite que el supremo intérprete de la Constitución desarrolle, pedagógicamente, diversas instituciones materiales y procesales del Derecho constitucional, de tal manera que hoy el escenario contemporáneo es uno de afianzamiento.

De esa forma, los derechos fundamentales existen, sus herramientas de protección también, y ello permite, en este *Stato di diriito*, o Estado de derecho, la tutela sustantiva de éstos, alguna vez llamados derechos públicos subjetivos o libertades públicas, que hoy son conocidos en su acepción amplia de derechos fundamentales. Desde esa perspectiva, estas Cartas Fundamentales del siglo XX denotan avances sustantivos materiales de más amplio arraigo, en comparación a las Cartas del siglo XIX.

Conclusiones provisorias

La ocasión de los 200 años de existencia del Perú como república independiente, nuestro Bicentenario propiamente dicho, nos ha permitido, entre otras exigencias de orden cronológico, material y contextual, una mirada histórica de la evolución del concepto de derechos fundamentales, entre sus acepciones de iniciales derechos subjetivos, y su tránsito hacia la idea de derechos públicos subjetivos, para finalmente consolidarse en la denominación que hoy manejamos de derechos fundamentales en cuanto tales.

En ese sentido, hemos abordado una mirada descriptivo histórica de las condiciones de coyuntura que caracterizaron la concepción de diferentes tendencias en la denominación de estos derechos, un tanto quizá en esa idea de Ortega y Gasset respecto a que el hombre es su ser y sus circunstancias.

Esta visión histórica propuesta nos ayuda a comprender mejor, ha sido nuestro objetivo, el actual posicionamiento de los derechos fundamentales, y nos ha permitido enlazar la propuesta de abordaje del tema con las nociones de evolución de estas denominaciones en las Cartas Fundamentales de Perú de los siglos XIX y XX. Hemos apuntado, de esa forma, a un balance entre las ideas de Bicentenario y derechos fundamentales.

No podemos negar, en relación a lo afirmado, el rol de elemento central que le ha correspondido a la noción de progresividad de los derechos, pues en torno a este ámbito es que se han desenvuelto los ejes de avances en el reconocimiento de los derechos fundamentales, transitando de una definición apenas nominal- derechos subjetivos- a una concepción trascendental - derechos fundamentales- y ése ha sido, desde un enfoque evolutivo, el tránsito de los mismos en nuestra historia.

De esa forma, hemos armado un binomio sobre el cual descansan estas dos nociones: por un lado, el Bicentenario de Perú, lo que implica desarrollemos una mirada histórica de nuestras Cartas Fundamentales, vinculada a la idea de justicia, sobre la cual descansa la protección de los derechos, primero solo llamados subjetivos, y luego derechos subjetivos públicos; por otro lado, hogaño existen derechos fundamentales afianzados, y sobre ellos reside la actual concepción legitimadora de nuestra actual *Norma Normarum*.

Desde esa perspectiva, consideramos que existe una relación de estrecho afianzamiento entre estos dos conceptos, idea que nos permite recibir el Bicentenario en 2021, a pesar del duro escenario de una pandemia mundial aún desbordada, con la esperanza de un mejor país.

BIBLIOGRAFIA

Carpio, E.; Pazo O. (2016). Evolución del constitucionalismo peruano. En *VOX JURIS* (31) 1, 2016. Universidad de San Martín de Porres, Perú. https://repositorio.usmp.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12727/2181/art%C3%ADculo%202.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Cruz, P. (1989). Formación y evolución de los derechos fundamentales. En *Revista Española de Derecho Constitucional* Aflo 9. Núm. 25. Enero- Abril 1989 file:///C:/Users/usuario/Downloads/Dialnet-FormacionYEvolucionDeLosDerechosFundamentales-79388%20(1).pdf

García, D. (1999). Bases para la Historia Constitucional del Perú. En *Derecho PUCP*, (52), 369-407. https://doi.org/10.18800/derechopucp.199901.018

Landa C. (2000). *La Evolución constitucional del Perú contemporáneo* https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/05C7CB4D527A6EB505257718005DD7D8/$FILE/19_La_evoluci%C3%B3n_constitucional_del_Per%C3%BA_contempor%C3%A1neo.pdf

Peces G. (1987). *Derechos Fundamentales.* Versión castellana de la voz "Diriti e doveri fundamentali" destinada al Novísimo Digesto Italiano en la parte referente a los derechos. https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/10462/derechos_Feces_RJCM_1987.pdf;jsessionid=9AA1A27AC6FE1A580214289CEBDA595A?sequence=1

Ramos C (2018). *La letra de la ley. Historia de las Constituciones del Perú.* Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional. Perú. https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2018/10/La-letra-de-la-ley.-Historia-de-las-constituciones-del-Peru-TC.pdf

Sánchez A. (2014). Concepto, Fundamentos y Evolución de los Derechos Fundamentales. En *EIKASIA*. Revista de Filosofía. Marzo 2014. https://revistadefilosofia.org/55-13.pdf

Villaverde I. (2015). Los derechos fundamentales en la historia. Una aproximación a su origen y fundamento Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3977/27.pdf

PRÓLOGO PARA UN LIBRO SOBRE CARRIÓ "NOTAS (AL MARGEN) SOBRE DERECHO Y LENGUAJE"

Manuel Atienza Rodríguez
España

Conocí a Genaro Carrió en Buenos Aires hacia finales de 1975. Yo había viajado a la Argentina para completar una tesis de doctorado sobre la filosofía del Derecho en ese país que había iniciado algo antes en la Universidad de Oviedo bajo la dirección de Elías Díaz; y en esa universidad la leí un año después, en octubre de 1976. Por el medio, y como es bien sabido, en el país del Plata había ocurrido un cruento golpe de Estado al que le sucedió una ominosa dictadura militar que duró hasta 1983. Esto último es lo que motivó que la publicación de mi trabajo, "La filosofía del Derecho argentina actual", no tuviera lugar (en la editorial Depalma de Buenos Aires) hasta 1984 promovida, por cierto, por Genaro Carrió y Eugenio Bulygin. Antes, sin embargo, había publicado, en 1977, lo que eran las conclusiones de mi tesis (en el número 49 de la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* de Madrid –aunque con fecha de 1974-); y en 1979 hice una edición multicopiada del texto completo que distribuí entre algunas decenas de iusfilósofos amigos o interesados en el tema. Pero creo que en el mundo latino muchos se enteraron de la existencia de un pujante movimiento iusfilosófico que tenía su centro en Buenos Aires y su inspiración más descollante en la llamada "filosofía analítica" a través de un artículo que publicó Antonio Martino en la revista *Materiali per una storia della cultura giuridica*, también en el año 1977; en el siguiente número de la revista italiana se aclaraba que "La scuola analítica di Buenos Aires" era una síntesis de la parte central de mi trabajo, dato que no había figurado cuando apareció el artículo, "per vicende di stampe".

Con lo anterior no quiero dar a entender que mi primer trabajo sobre la filosofía del Derecho en Argentina (luego escribí otro para dar cuenta de los años posteriores hasta, más o menos, el final del siglo XX: "Una nueva visita a la filosofía del Derecho argentina") estuviera tocado por la mala suerte. Muy por el contrario. Creo que fui inmensamente afortunado al haber decidido ocuparme de ese tema (y conviene aclarar que en Argentina, tanto entonces como ahora, la iusfilosofía de inspiración analítica es sin duda la dirección predominante y más desarrollada, pero de ninguna manera la única que ha contado y cuenta con cultivadores de relieve), y en el trabajo al que acabo de aludir yo explicaba que mi experiencia al elaborar mi tesis había sido la de un "descubridor" que, en buena medida por azar, se había visto situado en una posición de "privilegio intelectual": "los filósofos del Derecho argentinos me habían proporcionado herramientas para aproximarse al estudio de los problemas jurídicos que eran más refinadas, más potentes, que las que entonces se manejaban en España". Por lo demás, creo que todos mis proyectos iusfilosóficos (incluido el último y el que más me interesa: tratar de impulsar un movimiento de iusfilosofía regional, una filosofía del Derecho para el mundo latino) están estrechamente conectados con aquel descubrimiento que hizo, además, que buena parte de los autores a los que considero mis maestros sean precisamente los iusfilósofos argentinos que conocí a mediados de los años setenta.

Y entre todos ellos, Genaro Carrió ocupa –como al lector no le será difícil de imaginar- un lugar muy especial. Cuando lo conocí ya había oído hablar mucho de él,

porque Carrió gozaba entonces, y gozó siempre, de un grandísimo y merecido prestigio. En nuestro primer encuentro se mostró –tal y como me habían anticipado- amable, generoso, cordial y cercano; y yo quedé fascinado por su aguda inteligencia, carente del menor vestigio de pedantería, y por su fino sentido del humor que tenía –pensé entonces- resonancias inglesas que se mezclarían seguramente con las porteñas, pero también (luego me apercibí de ello) con la característica sorna asturiana. Creo que la buena sintonía que siempre hubo entre nosotros tuvo algo que ver con nuestra común vinculación con Asturias: al menos algunos de sus antepasados fueron asturianos; y nunca voy a lamentar suficientemente el haber perdido una larga poesía que en una ocasión me dedicó (a él le gustaba escribir poesías y epitafios; no sé si también otro tipo de literatura) que empezaba aludiendo a mis orígenes asturianos. Recuerdo ahora una de sus bromas en aquel primer encuentro. Me preguntó si yo "manejaba" (en el español de la península hablamos de "conducir") y le contesté que sí, a lo que él replicó algo así como: "Yo estuve tentado de aprender, pero desistí de hacerlo porque soy muy despistado y me di cuenta de que iba a terminar por atropellar y matar a alguien…y claro, uno nunca sabe a quién".

Luego, hasta su muerte, seguí teniendo un contacto que me atrevo a calificar de estrecho con él, aunque sólo lo viera en pocas ocasiones: las veces en que viajé a Argentina, pero también cuando me visitó en varias de las universidades españolas en las que fui profesor: cuando lo era en la de Palma de Mallorca (sería hacia 1982) escribí un breve artículo de periódico que era como un guiño al que él había publicado cuando Alf Ross viajó a Buenos Aires: "La visita de Genaro Carrió". No he conseguido encontrar una copia del mismo, pero no me es difícil reconstruir lo que allí habré señalado como principales características de la obra de Carrió pues, obviamente, habrán sido las mismas que destacaba en mi tesis de doctorado: la claridad conceptual; la elegancia estilística; la capacidad para tratar cuestiones difíciles con una asombrosa simplicidad; la preocupación por utilizar el método analítico no como un fin en sí mismo, sino como un instrumento para resolver problemas reales de la vida del Derecho; un sentido crítico y autocrítico resultado a su vez de la combinación de dos virtudes que raramente se dan en una misma persona: osadía teórica y modestia intelectual; una concepción abierta del Derecho que le hacía darse cuenta de la necesaria conexión de la teoría del Derecho tanto con la práctica jurídica (él fue un exitosísimo abogado y luego el primer presidente de la Corte Suprema, una vez restaurada la democracia) como con las ciencias sociales; una preocupación por los problemas éticos del Derecho y, en particular, por los derechos humanos que, en el momento en el que le conocí, ni siquiera podía encontrarse en las obras de Nino.

La publicación de estas *Notas (al margen) sobre Derecho y lenguaje* me parece un acto de justicia y de inteligencia. De justicia, en lo que tiene de reconocimiento de una obra de valor excepcional: además de su labor de traductor (nada menos que de dos de las más importantes contribuciones a la filosofía del Derecho del siglo XX: *El concepto de Derecho de* Hart y *Sobre el Derecho y la justicia* de Ross; pero son también de enorme significado las versiones al castellano de algunos textos de Fuller, Cohen, Hohfeld, Levi o de los mencionados Ross y Hart), a Carrió se le debe una serie de trabajos de corta extensión pero que son verdaderamente obras maestras del análisis conceptual en la teoría del Derecho. Y también un acto de inteligencia, porque es

mucho lo que uno puede aprender de sus escritos y que sigue teniendo hoy plena vigencia. Es más, Carrió fue en cierto modo precursor de unas cuantas ideas iusfilosóficas que luego han hecho una gran fortuna, y yo diría que lo que probablemente una a las nueve contribuciones que incluye esta obra sea que en todas (o en casi todas) ellas se ven algo así como un intento por explotar ese filón.

He leído con atención esos nueve textos, pero no voy a presentárselos al lector en este prólogo, entre otras cosas porque eso resulta innecesario, dado que ya está hecho en las páginas de *Presentación*. En todo caso, de todos esos trabajos creo haber aprendido algo de interés y, desde luego, son contribuciones muy relevantes, si bien –todo hay que decirlo- tengo mis dudas en cuanto a la sintonía de la obra de Carrió con posiciones iusfilosóficas (o de otro tipo) a las que algunos de esos autores la vinculan y que, en mi opinión, poco o nada tienen que ver con los propósitos teóricos que persiguió el iusfilósofo argentino. Pero, en fin, eso es lo de menos. Lo demás, lo que de verdad importa, es que se trate de trabajos de calidad e inspirados – y ya se sabe que el espíritu sopla donde quiere- en textos ya clásicos de la filosofía del Derecho del mundo latino. Pues Genaro Carrió es, sin ninguna duda, uno de nuestros clásicos.

Sí quiero, de todas formas, hacer dos breves comentarios más bien marginales (lo que me permite ponerme en línea con el título elegido para el libro), pero que quizás puedan ser de algún interés para el lector.

El primero me lo ha sugerido la lectura del *Prefacio* de mi amigo y maestro Eugenio Bulygin. Nuestras respectivas concepciones de filosofía del Derecho no son entre sí coincidentes y en algunos aspectos podrían considerarse más bien antagónicas, pero Eugenio Bulygin es ese tipo de maestro –algo más bien inusual en la academia- capaz de convivir con discípulos díscolos; aunque, eso sí, la convivencia con él, en el plano teórico, suele ir acompañada (afortunadamente) de polémicas que pueden revestir en ocasiones un tono aparentemente áspero, pero que, en el fondo, siempre son amistosas. Pues bien, Bulygin cree ver en varios de los trabajos de este libro (en especial en el de Esteban Pereira) el empleo de una división (que, en su opinión, provendría en buena medida de mi libro *La filosofía del Derecho argentina actual*) "demasiado gruesa" entre los filósofos analíticos de inspiración lógico formal y los que se basan en el lenguaje ordinario. Él considera que no hay "una diferencia tan tajante" y que se incurre en "apresuramiento injustificado" cuando se intenta incluir en la primera categoría su famoso libro, en coautoría con Carlos Alchourrón, sobre sistemas normativos.

A mí me parece que Eugenio Bulygin lleva toda la razón al advertirnos de los peligros que tiene establecer clasificaciones excesivamente tajantes; como Carrió nos ha enseñado (y esto es algo –ni mucho menos lo único- que los dos gigantes de la iusfilosofía argentina comparten), las clasificaciones son siempre convencionales y tienen algo de arbitrario, de manera que sería un error no darse cuenta de que la anterior clasificación posee inevitablemente una zona de penumbra. Pero, por un lado, yo también había hecho esa advertencia en mi libro, y señalaba como ejemplos de ello –de supuestos de la penumbra- el caso de Vernengo, a quien colocaba entre los analistas de los lenguajes naturales, aunque hubiera hecho un amplio uso, en muchos

de sus trabajos, de técnicas formales, y el del propio Bulygin, “incluido en el grupo de los formalistas”, pero autor también “de importantes trabajos de análisis del lenguaje natural” (p. 29). Y, por otro lado, me parece que la clasificación en cuestión (que, por lo demás, es bastante usual efectuar) es considerablemente útil para distinguir (como hace Pereira en su artículo) una concepción iusanalítica inspirada en el lenguaje ordinario, como la de Carrió, de la que puede encontrarse, paradigmáticamente, en una obra como *Normative Systems*. En particular, Pereira confronta estas dos concepciones desde dos perspectivas: el problema del lenguaje ideal frente al lenguaje natural, y la tensión entre lo que este autor llama monismo y diversidad. Las conclusiones a las que llega son las siguientes.

En relación con la primera contraposición, Pereira piensa que mientras autores como Alchourrón y Bulygin optan “por la necesidad de formular un lenguaje perfecto, que sea artificialmente construido a la luz de los cánones de exactitud y certeza que caracteriza el lenguaje de los cuantificadores y variables en la lógica”, Carrió habría privilegiado el lenguaje natural, aunque fuera plenamente consciente de que “el análisis del lenguaje cotidiano no es apto para resolver indistintamente toda clase de problemas y sus limitaciones aparecen, por ejemplo, al estudiar el uso de la palabra ‘acción’” (esto último lo puso de manifiesto Carrió en su prólogo a un libro de Nino, *Sobre el concurso en el Derecho penal,* de 1972). Y, por lo que se refiere a la segunda tensión, mientras que Alchourrón y Bulygin habrían adherido al monismo, en el sentido de que “el fenómeno jurídico es reducido a un esquema teórico único y común, desplazando las divergencias por la homogeneidad y coherencia de los sistemas formales”, la opción de Carrió habría sido a favor de “admitir y valorar la diversidad, complejidad y riqueza con que ostensiblemente se nos presenta el lenguaje jurídico y el derecho en general”. O, dicho de otra manera, Carrió reconoce que el Derecho está integrado por una gran variedad de normas (luego volveré sobre esto), mientras que en *Normative Systems* hay un único tipo de norma jurídica (dejo de lado las definiciones), lo que tiene como consecuencia que en el esquema de Alchourrón y Bulygin no haya ningún espacio para los principios, y las normas que confieren poder sean vistas en términos de normas permisivas.

Pues bien, yo estoy básicamente de acuerdo con el anterior planteamiento de Pereira, si bien es cierto que en el mismo hay que introducir la precisión de que tanto Bulygin como Alchourrón no dejaron de recurrir al lenguaje ordinario, aunque para ellos eso constituyera más bien una primera etapa del análisis conceptual. Y estoy también de acuerdo en algo que Pereira añade a lo anterior: que para dar cuenta de la tradición analítica de la filosofía del Derecho se debe añadir una nueva perspectiva a las dos anteriores (que yo había utilizado en mi libro): la del realismo jurídico. Pero aquí me parece que Pereira (y aprovecho para ratificar el juicio que a Eugenio Bulygin le merece su contribución a este libro: excelente) no ha tenido en cuenta un dato que es de gran importancia, en mi opinión, para entender la obra de Carrió y que, por lo que recuerdo, sólo está presente, de entre los artículos que componen esta obra, en el de Roque Carrión: la influencia que en Carrió tuvo la *American Jurisprudence*, el realismo jurídico americano. En su análisis, Pereira toma en consideración únicamente el realismo jurídico de Alf Ross y llega a la conclusión –acertada- de que Carrió tomó un camino distinto al del formalismo kelseniano y al del realismo rossiano; o sea, el de

Herbert Hart. No cabe duda, insisto, de que así fue, pero yo añadiría que si Carrió fue capaz de ver con mayor claridad que Hart en algunos temas (el propio Pereira señala uno: la distinción entre el concepto y la naturaleza del Derecho) yo creo que eso se debió, sobre todo, al peso que en su obra tuvo la tradición (pragmatista) estadounidense. No conviene olvidar que Carrió pasó dos cursos, a mitad de los años cincuenta, en una universidad de los Estados Unidos antes de sus estancias en Oxford con Hart; que tradujo obras emblemáticas de la cultura jurídica estadounidense (de Fuller, de Cohen, de Levi y de Hohfeld); que conoció bien la obra de Roscoe Pound; y que es el autor de un libro de análisis jurisprudencial, *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria en la jurisprudencia de la Corte Suprema*, en el que se combina de manera verdaderamente magistral la teoría de los actos de habla de Austin con lo que cabría llamar el pragmatismo jurídico bien entendido (el pragmatismo filosófico es lo que subyace al realismo jurídico americano).

Lo que me lleva a efectuar el segundo comentario que antes anunciaba es la relectura de la contribución de Carrió para el primer número de la revista *Doxa* (del año 1984). Su contestación a la pregunta de cuál había sido su trayectoria como investigador de filosofía del Derecho la termina con estas palabras: "Si tuviera que elegir una aportación por la que me gustaría ser juzgado escogería 'Principios jurídicos y positivismo jurídico'".

Pues bien, en el libro que prologo apenas hay referencias a ese trabajo de Carrió (ahora incorporado en *Notas sobre Derecho y lenguaje*). Las excepciones (creo no equivocarme) son, de nuevo, la contribución de Carrión, y el artículo de Pablo Rapetti sobre los desacuerdos en el Derecho. Ambas son muy breves, pero acertadas. Carrión subraya, como particularidad del análisis de Carrió, la utilización de modelos no jurídicos para comprender mejor ciertos aspectos del Derecho; exactamente, del juego del fútbol que, por cierto, es una felicísima metáfora empleada por Carrió y que no es tomada en cuenta en el interesante trabajo de Aníbal D' Auria ("Genaro Carrió y las metáforas"). Y Rapetti (su trabajo es otro de los que bien cabe calificar de excelentes) señala que la defensa que Carrió hace en ese trabajo del positivismo jurídico hartiano "representa una de las primeras articulaciones –si no la primera- de lo que años más tarde se conocería como la versión *incluyente* del positivismo jurídico". Tiene mucha razón, pero en su contribución Rapetti no dice nada más sobre este ejemplo que mostraría en su opinión "el notable *adelanto* con el que Carrió se sumergió en temáticas que, tiempo después, ocuparían el centro de la agenda iusfilosófica". Pues lo que a él -a Rapetti- le interesa es más bien otro ejemplo que también tiene que ver con "la embestida antipositivista de Dworkin", a saber, la tesis de este último de que el positivismo jurídico no es capaz de dar cuenta de los desacuerdos jurídicos.

En relación con este segundo desafío de Dworkin, Rapetti considera que Carrió habría ofrecido una posible respuesta al mismo "incluso antes de que [Dworkin] se lo planteara". Y esa respuesta vendría dada por el uso que hace Carrió de la distinción entre desacuerdos de creencias y desacuerdos de actitudes que, como se sabe, procede del instrumental metaético de Stevenson. Sin embargo, en el penetrante y meticuloso análisis que efectúa Rapetti hay un punto que, en mi opinión, no está todo lo claro que debiera. Se trata de que él considera que el emotivismo de Stevenson "ha

encontrado un alto grado de continuidad en lo que contemporáneamente se denomina *expresivismo*", lo que muy bien puede ser cierto. Pero lo que yo no creo (tampoco Rapetti) es que Carrió haya sido un emotivista en materia de ética, de la misma manera que tampoco parece haberlo sido Hart. En este aspecto, las diferencias entre, por un lado, Bulygin, Kelsen o Ross y, por otro lado, Carrió o Hart creo que son considerables. Es cierto que Carrió utilizó la distinción entre desacuerdos de creencias y desacuerdos de actitudes para explicar algunas famosas controversias jurídicas (por ejemplo, a propósito de si los jueces crean Derecho). Pero para ello no hace ninguna falta ser emotivista; uno puede ser objetivista e incluso absolutista moral y, sin embargo, considerar útil la distinción de Stevenson. Y, por lo demás, hay un argumento que quizás pudiera calificarse de prueba indiciaria (al fin y al cabo, se trata de conjeturar un hecho) y que, yo creo, juega en favor de lo que acabo de sostener. Se trata de que Carrió, que sin duda fue un positivista jurídico (aunque el suyo fuera un positivismo particularmente abierto), polemizó, como sabemos, tanto con Dworkin como con Nino (con la tesis de Nino dirigida a reconciliar el iusnaturalismo y el positivismo jurídico) para defender el positivismo jurídico. Y sin embargo, en relación con la fundamentación de los derechos humanos, se mantuvo, por así decirlo, neutral (o, si se quiere, perplejo) entre la posición de Nino, que obviamente no tenía nada de emotivista, y la de Rabossi, que fundamentaba filosóficamente los derechos humanos en los textos, en las convenciones, que los consagran y tutelan (y quizás no sea ocioso añadir aquí que la opción de Rabossi es la que explícitamente asumió Rorty). La postura al respecto de Carrió se condensa en estas líneas tomadas de *Los derechos humanos y su protección* (Abeledo-Perrot, 1990, p. 23): "No sabría cómo expedirme en este debate. Como no soy filósofo y sí abogado me seduce la propuesta de Rabossi. Aunque no sea más que porque me exime de adentrarme en terrenos peligrosamente metafísicos. Pero me doy cuenta de que la solución Rabossi deja muchas preguntas abiertas. Una de ellas: ¿pero antes de que comenzara el reciente fenómeno de la consagración y protección internacionales de los derechos humanos, no era posible dar de éstos una justificación sólida y seria?". Y si las cosas son así, entonces la conexión sugerida entre Carrió y el expresivismo contemporáneo parece traída un poco por los pelos.

En fin, por si algún lector de este prólogo lo desconoce, lo que Carrió defendió en *Principios jurídicos y positivismo jurídico* fue, sin entrar naturalmente en los detalles, una concepción del Derecho (el positivismo hartiano) según la cual el Derecho de una comunidad no consiste simplemente en un sistema de reglas, de pautas específicas de conducta: Dworkin se habría equivocado en su caracterización de las tesis de Hart; nuestros Derechos contienen también estándares amplios de conducta como los que prohíben causar daño a otro por culpa o negligencia (su equivalente en el fútbol podría ser la norma que prohíbe el juego peligroso); y los dos tipos de principios que distingue Dworkin (principios en sentido estricto y directrices), en la medida en que la regla de reconocimiento del sistema lo autorice (o sea, si son principios de Derecho positivo): así, el famoso principio del caso Riggs v. Palmer (caso que Carrió bautizó, con gracia inigualable, como "del nieto apurado"), de que nadie puede obtener un beneficio como resultado de un acto ilícito suyo, tendría su equivalente en el fútbol (y en otros muchos juegos) en la ley de la ventaja.

Y llego al final. Hace ya bastantes años propuse a un estudiante de doctorado de la Universidad de Alicante que hiciera su tesis sobre Carrió. Estuvo un tiempo trabajando y ya tenía un esquema bien perfilado cuando circunstancias en las que no hace falta entrar aquí le impidieron culminar su proyecto. No sé si tendré ya oportunidad de sugerir ese trabajo a algún nuevo candidato a doctor. Pero supongo que en Alicante o fuera de Alicante habrá alguien que en los próximos años se dará cuenta de que ese es un tema –un gran tema- de tesis en busca de un autor. Y cuando ese desconocido estudiante decida desarrollarlo, no me cabe ninguna duda de que este libro será una de sus fuentes esenciales.

EL NECESARIO CONTROL DEL PODER PUNITIVO EN LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO POR PARTE DE LAS AGENCIAS JUDICIALES PENALES

José Ernesto Coca Caycho
Abogado

"Un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho penal, sino también del Derecho penal"[1]

Los centros penitenciarios en el Perú albergan a más de 76 mil 180 presos de acuerdo al último censo del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) realizado en el mes de abril del año 2016 y que alcanzó una cobertura de 98,8%. El sondeo, realizado en 67 cárceles a nivel nacional, señala que en los últimos diez años (2005-2015), la población penitenciaria se incrementó en 130%, registrándose en el 2016 una sobrepoblación del 132% respecto a la capacidad de albergues.

El INEI informó que **30 de cada 100 internos cometieron robo agravado**, cifra que representa el 29,5% de la población penitenciaria. El 8,9% se encuentra recluido por tráfico ilícito de drogas y 8,7% por violación sexual a menores de edad.

Precisó, además, que el **41,7% cometió delitos contra el patrimonio**; el 25,4% contra la seguridad pública; 19,4% contra la libertad sexual; 8,4% contra la vida, el cuerpo y la salud; 2,0% contra la familia y 3,0% otros delitos.

Teniendo como dato objetivo que **el 41,7% de la población carcelaria en el Perú se encuentra privada de su libertad por cometer delitos contra el patrimonio**, y que a pesar del endurecimiento de penas, no disminuye su comisión, por el contrario aumenta. Entonces me pregunto ¿Es razonable seguir manteniendo una política criminal represiva sin control alguno?; por supuesto que no, y más aun teniendo en cuenta que en esta clases de delitos, es donde más se manifiesta la pobreza como factor criminógeno[2].

La aplicación de esta política criminal represiva, se traduce en el aumento de las reclusiones de larga duración, en las que, por otra parte, no siempre se materializa el componente resocializador de la pena. Este tipo de política criminal, qué duda cabe, afecta al sector más carenciado de la población, por lo que es necesario, ante la falta de políticas públicas por parte del Estado, controlar el poder punitivo que se ejercen contra ellos, de lo contrario se corre el riesgo de derivar a lo que Zaffaroni llama un Estado Policial[3].

---

[1] ROXIN, Claus. (1997). Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del delito. Madrid: Editorial Civitas. Pág. 137.

[2] Ver. Natalia Obando Morales-Bermúdez y Claudia Ruiz Chipa. Determinantes socioeconómicos de la delincuencia. Una primera aproximación al problema a nivel provincial. Año 2007. http://www.cies.org.pe/sites/default/files/investigaciones/determinantes-socioeconomicos-de-la-delincuencia-una-primera-aproximacion-al-problema-a-nivel-provincial.pdf.

[3] Es central tener presente que Zaffaroni parte de considerar que los estados de derecho no son otra cosa que la contención de los estados de policía, que el estado de derecho histórico, es decir, el real y concreto, nunca puede ser igual al ideal porque conserva en su seno, encerrado o encapsulado, al estado de policía. Existe una continua dialéctica en el estado de derecho real, concreto o histórico, entre éste y el estado de policía. El estado de policía que lleva en su interior nunca cesa de pulsionar por perforar o estallar las vallas que le coloca el estado de derecho. Cuando mayor

El conjunto de agencias que deciden este ejercicio del poder punitivo, son específicas o inespecíficas[4], según se ocupen sólo o predominantemente del ejercicio de este poder, o bien incidan en él en el marco de una incumbencia más amplia. ***(a) Las específicas son las ejecutoras o policiales*** *(incluyendo todas las policías y, por supuesto, a los servicios de inteligencia de los estados),* ***las judiciales penales (incluyendo a jueces, fiscales, defensores, abogados y funcionarios administrativos)****, las penitenciarias, las de reproducción ideológica (universidades, institutos de investigación especializados), las organizaciones no gubernamentales (dedicadas al tema), las internacionales (especializadas en los niveles mundial o regional) y las transnacionales (que influyen específicamente sobre los gobiernos desde otros gobiernos).* ***(b) Las inespecíficas*** *son los poderes legislativos y ejecutivos, los partidos políticos y, sobre todo, los medios masivos de comunicación social (o aparato de publicidad del sistema penal).*

En nuestro país, las agencias inespecíficas del sistema penal que tiene una notoria incidencia en el ejercicio y aplicación del poder punitivo, qué duda cabe, son el poder legislativo y el poder ejecutivo (sin menoscabar la influencia de las demás agencias que son de similar importancia, como la influencia de los medios de comunicación en la agenda política criminal, que podrá ser objeto de análisis en un artículo aparte dada la vastedad y complejidad de su aporte) ***quienes ante el problema de la delincuencia, crean y mantiene una política reactiva que se materializa a través de la severidad punitiva, lo que se contrapone a la falta de una política criminal racional y reflexiva[5].***

Sin embargo, ante el irracional ejercicio de poder punitivo por parte de estas agencias (Poder Ejecutivo y Poder Legislativo), ¿cuál es el papel que deben cumplir las agencias judiciales penales?, pues la respuesta en sencilla, es el control de dicho poder, utilizando el poder jurídico, conforme al principio de separación de poderes establecido en nuestra Carta Magna, sin embargo estas parecen no comprender su verdadero papel dentro de un Estado de derecho.

Un ejemplo de esta falta de control jurídico y legitimación del poder punitivo represivo, lo encontramos en la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente Nº 0014-2006-PI/TC, en la cual nuestro supremo interprete de la Constitución resuelve declarar infundado la acción de inconstitucionalidad presentada por el Colegio de Abogados de Lima Norte contra la Ley Nº 28726, del 5 de mayo del año 2006, la misma que incorpora la figura jurídica de habitualidad y reincidencia en el Código Penal. Estas figuras jurídicas permiten la imposición de penas desproporcionadas, que se sustentan únicamente en los antecedentes de un individuo, norma contraria al principio de responsabilidad penal establecido en el Art. VII del Título Preliminar de nuestro Código Penal, principio doctrinalmente conocido como principio del hecho propio, de la acción o de la conducta en contraposición al derecho penal del autor[6].

---

fuera la contención, más cerca del estado de derecho ideal se estará. Si se lograra (que nunca se llegará) a ahogar al estado de policía, reduciría radicalmente o se aboliría el propio poder punitivo. La selectividad de este último es una característica estructural que, entonces, se puede atenuar pero no suprimir. En este contexto, el campo penal es el preferido de las pulsiones del estado de policía, al ser la pared más débil de todo estado de derecho. Cuando más habilitaciones de poder punitivo haya en las legislaciones, mayor el campo de selectividad arbitraria de las agencias de criminalización secundaria y menores los controles y contenciones del poder jurídico a su respecto. Eugenio Raúl Zaffaroni, "El enemigo en el Derecho Penal", Ediar, Bs.As., 2006, págs. 165/168.

[4] Capítulo 22. "La cuestión criminal". Raúl Eugenio Zaffaroni. Edición 2011

[5] https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2014/07/pndp.pdfe

[6] De conformidad con la exposición del profesor Jescheck el delito aparece indiscutiblemente como un hecho cometido y que siempre es obra de un autor. Bajo tales premisas, el sistema de derecho penal de acto la pena se

Una muestra del ejercicio efectivo de control jurídico lo encontré en la sentencia expedida por la Segunda Sala Penal Transitoria, donde se resolvió el recurso de nulidad interpuesto por la defensa técnica del acusado Ricardo Martín Tello Pariona contra la sentencia de fecha veintisiete de diciembre de dos mil dieciséis, emitida por la Cuarta Sala Penal de la Corte Superior de Justicia del Callao, en el extremo que condenó al acusado Ricardo Martín Tello Pariona como autor del delito Contra el Patrimonio – Robo agravado, en agravio de Nilson Luis Jaramillo de Oliveira, Luis Ángelo Ruiz Rivera, Diego Maximiliano Castillo Acuña y Juan Pablo Seperak Sarmiento, **a diez años de pena privativa de libertad**. En dicho recurso de nulidad, la sala resuelve declarar fundada la demanda e imponer una pena suspendida, argumentando la proporcionalidad en la aplicación de las penas:

*"(….) en aquellos casos que **el legislador se ha excedido al regular las penas para cada tipo de delitos, vulnerando el principio de proporcionalidad**; debiendo tener presente no vulnerar el principio de dignidad de la persona; por ello, la determinación judicial de la pena debe ser producto de una decisión debidamente razonada y ponderada, ajena de toda consideración subjetiva, toda vez que la pena implica una sanción por la comisión de un hecho punible, y no existe la retribución por sí mismo, en razón que el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal se sitúa en la línea de las teorías preventivas modernas y postula que se tiene que atender a la probable resocialización del penado y su reinserción a la sociedad; por consiguiente la pena debe reflejar la aplicación del principio de proporcionalidad que prevé el artículo VII del Título Preliminar del citado cuerpo legal, que es principal estándar que debe considerar el juez para determinar la pena concreta"*[7]

La sentencia ante reseñada, manifiesta una de las formas de control jurídico del poder punitivo, que es ejercida, en ese caso, de forma efectiva por el Poder Judicial, en virtud al equilibrio de poderes que existe en un Estado de derecho. No realizar este tipo de control jurídico, permitiría se ejerza un control punitivo descontrolado contra los sectores más carenciados de la población en aras de proteger la seguridad ciudadana. Imponer penas desproporcionadas, solo porque lo señala la ley, trae consigo consecuencias fatales tales como el hacinamiento carcelario, que no se cumpla su finalidad[8] y el envilecimiento del que delinque debido a las pésimas condiciones carcelarias existente en el Perú, las mismas que constituyen verdaderas *"universidades del crimen",* como generalmente se escucha en diversas convecciones académicas, sin embargo, se evita tratar o siquiera cuestionar la política criminal represiva del Estado, debido a que de hacerlo, se entraría en el pantanoso terreno de la política y economía, donde se evidenciaría de forma brutal los factores criminógenos que favorecen al aumento de esta clase de delitos.

---

vincula al hecho antijurídico, pero lo decisivo para la penalidad es en primer lugar el reproche que se hace al autor por la comisión de un hecho delimitado en sus elementos – lo cual es la culpabilidad por el hecho – . En un sentido opuesto, el **derecho penal de autor** la pena se vincula es directamente a la peligrosidad del autor o sujeto activo de la conducta, que a su vez para fundamentar y justificar la pena, debe ser reconducida a la "culpabilidad por la conducción de vida" (una especie de exigibilidad de comportamiento diverso). LUDY HELENA CONTRERAS PRADO. Pág. 115. CONFIGURACIÓN DEL DERECHO PENAL DE ACTO EN COLOMBIA ¿HACIA UN DERECHO PENAL DE AUTOR? Estado de la cuestión doctrinal y jurisprudencial. Universidad Libre de Colombia. 2013.

[7] Fundamento 14 de la R.N. 502-2017 –Callao
http://legis.pe/proporcionalidad-responsabilidad-restringida-pena-suspendida-robo-agravado/

[8] Beccaria en su libro "De los delitos y penas" nos indica que el fin de la pena *"….no es atormentar y afligir a un ser sensible, ni deshacer un delito ya cometido (…). El fin, pues no es otro que impedir al reo hacer nuevo daños a su conciudadanos, y apartar a los demás de cometer otros iguales. Debe, por lo tanto, ser elegidas aquellas penas y aquel método de infligirlas que, guardada la proporción, produzcan la impresión más eficaz y duradera sobre los ánimos de los hombres, ya la menos atormentadora sobre el cuerpo del hombre".*

ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DEL ERROR DE PROHIBICIÓN INDIRECTO VENCIBLE EN LA CASACIÓN N° 466 – 2017/LAMBAYEQUE

Gian Pierre Alcántara Villanueva[1]

1. INTRODUCCIÓN

Actualmente, no existe duda, cuando se afirma que "la jurisprudencia ha adquirido un rol protagónico como fuente de Derecho en el sistema jurídico nacional, incluso como fuente de producción en el Derecho Penal y Procesal Penal, pudiendo colisionar con garantías fundamentales"[2].

Siendo ello así, es importante que los operadores del sistema de justicia penal analicen constantemente las decisiones judiciales emitidas por la Corte Suprema en las cuales se aplican instituciones de dogmática penal y procesal penal, ello con la finalidad de poder identificar si aquellas decisiones son correctas y pueden servir de sustento en la argumentación de decisiones de otras instancias fiscales y judiciales.

Así las cosas, el presente trabajo tiene como finalidad dar a conocer algunos fundamentos de la Casación N° 466 – 2017/Lambayeque, seguidamente exponer algunas cuestiones esenciales sobre el error de prohibición y, por último, brindar algunas conclusiones sobre la aplicación del error de prohibición en el caso concreto.

2.ASPECTOS RELEVANTES DE LA CASACIÓN N° 466 – 2017/LAMBAYEQUE

Víctor Quispitongo Pérez fue condenado como autor del delito contra la vida, el cuerpo y la salud, en la modalidad de homicidio simple, previsto en el artículo ciento seis del Código Penal, en perjuicio de Jorge Luis Ascencio Pineda a seis años de pena privativa de libertad con el carácter de efectiva.

2.1. HECHOS PROBADOS

En el presente caso, se encuentra debidamente acreditado que el tres de septiembre de dos mil once, en horas de la noche, el encausado Quispitongo Pérez participó de un operativo junto con su colega Vásquez Ramírez en las afueras del pub El Galpón, ubicado en el jirón Lima, del distrito de Lagunas. Este hecho no ha sido cuestionado, como tampoco se cuestionó los disparos que realizó dicho encausado, que terminaron con la vida del agraviado Jorge Luis Ascencio Pineda.

2.2. INSTITUCIÓN DE LA DOGMÁTICA PENAL APLICADA EN EL CASO CONCRETO

La defensa técnica del señor Víctor Quispitongo Pérez interpuso recurso de casación, en el que insta el desarrollo de la doctrina jurisprudencial, respecto a la necesidad de interpretar los presupuestos de la causa de justificación contenida en el inciso once, del artículo veinte del Código Penal.

En el caso materia de análisis, según lo declarado por el propio encausado, en el momento que este efectuó los disparos contra la víctima, ella se hallaba de espaldas y con la mano en el bolsillo, lo que haría suponer que se encontraba armado. Sin embargo, este hecho incierto no fue debidamente evaluado

---

[1]Abogado por la Universidad de San Martín de Porres. Maestrante en Derecho Penal y Procesal Penal en la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. Presidente de la Sociedad Peruana de Derecho – Capítulo Lambayeque. Abogado litigante en Zapata López | Abogados. Autor de diversos artículos jurídicos publicados en revistas especializadas

[2]NAKAZAKI SERVIGÓN, César. Estudio Introductorio.*Criterios jurisprudenciales penales que todo abogado debe conocer*, Gaceta Jurídica, pág. 9.

por el procesado quien erróneamente lo consideró real y procedió a disparar sobre el cuerpo del agraviado.

La Corte Suprema en el presente recurso de casación estableció lo siguiente: “el procesado actuó bajo un **error de prohibición vencible indirecto**, respecto a los presupuestos de la autorización regulada en el artículo veinte, inciso once, del Código Penal, para hacer uso de su arma de fuego reglamentaria. Siendo así, solo cabe la aplicación de una disminución de punibilidad según lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo catorce del Código Penal”.

Al respecto, Peña Cabrera Freyre precisa: “en la hipótesis de que el agente, obre en error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación, es decir, creyendo que las circunstancias fácticas hacen de su actuación una lícita, serán de aplicación las reglas del error de prohibición”.

2.3. DECISIÓN ADOPTADA POR LA CORTE SUPREMA EN EL RECURSO DE CASACIÓN

REVOCAR el extremo de la pena y, reformándola: IMPONER al encausado Víctor Quispitongo Pérez cuatro años de pena privativa de libertad con ejecución suspendida, por el periodo de prueba de un año, bajo el cumplimiento de reglas de conducta.

3.CUESTIONES FUNDAMENTALES SOBRE EL ERROR DE PROHIBICIÓN EN LA DOCTRINA

El error es una falsa representación de la realidad que, es un constructo social que define el entorno en que las personas actuamos a partir de la percepción social dominante. Por tanto, yerra quien no percibe el entorno como lo percibe el resto[3].

3.1. DEFINICIÓN DE ERROR DE PROHIBICIÓN

El error de prohibición se presenta cuando falta el conocimiento de la ilicitud del hecho. En este caso, el autor sabe lo que hace típicamente, pero cree erróneamente que está permitido[4].

El error de prohibición está regulado en el artículo 14, segundo párrafo del código penal.

3.2. FORMAS DE ERROR DE PROHIBICIÓN

ERROR DE PROHIBICIÓN DIRECTO

El error de prohibición directo es aquél que se produce cuando el autor desconoce la existencia de la prohibición penal.

ERROR DE PROHIBICIÓN INDIRECTO

En esta clase de error, el autor conoce la prohibición penal, pero cree actuar amparado bajo una causa de justificación, lo cual no resulta cierto en la realidad[5].

---

[3] MEINI, Iván.*Lecciones de Derecho Penal – Parte General. Teoría Jurídica del Delito*. Fondo Editorial Pucp, pág. 288.

[4]VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal básico*. Fondo Editorial Pucp – Colección lo esencial del Derecho N° 3, pág. 128.

[5] GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal – Parte General*. Ideas, pág. 697.

Igualmente, es importante acotar lo señalado por el Prof. Zugaldía Espinar quien indica que dentro de esta modalidad de error de prohibición indirecto suelen distinguirse, a su vez, distintos supuestos: *a)* el error sobre la existencia de una causa de justificación; b) el error sobre los límites de una causa de justificación; y c) el error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación[6].

3.3. ERROR VENCIBLE E INVENCIBLE

Se distingue entre error de prohibición vencible e invencible. Si el error de prohibición es invencible se excluye la imputación personal y si es vencible se atenuará dicha imputación (art. 14, segundo párrafo del Código Penal). El error de prohibición es invencible cuando el sujeto no pudo evitar la acción; caso contrario, se tratará de un error de prohibición vencible, lo que mantiene la punibilidad, atenuada como delito doloso. En este caso el sujeto no ha realizado todo lo necesario y posible para salir de su error sobre el carácter autorizado de su hecho. Es así que el error versa sobre una situación jurídica y no fáctica[7].

4.COMENTARIOS DEL AUTOR A LA CASACIÓN N° 466 – 2017/LAMBAYEQUE

La casación objeto de análisis trae consigo la aplicación de la institución del error de prohibición vencible indirecto, en tanto, el procesado Víctor Quispitongo Pérez, asumió de manera errada que existía para su conducta una causa de justificación. Esta causa de justificación sería la siguiente: quien en el cumplimiento de su deber y en uso de sus armas u otro medio de defensa, cause lesiones o muerte.

De los hechos probados, se tiene que existió un error en los presupuestos fácticos de esa causa de justificación. Pues, conforme a uno de los fundamentos de la decisión judicial materia de análisis se indicó que luego de la intervención se pudo verificar que la víctima no tenía ningún arma de fuego en alguno de los bolsillos de su pantalón. Siendo esto último un dato relevante, pues el procesado Víctor Quispitongo Pérez, refirió que él hizo uso de su arma de fuego bajo el entendido que la víctima estaba armado y su vida podría encontrarse en riesgo. Sumándole a ello, el hecho de que él se encontraba ahí porque habían reportado disparos y por eso se llevó a cabo dicho operativo policial.

Así pues, lo dicho en el párrafo anterior es un buen argumento para fundamentar la decisión judicial, estableciéndose que en el caso se ha dado un error vencible y no invencible. Lo cual es correcto. Pues queda claro que Víctor Quispitongo Pérez no hizo todo lo posible para poder salir de su error.

Igualmente, para un mejor análisis del caso es importante tener en cuenta lo siguiente:

El manual ampliado de Derechos Humanos para la Policía de las Naciones Unidas demanda que: “Las armas de fuego se utilizarán solamente en circunstancias extremas, en defensa propia o en defensa de otros, en caso de amenaza inminente de muerte o de lesiones graves o para evitar un delito particularmente grave que entrañe un serio peligro para la vida o bien para detener o impedir la fuga de la persona que plantea ese peligro y se opone a los esfuerzos por eliminarlo”

5. CONCLUSIONES

Como primera conclusión podría señalarse que, nos encontramos de acuerdo con la institución jurídico penal aplicada en el caso concreto, por los fundamentos anotados en líneas anteriores. Con lo que no

---

[6] SANDOVAL CASTRO, Luis Miguel. “Error de prohibición invencible e indirecto como propuesta para eximir de responsabilidad penal al suboficial Elvis Miranda Rojas. A propósito de la Casación 466-2017, Lambayeque”. En Portal Legis.pe. Versión digital disponible en: https://lpderecho.pe/error-prohibicion-invencible-indirecto-propuesta-eximir-responsabilidad-penal-suboficial-elvis-miranda-rojas-proposito-casacion-466-2017-lambayeque-caso-suboficial-quispitongo-perez/(consulta: 08/07/2020).

[7]VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal básico*. Fondo Editorial Pucp – Colección lo esencial del Derecho N° 3, pág. 129.

estamos de acuerdo, es con el escueto desarrollo de la institución aplicada en el recurso de casación. Siendo ello necesario, pues se trata de una decisión de la Corte Suprema, la cual muchas veces sirve de base para fundamentar decisiones en otras instancias fiscales y judiciales.

La segunda conclusión es también una crítica a la sentencia casatoria, esta vez, en el sentido de que no existe en la decisión adoptada un desarrollo o argumentación sobre la determinación judicial de la pena, esto es, porque se disminuyó la pena de 6 años a 4 años de pena suspendida. Lo que sí queda claro, es que, la pena tenía que ser atenuada.

6. BIBLIOGRAFÍA

División de estudios jurídicos de gaceta jurídica. Criterios jurisprudenciales penales que todo abogado debe conocer, Gaceta Jurídica, Lima, 2019.

García Cavero, Percy. Derecho Penal – Parte General. Ideas, Lima, 2019.

Meini, Iván. Lecciones de Derecho Penal – Parte General. Teoría Jurídica del Delito. Fondo Editorial Pucp, Lima, 2014.

Sandoval Castro, Luis Miguel. "Error de prohibición invencible e indirecto como propuesta para eximir de responsabilidad penal al suboficial Elvis Miranda Rojas. A propósito de la Casación 466-2017, Lambayeque". En Portal Legis.pe. Versión digital disponible en: https://lpderecho.pe/error-prohibicion-invencible-indirecto-propuesta-eximir-responsabilidad-penal-suboficial-elvis-miranda-rojas-proposito-casacion-466-2017-lambayeque-caso-suboficial-quispitongo-perez/.

Villavicencio Terreros, Felipe. Derecho Penal básico. Fondo Editorial Pucp – Colección lo esencial del Derecho N° 3, Lima, 2017.

IPSO JURE

REVISTA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE

La República

SOMOS DIARIO JUDICIAL - LAMBAYEQUE 2021