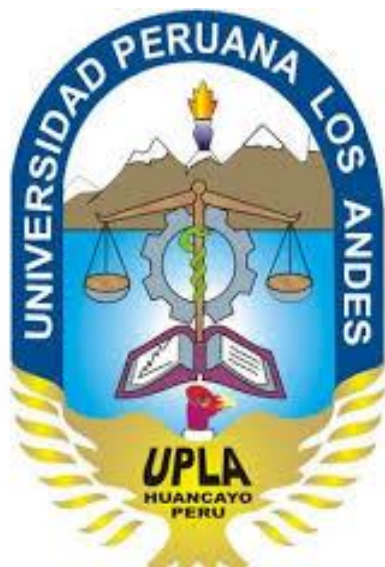


“UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES”
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:
ABOGADO

**“HERMENÉUTICA DOGMÁTICA JURÍDICA DEL DELITO
DE NOMBRAMIENTO ILEGAL PARA CARGO PÚBLICO Y
SU RELEVANCIA CONSTITUCIONAL”**

PRESENTADO POR LOS BACHILLERES:

ABRAHÁM CARRASCO TALAVERA
LINDSAY ARRIETA VELIZ

HUANCAYO – PERÚ

2017

ASESOR:

DR. PIERRE CHIPANA LOAYZA

**Catedrático de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la “Universidad
Peruana Los Andes”.**

DEDICATORIA.

Como quiera que la gratitud es la memoria del corazón, con infinito amor a mi entrañable madre y maestra Constantina por ser mi inspiración de lucha permanente y honestidad indiscutible, icono de progreso y desarrollo, digno ejemplo a seguir; a la memoria de mi padre Don Juan Francisco Q.E.P.D.; y de manera muy en especial a mi hermosa y adorada hermana Juana por ser soporte y fuente de mis éxitos por las sendas de la victoria en mis universidades de la vida al servicio de Dios y del pueblo.

Mg. Abrahám Carrasco Talavera.

DEDICATORIA.

A todos los niños pobres del Perú y el mundo, a quienes por el principio universal del interés superior del niño conforme a mi formación profesional tengo el deber moral de asistirlos.

Lindsay Arrieta veliz.

AGRADECIMIENTOS:

Mi eterna gratitud a Dios, divino padre celestial por bendecir, guiar e iluminar el sendero de mi buen porvenir venturoso cargado de éxitos, camino a la intelectualidad, por brindarme la oportunidad de existir y permitirme elegir esta digna y hermosa profesión de servicio social que me llena de gran orgullo; y siendo fiel creyente de la cosmovisión andina, mi infinito, leal y sincero agradecimiento al majestuoso Apu Tayta Huaytapallana por su innegable protección permanente, al igual que al Sr. De Cani Cruz por su resplandeciente bendición.

Habiendo comprendido que la familia en sí, constituye ser los cimientos de todo laurel de honor, afirmando que para lograr que un proyecto académico o profesional tenga éxito es fundamental contar con el apoyo de nuestros seres más queridos, es por ello, que en este acto agradezco a mis dos subliminales madres Constantina Talavera y Juana Carrasco por sus desinteresadas e incondicionales ayudas, el cual me han servido de aliento en los momentos más difíciles de mi aturdida existencia, así mismo, extiendo mi gratitud a mis hermanos Cindy Carrasco y Miguel Kevin Gómez, más aun a mis sobrinos Ariadna Estrella y Paolo Fidel.

Con la venia de todos, aprovecho las circunstancias para agradecerle públicamente a mi adorada Región Huancavelica y al pueblo en su conjunto por ser la fortaleza e inspiración para conseguir mis sueños y metas trazadas, formándonos académica y profesionalmente, buscando día a día perfeccionamiento y calidad para enorgullecerla, estando muy seguros y convencidos que muy pronto seremos su fiel y humilde servidor en favor de las grandes mayorías; y con el permiso que me concedan, permítanme extenderle mis infinitas gracias al Distrito Metropolitano de Chilca-Huancayo por haberme dado la oportunidad de conducir sus sagrados destinos a mi corta edad de 23 años.

“A los Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Peruana Los Andes, por las enseñanzas impartidas durante mi época de estudiante universitario”.

Con consigna de fidelidad e idilio a la gran musa de mi inspiración y bálsamo de mis sueños mi amada Yessenia Medali Maldonado Acevedo.

De igual modo exteriorizo mis infinitas palabras llenas de gratitud a mis grandes amigos y colaboradores como son: Lic. Jorge Esteves, Dr. Pierre Chipana, Percy Quispe, Dr. Dinner Fernández, Dr. Pool Araujo, Dr. Mario Lazo, Diomedes Meneses, Dr. Paulo Castro Flores, Dr. Cristian Sócrates, José Luis Mendoza, Josué Vilcahuaman, Oscar Ortiz, Percy Tacza, Joel Lobaton, Dr. Luis Juan De Dios y otras personas no nominadas así como anónimas a quienes les tengo deudas pendientes de agradecimiento infinito por mí apasionada vida.

Mg. Abrahám Carrasco Talavera.

EPÍGRAFE.

“Las almas de todos los hombres son inmortales, pero las almas de los justos son inmortales y divinas”.

Socrates.

“Uistitia est constans et perpetua volutas ius sunn cuique tribuedi” (Justicia es la voluntad constante y perpetua de dar a cada uno su Derecho).

Ulpiano.

“...El juez es el centinela de nuestra libertad. Cuando todo se ha perdido, cuando todos los derechos han sido conculcados, siempre queda la libertad mantenida por el Juez. Pero el día en que el Juez tenga miedo, sea pusilánime, dependa de los gobiernos, de las influencias o de sus pasiones, ningún ciudadano podrá dormir tranquilo...”.

Eduardo Juan Couture.

“...Qué lejos estamos de darnos cuenta que sin el juez no hay seguridad, libertad, paz social, progreso ni civilización; esto significa que no vas a ser querido ni respetado por el sólo hecho de ser juez, debes ganarte ese aprecio, tienes lo que te resta de vida, para lograrlo...”.

Juan Monroy Gálvez.

“Me impacta la crisis moral de la Fiscalía y del Poder Judicial. Debemos refundarlos, sólo sirven para perseguir y condenar, sin razones o por miedo”.

Javier Valle Riestra.

“No aspire a juez, no sea que no puedas suprimir la injusticia, o te acobardes ante el poderoso y pongas en peligro tu rectitud”.

Libro del Eclesiástico, cap. 7 versículo 6.

“Los derechos se toman, no se piden; se arrancan, no se mendigan”.

José Martí.

“Cuatro características corresponden al juez: Escuchar cortésmente, responder sabiamente, ponderar prudentemente y decidir imparcialmente”.

Sócrates.

“Donde hay poca justicia es un peligro tener razón” y “Menos mal hacen los delincuentes que un mal juez”.

Francisco de Quevedo.

“La justicia es reina y señora de todas las virtudes”.

Cicerón.

“Justicia es agravio cuando no la aplica el sabio”.

Anónimo.

“La injusticia es una madre jamás estéril: siempre produce hijos dignos de ella”.

Adolphe Thiers.

“Una injusticia hecha al individuo es una amenaza hecha a toda la sociedad”.

Montesquieu.

“La obra maestra de la injusticia es parecer justo sin serlo”.

Platón.

RESUMEN

En el presente trabajo de investigación en líneas generales abordaremos la incertidumbre, conflictos, falencias y grandes vacíos legales que existen en nuestra legislación nacional (penal, municipal, administrativo, constitucional, civil), específicamente respecto a la interpretación y aplicación del delito de nombramiento indebido para cargo público, dado a que usualmente se le confunde con la figura administrativa de la designación, creyéndose que son la misma cosa, aunque desde nuestra perspectiva son figuras jurídicas y administrativas completamente diferentes, de ahí, sostenemos que si en la praxis se aplicara en su real dimensión el principio rector del Derecho penal la de ser de *Ultima Ratio*, comprenderíamos que las conductas como la designación, destaque, entre otros jamás llegarían a discutirse en los fueros judiciales, porque son de orbita estrictamente administrativa, sin embargo la falta de claridad, conlleva a una mala interpretación y aplicación de estas figuras por parte de los administradores de justicia y los estudiosos del Derecho confundidos y admitiendo que son lo mismo que el nombramiento, por ello, en nuestra destacada tesis, demostraremos las grandes y abismales diferencias que existe entre el nombramiento y la designación, para ello recurriremos a las diferentes fuentes del derecho como la doctrina, jurisprudencia, principios generales de Derecho, la ley, etc. Para lograr mayor claridad en el tema de incertidumbre y conflicto materia de autos, principalmente nos valdremos de los principios de tipicidad y taxatividad, añadiendo además que la mala aplicación e interpretación de las leyes conllevan a un ineficaz Estado Constitucional de Derecho, que atenta el Sistema Democrático y sobre todo genera extrema Inseguridad Jurídica.

ÍNDICE

	Pág.
Dedicatoria.....	03
Agradecimientos.....	05
Epígrafe.....	06
Resumen.....	08
Índice.....	09
Introducción.....	19

CAPITULO I

CONSIDERACIONES Y PRECISIONES METODOLÓGICAS DE LA INVESTIGACIÓN.

1. Planteamiento del problema.....	23
1.1. Descripción o caracterización del problema.....	23
1.2. Formulación y determinación del problema.....	27
1. Problema general.....	28
2. Problemas específicos.....	28
1.3. Justificación e importancia de la investigación.....	28
1. Aporte teórico.....	29
2. Aporte práctico.....	29
3. Aporte social.....	29
4. Aporte metodológico.....	30
1.4. Delimitación conceptual del problema.	
1. Delimitación temporal.....	30

2.	Delimitación espacial.....	31
3.	Delimitación social.....	31
4.	Delimitación conceptual.....	31
2.	Objetivos de la investigación.....	31
2.1.	Objetivos generales.....	31
2.2.	Objetivos específicos.....	31
3.	Marco teórico.....	32
3.1.	Antecedentes de la investigación.....	32
3.2.	Marco histórico.....	32
3.3.	Bases teóricas de la investigación.....	36
A.	Revisión bibliográfica.....	36
B.	Enfoques teóricos determinados y su estrecha vinculación dogmática y practica.....	38
1.	La figura jurídica del nombramiento ilegal para cargo público.....	38
2.	La figura administrativa de la designación.....	38
3.	Naturaleza del hecho punible de comisión instantánea.....	38
4.	Naturaleza del hecho punible de comisión permanente.....	38
5.	La institución del servir.....	39
6.	La observancia del debido proceso.....	39
7.	La tutela jurisdiccional efectiva.....	39
8.	La debida motivación de las resoluciones judiciales.....	40
9.	Derecho de defensa.....	40
10.	Análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales.....	40
11.	Principio de legalidad.....	41
12.	Principio de taxatividad.....	41
13.	Indemnización por errores judiciales.....	42
3.4.	Marco conceptual.....	43
❖	Delito.....	43
❖	Nombramiento.....	43
❖	Designación.....	43
❖	Exégesis.....	43
❖	Hermenéutica.....	43
❖	Hermenéutica jurídica.....	43
❖	Dogmática.....	44

❖ Cargo público.....	44
3.5. Marco formal o legal.....	44
Constitución política del Perú.....	44
Código penal peruano Artículo 381° del código penal.....	45
Legislación comparada.....	45
Argentina (1922). Art. 253° del código penal de Argentina.....	45
España (1995). Art. 405° del código penal de España.....	45
Chile (1874). Art. 220° del código penal de la república de Chile.....	45
Ley orgánica de municipalidades.....	46
Ley N° 30057 - ley del servicio civil-servir.....	46
Ley N° 24973 – ley de indemnizaciones por errores judiciales.....	46
4. Hipótesis.....	46
A) Hipótesis general.....	48
B) Hipótesis específicas.....	49
5. Metodología de la investigación.....	50
5.1. Método de investigación.....	51
1. Métodos generales.....	51
A. Método histórico.....	51
B. Método sociológico y funcional.....	52
C. Método dogmático.....	52
D. Método deductivo.....	52
E. Método analítico-sintético.....	52
2. Métodos específicos.....	53
A. Método literal.....	53
B. Método sistemático.....	54
C. Método teleológico.....	54
5.2. Tipo de investigación.....	55
✚ Tipo de investigación científica.....	55
✚ Tipo de investigación jurídica.....	55
5.3. Nivel de investigación.....	55
5.4. Diseño de investigación.....	55
5.5. Población y muestra.....	55
5.6. Técnicas de investigación.....	56
❖ a técnicas e instrumentos de recolección de datos.....	56

❖ Técnicas de procesamiento y análisis de datos.....	56
6. Administración del plan.....	56
6.1. Cronograma.....	56
6.2. Presupuesto.....	56
6.3. Ejecutor.....	57

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO

SUB CAPÍTULO I

ESTUDIO INTRODUCTORIO DE ALGUNAS INSTITUCIONES DEL DERECHO.

Consideraciones generales del Derecho.....	58
Definición de Derecho.....	58
Etimología de la palabra Derecho.....	58
Derecho y poder.....	61
Definición de Derecho.....	64
El Derecho positivo.....	67
Definición de Derecho subjetivo.....	69
Ius Naturalismo.....	70
El positivismo.....	71
Derecho constitucional.....	74
Derecho político y Derecho constitucional.....	76
División del Derecho constitucional.....	77
Posición del Derecho constitucional respecto de las ciencias jurídicas.....	77
Teoría de la constitución.....	78
Sistema jurídico y jerarquía de normas.....	79
Derecho penal.....	80
Principios del derecho penal.....	83
Principio de necesidad o de mínima intervención.....	83
Principio de subsidiaridad.....	85
Principio de fragmentariedad.....	86
Sistema procesal penal peruano.....	87
Concepto de proceso penal.....	87

Clases de procesos.....	88
Proceso o procedimiento regular.....	88
Concepto de proceso penal.....	89
Función del derecho procesal penal y del proceso penal.....	90
Marco constitucional del proceso penal.....	91
El principio de estado de derecho como principio rector del proceso penal.....	92
El debido proceso legal (formal y material) y procesal penal.....	94
Los derechos, principios y garantías del proceso penal.....	95
Principios de iniciación del proceso.....	97
Principio de legalidad.....	97
El principio de legalidad en el código penal peruano.....	99
El principio del Derecho al juez natural o predeterminado por ley y sus derivaciones..	102
Derecho al juez imparcial y el Derecho a un juez independiente.....	102
El principio de tutela jurisdiccional efectiva.....	105
Principios de realización del proceso.....	105
El principio de estricta sujeción a la ley.....	105
Principio y Derecho de defensa.....	107
El Derecho a la motivación de resoluciones judiciales.....	109
Motivación.....	109
Principio de pluralidad de instancias.....	110
Actores y dinámicas del proceso penal.....	110
Los sujetos en el proceso penal.....	111
El juez.....	111
El ministerio público.....	112
El imputado.....	113
La víctima.....	114
El abogado.....	115
Relación entre Estado y Derecho.....	115
El Estado de Derecho.....	117
Estado constitucional de Derecho.....	120
El Estado democrático y social de Derecho.....	123
La conjunción teleológica y axiológica en el estado democrático y social de Derecho..	124
La administración pública y sus particularidades.....	126
¿Qué significa gestión?.....	126

Gestión pública.....	126
Concepto.....	127
Entorno de la gestión pública.....	128
Estado.....	128
Gobierno.....	129
Niveles de gobierno.....	130
Gobierno general o central.....	130
Gobierno regional.....	130
Gobierno local.....	130
Derecho administrativo.....	130
Significado de la palabra administración.....	130
Ciencia de la administración y su concepto.....	132
La administración pública.....	133
Conceptos de administración pública.....	133
Existen tantos conceptos como esencias o enfoques, pero se puede identificar principalmente los siguientes.....	133
1. Concepto sintético.....	133
2. Concepto funcional.....	133
3. Concepto micro analítico.....	134
4. Concepto macro analítico.....	134
5. Concepto sociológico.....	134
Administración pública como manifestación del poder del Estado.....	134
Acepciones de la administración pública.....	135
Fines de la administración pública.....	136
Definición de Derecho administrativo.....	137
Conclusiones del Derecho administrativo.....	137
Objeto del Derecho administrativo.....	138
Gestión municipal.....	138
Artículo I del título preliminar de la ley orgánica de municipalidades. Gobiernos locales.....	138
Artículo II del título preliminar de la ley orgánica de municipalidades. Autonomía...	142
Artículo III del título preliminar de la ley orgánica de municipalidades. Origen.....	145
¿Cuál es la posición sobre el origen del municipio por la que ha optado	

el legislador peruano?.....	147
Artículo IV del título preliminar de la ley orgánica de municipalidades. Finalidad...	149
Artículo V del título preliminar de la ley orgánica de municipalidades. Estado democrático, descentralizado y desconcentrado.....	150

SUB CAPITULO II.

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La administración pública y el Derecho penal.....	157
El delito de nombramiento ilegal para cargo público.....	161
Antecedentes legales.....	161
La figura penal.....	161
Bien jurídico protegido.....	163
Sujeto activo: autoría.....	164
Sujeto pasivo.....	165
Comportamiento típico.....	165
Elementos subjetivo.....	166
Consumación y tentativa.....	167
Participación.....	167
Causas de justificación (fase negativa del delito).....	167
Legislación extranjera.....	167
1) Argentina.....	167
2) Bolivia.....	168
3) España.....	168
4) Chile.....	168
La designación y otras modalidades de vínculo laboral en el Derecho administrativo y municipal (asignación de funciones y el desplazamiento).....	169
La designación.....	169
Análisis detallado.....	182
Competencia de servir.....	182
Sobre el ingreso al servicio civil.....	182
Distinción entre nombramiento y designación.....	183
Sobre los requisitos para el acceso al cargo.....	184
Conclusiones.....	184

El nombramiento en nuestra carta magna.....	185
Instrumentos de gestión de una institución municipal.....	186
Contrato de trabajo.....	188
Reasignación.....	188
Destaque.....	189
Permuta.....	190
Rotación.....	190
Encargo.....	191
Comisión de servicios.....	191
Transferencia.....	192
Promoción y ascenso.....	192
Ratificación de cargo.....	193
La autoridad nacional del servicio civil - Servir.....	193
¿Por qué necesitamos una reforma del servicio civil?.....	194
¿Qué es el servicio civil?.....	195
Clasificación de los servidores civiles.....	196
1. Funcionario público.....	196
2. Directivo publico.....	196
3. Servidor civil de carrera.....	196
4. Servidor de actividades complementarias.....	196
5. Servidor de confianza.....	196
Constitución política del Perú.....	197
Derechos fundamentales de la persona.....	197
I.- Dignidad humana.....	197
II.- Dignidad humana como valor superior, principios y derechos constitucionales.	
1.- La dignidad humana: límites y posición en los ordenamientos constitucionales.....	204
2.- La dignidad humana como valor superior en nuestro ordenamiento jurídico constitucional.....	205
3.- La dignidad humana como principio constitucional.....	208
A) Mandato de respetar y proteger la dignidad humana.....	208
B) Mandato de maximizar la existencia humana digna.....	209

4.- la dignidad humana como derecho fundamental.....	209
Derecho a la igualdad ante la ley.....	210
La igualdad constitucional. Derecho a la igualdad y principio de igualdad.....	212
Derecho al trabajo.....	213
La libertad de trabajo como Derecho a elegir la actividad laboral autónoma o dependiente.....	213
Posición del tribunal constitucional con relación a la libertad de trabajo.....	215
Principio de legalidad.....	215
El principio de legalidad como derecho subjetivo constitucional y convencional. La exigencia de la mayor rigurosidad posible en la aplicación de la ley penal y la prohibición de sancionar actos no punibles.....	226
El principio de legalidad y su manifestación en el principio de la <i>Lex Certa</i> (principio de taxatividad).....	228
El principio de legalidad y taxatividad y su relación con el principio de publicidad.....	230
La publicación de las normas como “ <i>conditio iuris</i> ” para su eficacia.....	234
Alcance del principio de taxatividad.....	236
El mandato de tipificación expresa de delitos y faltas (administrativas, disciplinarias, etc.).....	237
El principio de taxatividad entendido como mandato de la mayor precisión posible de la infracción y la sanción.....	239
El núcleo esencial del principio de taxatividad de las infracciones.....	239
El principio de taxatividad de las sanciones.....	241
Independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.....	243
Debido proceso y tutela jurisdiccional.....	246
Deber de motivación escrita de las resoluciones judiciales.....	248
Indemnización por errores judiciales.....	251
La acción resarcitoria a cargo del justiciable perjudicado.....	257
Principio de no ser privado del derecho de defensa.....	258
Derecho de analizar y criticar las resoluciones judiciales.....	259
Ley penal en blanco.....	260
Generalidades.....	260
El problema radica en la pregunta: ¿si se vulnera el principio de legalidad con la aplicación de la ley penal en blanco?.....	261

SUB CAPITULO III

EFFECTOS JURÍDICOS QUE GENERAN LA INADECUADA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LAS LEYES EN EL PERÚ.

La injusticia.....	263
Arbitrariedad.....	264
Prevaricato.....	267
Análisis de la justicia en el Perú.....	271
La necesidad del cambio en el poder judicial.....	272

CAPITULO III

CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS

A) Respecto a la hipótesis general.....	279
B) Respecto a las hipótesis específicas.....	281
1.- Primera hipótesis específica.....	281
2.- Segunda hipótesis específica.....	281
Recomendaciones y propuestas.....	283
Conclusiones.....	286
Bibliografía.....	289
Anexos.....	299

INTRODUCCIÓN

Entendiendo que la evolución del hombre y la sociedad ha originado al Estado, y este en su afán de consolidarse, fortalecerse y legitimarse se ha obligado a normar todas las conductas efectuadas por el hombre, es por ello que la codificación en materia constitucional, penal, municipal, civil, administrativa, etc. ha cobrado una vital importancia al ser la encargada de normar todas las relaciones y situaciones jurídicas que a diario nacen, se modifican y persisten entre las personas como sujetos de Derecho con las instituciones del Estado.

En la presente tesis intitulada “*Hermenéutica Dogmática Jurídica Del Delito De Nombramiento Ilegal Para Cargo Público Y Su Relevancia Constitucional*” se podrá observar cual es la postura dogmática doctrinaria y jurisprudencial asumida por nuestro país respecto al ilícito penal de nombramiento indebido para cargo público, haciendo un recuento de los antecedentes históricos y doctrinarios tanto a nivel nacional como internacional. Teniendo como actor principal de la presente investigación al Derecho penal, administrativo y municipal desde una óptica constitucional.

En esta investigación tratamos de explorar y a la vez establecer la naturaleza jurídica del Artículo 381° del código penal peruano vigente, para tal efecto hemos utilizado los métodos histórico, sociológico y funcional, el análisis del Derecho en su conjunto y una hermenéutica dogmática, una vez establecida la naturaleza jurídica del artículo ya referido, el cual prescribe cómo se efectúa la configuración del ilícito penal de nombramiento indebido para cargo público en nuestra actual legislación, nos centramos en observar los efectos jurídicos que éste artículo genera en el sector público y la confusión que ocasiona con la figura administrativa de la designación.

Además de lo expresado líneas arriba, también nos preguntamos y nos ponemos frente a la situación en que cuantas consecuencias jurídicas insulsas generan una mala interpretación y aplicación del marco legal y constitucional, refiriéndonos al delito de nombramiento indebido, como es la gran inseguridad jurídica en nuestro país; al respecto planteamos como solución rápida y efectiva la adecuada interpretación y aplicación de las normas jurídicas conforme a los principios generales del Derecho, deberes y derechos de la función jurisdiccional.

Nuestra investigación se encuentra estructurada en tres capítulos, conteniendo el Capítulo I la respectiva metodología empleada en la investigación, siendo esta un investigación de carácter jurídico Dogmático - formal, del nivel explicativo y del tipo científico; en dicho capítulo se está formulando previamente la explicación de la situación problemática, siendo el problema general: ¿Cuál es la naturaleza jurídica del Artículo 381° de nuestro Código Penal, desde el punto de vista dogmático, político criminal y constitucionalmente más adecuado para la imputación en el delito de nombramiento ilegal para cargo público?, dando respuesta a nuestros problemas se resolvió plantear las respectivas hipótesis que en líneas generales atribuimos que el delito de nombramiento indebido para cargo público es un supuesto normativo penal de base estrictamente administrativo, añadiendo que es un ilícito penal de bagatela, y que conforme a la demostración que haremos es muy distinto al Nomen Iuris de la figura administrativa de la designación con la que usualmente de forma errada se le confunde, complementando que para su adecuada interpretación y aplicación se requiere tomar muy en cuenta el principio de taxatividad y/o tipicidad, entendiendo además que la errada percepción del mismo atenta el Estado Constitucional de Derecho y buen Sistema Democrático, así como extrema Seguridad Jurídica.

Del mismo modo el Capítulo II de la presente tesis se encuentra referido al marco teórico, donde siguiendo los lineamientos del maestro Carlos Ramos Nuñez hemos logrado incorporar todas aquellas teorías explicativas y sistemas de ideas (principios, leyes, definiciones, conceptos, jurisprudencias, doctrinas, entre otros) que nos han servido como investigadores para culminar el trabajo de investigación materia de autos, entendiendo que el marco teórico es el pilar fundamental de la investigación, sin olvidarnos que la teoría constituye la base donde se sustenta cualquier análisis y propuesta de desarrollo de una tesis de corte académico y científico, el desarrollo teórico lógicamente permite la interpretación de resultados y finalmente la formulación de

conclusiones, por ello que nosotros este capítulo lo hemos estudiado y desarrollado de manera muy acuciosa y concienzuda.

De otro lado en el Capítulo III podemos encontrar la pertinente contratación de las hipótesis planteadas en el presente trabajo de investigación, en el que siguiendo al jurista Ramos Núñez concluimos que “La formulación de una deducción constituye una hipótesis, y si se logra comprobar la misma definitivamente pasa a formar parte de una futura construcción teórica” como en este caso ha sucedido.

En la presente tesis, nos tomamos la osadía de elaborar propuestas y conclusiones que naturalmente como en toda investigación se producen cuando el tema es bastante controvertido y que por cierto, ello no constituye el fin de la investigación en este tema del delito de nombramiento indebido para cargo público, sino más bien *Contrario Sensu* el comienzo de nuevos paradigmas y retos de escudriñamiento científico.

Aprovechamos las circunstancias para expresar que con la investigación científica incoada no pretendemos en absoluto tener una respuesta absoluta y estática al planteamiento del problema abordado, sino, más bien procuramos poner en discusión temas de candente actualidad respecto al tema emprendido, logrando polemizar en busca de soluciones eficaces que resuelvan las incertidumbres y vacíos legales, en definitiva estamos muy seguros que este trabajo servirá para que algunas otras investigaciones en el futuro tengan mayor sustento dogmático doctrinario, resaltando contundentemente que nadie tenemos la verdad absoluta, sino toda postura es relativa, pero en este caso nosotros planteamos y sentamos nuestra posición defendiéndola a plenitud.

Ponemos en manifiesto expreso que nuestro trabajo de investigación, se ha regido y basado *In Integrum* dentro de las exigencias y los estándares establecidos por nuestra ilustre Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, para la elaboración de una investigación de tesis, por tanto la estructura, tiene como base fundamental los términos del reglamento de Grados y Títulos de nuestra casa superior de estudios que es la “Universidad Peruana Los Andes”.

Finalmente, manifestamos nuestra mayor y profunda admiración y respeto llena de gratitud al célebre tribunal de jurados que tendrá la ardua labor de juzgar nuestro modesto

aporte a la investigación del Derecho, anticipadamente disculpándonos por los involuntarios errores cometidos en el intento de hacer las cosas bien, entendiendo que errar es humano. Dios los ilumine.

Los autores.

CAPITULO I

CONSIDERACIONES Y PRECISIONES METODOLÓGICAS DE LA INVESTIGACIÓN.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

1.1. DESCRIPCIÓN O CARACTERIZACIÓN DEL PROBLEMA.

El Derecho al trabajo de toda persona tiene rango constitucional, por ello está contemplado en la Constitución Política del Perú vigente como un derecho fundamental Art. 2º inc. 15 en concordancia con el Art. 22º y siguientes de nuestra carta magna, así como también decimos que el derecho al trabajo está reconocido como derecho humano y fundamental por los tratados internacionales al cual está adscrito nuestro país como son la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales así como también los encontramos en los textos internacionales como la Carta Social Europea, el Protocolo de San Salvador, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, por ello le hace un derecho universal. En consecuencia en virtud al derecho a la igualdad ante la ley consagrada en el Art. 2º Inc. 2 de nuestra “Ley de leyes” toda persona debe ser tratada en igualdad de condiciones y oportunidades para acceder a un puesto laboral, para que ello ocurra se debe de cumplir con el orden legal y constitucional, es decir no contraviniendo las normas legales.

En efecto, la rigurosidad del cumplimiento y respeto estricto al estado constitucional de derecho se dan cuando se cumplen los requisitos preestablecidos por el sector público para poder ostentar los cargos públicos, por lo tanto, todo funcionario o servidor público debe cumplir ciertos requisitos formales. El problema se da cuando los funcionarios públicos o servidores públicos valiéndose de su condición actúan dolosamente para celebrar contratos de trabajo o para ser nombrados, motivo por el cual se reguló en el Artículo 381° del Código Penal vigente, sumillado como nombramiento ilegal para cargo público, prescribiendo textualmente: ***“El funcionario público que hace un nombramiento para cargo público a persona en quien no concurren los requisitos legales, será reprimido con sesenta a ciento veinte días-multa. El que acepta el cargo sin contar con los requisitos legales será reprimido con la misma pena”***.

Ahora bien en el campo laboral del sistema estatal de nuestro país existen diversas modalidades de vínculos laborales, tales como: contratos, nombramientos, reasignaciones, destakes, permutas, rotaciones, desplazamientos, promociones, ascensos, encargaturas, ratificaciones, designaciones a cargos de confianza, entre otros. Y cada una de ellas requiere condiciones específicas para plasmarse en nuestro contexto. En consecuencia nuestra realidad lamentablemente ha rebasado al Código Penal Peruano vigente en cuanto al artículo en análisis, en efecto, los funcionarios con la finalidad de no incurrir en el tipo penal del nombramiento ilegal, utilizan otros “términos” y de esta manera pretender sacarle la vuelta a la ley penal y no ser juzgados por el delito que cometen, de igual forma los aspirantes que caen al juego del nombramiento ilegal utilizan una serie de artilugios para quedar impunes.

El problema jurídico que se ha convertido en un gran problema social surge a razón que el tipo penal es de carácter restrictivo y desde el punto de vista literal solamente se aplicaría en el caso de “Nombramiento” en el sentido estricto de la palabra, y por lo tanto no en las demás modalidades de

vínculos de trabajo, quedando de esta manera en un gran vacío legal la falta de una debida tipificación, situación que no pude continuar.

Por el aforismo latino “*Nullum crimen, nulla poena sine lege*” sabemos bien que ninguna persona puede ser condenada por una conducta humana atípica que en el momento de la comisión u omisión no esté debidamente establecida en la ley penal como delito; por tanto en la actualidad, el agente que “Nombra” o “Acepta el nombramiento ilegal” es procesado y de encontrarle responsable es sancionado por aplicación irrestricta del principio de legalidad, pero ¿Qué pasa en los demás casos descritos líneas arriba y que no están debidamente tipificados en nuestro Código Penal? ¿Quedan impunes? ¿Es posible la aplicación del tipo penal abierto en estos casos? ¿El tipo base de este delito es abierto?, existen un sin número de interrogantes que explicar.

Es de precisar que cuando hacemos un análisis más profundo del tipo penal de nombramiento ilegal para cargo público sinceramente nos encontramos frente a un sin número de dilemas y lagunas de ámbito legal, ha razón que si entramos a tallar en un contraste con la Ley Orgánica de Municipalidades por ejemplo encontramos que hace una total diferenciación entre la figura de nombrar con la de designar, entendiendo a estos términos jurídicos como completamente diferentes, para tal efecto recurramos al Art. 20° Inc. 17 de la Ley Orgánica de Municipalidades que textualmente refiere: **Son Atribuciones Del Alcalde “Designar y cesar al gerente municipal y, a propuesta de este, a los demás funcionarios de confianza”** en esa misma línea **Contrario Sensu** vayamos al Art. 20° Inc. 28 de la **LOM** que expresa con mayor claridad: **Son Atribuciones Del Alcalde “Nombrar, contratar, cesar y sancionar a los servidores de carrera”**, es decir para la máxima norma que regula el funcionamiento de los gobiernos locales una cosa es nombrar y otra muy diferente designar, siendo esto así, tomémonos el tiempo para seguir ahondando más el tema, en consecuencia recurramos al Manual de Organización y Funciones en adelante MOF, Reglamento de Organización y Funciones en adelante ROF, así como Reglamento Interno del Consejo en adelante RIC, pues

luego de analizar estas normas que no son más que unos instrumentos de gestión nos damos con la gran sorpresa que en el fondo con casi literalidad plena coincide repitiendo los términos jurídicos materia en cuestión diferenciándolas una de la otra; no conforme con todo ello por nuestro ímpetu investigador asumimos el reto de recurrir al **SERVIR - Autoridad Nacional del Servicio Civil** para hacerle la respectiva consulta, de ahí que tenemos clara nuestra posición que esta institución es la más idónea y adecuada como para que nos pueda absolver nuestras inquietudes no solamente por ser un órgano especializado sino que además competente, quien conforme a sus atribuciones y facultades establecidas por mandato imperativo de la ley de su creación **Ley N° 30057 - Ley del Servicio Civil**, nos aclaró nuestras perplejidades refiriéndonos que efectivamente entre el nombramiento y la designación existe una brecha abismal y no es posible ni siquiera una mínima intensión de confundir estos dos actos; Sin embargo seamos sinceros en el ámbito administrativo y municipal efectivamente esto es así, pero a nivel jurisdiccional el tema se percibe y se concibe tal vez erradamente como lo mismo, precisamente por todas esas consideraciones nos hemos tomado la gran tarea de investigar en busca del esclarecimiento de estas grandes confusiones y dudas que ni siquiera a nivel de las demás fuentes del derecho como la doctrina, la jurisprudencia entre otras han podido resolverlas.

Queda claro que existe restricción en la descripción del tipo penal de este delito, por lo que los legisladores deben esclarecerla y quien sabe hasta modificarla, pues para cada tipo de relaciones laborales se requiere requisitos específicos preestablecidos; porque son cosas completamente diferentes: El nombramiento con la designación por ejemplo, etc., entonces el **A quo** al igual que el **A Quen** se encuentran en una gran incertidumbre legal cuando ve que el funcionario público a través de una Resolución a utilizado el término DESIGNAR O NOMBRAR, las dos cosas son asuntos muy diferentes, por lo tanto reafirmamos que existe un gran vacío legal e incertidumbre jurídica. ¿Quién se perjudica con esto? es el sistema democrático sin lugar a dudas.

Por otro lado como todo buenos investigadores, luego de revisar un sin número de textos de destacados tratadistas respecto al tema materia de autos, nos hemos percatado que todos casi sin excepción alguna coinciden en determinar que nombrar y designar es lo mismo, es decir para la doctrina mayoritaria dominante existe una afinidad en el criterio tal vez errado que el órgano jurisdiccional viene asumiendo contrario a la institución especializada en materia laboral que vendría a ser el SERVIR. De otra parte también es una cruda realidad que a través de las diferentes fuentes del derecho como naturalmente son la doctrina, los principios generales del derecho, la jurisprudencia así como fundamentalmente la ley y otros, ninguno de ellos logra determinar con exactitud y claridad que este tipo penal sea uno de naturaleza permanente o instantáneo, dejando de lado al criterio discrecional de quienes en nombre de la nación administran justicia que muchas veces suelen equivocarse causando perjuicios irreparables.

1.2. FORMULACIÓN Y DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA.

Concerniente a esta parte de la investigación, el ilustre maestro Ramos Núñez Carlos¹, sobre el problema de investigación entiende y refiere como aquella dificultad producto de una reflexión madura que no puede resolverse automáticamente en el acto con la sola acción de nuestros reflejos intuitivos condicionados o mediante los recursos que hemos aprendido anteriormente sobre un acto, institución o asunto jurídico. En consecuencia estando a la caracterización y descripción de nuestra lamentable realidad problemática líneas arriba mencionadas con el mayor respeto que nos caracteriza nos permitimos en formular los siguientes problemas.

¹ RAMOS NUÑEZ, Carlos. “*Como hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento*”. Cuarta edición. Editorial Gaceta Jurídica. Lima-Perú 2007. Pág. 123.

1. PROBLEMA GENERAL.

¿Cuál es la naturaleza jurídica del Artículo 381° de nuestro Código Penal, desde el punto de vista dogmático, político criminal y constitucionalmente más adecuado para la imputación en el delito de nombramiento ilegal para cargo público?

2. PROBLEMAS ESPECÍFICOS

A. ¿Qué principios y derechos de la función jurisdiccional vulnera el artículo 381° del Código Penal respecto a la incertidumbre que genera por la falta de una adecuada interpretación y aplicación?

B. ¿Cuáles son los efectos jurídicos que generan esta vulneración por la inadecuada interpretación y aplicación de la norma en perjuicio del sistema democrático del estado constitucional de derecho?

1.3. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN:

Sabemos bien que la justificación consiste en explicar detalladamente la suma importancia que el tema amerita, ya sea por su utilidad o interés. Ya lo dice el gran maestro investigador Ángeles Caballero Cesar que la utilidad está determinada por las consecuencias teóricas y prácticas que se desprenden del desarrollo del tema y lógicamente el interés por el carácter novedoso y sumamente polémico del tema planteado materia de investigación².

² ANGELES CABALLERO, César A. “*La investigación Jurídica*”. Primera Edición. Editorial San Marcos. Lima-Perú. 1993. Pág. 268.

1. APORTE TEÓRICO.

A través de la presente investigación pretendemos ahondar el desarrollo y análisis de la naturaleza jurídica del Artículo 381° del Código Penal, creando modestamente posiciones dogmáticas doctrinarias y jurisprudenciales como fuentes de derecho, que nos permitan tener mayor claridad respecto al tipo penal del nombramiento indebido para ocupar cargo público y de esta forma dilucidar la incertidumbre jurídica y el gran vacío legal del mismo, para no incurrir en error.

2. APORTE PRÁCTICO.

A través de la presente investigación buscaremos que los operadores de justicia tengan un claro y objetivo conocimiento de la naturaleza jurídica del Artículo 381° del Código Penal, desde el punto de vista dogmático, político criminal y constitucionalmente más adecuado para la imputación en el delito de nombramiento ilegal para cargo público, así mismo puedan conocer a profundidad que la mala interpretación y aplicación de este tipo penal materia de la presente investigación pone en riesgo y vulnera los principios y derechos de la función jurisdiccional sobre los cuales se cimienta la buena administración de justicia a nombre de la nación, para de esta manera evitar arbitrariedades e ilegalidades transgrediendo la tutela jurisdiccional, debido proceso, presunción de inocencia, derecho a la defensa, principio de legalidad, entre otros. Pues solo a través de una correcta administración de justicia se podrá reivindicar la protección de los derechos humanos y fundamentales que nuestro sistema legal contempla y protege.

3. APORTE SOCIAL.

Con los resultados de nuestro trabajo de investigación nos permitiremos en plantear y fundamentar criterios solidos que nos permitan proteger y defender a la persona humana como

fin supremo de la sociedad y el estado, haciendo respetar su dignidad salvaguardándole sus derechos fundamentales, garantizando y poniendo en práctica el respeto estricto al estado constitucional de derecho a través del cumplimiento estricto y pleno de los principios y derechos de la función jurisdiccional que en absoluto atenten la honorabilidad del mismo conforme al Art. 1° de nuestra carta magna.

4. APORTE METODOLÓGICO.

Con nuestra presente investigación lograremos entrelazar las técnicas y métodos de la investigación jurídica con los métodos de análisis e interpretación de la norma jurídica, para así aportar una solución al problema planteado sobre la base del análisis dogmático, doctrinario, jurisprudencial y legal de las instituciones materia de conflicto e investigación. Además los resultados de nuestra tesis lo expondremos en una sustentación pública que será de absoluto conocimiento de todo los estudiantes de nuestra alma mater “universidad peruana los andes”, más aun consideramos que el presente trabajo de investigación servirá de base para futuras investigaciones, estamos muy convencidos de ello con la humildad que siempre nos ha caracterizado, así mismo somos conscientes que frente a este modesto material de investigación no faltaran algunos cuestionamientos y críticas acerca de los resultados a los cuales arribamos, lo cierto es que de eso se trata, justamente de propender ello, en el fondo eso es el fin de un trabajo de investigación dado a que no hay verdad absoluta.

1.4. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DEL PROBLEMA

1. DELIMITACION TEMPORAL.

El espacio temporal durante el cual se realizara la presente investigación está sujeta a las reglas estipuladas en el respectivo reglamento de la materia, es decir el reglamento de

grados y títulos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Peruana Los Andes, esto es no máximo de un año.

2. DELIMITACION ESPACIAL.

La presente investigación se realizará en la Provincia de Huancayo, Región Junín.

3. DELIMITACION SOCIAL.

Como quiera que nuestro proyecto de tesis es una investigación de carácter netamente jurídico dogmático no se analizara en ningún momento a un grupo de personas, por ende no existe delimitación social por no ser una investigación jurídica social.

4. DELIMITACION CONCEPTUAL.

En la presente investigación efectuaremos un estudio sesudo del delito de nombramiento ilegal para cargo público, en la cual abordaremos su naturaleza jurídica, principios, desde el punto de vista dogmático doctrinario, jurisprudencial, político criminal y constitucionalmente relevante buscando el respeto irrestricto al sistema democrático y estado constitucional de derecho.

2. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.

2.1. OBJETIVOS GENERALES.

Determinar y analizar cuál es la naturaleza jurídica del Artículo 381° de nuestro Código Penal, desde el punto de vista dogmático, político criminal y constitucionalmente más adecuado para la imputación en el delito de nombramiento ilegal para cargo público

2.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.

A. Establecer qué principios y derechos de la función jurisdiccional vulnera el artículo 381° del Código Penal respecto a la

incertidumbre que genera por la falta de una adecuada interpretación y aplicación del mismo.

B. Fijar cuáles son los efectos jurídicos que generan esta vulneración por la inadecuada interpretación y aplicación de la norma en perjuicio del sistema democrático del estado constitucional de derecho.

3. MARCO TEÓRICO.

3.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACION.

Debemos mencionar que respecto al tema materia de la presente investigación pese a habernos tomado el tiempo de indagar, buscando antecedentes de investigación no solamente en las diferentes bibliotecas de las Facultades De Derecho Y Ciencias Políticas de las diversas universidades de nuestra región Junín como “Universidad Peruana Los Andes”, “Universidad Alas Peruanas”, “Universidad Continental”, “ULADECH”, “UPECEN”, entre otras, sino también en otras regiones como Ayacucho, Huancavelica y Lima a los cuales visitamos a sus bibliotecas de la Facultad De Derecho de sus universidades, así mismo recurrimos al mismo Ilustre Colegio De Abogados De Junín, biblioteca del gran maestro Cesar Augusto Paredes Vargas, navegamos en las páginas webs existentes, etc. Hasta donde se ha podido averiguar e investigar sinceramente nos percatamos que no existen trabajos de tesis o investigaciones desarrolladas precedentemente.

3.2. MARCO HISTORICO

Respecto al historial legislativo del delito de nombramiento ilegal para cargo público no se registran antecedentes de ninguna índole en nuestra legislación penal nacional según el gran tratadista Fidel Rojas³, sin

³ ROJAS VARGAS, Fidel. “*Delitos Contra La Administración Pública*”. Segunda Edición. Editorial GRIJLEY. Lima-Perú 2001. Pág. 183.

embargo la fuente extranjera que sirvió de base para la configuración de este tipo penal en nuestro código penal peruano vigente fue el artículo 253° del Código Penal Argentino aún vigente hasta la actualidad, es así que hoy en día desde la promulgación de código penal peruano en 1991 la figura del delito de nombramiento indebido para ocupar cargo público lo encontramos tipificado en el Art. 381° del C.P.

Ahora bien como ya lo habíamos venido anunciando en la presente investigación que desde una óptica administrativa y municipal conforme a la Ley Orgánica de Municipalidades Art. 20° Inc. 17 y 28, Reglamentos de Organización y Funciones, Manuales de Organización y Funciones así como Reglamento Interno de Consejos y demás instrumentos de gestión a todas luces hacen una clara distinción entre la figura de nombramiento con la de designación, corroborándose ello con el esclarecimiento que hace la máxima autoridad en materia de contrataciones de personal y laboral de nuestro país llamado SERVIR, pero pese a ello es oportuno manifestar que desde la posición que adopta el órgano jurisdiccional, ministerio público, y demás administradores de justicia, al igual que muchos tratadistas como también a nivel jurisprudencial estos dos términos materia de investigación (nombramiento y designación) son completamente iguales, por ende son lo mismo.

Para ahondar lo señalado líneas arriba y corroborar nuestra postura, nos permitimos en traer a colación un caso práctico en el que tanto el ministerio público como el poder judicial adoptan la posición de los términos jurídicos administrativos de (nombramiento y designación) como si fueran similares, es así que con fecha 08 de marzo del año 2011 Don Abraham Carrasco Talavera Alcalde de la municipalidad distrital de Chilca-Huancayo, mediante resolución de alcaldía N° 086-2011-MDCH/A resuelve designar a Don Jose Luis Mendoza Auris en el cargo de confianza de Sub Gerente de comercialización, en base a dicha designación administrativa Don Marco Antonio Gutierrez Quintana, Fiscal Provincial Titular de la cuarta Fiscalía Provincial Penal de Huancayo, conforme a su facultad persecutora de la acción penal

formaliza denuncia penal contra Don Abraham Carrasco Talavera el día 06 de diciembre del 2012 (formalización de denuncia N° 518-12, registro N° 2011-1060) por el delito de nombramiento ilegal para cargo público Art. 381° del código penal vigente, luego de esta formalización de denuncia por parte del representante del ministerio público, Don Marco Antonio Hanco Paredes Juez Titular del Cuatro Juzgado Penal de Huancayo con fecha 27 de diciembre del año 2012 emite Auto Apertorio De Instrucción con el que resuelve aperturar instrucción en la vía sumaria contra Don Abraham Carrasco Talavera por la supuesta comisión del delito contra la administración pública - cometido por funcionarios públicos en la modalidad de nombramiento indebido para cargo, en agravio de la municipalidad distrital de Chilca, por consiguiente diríamos que el señor representante del órgano jurisdiccional efectivo penosamente sin salvaguardar el Estado de Derecho, peor aún sin ser cauteloso de su función no se ciñó a lo prescrito en el Art. 77° del código de procedimientos penales, y mismo mesa de partes admitió la inconsistente denuncia penal, posterior a los actos de investigación, Don José Luis Huaylinos Rodríguez, Fiscal Provincial de la Cuarta Fiscalía Provincial Penal- Huancayo, con fecha 23 de septiembre del año 2013, a través del dictamen N° 586-2013 formula acusación penal contra el referido Alcalde como autor del delito contra la administración pública - cometido por funcionarios públicos en la modalidad de nombramiento indebido para ocupar cargo público, en agravio de la municipalidad distrital de Chilca, asiendo atingencia textualmente que designar es igual que nombrar, seguidamente Don Abraham Carrasco Talavera en aras de encontrar justicia, conocedor del marco legal interpone Excepción de naturaleza de acción ante el Juez del Cuanto Juzgado Penal de Huancayo con fecha 01 de julio del año 2014, fundamentando su excepción en que la designación es distinta al nombramiento, adjuntando pronunciamientos e interpretaciones del SERVIR, sin embargo con fecha 03 de julio del año 2014, Don Marco Antonio Hanco Paredes Juez Titular del Cuatro Juzgado Penal de Huancayo, mediante Sentencia N° 0237-2014-4°JP-HYO, resuelve declarar infundada la excepción de naturaleza de acción sin motivar debidamente su posición, simplemente aduciendo que tiene

contenido penal la acusación, en consecuencia condena al acusado Abrahám Carrasco Talavera.

De otro lado, algunos tratadistas como por ejemplo el Dr. Manuel Frisancho Aparicio en su libro *Delitos contra la administración pública*, señala textualmente lo siguiente: “Nombrar es designar oficialmente para el ejercicio de un cargo...el nombramiento puede ser para el ejercicio de un cargo público permanente, transitorio, interino, rentado o ad honorem. El delito se consuma con el solo nombramiento, no es necesario que el designado asuma el cargo”⁴.

A su turno el jurista Salinas Siccha, consideramos que también confunde estos dos términos como si fuesen lo mismo, porque expresamente dice lo siguiente: “El funcionario público hace un nombramiento cuando elige y designa para un cargo o empleo público a una persona debidamente individualizada. El nombramiento para ser legal tiene que cumplir con las formalidades previstas en la ley, reglamento o resolución administrativa de la institución pública donde se hace la designación”⁵.

Por su parte el estudioso del Derecho Rojas Vargas también incurre en el error de confundir estas dos figuras jurídicas administrativas (nombramiento y designación) como si fuesen lo mismo, de ahí que taxativamente refiere lo siguiente: “Hacer un nombramiento oficial es un acto de trascendencia jurídica, por el cual se designa legalmente a una persona para un cargo público”⁶.

A simple vista vale decir que el nombramiento ilegal está penado desde 1991 en todo el ámbito de nuestro territorio, posterior a la aprobación del código penal en el año del 2003 se aprueba y entra en vigencia la nueva

⁴ FRISANCHO APARICIO, Manuel. “Delitos Contra La Administración Pública”. Cuarta Edición. Editora FECAT. Lima Perú. Enero del 2011. Pág. 297.

⁵ SALINAS SICCHA, Ramiro. “Delitos Contra La Administración Pública”. Segunda Edición. Editorial GRIJLEY. Lima Perú, 2011. Pág. 213.

⁶ ROJAS VARGAS, Fidel. “Delitos Contra La Administración Pública”. Segunda Edición. Editorial GRIJLEY. Lima Perú, 2001. Pág. 184.

Ley Orgánica de Municipalidades que hace una distinción entre el nombramiento con la designación, en esa misma línea años más adelante nos lleva al año 2013 en el que entra en vigencia la Ley N° 30057 - Ley del Servicio Civil-SERVIR quien corrobora la expresión y el espíritu de la LOM, siendo esto así nos encontraríamos en una evidente incertidumbre jurídica y gran vacío legal, que indudablemente la intención de nuestra tesis será resolver ello, no obstante sabiendo perfectamente como todo hombre de derecho que somos que el derecho penal tiene como característica plena la de ser de *ultima ratio*, pero hoy por hoy en la práctica vemos que tiene mayor preponderancia lo penal antes que lo administrativo y municipal.

Por otro lado para darle mayor consistencia a nuestro trabajo de investigación recurriremos a la legislación comparada como por ejemplo respecto a Argentina que ya lo manifestamos que fue fuente de inspiración del nombramiento ilegal para su debida tipificación en nuestra legislación penal peruana quien trata este ilícito desde el año 1922, la madre patria de España desde 1995, entre otros.

3.3. BASES TEORICAS DE LA INVESTIGACION.

A. REVISIÓN BIBLIOGRÁFICA:

De acuerdo al nivel de desarrollo de nuestro trabajo de investigación, debemos de manifestar que haremos diversas citas bibliográficas, las mismas que nos permitirán nutrir nuestra tesis de altos conocimientos científicos, dogmáticos y jurídicos, así como jurisprudenciales y demás estudios desde el inicio hasta la culminación del presente, destacando que esto no implica que ya sea absoluto sino más bien relativo a razón que más adelante la cantidad de citas reseñadas puedan ser más ampulosas.

FRISANCHO APARICIO, Manuel. (2011). “DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA” Cuarta Edición. Editora FECAT. Lima Perú.

En este texto el autor desarrolla el delito de nombramiento ilegal, desarrollando a detalle el bien jurídico protegido, sujeto activo, sujeto pasivo, acción típica y todo lo demás concerniente al tema materia de investigación.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. (2010). “DERECHO PENAL Parte Especial” Tomo V. Primera Edición. Editorial IDEMSA. Lima Perú.

En este libro el autor desarrolla el delito de nombramiento ilegal, señalando la definición de él y sus características, este texto nos servirá para hacer el análisis correspondiente del nombramiento indebido para cargo público, su regulación legal peruana y extranjera y demás particularidades.

ROJAS VARGAS, Fidel. (2001). “DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA”. Segunda Edición. Editorial GRIJLEY. Lima Perú.

En este libro encontramos que el autor hace un trabajo más profundo del tipo penal de nombramiento ilegal para cargo público, desarrollando sus antecedentes, figura penal, bien jurídico protegido, sujetos activo y pasivo, elemento subjetivo, comparación con la legislación extranjera, entre otros, lo que nos permitirá hacer un trabajo de investigación más sólido.

SALINAS SICCHA, Ramiro. (2011). “DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA”. Segunda Edición. Editorial GRIJLEY. Lima Perú.

Es sumamente importante para los fines de la presente investigación el desarrollo doctrinario que hace el autor referido respecto al ilícito penal del nombramiento ilegal, haciendo un trabajo más actualizado con buen sentido de análisis, que nos coadyuvara bastante en el desarrollo de nuestra tesis.

B. ENFOQUES TEORICOS DETERMINADOS Y SU ESTRECHA VINCULACIÓN DOGMÁTICA Y PRACTICA:

1. **LA FIGURA JURÍDICA DEL NOMBRAMIENTO ILEGAL PARA CARGO PÚBLICO.-** Determinándose como una figura penal moderna de base administrativa⁷, entendiéndose además que son pocas las legislaciones penales del mundo y américa latina que han elevado este supuesto administrativo al nivel de delito, por otro lado precisamos que este ilícito es de resultado de naturaleza comisiva e instantánea.
2. **LA FIGURA ADMINISTRATIVA DE LA DESIGNACIÓN.-** Termino adoptado por la Ley Orgánica de Municipalidades por el cual se dice que es la acción que permite el ingreso a un cargo directivo o de confianza, de manera temporal y sin necesidad de concurso público.
3. **NATURALEZA DEL HECHO PUNIBLE DE COMISIÓN INSTANTÁNEA.** Es aquel delito en que la vulneración jurídica al bien jurídico protegido realizada en el momento de consumación se extingue con esta. La acción coincide con la consumación. El agente no tiene ningún poder para prolongarlo ni para hacerlo cesar.
4. **NATURALEZA DEL HECHO PUNIBLE DE COMISIÓN PERMANENTE.-** Es un ilícito penal que después de su consumación continúa ininterrumpidamente la vulneración jurídica al bien jurídico protegido.

⁷ ROJAS VARGAS, Fidel. “*Delitos Contra La Administración Pública*”. Segunda Edición. Editorial GRIJLEY. Lima-Perú 2001. Pág. 183.

5. **LA INSTITUCIÓN DEL SERVIR.-** Es la Autoridad Nacional del Servicio Civil, es una entidad pública adscrita a la Presidencia del Consejo de Ministros PCM, que tiene como finalidad la gestión de las personas al servicio del Estado. Se podría decir que es la gerencia de recursos humanos de la administración pública en nuestro país.

6. **LA OBSERVANCIA DEL DEBIDO PROCESO.-**El debido proceso es un principio y derecho de la función jurisdiccional, por ende tiene rango constitucional por el cual el Estado debe respetar todos los derechos legales que posee una persona conforme a ley, así mismo se dice que el debido proceso es un principio jurídico procesal por el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, a permitirle tener oportunidad de ser oído y a hacer valer sus pretensiones legítimas frente al Juez. El debido proceso establece que el gobierno está subordinado a las leyes de nuestro país que protegen a las personas del Estado dentro de nuestra jurisdicción. Cuando el gobierno atenta o vulnera sus derechos de una persona sin seguir exactamente el curso de la ley incurre en una violación del debido proceso lo que incumple el mandato legal.

7. **LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA.-** Es el poder que tiene toda persona natural o jurídica para exigir al Estado que haga efectiva su función jurisdiccional del “*Ius Puniendi*”, es claro que es un principio y derecho de la función jurisdiccional por consiguiente tiene relevancia constitucional. Así mismo el Tribunal Constitucional sostiene que es un derecho constitucional de naturaleza procesal en virtud del cual toda persona justiciable puede acceder a los órganos jurisdiccionales, independientemente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legitimidad que pueda o no tener.

8. **LA DEBIDA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES.-** Primero que nada entendemos que es un principio y Derecho de la función jurisdiccional, además que lógicamente tiene relevancia constitucional, encuentra su fundamento en la necesidad de dar una explicación objetiva al silogismo judicial lo suficientemente claro como para saber que la solución dada al caso en la “*Ratio Decidendi*”⁸ es consecuencia de una interpretación (*Exégesis*) lógica y racional del ordenamiento jurídico y no producto del fruto de una arbitrariedad.
9. **DERECHO DE DEFENSA.-** Es un principio y derecho de la función jurisdiccional con jerarquía constitucional, en virtud del cual se garantiza que los justiciables tengan protección de sus derechos y obligaciones cualquiera que sea su naturaleza y no queden en estado de indefensión. El contenido constitucionalmente protegido del derecho de defensa queda afectado (vulnerado) cuando en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedida, por actos concretos de los órganos judiciales, de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos.
10. **ANÁLISIS Y CRITICAS DE LAS RESOLUCIONES Y SENTENCIAS JUDICIALES.-** A través de este principio y derecho con rango constitucional todos sin excepción alguna podemos formular diferentes análisis y críticas a las resoluciones y sentencias judiciales, lógicamente bajo los parámetros legales, precisamente es idóneo esto porque en el presente trabajo indudablemente valiéndonos de una objetiva y

⁸ **RATIO DECIDENDI.-** Es una expresión latina, que significa literalmente "razón para decidir" o "razón suficiente".

lógica racional de hermenéutica empezaremos a asumir criterios de análisis críticos con sentido lógico de algunos errores que lamentablemente los administradores de justicia en nombre de la nación pudieron haber incurrido. En consecuencia es preciso resaltar que para ello están los escenarios propicios como son la elaboración de tesis y los trabajos de investigación, así como su publicación, explicación y sobre todo sustentación.

11. **PRINCIPIO DE LEGALIDAD.-** Significa en si primacía o prevalencia de la ley, es un principio fundamental del derecho conforme al cual todo ejercicio, actividad y función de un poder público y sobre todo la facultad del “*Ius Puniendi*” que tiene el Estado tiene que realizarse acorde a las leyes vigentes, y no a la voluntad individual de las personas. Si un Estado se atiene a dicho principio entonces las actuaciones de sus poderes estarían sometidas a la constitución actual o al imperio de la ley, también sostenemos yéndonos al ámbito penal que este principio nos lleva hacer remembranza al aforismo latino de “*Nullum crimen, nulla poena sine lege*”, es decir no hay delito ni pena sin ley previa.

12. **PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD.-** Sabemos bien que se desprende del principio de legalidad, también es conocido como principio de tipicidad. Sin embargo, no se puede equiparar ambos principios como sinónimos pues el principio de legalidad “Se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley. El de taxatividad en cambio, constituye la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta o delito”. En este sentido, este principio representa una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas penales o

administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica, comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal, haciendo un análisis jurisprudencial conforme a lo que ha establecido el Tribunal Constitucional español, se entiende que el principio de legalidad contiene una garantía material, la cual aparece derivada del mandato de taxatividad o de *Lex Certa* y se concreta en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, que hace recaer sobre el legislador el deber de configurarlas en las leyes sancionadoras con la mayor precisión posible para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones.

13. INDEMNIZACIÓN POR ERRORES JUDICIALES.-

Indemnizar significa reparar, compensar, resarcir a una persona víctima de un acto injusto y arbitrario. Es por ello que el Estado debe preocuparse en hacer efectiva dicha indemnización, que esta sea apropiada, suficiente y rápida, es decir de índole pecuniaria de las personas víctimas de un error judicial.

Este principio y Derecho de la función jurisdiccional de carácter constitucional está regulado en el artículo 139° inciso 7 de nuestra actual Carta Política del Estado, además que con fecha 28 de diciembre de 1988 se promulga la Ley N° 24973, Ley de Indemnización por Errores Judiciales y Detenciones Arbitrarias con la que se crea el Fondo Nacional Indemnizatorio por Errores Judiciales, que establece un fondo que se encargaría del pago de la indemnización correspondiente una vez que la autoridad judicial haya emitido la resolución que determine la absolución o el archivo definitivo del proceso.

3.4. MARCO CONCEPTUAL

- ❖ **Delito.-** Según el gran tratadista Mir Puig “Es un comportamiento humano típicamente antijurídico y culpable añadiéndose que a menudo la exigencia de que sea punible”⁹.
- ❖ **Nombramiento.-** Acción y efecto de nombrar a una persona para desempeñar un cargo o una función.
- ❖ **Designación.-** Proviene del latín *designatio*, es la acción y efecto de designar. Este verbo refiere a señalar o destinar a alguien o algo para un fin, a indicar o a denominar. Por ejemplo: “La designación del entrenador se demorará dos o tres días más, según confirmó el presidente del club”, “Estoy ansioso por la designación del nuevo jefe de la oficina”, “El gobernador regional anunció la designación del nuevo gerente regional de infraestructura”, “El alcalde ya designo a su nuevo gerente municipal”.
- ❖ **Exégesis.-** En líneas generales significa explicación, interpretación original de una norma¹⁰. Por ejemplo la exégesis del Código Penal Peruano.
- ❖ **Hermenéutica.-** Arte de interpretar los textos para fijar su verdadero sentido. Es la ciencia que interpreta textos, escritos, tiene como fin desentrañar y dar su verdadero valor y sentido jurídico expresado en ella¹¹.
- ❖ **Hermenéutica jurídica.-** Es una rama del Derecho, ciencia que se caracteriza por tener finalidad de interpretar los textos jurídicos.

⁹ MIR PUIG, Santiago. “*DERECHO PENAL Parte general*”. Sexta Edición. Editorial REPPEERTOR. Barcelona 2002. Pág. 141.

¹⁰ CHANAMÉ ORBE, Raúl. “*Diccionario Jurídico Moderno*”. Novena Edición. Grupo Editorial Lex & Iuris. Lima Perú, 2014. Pág. 384.

¹¹ CHANAMÉ ORBE, Raúl. “*Diccionario Jurídico Moderno*”. Novena Edición. Grupo Editorial Lex & Iuris. Lima Perú, 2014. Pág. 428.

- ❖ **Dogmática.**- Es un método de estudio e investigación jurídica y su objeto de investigación es la norma. La característica de este método jurídico (sistema) es la interpretación de la ley¹².
- ❖ **Cargo público.**- Dignidad y oficio otorgado por el Estado a ciertas personas con la finalidad de que cumplan determinadas funciones en el sector estatal¹³.

3.5. MARCO FORMAL O LEGAL.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ:

- ✓ **Artículo 1° de la Const.** “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el estado”.
- ✓ **Artículo 2° Inciso 15 de la Const.** Toda persona tiene derecho: “A trabajar libremente, con sujeción a ley” en concordancia con el **Artículo 22° y siguientes de nuestra Const.** “El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona”.
- ✓ **Artículo 2° Inciso 2 de la Const.** Toda persona tiene derecho: “A la igualdad ante la ley...”
- ✓ **Artículo 2° Numeral 24 Inciso “d” de la Const.** “Principio de legalidad de la ley”.
- ✓ **Artículo 139° de la constitución política del Perú.** Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

¹² MORILLAS CUEVA, Lorenzo. (JURISTA ESPAÑOL) “*Metodología y Ciencia penal*”. Segunda edición. Granada, 1991, Pág. 44.

¹³ CHANAMÉ ORBE, Raúl. “*Diccionario Jurídico Moderno*”. Novena Edición. Grupo Editorial Lex & Iuris. Lima Perú, 2014. Pág. 177.

- **Art. 139° Inc. 3 de la Const.** La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva.
- **Art. 139° Inc. 5 de la Const.** La debida motivación de las resoluciones judiciales.
- **Art. 139° Inc. 7 de la Const.** La indemnización por errores judiciales.
- **Art. 139° Inc. 14 de la Const.** El derecho de defensa.
- **Art. 139° Inc. 20 de la Const.** Análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales.

CÓDIGO PENAL PERUANO:

Artículo 381° del Código Penal. “El funcionario público que hace un nombramiento para cargo público a persona en quien no concurren los requisitos legales, será reprimido con sesenta a ciento veinte días-multa”.

LEGISLACIÓN COMPARADA:

ARGENTINA (1922). Art. 253° del Código Penal de Argentina: “Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos e inhabilitación especial de seis meses a dos años, el funcionario público que propusiere o nombrare para cargo público, a persona en quien no concurrerían los requisitos legales...”.

ESPAÑA (1995). Art. 405° del Código Penal de ESPAÑA. “A la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de su competencia y a sabiendas de su ilegalidad, propusiere, nombrare o diere posesión para el ejercicio de un determinado cargo público a cualquier persona sin que concurren los requisitos legalmente establecidos para ello, se le castigará con las penas de multa de tres a ocho meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años”.

CHILE (1874). Art. 220° del Código Penal de la República de Chile. “El empleado público que a sabiendas designare en un cargo público a persona que se encuentre afectada a inhabilitación legal que le impida ejercerlo, será sancionado con la pena de inhabilitación especial temporal en

cualquiera de sus grados y multa de cinco a diez unidades tributarias mensuales”.

LEY ORGÁNICA DE MUNICIPALIDADES:

Art. 20° Inc. 17 de la LOM. Son atribuciones del Alcalde: “Designar y cesar al gerente municipal y, a propuesta de éste, a los demás funcionarios de confianza”.

Art. 20° Inc. 28 de la LOM. Son atribuciones del alcalde: “Nombrar, contratar, cesar y sancionar a los servidores municipales de carrera”.

LEY N° 30057 - LEY DEL SERVICIO CIVIL-SERVIR

LEY N° 24973 – LEY DE INDEMNIZACIONES POR ERRORES JUDICIALES.

4. HIPÓTESIS.

El planteamiento al problema debidamente expresado en su oportunidad supone un ámbito de conflicto dentro del derecho penal con el derecho municipal, administrativo, procesal penal, atentando los derechos con relevancia constitucional que garantizan el estado constitucional de derecho y el sistema democrático, evidenciándose así una gran incertidumbre jurídica normativa e inmenso vacío legal en los temas de análisis e investigación materia del presente trabajo de tesis.

En ese sentido sostenemos con cierto grado de precisión, que frente a la problemática planteada, recogida en esta del ámbito social, jurídico y penal, debemos de abordar a una solución doctrinal, posibilitando que estos conflictos, incertidumbres, ambigüedades y vacíos normativos no solamente se encarguen su solución a los legisladores, sino que más bien por nuestra parte como todo buenos hombres de derecho podamos aportar con soluciones dogmáticas doctrinarias generando así fuentes de derecho.

Nuestra lógica racional que planteamos se sustentan en la posición del maestro Rafael Alcáser quien sostiene que: “Frente a los conflictos que nacen del derecho penal, la doctrina puede proponer varias alternativas. En primer lugar, cabe la resignación que significaría asumir esas lagunas y grandes vacíos, de tal forma renunciar a dar una solución salomónica al problema político criminal. Una segunda postura muy casi similar a la anterior es la delegación de la solución al problema que en el fondo se considera de igual modo irresoluble doctrinariamente y se reenvía al legislador, emplazándolo a introducir una modificación legislativa que alterando las reglas de imputación vigente, permite atribuir responsabilidad a esa clase de conductas. La tercera acción es la de intentar poner en tela de juicio esa incapacidad del sistema al integrar ese tipo de conducta y partiendo del carácter abierto del sistema y de la inevitable existencia de un ámbito de vaguedad e incertidumbre en las disposiciones legales, llegar a una interpretación lógica, racional y extensiva pero nunca analógica, de admitir la punición de conductas de la mano de las estructuras de imputación existente. Una cuarta posición sería la más audaz y sabia de encontrar argumentos dogmáticos doctrinarios y no solo político criminal que justificaran introducir una excepción a esas reglas de imputación. Para culminar decimos que según el autor existe una quinta posición que es la de negar sencillamente la existencia de una problemática político-criminal”¹⁴. En consecuencia estas cinco alternativas pueden resumirse en dos: una que significaría planteamiento de soluciones dogmáticos doctrinales (posición tercera y cuarta) y la otra renuncia a soluciones doctrinales (posiciones primera, segunda y quinta) que para nosotros sería simplemente mediocridad.

Finalmente llegamos a determinar que la hipótesis constituye una posible solución al conflicto, incertidumbre y vacío legal señalado, teniendo muy en cuenta que la presente investigación se permite en formular las respectivas hipótesis, que por lo tanto las mismas son derivadas de las confrontaciones bibliográficas sobre el estado de la cuestión en torno al planteamiento del problema.

¹⁴ ALCÁSER GUIRAO. Rafael. “*Actio libera in causa dolosa e imprudente*. La estructura temporal de la responsabilidad penal”. Editorial ATELIER Libros Jurídicos. Madrid. 2006. Pág. 17 y 18.

De ahí que compartimos plenamente el criterio del gran jurista Ramos Núñez quien señala que la fórmula de una deducción constituye una hipótesis, y si se logra comprobar la misma definitivamente pasa a formar parte de una futura construcción teórica¹⁵, que es a lo que nosotros estamos apuntando.

A) HIPÓTESIS GENERAL.

La naturaleza jurídica del Artículo 381° de nuestro código penal vigente desde el punto de vista dogmático penal es que es un supuesto normativo penal moderno de base estrictamente administrativo, recientemente configurado por nuestra legislación nacional el año de 1991 con la promulgación del nuevo código penal, así mismo afirmamos que el delito de nombramiento ilegal para cargo público es un delito de resultado de naturaleza comisiva, cuya naturaleza jurídica en sí radica en ser un hecho punible de comisión instantánea, más aun este tipo penal es de carácter restrictivo, es decir bastante limitado, así mismo este dispositivo legal se constituye en toda su expresión como un delito de bagatela de ahí que recurriendo al derecho comparado concluimos que solo son algunas legislaciones penales las que han elevado esta figura legal administrativa a nivel de delito; en esa medida desde una óptica político criminal entendiendo que en nuestro país existen un sin número de vínculos laborales bajo la modalidad de nombramiento, designación, contratos CAS y SNP, reasignaciones, destacados, permutas, rotaciones, desplazamientos, promociones, ascensos, encargaturas, ratificaciones, entre otros, lo cierto es que la única figura jurídica que está debidamente tipificada como delito es el nombramiento ilegal, dejando claro que los demás vínculos de trabajo líneas arriba mencionadas no constituirían delito, esta conclusión lógicamente la hacemos en base a una interpretación profunda y literaria de la norma contrastando con otras leyes especiales y consultando a instancias del estado competentes, indudablemente basándonos en el principio de taxatividad y legalidad. De tal forma que para hacer una adecuada interpretación y aplicación de este ilícito penal de nombramiento ilegal para cargo público

¹⁵ RAMOS NUÑEZ, Carlos. “*Como hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento*”. Cuarta edición. Editorial Gaceta Jurídica. Lima-Perú 2007. Pág. 128.

tenemos que basarnos en el respeto y cumplimiento estricto del marco constitucional como son el principio de legalidad, el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, el derecho de defensa y demás preceptos que nuestra carta magna y demás leyes obligan. Para que únicamente de esta manera garanticemos un eficaz estado constitucional de derecho y buen sistema democrático.

B) HIPÓTESIS ESPECÍFICAS:

1. La incertidumbre, conflictos y grandes vacíos que generan la falta de una adecuada interpretación y aplicación del Artículo 381° primer párrafo del código penal vulneran el Estado Constitucional de Derecho y ponen en riesgo inminente el sistema democrático, naturalmente por ende vulneran definitivamente el orden constitucional específicamente los principios y derechos de la función jurisdiccional como la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, la debida motivación de las resoluciones y sentencias judiciales, el derecho de defensa entre otros.
2. Los efectos jurídicos que generan esta vulneración por la inadecuada interpretación y aplicación de la norma en primer término perjudican el Estado Constitucional de Derecho y el sistema democrático, por ende se cometen abusos y sobre todo arbitrariedades que generan daños irreparables en los justiciables perjudicados que podrían conllevar inclusive a la comisión de prevaricato por parte de los administradores de justicia en nombre de la nación, por otro lado las grandes responsabilidades que le generan al estado son muchas como por ejemplo las reparaciones o indemnizaciones por errores judiciales que finalmente será el estado lamentablemente quien sea el que salga pagando los platos rotos. Al margen de estas reparaciones pecuniarias por parte del estado la pregunta es por que todavía el estado tiene que llegar a estos límites pudiendo muy bien evitarlos, previniendo ello, para lo cual lo único que se requiere es que se respeten los derechos fundamentales de la persona humana consagrados en nuestra ley de

leyes, y principalmente se tenga muy en cuenta la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad que son el fin supremo de la sociedad y el Estado, conforme al orden constitucional.

Añadiendo que estas arbitrariedades e injusticias no hacen más que mellar la imagen bien ganada del majestuoso poder judicial, a ello se debe su baja popularidad y alto índice de desaprobación por parte de la población, si quisiera mejorarse se requiere un cambio estructural.

5. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN.

La metodología¹⁶ aplicada en la presente investigación será la de la dialéctica, sin embargo es menester hacer algunas precisiones. Que el Derecho Penal, como ciencia¹⁷, y esto gracias a la cientificidad del Derecho, posee un método propio, el cual es, el método de la dogmática jurídico-penal; sin embargo, desde nuestra modesta percepción este método se aplica en estricto para poder resolver casos en concreto, esto es, que consideramos que el método propio del Derecho penal solo es útil para resolver si una conducta es relevante penalmente o no, utilizando las instituciones propias del Derecho penal, pero; consideramos que para poder descubrir y a la vez solucionar un problema como el que se ha planteado, es decir llegar a una respectiva hipótesis fructífera, no es necesariamente el método de la dogmática jurídico-penal la que nos ayudará, sino más bien los otros métodos propios de las ciencias, nos

¹⁶ Hay que tener presente que la metodología es un camino por el cual se debe seguir para la investigación científica, sin embargo, esto no constituye ataduras ni barreras que entorpezcan el descubrimiento del conocimiento científico, en este sentido es importante señalar que: “El método no se dirige únicamente a proporcionar adecuadas normas técnicas de trabajo, pues la técnica es solo un procedimiento y no un fin exclusivo, sino se trata esencialmente de estimular la utilización de la razón mediante un ejercicio constante y cuidadoso. Los continuos y detallados ejercicios prácticos no presentan sino la manera de adquirir un destreza técnica, la cual estará al servicio de la inteligencia, de la facultad razonadora y creadora. A mayores conocimientos, mejor escrito crítico; a menor destreza técnica que conlleva una economía de tiempo y esfuerzo, más orden en el pensamiento y la capacidad de creación”. Vide. RODRIGUEZ CEPEDA, B (1999). Metodología Jurídica. México D.F. Oxford University Press. Pág. 3 y 4.

¹⁷ SILVA SANCHEZ, J M (2002). Retos científicos y retos políticos de la ciencia del Derecho penal. Madrid España. Universidad nacional de educación a distancia. Facultad de derecho. II época. Revista 9. Pág. 83 y ss. “la ciencia del derecho penal contemporánea tiene ante si, como es sabido, dos

referimos, precisamente a los métodos inductivo, deductivo, analítico y sintético, y sus respectivas combinaciones, entendiendo que estos métodos definitivamente nos servirán y coadyuvaran para poder encontrar soluciones a los problemas, pues no son solo problemas de la dogmática penal la que tratamos de resolver sino que en el presente trabajo de investigación pretendemos resolver y dar como respuesta correcta una clara y atinada imputación jurídico penal del delito de nombramiento indebido, y para esto no solamente siempre recurrimos al método propio del Derecho penal, sino, que en esencia tenemos que ir de la mano con otros métodos científicos, y a los que nos sometemos en este acto es a los de la dialéctica. Esto porque no pretendemos investigar o dar una solución solo de un caso concreto utilizando una teoría específica, sino que iremos en la búsqueda de la teoría que funcione, no solo formalmente, sino que esto a la vez nos permita dar respuesta a los fines políticos criminales, respetando los derechos proclamados en la Constitución Política del Estado de Derecho¹⁸.

5.1. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN

1. MÉTODOS GENERALES

A. Método Histórico.- Este método nos permitirá conocer el pasado, comprender el presente y tratar de predecir el futuro.

¹⁸ Cfr. SERRANO MAILLO, A. (1999) Ensayo sobre el Derecho Penal como Ciencia. Acerca de su construcción. Madrid España. Editorial Dykinson. Pág. 39 y ss. En la actualidad se la conoce generalmente bajo la denominación de dogmática (jurídico-penal), que hacen verdad en referencia al estudio del Derecho positivo. Muchos autores destacan que el origen de tal nombre proviene precisamente de la consideración de la ley (positiva) como un dogma del que debe partir el intérprete o el científico, en lo cual recordaría a la teología-si bien el sustantivo es anterior al positivismo. La denominación de dogmática reforzaría si, desde luego, la idea positivista del Derecho. esta disciplina trata de la interpretación y contenido de la ley penal, pero lo hace de manera sistemática, a partir de sus principios inspiradores: “Dogmática se entiende la conformación de un sistema coherente y ordenado desde sus conceptos más abstractos a los más concretos”, en palabras de Silva Sánchez. Este es el punto en el fondo esencial de la dogmática- o del método temático-: la construcción de un sistema en aras de la seguridad jurídica. El Derecho penal como ciencia (dogmática) se quiere referir, en el sentido más amplio posible, a la construcción jurídica del delito, o teoría general del delito, determinado por ciertos fines, a partir de unos principios y de una manera compatible con el derecho positivo. De este modo se distinguiría del método exegético, se analizaría los artículos de las leyes, ciñéndose a ellos de manera ordenada. La denominación se ha impuesto en la doctrina científica, si bien no puede considerarse no muy afortunada.

B. Método Sociológico y funcional.- Se centra en lo social, estudiando la aplicación de la norma jurídica en el campo fenomenológico. En consecuencia una investigación que opte por la metódica funcionalista partirá siempre del trato directo con la realidad concreta, que es la materia de sus análisis, hasta lograr una generalización. En materia jurídica, el método funcional es, pues eminentemente inductivo: sus dos columnas son la casuística y la jurisprudencia.

C. Método Dogmático.- Este método nos ayudara a comprender que el Derecho está conformado por instituciones las cuales son explicadas en términos jurídicos, es decir, nos permitirá averiguar y comprender la naturaleza jurídica de una determinada institución. Este método consiste en realizar un trabajo de orden lógico que parte del supuesto de que las normas jurídicas son el producto de una elaboración conceptual y que aparecen expresadas en términos conceptuales, y, como tales, han de reconstruirse y entenderse.

D. Método Deductivo.- Para la presente investigación se empleará este método, pues nos permitirá que a partir del estudio de una serie de enunciados, teorías y principios generales del derecho reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico se arribaran a una conclusión satisfactoria sobre el caso particular de la naturaleza jurídica del delito de nombramiento ilegal para cargo público desde una óptica dogmática doctrinaria, político criminal y constitucionalmente relevante para su adecuada interpretación y aplicación. Lo cual constituirá el fin de la presente investigación y aporte teórico de esta tesis.

E. Método Analítico-Sintético.- Para desarrollar nuestra investigación nos hemos tomado la delicadeza de emplear ambos métodos de forma consecuente, pues para llegar a

comprender de manera concisa el artículo 381° del código penal, el Art. 139° de la constitución política del Perú, art. 20° de la LOM, entre otros dispositivos legales, es necesario analizar cada uno de los presupuestos que forman parte de los supuestos jurídicos. Del mismo modo empleando el método sintético cada uno de esos presupuestos desintegrados y previamente analizados serán unidos para una cabal comprensión, dado a que las normas deben de guardar unidad y coherencia entre sí. En ese sentido vamos a pretender armonizar y solucionar los supuestos conflictos, incertidumbres y grandes vacíos determinando la mejor forma de interpretar y aplicar en atención a la persona como fin supremo de la sociedad y el Estado.

2. MÉTODOS ESPECÍFICOS.

Es bien sabido que una investigación jurídica es una derivación de la investigación científica, consecuentemente la investigación jurídica tiene sus propios métodos que propone la dogmática jurídica, que en la presente investigación utilizaremos las siguientes:

A. Método Literal.- A través de este método podremos interpretar lo que quiere decir en si la norma jurídica contenida en el Art. 381° del código penal, indagando lo que denota en su total expresión mediante el uso de las reglas lingüísticas propias del entendimiento común del lenguaje escrito en el que se haya producido la norma, realizaremos el análisis gramatical de las diferentes normas legales y constitucionales que son materia de investigación, para determinar la solución respectiva al problema jurídico planteado a través del estudio del sentido y naturaleza de las normas jurídicas materia de controversia. El gran jurista Marcial Rubio Correa entiende por el método literal como aquel “[...] procedimiento de interpretación que consiste en averiguar lo que la norma denota mediante el uso de las reglas lingüísticas propias al entendimiento

común del lenguaje escrito en el que se haya producido la norma, salvo que los términos utilizados tengan algún significado jurídico específico y distinto del común, en cuyo caso habrá que averiguar cuál de los dos significados está utilizando la norma. Es decir, el método literal trabaja con la gramática y el diccionario”¹⁹.

B. Método Sistemático.- Realizaremos un respectivo análisis profundo y detallado de los supuestos legales referidos al nombramiento ilegal para cargo público Art. 381° del Código Penal contrastándolo con el Art. 20° de la LOM, más aun analizando los supuestos constitucionales del Art. 139° de nuestra carta magna y demás normas materia de estudio, teniendo muy en consideración que el ordenamiento jurídico es un todo ordenado, jerarquizado y por ende correlativo en sus normas. Para Marcial Rubio Correa este método “[...] reposa en la concepción del Derecho como un sistema estructurado y discrimina la interpretación en función de ello y no del “cuerpo legislativo” en el que se halla la norma jurídica [...]”²⁰.

C. Método Teleológico.- Consideramos así mismo que se hace muy necesario para el presente trabajo de investigación que se realice una interpretación de los artículos materia de controversia, toda vez que se encuentra en discusión si solo el nombramiento o también las demás formas de vínculos laborales constituyen delito como por ejemplo la designación, o por otro lado si el delito de nombramiento ilegal es uno de naturaleza permanente o instantáneo, entre otras incertidumbres, conflictos y vacíos, por lo que el análisis de dichas normas bajo la característica de este método es importante porque se trata de la buena interpretación y aplicación del mismo para garantizar un eficaz estado constitucional de derecho y buen sistema democrático. Para

¹⁹ RUBIO CORREA, Marcial. El Sistema Jurídico Introducción al Derecho. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Octava Edición. Lima-Perú. Septiembre del 2004. Pág. 264.

²⁰Ib. Ídem. p. 270.

Marcial Rubio Correa mediante este criterio “[...] el intérprete asume que la interpretación debe ser realizada de manera tal que, en la medida de lo posible se obtenga una finalidad predeterminada de la aplicación de la norma jurídica. Este criterio supone, naturalmente, que el propio intérprete ha establecido previamente los objetivos a lograr mediante el derecho, o que en todo caso dicha predeterminación ha sido realizada por una persona o autoridad que se la impone”²¹

5.2. TIPO DE INVESTIGACIÓN:

- ✚ **Tipo de Investigación Científica:** La presente investigación es básica, pura o fundamental.
- ✚ **Tipo de Investigación Jurídica:** Corresponde a una investigación jurídica dogmática porque tiene por finalidad descubrir, describir y explicar nuevos conocimientos teóricos-dogmáticos.

5.3. NIVEL DE INVESTIGACIÓN:

El nivel de esta investigación es explicativo.

5.4. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN.

Nivel Descriptivo.- Porque busca especificar las características, aspectos, variables o propiedades del fenómeno de estudio que será analizado, tal y como se encuentran en la realidad.

5.5. POBLACIÓN Y MUESTRA.

Por ser una investigación eminentemente doctrinaria solo se recurrirá a la bibliografía relacionada, necesaria y argumentativa para el tema de investigación, y no a encuestas ni cotejos con la realidad.

²¹Ib. Ídem. p. 261.

Más aun entendiendo que se trata de una investigación cuya naturaleza es jurídico formal, no se tendrá que trabajar con ningún tipo de universo ni población, pues solo tendremos que recurrir como ya lo hemos manifestado a informaciones consignadas en bibliografías especializadas, reiterando que no es necesaria la realización de encuestas o entrevistas para lograr la contratación de las hipótesis.

5.6. TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN.

❖ A TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS:

La que se ha decidido aplicar es la del fichaje de libros, monografías, artículos, revistas, jurisprudencias, comentarios, folletos, etc. que estén relacionados con el tema de investigación.

❖ TÉCNICAS DE PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS

Para lograr el procesamiento de datos utilizaremos las fichas de comentario.

6. ADMINISTRACIÓN DEL PLAN.

6.1. CRONOGRAMA.

El tiempo para terminar la presente investigación está sujeta a las reglas estipuladas en el respectivo reglamento de la materia, vale decir, al Reglamento de Grados y Títulos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Peruana Los Andes.

6.2. PRESUPUESTO.

Por ser un proyecto de investigación (Tesis), dejamos constancia que nuestro presupuesto no tiene carácter definitivo sino más bien está sujeto a ciertos cambios y reajustes según corresponda y demande el mismo.

PRESUPUESTO	
RECURSOS	GASTOS
RECURSOS HUMANOS	
- Consulta a expertos (x 4 cesiones)	S/. 400.00
- Viajes (pasajes)	S/. 400.00
RECURSOS MATERIALES	
- Material de escritorio	S/. 250.00
- Material Bibliográfico	S/. 6,000.00
- Internet	S/. 200.00
- Copias	S/. 300.00
GASTOS	S/. 200.00
ADMINISTRATIVOS	S/. 800.00
OTROS IMPREVISTOS	1,000.00
Total de Recursos	S/./9,550.00

6.3. EJECUTOR.

El desarrollo de la presente tesis estará a cargo de los ejecutores quienes somos los Bachilleres aspirantes a obtener el Título Profesional de Abogado, los mismos que contaremos con el apoyo del docente asesor, colaboradores y demás materiales consultivos de trabajo.

CAPITULO II MARCO TEÓRICO

SUB CAPÍTULO I ESTUDIO INTRODUCTORIO DE ALGUNAS INSTITUCIONES DEL DERECHO.

I.- CONSIDERACIONES GENERALES DEL DERECHO.

Para poder percibir con mayor claridad y saber en sí, que es el Derecho en su total magnitud, necesitamos tener una visión muy amplia y global del mundo, para que de esta manera podamos establecer los vínculos intrínsecos entre el ser humano, la sociedad, el Derecho y su importancia de su existencia.

DEFINICIÓN DE DERECHO.

ETIMOLOGÍA DE LA PALABRA DERECHO.

Según el profesor ANÍBAL TORRES VÁSQUEZ, La voz latina *Ius, Iuris* (de las que provienen “justicia”, “jurídico”, “jurisprudencia”, “juridicidad”, etc.) con la que los romanos designaban al derecho, deriva de la voz sánscrita *IU*, que significa “ligar” , “unir”, “vincular”, “constreñir”. Se afirma también que *IUS* proviene de las palabras latinas *Iuvare* (ayudar) y *Iungere* (uncir) o *Iugum* (yugo), nombre de una madera que se usa para unir por la cabeza a los bueyes que tiran de un arado, a fin de que caminen en

forma recta o en curva, pero al unísono. En este sentido, la voz latina **Ius**, es el antecedente de la expresión del derecho²².

El Derecho romano desapareció en el mundo medieval occidental, no obstante que en Constantinopla se publicó el *Corpus Iuris Civilis*²³; se rebajó la vida jurídica a un ámbito que se caracterizó con el nombre del vulgarismo jurídico. La palabra **Ius** fue sustituida por la palabra vulgar (bajo latín) *Directum*, que equivale a recto, la misma que ha determinado la formación de la palabra: en español Derecho, en francés **Droit**, en italiano **Diritto**, en portugués **Direito**, en rumano **Dreptul**, en alemán **Recht**, en sueco **Ratt**, en ruso **Pravo**, en estonio **Oigus**, en finlandés **Oikeus**, en griego **Dikaion**. También proviene del bajo latín *Regere* (gobernar), *Rex* (rey), *Regnum* (reino), *Regula* (regla), *Dirigo-Dirigere* (ordenación a una pauta o norma).

Frente a estas definiciones los autores del presente trabajo de investigación concluimos que las voces latinas “**Directus**” y “**Ius**” son equivalentes.

Por su parte el jurista Chanamé Orbe señala: “Que Derecho etimológicamente significa guiar rectamente un hecho hacia su fin, sin desviarse ni perderse. Viene de la palabra latina *Directum*, que quiere decir lo dirigido. Lo interesante es tal como se indicó al principio que va hacia un fin. La palabra *Directum* ha dado origen a este concepto del derecho. Los romanos y latinos, empero tenían una palabra para indicar lo que hoy se llama el Derecho. Esta palabra era “**jus**”, que no ha dado origen a ningún sustantivo en los idiomas modernos derivados del latín. Así por ejemplo: en castellano, la palabra Derecho significa lo mismo que **Jus**, aunque etimológicamente la palabra no viene de **Jus** sino de *Directum*. En cambio **Jus**, ha dado origen a adjetivos que se refieren al Derecho. Así tenemos: jurídico, jurista, jurisprudencia, jurisconsulto, juez, etc. es curioso que la palabra Derecho en todos los idiomas modernos derivados del latín, en el sentido de

²² TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. “Introducción Al Derecho”. Quinta edición. Editorial Instituto pacifico S.A.C. Lima-Perú 2015. Pág. 125.

²³ El *Corpus Iuris Civilis* (Cuerpo de Derecho Civil) es la más importante recopilación de Derecho romano de la historia. Fue realizada entre 529 y 534 por orden del emperador bizantino Justiniano I (527–565) y dirigida por el jurista Triboniano. Su denominación proviene de la edición completa de las obras que la componen publicada por Dionisio Godofredo en Ginebra en el año 1583.

norma jurídica deriva etimológicamente de *Directum* y no de *Jus*. Derecho en castellano, en francés es “*Droit*”, en portugués “*Direito*”, en italiano “*Diritto*”²⁴.

De otro lado según el tratadista Pedro Flores Polo el Derecho es el conjunto de normas previstas de sanciones que rigen las relaciones de los hombres en la sociedad, los antiguos romanos decían: “**Donde hay sociedad, allí está el Derecho**” (*Ubi Societas, Ibi, Ius*). Dando como resultado que el derecho sería expresión de normas objetivadas en las relaciones humanas, que implican un orden social contrario a la arbitrariedad individual o a la fuerza del grupo.

Así mismo el estudioso Raúl Lorenzzi señala que con la combinación de los conceptos Derecho objetivo y derecho subjetivo podemos encontrar una definición que nos acerque al verdadero sentido de la palabra Derecho, entendiéndose como al conjunto de leyes, preceptos y reglas a que están sometidos los hombres en su vida social (Derecho objetivo), es todo aquello de naturaleza exigible, mientras que deber u obligación es lo que se nos demanda o pide cumplir (derecho subjetivo)²⁵.

Finalmente, el Derecho es el complejo de las normas sociales atributivas. Más detenidamente: el complejo de las normas generales e inquebrantables, producidas por la cultura de una comunidad inspirándose en la idea de la justicia, las cuales, para posibilitar la co-existencia de los hombres, les imponen deberes de un hacer u omitir, típicamente correlativos con derechos, señalando regularmente contra la violación de los deberes una represión de la comunidad organizada²⁶.

En conclusión, se dice que el ser humano para vivir con sus semejantes necesita de reglas de convivencia, necesita de reglas de conducta y quien no cumple con estas reglas, puede ser obligado a cumplirlas²⁷. ¿Quién obliga a cumplirlas? Desde la antigüedad la persona que obliga a cumplir las reglas de convivencia es el jefe de la tribu, el anciano o en algunos

²⁴ CHANAMÉ ORBE, Raúl. “Diccionario Jurídico Moderno”. Novena Edición. Grupo Editorial LEX & IURIS. Lima-Perú 2014. Pág. 311.

²⁵ LORENZZI GOICOCHEA, Raúl. “Diccionario Jurídico”. Primera Edición. Editorial LEJ Librería y Ediciones Jurídicas. Lima Perú, 1999. Pág. 204.

²⁶ GOLDSCHMIDT, James Paul (Jurista Alemán). El Concepto Del Derecho en su Obra La Justicia recopilado por CHANAMÉ ORBE, Raúl en “Introducción Al Derecho”. Primera Edición. Editora Jurídica GRJLEY. Lima Perú, 1996. Pág. 31.

²⁷ MACHICADO, Jorge. (Jurista Boliviano). “*Derecho Procesal Penal*”. Editorial Apuntes Jurídicos. La Paz-Bolivia 2010, Pág. 02.

casos el brujo o chaman o también una agrupación de ancianos o una asamblea de personajes más sobresalientes de esta sociedad. Entonces la persona que obliga a cumplir las reglas de conducta es la autoridad legítima.

A ese conjunto de reglas de conducta cuyo cumplimiento es obligatorio y cuya observancia puede ser impuesta *coercitivamente*²⁸ por la autoridad legítima, se llama Derecho.

Según Rosental – Iudin el Derecho es la voluntad elevada a la categoría de ley, de la clase dominante; su contenido está determinado por las condiciones materiales de vida de esa clase, por los intereses de la misma. El Derecho se estructura como un sistema de normas, de reglas de conducta establecidas o sancionadas por el poder estatal. La peculiaridad de las normas jurídicas estriba en que su cumplimiento está garantizado por la fuerza coercitiva del Estado²⁹.

DERECHO Y PODER.

El poder (como facultad de tomar decisiones en forma de mandatos que deben ser obedecidos por otros) es político cuando afecta a todos los miembros de la comunidad. El poder político es una de las formas como se manifiesta el poder social. Como dice Miró Quesada “El poder social es un fenómeno universal que se expresa en pequeños o grandes grupos, al interior de un sistema, subsistema o parasistema. Dentro de las diversas formas en que se manifiesta el poder social, el poder político desempeña un rol fundamental, sobre en la medida en que las relaciones sociales se hacen más complejas y requieren de alguna forma de ordenamiento”³⁰.

²⁸ *Coercibilidad*.- Es el empleo habitual de la fuerza legítima que acompaña al Derecho para hacer exigibles sus obligaciones y hacer eficaces sus preceptos. La coercibilidad significa la posibilidad del uso legítimo y legal de la fuerza para su cumplimiento de la ley. Se diferencia diametralmente de la *coacción* que es la fuerza o violencia que se hace a una persona para precisarla que diga o ejecute alguna cosa. En este sentido su empleo origina múltiples consecuencias de orden civil, ya que los actos ejecutados, bajo coacción adolecen del vicio de nulidad, y en el orden penal, por que daría lugar a diversos delitos, especialmente los atentatorios contra la libertad individual.

²⁹ M. M. Rosental y P. F Iudin. (Filosofos soviéticos). “Diccionario Filosófico”. Ediciones Universo. Lima-Perú 1968. Pág. 113.

³⁰ MIRO QUESADA RADA, Francisco. (Jurista Peruano). “Introducción A La Ciencia Política”. Primera Parte, Cultural Cuzco, Lima-Perú 1994, Pág. 127.

Es común identificar el Derecho con la *ley*, entendida esta como toda norma jurídica creada e impuesta por quien ostenta el *poder político* dentro de la comunidad. En algunas épocas la ley fue el producto de del poder caprichoso de algún déspota, por ejemplo, el faraón, el emperador, el señor feudal. Tras cruentos avances y retrocesos a través de la historia, los pueblos han logrado fórmulas racionales de autogobierno que les permiten darse sus propias leyes mediante sus representantes elegidos en sufragio universal. Pero esto no altera el concepto de *ley como producto del poder del soberano*, sea este rey provisto de facultadas ilimitadas o un parlamento que asegura el juego de la democracia.

La relación entre *poder* y Derecho se perfila a través de Thomas Hobbes, quien afirma: “El legislador en todos los Estados es solo el soberano, ya se aun hombre como en la monarquía, o una asamblea de hombres como en una democracia o aristocracia. Porque el legislador es el que hace la ley, el estado solo prescribe y ordena la observancia de aquellas reglas que llamamos *leyes*: por tanto, el Estado es el legislador. Pero el Estado no es nadie, ni tiene la capacidad de hacer una cosa sino por su representante (es decir, por el soberano), y por tanto, el soberano es el único legislador. Por la misma razón, nadie puede abrogar una ley establecida sino el soberano, ya que una ley no es abrogada sino por otra ley que prohíbe ponerla en ejecución”³¹.

De acuerdo con este planteamiento el Derecho es producido por el poder soberano e impuesto coactivamente a los ciudadanos (positivismo). “No es la sabiduría sino la autoridad la que hace la ley”. “Cuando hablo de leyes dice Hobbes, hablo de las leyes vivas y armadas... No es la palabra de la ley, sino el poder de quien tiene en sus manos la fuerza de una nación. Lo que hace eficaces a las leyes”. Esta es la posición del positivismo (el Derecho puesto por una autoridad humana), en contra de la posición del Iusnaturalismo, que considera a las normas válidas no porque sean efectivamente aplicadas, sino porque son consideradas justas, en cuanto derivan de la naturaleza e indirectamente de la razón o de la voluntad divina.

³¹ HOBBS, Thomas. “Leviatán O La Materia, Forma Y Poder De Una República Eclesiástica Y Civil”. Trad. De Manuel Sánchez Sarto, Fondo de Cultura Económica, Mexico-1994. Pág. 127. “*Leviatán es una bestia marina del Antiguo Testamento, a menudo asociada con Satanás, creada por Dios. (Génesis 1:21) El término Leviatán ha sido reutilizado en numerosas ocasiones como sinónimo hoy en día de gran monstruo o criatura*”.

Según el Filósofo Inglés Jeremy Bentham padre del utilitarismo, citado por Aníbal Torres Vásquez en su obra *Introducción al Derecho* “La ley escrita es la única que puede merecer el nombre de ley, para la ley escrita hay una base segura y manifiesta; hay un legislador, hay una voluntad, hay una expresión de esa voluntad, una época conocida de su origen”. Así mismo el Jurista británico John Austin expresa que “El objeto del Derecho es el Derecho positivo, es decir el Derecho puesto por los superiores políticos a los inferiores políticos, por ello toda ley positiva, o sea toda ley simple y estrictamente dicha, es puesta por una persona soberana o por un cuerpo soberano de personas a uno o más miembros de la sociedad política independiente en la cual esa persona es cuerpo soberano o supremo”.

De acuerdo con estas opiniones, Derecho y *poder* se conectan como causa a efecto. La fuente productora del Derecho y el poder soberano directamente o en forma indirecta mediante el reconocimiento de las normas creadas por otros poderes o por delegación a otros para producir normas. Además, el Estado expresa el monopolio del uso de la fuerza.

El ilustre jurista y filósofo alemán Rudolf Von Ihering³² fue el que delineó la relación entre el Derecho y *poder* en el mundo continental. En el pensamiento de este autor: “El Estado es la sociedad usando su poder coactivo; para ejercer este poder tomar la forma del Estado, el Estado es, pues, la forma de ejercicio regulado y asegurado de la fuerza de coacción social; brevemente dicho: es la organización de la coacción social, La organización de la coacción social se presenta bajo dos aspectos: el establecimiento del mecanismo exterior de la fuerza y el de los principios que regulan su uso. El poder público realiza el uno, el Derecho el otro, La soberanía debe ser el atributo del Estado; este debe hallarse por encima de todo”. La organización de la fuerza está en manos del poder público. “El poder público, en su esencia, es un *quantum* del poder físico, intelectual, económico, de la generalidad, puesto al servicio de ciertos fines sociales. El Derecho de coacción social se halla en manos del Estado solo; es un monopolio absoluto, el Estado es la fuente única del Derecho, porque las normas que no pueden ser impuestas por el que las establece no son reglas de Derecho, el Derecho es el conjunto de normas según las cuales se ejerce en un Estado de coacción, el soberano detentador del poder, que debe

³² VON IHERING, Rudolf. “*El Fin En El Derecho*” párrafo citado por el Maestro TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. “*Introducción Al Derecho*”. Quinta Edición. Editorial Instituto Pacifico S.A.C. Lima-Perú 2015. Pág. 128.

obligar a todos los que tienen autoridad inferior a la suya, no puede tener, por encima de él, a nadie que lo obligue”.

Por su parte el Jurista austriaco de origen judío Hans Kelsen dice que el estado es un orden social coactivo, y este tiene que ser idéntico al orden jurídico. “El estado es un orden jurídico. Pero no todo orden jurídico es ya designado como Estado; lo es solo en caso de que el orden jurídico constituya, para la producción y ejecución de las normas que lo integran, órganos que funcionan según el principio de la división del trabajo. Llámese Estado al orden jurídico cuando ha alcanzado cierto grado de centralización, sobre el orden jurídico estatal no hay otro superior, es el Estado mismo el orden o la comunidad jurídica suprema, soberana”. El Estado es un orden coactivo, un conjunto de normas que se hacen valer contra los trasgresores, incluso recurriendo a la fuerza, y al orden jurídico se apoya en una norma presupuesta: la norma hipotética fundamental que puede ser un acto revolucionario triunfante que modifica la vieja Constitución y establece una nueva que fija las condiciones en las cuales deben cumplirse los actos coactivos, “De acuerdo con la norma fundante básica de un orden jurídico estatal, es el gobierno efectivo que impone fundándose en una Constitución eficaz, normas generales e individuales, el gobierno legítimo del Estado” De lo cual se deduce que el cambio de relaciones de poder produce cambios en el ordenamiento jurídico³³.

Para el jurista, filósofo y politólogo italiano NORBERTO BOBBIO el poder y el Derecho es el relativo a la legalidad del poder “Cuando se exige que el poder sea legítimo se pide que quien lo detenga tenga el derecho de tenerlo. Cuando se invoca la legalidad del poder, se pide quien lo detenta lo ejerza no según su propio capricho, sino de conformidad con las reglas establecidas y dentro de los límites de estas. Lo opuesto del poder legítimo es el poder de hecho; lo contrario del poder legal es el poder arbitrario”.

DEFINICIÓN DE DERECHO.

La palabra Derecho es ambigua por ser susceptible de múltiples conceptos. El término presenta también problemas de vaguedad, tanto porque no hay acuerdo sobre las notas que caracterizan al derecho, para uno será la coacción, para otros la generalidad, etc.,

³³ KELSEN, Hans. “*La Teoría Pura Del Derecho*”. Trad. de Jorge G. Tejerina, Losada, Buenos Aires, 1941. Pág. 129 y siguientes.

cuanto porque su campo de aplicación no está perfectamente determinado, por ejemplo, nos planteamos que si el Derecho internacional es o no verdadero Derecho. Además, el Derecho es una realidad compleja que presenta varias dimensiones: social, lógica, económica, psicológica, ética, religiosa, etc. Todo esto impide que exista una definición de Derecho aceptada unánimemente o que haya una definición que por sí sola pueda comprender toda la realidad jurídica. Cada autor ha definido al Derecho de acuerdo con sus propios puntos de vista o perspectiva (social, lógica, psicología, ética, religiosa, etc)³⁴. El gran *polímata*³⁵ y filósofo griego Aristóteles, en el libro V de su ética a Nicómaco, dedicado a la justicia, trata de la virtud de esta, tanto la general o moral (que se refiere a la conformidad de un individuo con la ley moral, lo que desborda ampliamente al Derecho) Como la particular o jurídica. La general procura hacer del hombre un ser virtuoso, honesto, valiente, etc. esto es, que de manera habitual adecúe su conducta a las leyes morales. La justicia particular significa que el ciudadano no se quede con más ni menos de lo que le corresponde, que cada uno tenga lo suyo; el Derecho se ocupa en decir lo que es justo, lo que pertenece a cada uno (*Suum Cuique Tribuere*³⁶ que significa dar a cada uno lo suyo), o que en la sociedad sea bien realizada la repartición de los bienes y las cargas. La tarea de que al ciudadano se le asigne lo que le corresponde no puede ser realizada por los particulares, si no que requiere la presencia de un órgano público: el legislador y el juez. La justicia general nos pone en el campo de la moral y la particular en el ámbito del derecho, donde se mueven los juristas con su actividad específica. El Derecho es la profesión, actividad, ciencia o arte de los juristas.

Por su parte el enciclopedista romano *Aulus Cornelius Celsus* en adelante Celso dio la siguiente definición en latín: (*Ius est ars boni et aequi* que significa el Derecho es el arte de lo bueno y de lo justo o equitativo). Este concepto unifica los valores morales y sociales que lo jurídico implica para el ser humano, para el jurista que redacta las leyes y para el juez que las interpreta y aplica.

³⁴ TORRES VÁSQUEZ, Anibal. "Introducción Al Derecho". Quinta edición. Editorial Instituto pacifico S.A.C. Lima-Perú 2015. Pág. 133.

³⁵ *Polímata*.- Dícese de la Persona de conocimientos profundos en diversas disciplinas o artes. "Erudito".

³⁶ *Suum Cuique Tribuere*.- Se trata en realidad de una frase muy célebre en latín, del Jurista Romano Ulpiano, uno de los más grandes creadores del derecho romano clásico. En un pasaje muy citado de una de sus obras, recopilado posteriormente en el Digesto de Justiniano, este autor proporciona una brillante definición de la justicia: "*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi. Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere alterum non laedere, suum cuique tribuere*" QUE SIGNIFICA "La justicia es la voluntad constante de conceder a cada uno su derecho. Los preceptos del derecho son estos: Vivir honestamente, no dañar a otros y dar a cada uno lo suyo".

Para Don Santo Tomás el Derecho es la ordenación de la razón encaminada al bien común. De otro lado según el connotado maestro y filósofo alemán de origen judío Karls Marx (uno de los fundadores de la sociología moderna), el Derecho y el Estado es un instrumento de dominación de una clase sobre otra. Por su parte el jurista soviético Pēteris Ivánovich Stučka en su obra la función revolucionaria del derecho y el Estado, escrita en 1921 define de la siguiente manera: “El derecho es un sistema u ordenamiento de relaciones sociales correspondiente a los intereses de las clases dominantes y tutelado por la fuerza organizada de esta clase”.

Desde el punto de vista estatal formalista cuyo ideal principal por alcanzar es la seguridad jurídica, el derecho es un sistema de normas integrantes del ordenamiento jurídico, elaboradas de acuerdo con criterios y procedimientos establecidos por el propio ordenamiento. Esta concepción otorga a la ley el máximo rango jerárquico en el ordenamiento jurídico, en detrimento de la costumbre como fuente del derecho. La seguridad jurídica impide que el juez pueda crear Derecho, pues debe seguir un procedimiento lógico deductivo al dictar sus sentencias.

Desde la concepción sociológica realista, que enfatiza el vínculo entre Derecho y sociedad, solo es derecho válido el conjunto de normas que real y efectivamente rigen la vida social en un momento y lugar determinado. Lo fundamental en el derecho es que sea eficaz, esto es que tenga aplicación efectiva en la vida de relación social. Para esta concepción los jueces son los que crean el Derecho.

Desde la perspectiva sociológica, el jurista francés George Scelle dice que el Derecho es un imperativo social que traduce una necesidad nacida de la solidaridad natural.

Desde el punto de vista *Óntico*³⁷-valorativo la definición del Derecho debe hacer referencia al valor justicia. Esta constituye el valor principal para alcanzar por el Derecho. La justicia es la que determina los límites de éste. La justicia del derecho, la necesidad de que respete ciertos principios éticos o morales constituyen el requisito para la existencia de aquel.

³⁷ *Óntico*.- Adjetivo Filosófico planteado por el filósofo alemán Martin Heidegger, que se refiere a los entes, a diferencia de ontológico, que se refiere al ser de los entes.

Así mismo el célebre filósofo Alemán Immanuel Kant haciendo una definición individualista refiere: “El Derecho es el conjunto de condiciones mediante las cuales el libre arbitrio del uno puede acordarse con el del otro siguiendo una ley general de libertad”.

Según el maestro y jurista Alemán Hans Kelsen el Derecho debe definirse en función a las siguientes notas: 1) es un conjunto de normas; 2) tales normas son heterónomas; 3) no postulan un deber ser en sentido ético, si no que se limitan a enlazar a un hecho condicionante una consecuencia condicionada; 4) pueden ser coactivamente impuestas; 5) su observancia debe hallarse garantizada por un deber capaz de aplicarlas normalmente, aún contra la voluntad de los obligados.

El Jurista Español Castán Tobeñas da una definición globalizadora de todos los elementos del Derecho, incluyendo el fin supremo que justifica su existencia: “El derecho es la ordenación moral, imperativa, de la vida social humana, orientada a la realización de la justicia”.

Según el estudioso Francés Le Fur se está ante una regla de la vida social impuesta por la autoridad competente (monarca o parlamento, dictadura o asamblea popular), con miras a la utilidad general o al bien común del grupo, y en principio provista de sanciones para asegurar su efectividad.

Para la *teoría tridimensional del Derecho planteado por el Jurista, Filósofo, Académico Y Político Brasileño Miguel Reale*: “El Derecho es una obra humana con forma de normatividad impositiva inexorable, para satisfacer unas necesidades sociales, de acuerdo con las exigencias de unos valores y que obtiene eficacia en la realidad colectiva”. Reale, de quien viene la expresión “Teoría Tridimensional”, señala que el Derecho es una realidad susceptible de ser contemplada desde una triple perspectiva: como hecho, como valor, y como norma. La realidad social es un dato que los valores tratan de ordenar.

EL DERECHO POSITIVO.

Con el término Derecho se designa a las leyes, tratados internacional, reglamentos, decretos, ordenanzas municipales, costumbres entre otros, estos es el conjunto de normas

o reglas que ordenan la convivencia del ser humano, convivencia que origina una serie de relaciones que no son las mismas en todo tiempo y lugar, ni todas son relevantes, vale decir necesarias o fundamentales. Hay relaciones sociales que no tienen trascendencia y son susceptibles de generar conflictos que afecten la convivencia pacífica. Por ejemplo si un conjunto de personas se ponen de acuerdo para que todas las tardes se pondrán una pichanga y si algunos de ellos faltara, éste incumplimiento no tiene una importancia en la vida de relación como para obligar a la persona que incumplió coercitivamente a que concurra a lo pactado o que pague el aparente daño causado con su incumplimiento; por ese motivo el Derecho no se ocupa de este tipo de relación social. En cambio sí dos o más personas celebran un contrato y una de las partes incumple, este incumplimiento si afecta el interés de la otra parte y genera un conflicto de intereses intersubjetivos que debe resolverse incluso recurriendo a la coacción porque está regulada por el Derecho. Solo a estas relaciones sociales relevantes hay que ordenarlas y regularlas mediante normas de derecho. En otras palabras el objeto designado con la palabra Derecho es el derecho positivo, denominado así por ser el Derecho opuesto por un acto de voluntad de los creadores de las normas. Al Derecho positivo también se le conoce y denomina Derecho objetivo y usualmente se le suele identificar y denominar en la dogmática jurídica con la expresión latina de *Norma Agendi*³⁸.

En consecuencia se define al Derecho positivo en palabras del maestro Aníbal Torres Vásquez: *“Como al conjunto de normas que integran el ordenamiento jurídico vigente en determinada sociedad, que regula las relaciones relevantes para la convivencia, cuya eficacia está garantizada por la posible utilización de la coacción organizada por el Estado, para lograr la realización de la justicia”*³⁹.

De esta manera según el profesor Torres Vásquez se presenta una visión global Derecho que se encuentra su fundamento en la naturaleza humana; cuyo objeto en sí es la organización del poder público mediante normas y la regulación del comportamiento

³⁸ *Norma Agendi*.- Es el Derecho Positivo mismo o Derecho objetivo, Sabemos que el Derecho Positivo es la serie de normas observadas por un determinado país en un momento histórico de cualquier forma, se trata de un sistema normativo, constituido por el conjunto de leyes, preceptos o normas, la mayor parte recopiladas en códigos y leyes, cuya función es regular la vida de las personas en la sociedad, con el objeto de lograr la convivencia pacífica, la seguridad ciudadana, el bien común y la justicia social. Esta definición es del Docente Universitario Colombiano FERNANDO GUZMAN MORA.

³⁹ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. “Introducción Al Derecho”. Quinta Edición. Editorial Instituto pacifico S.A.C. Lima-Perú 2015. Pág. 139.

humano que tenga trascendencia en la vida de relación mediante normas de conductas. Dicho de otra manera el derecho positivo es una creación y está dada por un orden propuesto por el propio ser humano mediante normas para evitar que la libre voluntad de los sujetos hagan imposible la convivencia civilizada. La eficacia del ordenamiento está garantizada por la posible coacción es decir por la posibilidad de aplicar una sanción externa e institucionalizada que se encuentra regulada por un determinado ordenamiento jurídico, por ello el derecho es coercible, el fin supremo que tiene todo ordenamiento jurídico no es otro más que la realización y materialización de la justicia, la seguridad, el bien común y todos los valores jurídicos.

Para el *Ius Naturalismo* el Derecho es el conjunto de reglas fundamentales, universales, inmutables necesariamente justas, provenientes no de la voluntad humana sino más bien de algo divino y superior según la mayoría de los seguidores del *ius naturalismo* de Dios y para otros de la naturaleza humana, así como de la razón perceptibles por cualquier ser humano por ser congruentes con su naturaleza. Es decir el Derecho natural es necesariamente justo.

Contrario sensu para el positivismo radical el Derecho es el conjunto de normas establecidas por el hombre para ordenar su convivencia independientemente de que sean justas e injustas admitiéndose la posibilidad de un derecho injusto.

Ante estas controversias es necesario buscar sólidamente una unánime definición del Derecho positivo con el Derecho natural desde la creación por el legislador, en su interpretación y aplicación del mismo que deben inspirarse en los principios fundamentales del Derecho natural para que sea un derecho justo.

DEFINICIÓN DE DERECHO SUBJETIVO.

El Derecho subjetivo es la facultad, poder, atribución o prerrogativa que reconoce o confiere el Derecho positivo al sujeto. Por ejemplo por ello se habla de derecho a la propiedad, del Derecho de un acreedor de exigir el cumplimiento de una prestación a su deudor, la existencia la de juzgar del juez, etc. El Derecho subjetivo es reconocido y atribuido al sujeto por el Derecho positivo. No es que haya dos derechos distintos sino que el Derecho objetivo y el derecho subjetivo constituyen en sí dos aspectos de un mismo

derecho, entre ambos existe una estrecha relación de reciprocidad, de tal modo que el uno presupone al otro, vale decir no existe el uno ni el otro independientemente, en otras palabras no existe derecho subjetivo que no esté reconocido por el Derecho objetivo a través de un ordenamiento jurídico por ejemplo; en el Derecho penal positivo están debidamente tipificado las conductas criminales consideradas como delitos y sus respectivas penas y en esa misma línea el derecho penal subjetivo es la facultad que tiene el Estado “*Ius puniendi*” de castigar al que comete un delito.

IUS NATURALISMO.

Son los griegos y romanos quienes concibieron la existencia de un derecho anterior y superior al establecido por los hombres conocido como Derecho positivo, es así que Aristóteles en su obra ética a Nicómaco coloca en el principio del derecho a la justicia consiguiente en tratar igual a los iguales. Por su parte Cicerón habla de una ley verdadera de una recta razón conforme a la naturaleza impresa en todos los hombres constante y eterna. El romano Paulo define al *Ius Naturale* como aquello que siempre es bueno y equitativo, Ulpiano dice que el derecho natural es lo que la naturaleza ha enseñado a todos los animales. En la escolástica medieval el *Ius Naturale* encuentra su más completa explicación por ello Don Santo Tomás de Aquino establece una gradación perfecta entre tres tipos fundamentales de la ley: la ley eterna, la ley natural y la ley humana. La ley eterna es la razón divina que establece el orden del universo y rige el movimiento de los seres animados e inanimados, la ley natural es un reflejo de la ley eterna que el hombre conoce por medio de la razón, la ley humana es creada por el hombre. Para esta escuela clásica o tradicional la fuente del derecho es la voluntad divina, la ley natural tiene su origen en Dios porque es un reflejo de la ley eterna, el Derecho natural es conocido en todo tiempo y lugar absolutamente por todo los hombres gracias a la razón, prevalece sobre el derecho establecido por los hombres de tal forma que es racional poder revelarse contra las leyes humanas que contradigan al derecho natural.

Contrario a la escuela clásica del Derecho natural con la reforma protestante y la ilustración (siglo XVII) surge la escuela racionalista del derecho natural, quienes sostienen que el derecho natural no es fruto de la voluntad de Dios, sino un mero fruto exclusivo de la razón humana. El hombre con la fuerza de su razón puede descubrir principios y reglas de convivencia que tiene un carácter absoluto y se hayan por encima

de las leyes humanas. Es decir el Derecho natural es innato al ser humano inmutable e inalienable, este derecho no es cosa distinta a la razón natural gobierna a todos los hombres y es la fuente del derecho humano. Para esta teoría del Derecho natural la inspiración, apoyo y guía de todo el derecho es la justicia, no es una regulación aséptica mucho menos caprichosa de las relaciones sociales sino más bien una regulación justa de ellas, el Derecho humano es acatado no porque pueda imponerse por la fuerza del soberano sino porque está en armonía con la justicia, en síntesis el derecho natural es el que califica de justo o injusto al derecho humano.

El Derecho Natural es superior al Estado y anterior a él, comprende un conjunto de principios que dominan al derecho positivo y que en definitiva se identifican con la justicia⁴⁰.

EL POSITIVISMO.

Según el tratadista Chanamé Orbe; es aquella concepción que señala que la verdadera realidad es empírica es decir la realidad del ser. Para el positivismo todo conocimiento proviene de la experiencia esto es que el conocimiento se obtiene sensualmente mediante los sentidos por eso el positivismo considera de manera preferente a las ciencias cuyos objetos de conocimiento consisten en hechos empíricos, relegando a un segundo plano a las ciencias cuyos objetos de conocimiento no consistan en hechos empíricos, pues considera que solamente los hechos empíricos pueden ser verificado mediante la experiencia. De ahí la explicación porque el positivismo considera a las ciencia naturales como las disciplinas científicas por excelencia pues éstas estudian hechos físicos, en cambio el positivismo cree que ciencia como el derecho, la ética y la gramática que son ciencia normativas, es decir ciencias del deber ser y no del ser que no estudian hechos naturales⁴¹.

El positivismo en sí no admite la existencia de otro derecho que no sea el creado y puesto por el hombre, es decir el Derecho positivo que sea producto de la creación del ser

⁴⁰ FERRERO R., Raúl. “*CIENCIA POLÍTICA Teoría Del Estado Y Derecho Constitucional*”. Novena edición. Editora Jurídica GRIJLEY. Lima-Perú 2003. Pág. 206.

⁴¹ CHANAMÉ ORBE, Raúl. “Diccionario Jurídico Moderno”. Novena Edición. Grupo Editorial LEX & IURIS. Lima-Perú 2014. Pág. 619.

humano, de ahí que se llega a una conclusión que el derecho no es otra cosa más que el producto histórico que se expresa mediante normas jurídicas vigentes en determinado momento y lugar. Por antonomasia rechaza y se opone al Derecho natural porque no acepta que existan normas jurídicas universales e inmutables, la ley jurídica deriva su fuerza obligatoria de cumplimiento estricto indudablemente por ser ley y no por criterios subjetivos, generales ni vagos de justicia.

Para el positivismo estatal únicamente y exclusivamente el estado como máxima organización política suprema puede crear y producir normas jurídicas porque no está vinculado a ninguna norma superior o anterior a él, fuera de él solamente hay convicciones morales y éticas pero de ninguna manera existe derecho, el estado es la única fuente del derecho esta concepción dogmática doctrinaria y filosófica lo plantean y defienden un sin número de adjutores como Thomas Hobbes, Rudolf Von Ihering entre otros.

Para el positivismo del jurista Hans Kelsen el Derecho es una norma o conjunto ordenado de normas, cada norma encuentra su fundamento en otra norma jurídica de rango superior y así sucesivamente hasta llegar a la norma de origen que es la norma hipotética fundamental de la que reciben su valor todas las demás. El maestro Kelsen trato de purificar al derecho de toda consideración social, política, religiosa y ética, por ello sus concepciones y percepciones del derecho lo plasmo en su obra cumbre llamada “Teoría Pura del Derecho”, para este referido estudioso el Derecho tiene su origen en el Estado, es más identifica Estado y derecho, Estado y ordenamiento jurídico aunque admite normas creadas por los particulares como por ejemplo, contratos, testamentos entre otros.

La corriente del positivismo critica duramente al iusnaturalismo porque considera que la posición de que solamente es Derecho las normas que armonizan con la justicia y al no existir un criterio objetivo de ésta cualquiera podría pretender excusarse del cumplimiento de las normas alegando que es injusta de tal forma que conllevaría a degenerar el Derecho que generará una inseguridad jurídica total.

Según la separación de poderes que plantea el filósofo Francés Charles Louis de Secondat conocido como (Montesquieu) la misión de crear Derecho está reservada a la representación popular (Poder legislativo), la misión del Poder Judicial no es creadora

sino reproductiva del Derecho. El juez debe limitarse a expresar la sanción establecida por la ley para acto concreto, la sentencia no puede contener más que el texto exacto de la ley, es decir el juez es la boca de la ley⁴².

El positivismo al considerar que el Derecho es solamente la norma o conjunto ordenando de normas desprovista de toda consideración valorativa y social, determina que el Derecho sea el reflejo del triunfo de más fuerte en es alinea se sustenta el concepto de Derecho que a la letra dice: “Derecho es lo que es útil a la Nación”, gracias a esta percepción errada de desde nuestro modesto punto de vista se han valido diversos gobiernos tiranos autoritarios por ende dictadores como el Nazismo, el Fascismo y otros.

El positivismo a diferencia de iusnaturalismo que encuentra el fundamento del Derecho en una norma superior inherente al ser humano y a la naturaleza de las cosas, el positivismo haya su fundamento en la propia existencia del derecho es decir en la validez de las normas que integran el derecho positivo de manera muy independiente que sean justas e injustas, una norma jurídica existe válidamente si ha sido creada respetando los limites materiales y formales establecidos por otra norma superior sin tener en cuenta consideraciones valorativas o de otra índole.

Para muchos estudiosos del Derecho ya sea tanto el positivismo como el iusnaturalismo son posiciones completamente opuestas e irreconciliables que de ninguna manera admiten términos medios no fórmulas eclécticas peor aún de compatibilidad o consenso. Frente a ello desde nuestra humilde percepción consideramos que no es aceptable la adopción de un idealismo puro como es el iusnaturalismo mucho menos un positivismo ortodoxo producto de la fuerza pura y bruta, observando objetivamente y haciendo un análisis de nuestra realidad sabemos bien que por un lado el Derecho positivo es producto de la voluntad política respaldado por la fuerza coercitiva que tiene monopolizado el Estado “*Ius Imperium*”⁴³ y de la otra parte encontramos que el ser humano es estructuralmente social y valorativo por ende portador de unos principios fundamentales que se constituyen en la columna vertebral sobre la cual se debe edificar, interpretarse y aplicarse todo

⁴² CHANAMÉ ORBE, Raúl. “Diccionario Jurídico Moderno”. Novena Edición. Grupo Editorial LEX & IURIS. Lima-Perú 2014. Pág. 620.

⁴³ “*Ius Imperium*”.- Es el poder jurídico para imponer normas y organizarse, imponer sanciones, hacer expropiaciones, imponer tributos, y administrar los recursos, y ejecutar actos administrativos.

Derecho positivo; por ello es necesario adoptar por un punto intermedio justo inspirados en las posiciones del gran maestro Aristóteles, es decir justo medio entre el positivismo y el iusnaturalismo cuya contraposición e irreconciliabilidad se encuentran únicamente en la mentalidad de sus seguidores, por ello compartiendo el criterio de la doctrina jurídica mayoritaria sostenemos que el Derecho es el derecho positivo creado y orientado a la realización de la justicia y otros valores fundamentales, es decir si a una norma que integra el Derecho positivo se le considera injusta para eso está la interpretación racional humana que más se acerca a la justicia, de ahí que se dice que cuando existe conflicto entre el derecho y la justicia pues debemos optar por la justicia que es la razón de la existencia del Derecho, No tenemos por qué vernos constreñidos a elegir entre el un *idealismo* y un *positivismo*, sino que debemos compatibilizar lo bueno que tiene estas dos teorías, a fin de que se realice el bien común, es decir, el bien de todos.

DERECHO CONSTITUCIONAL

Al hablar del Derecho constitucional nos referimos aquel Derecho que específicamente se aplica a las instituciones políticas, su objetivo radica en la organización jurídica del Estado por consiguiente su contenido atiende a la relación entre el Estado y sus instituciones y fundamentalmente entre el Estado y los individuos.

Como anteriormente lo hemos venido señalando que el Derecho es el conjunto de normas coercitivas en un medio social determinado, con la finalidad de ordenar la convivencia humana manteniendo la validez y la sanción de las reglas, en ese línea el Derecho constitucional estudia la Organización del Estado, su estructura gubernamental, el régimen de elecciones y el funcionamiento de los órganos de poder estos son las instituciones políticas.

Recurriendo a las diferentes fuentes bibliográficas encontramos una definición muy certera en el jurista Chanamé Orbe quien cita al Tratadista Francés Maurice Duverger el mismo que define: “El Derecho Constitucional estudia las instituciones políticas desde un ángulo jurídico”, su nombre proviene de la práctica inaugurada en los Estados Unidos en el año de 1787 y más tarde en Francia en 1791, y generalizada después, en líneas generales consiste en reunir las reglas del Derecho relativas a los órganos esenciales del estado-parlamento, gobierno, elecciones, etc.; en un texto solemne llamado “Constitución”. Pero toda las reglas de derecho relativas a las instituciones políticas no

están contenidas en la Constitución porque se encuentran también en las leyes ordinarias, en los decretos y los reglamentos de gobierno, en las ordenes de los ministros y las autoridades locales, en las resoluciones de las asambleas, en las costumbres jurídicas o en los “Principios Generales del Derecho”, el Derecho Constitucional las estudia todas, cualquiera que sea su fuente; a pesar de su nombre no es únicamente el Derecho de la Constitución⁴⁴.

El nuevo contextos del Derecho constitucional liberal moderno se edifica sobre tres ideas esenciales: A) La limitación del poder mediante su distribución equitativa.- No puede haber Estado Democrático con un poder absoluto e ilimitado; B) La garantía de los derechos y libertades fundamentales de la persona.- El ordenamiento jurídico solamente tiene valor si se basa en el reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona, que se garantizan y afianzan, aun contra el propio Estado; C) La supremacía y permanencia del texto constitucional.- La superioridad de la constitución sobre la ley ordinaria se establece por ser creada por el órgano constituyente, que es el poder de poderes, además por la autoridad que tiene el Tribunal Constitucional para declarar la inconstitucionalidad de las normas que violan el sentido de la constitución o del poder judicial para preferir la norma constitucional a la norma legal cuando esta se oponga a aquella.

Lo referido líneas arriba, rápidamente nos interrelaciona con el caso Norteamericano “Marshall”, donde en líneas generales diríamos que: **El juez estadounidense John Marshall**, en su **sentencia** dictada en el **caso Marbury versus Madison**, en el año de 1803, dijo: “No hay una solución intermedia entre estas alternativas. O la Constitución es la ley suprema que no puede ser variada por medios ordinarios, o está en el nivel de los actos legislativos ordinarios y como cualquier otra disposición legislativa puede ser alterada cuando a la legislatura le plazca alterarla. Si la primera proposición de esta última alternativa es cierta, un acto legislativo contrario a la Constitución no es Derecho: si la segunda proposición es verdadera, las constituciones escritas son intentos absurdos del pueblo para limitar un poder que por su propia naturaleza es ilimitable. Ciertamente, cuantos han establecido constituciones escritas las consideran como formando la Ley

⁴⁴ CHANAMÉ ORBE, Raúl. “Diccionario Jurídico Moderno”. Novena Edición. Grupo Editorial LEX & IURIS. Lima-Perú 2014. Pág. 317.

Suprema Fundamental de la nación y en consecuencia la teoría de un gobierno así establecido debe ser que un acto de la legislatura contrario a la Constitución es nulo”⁴⁵. Entendiéndose por esta sentencia más famosa de la historia, conforme a la cual la función de los jueces es decir lo que es Derecho y en la que se dice textualmente que "Una ley contraria a la Constitución es nula, y que los tribunales, además de los demás poderes, están sometidos a la Constitución"⁴⁶.

DERECHO POLÍTICO Y DERECHO CONSTITUCIONAL

Según el tratadista Raúl Ferrero la denominación Derecho político abarca el aspecto jurídico constitucional y el aspecto político del Estado; Es una disciplina más amplia que el Derecho constitucional porque además del orden jurídico Estatal trata también de la naturaleza del Estado empleando conclusiones de la teoría del Estado y de la historia del pensamiento político, es decir el ámbito del Derecho político comprende el derecho del Estado y recoge los fundamentos del poder delineados por la teoría del Estado.

Los actos políticos tendientes a establecer, ejercer o transmitir el poder político se sujetan a formas jurídicas pero pertenecen propiamente al área de la ciencia política, a la sociología política, dada su motivación y el empleo de las reglas jurídicas solo como encuadramiento formal, ciñéndose al Derecho positivo perteneciendo al Derecho político equivalente al Derecho constitucional general constituido por el derecho organizativo del estado y regulador de las relaciones con sus instituciones y con sus súbditos, en adjetivo de político agregado al sustantivo Derecho califica como Derecho del poder esto es en suma Derecho del Estado⁴⁷.

⁴⁵ Fragmento de la sentencia de John Marshall, citado por FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (Jurista Español). En “*La Jurisdicción Constitucional En España*”. Dykinson Editorial-Librería Jurídica. Madrid España, 1984. Pág. 13 y siguientes.

⁴⁶ De lo manifestado, para poder comprender el “*Principio De La Primacía De La Constitución*”, nos conlleva a citar con preponderancia la **Constitución Política de los Estados Unidos del año 1789**, que en la **sección segunda del Art. 6º**, que se le ha denominado *cláusula de supremacía* dice: “Esta Constitución y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todo los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier estado”.

⁴⁷ FERRERO REBAGLIATI, Raúl. “CIENCIA POLÍTICA Teoría Del Estado Y Derecho Constitucional”. Novena Edición. Editora Jurídica GRIJLEY. Lima-Perú 2003. Pág. 202.

Según Torres Vásquez el Derecho Político toma el nombre de Derecho Constitucional; por eso, a la Constitución se le denomina “Constitución Política”. Pero el Derecho Constitucional moderno no es solo un Derecho político, porque las constituciones modernas no se encargan únicamente de regular la organización jurídica del Estado, sino que también regulan los derechos fundamentales del ser humano⁴⁸.

DIVISIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

El derecho constitucional por razones metodológicas se divide en general y comparado, entendiéndose al comparado como aquel consistente en el estudio de las constituciones en el mundo que tiene mayor relevancia e importancia significativa como por ejemplo; la Constitución de los Estados Unidos, Gran Bretaña, entre otros. El Derecho constitucional general se preocupa solo de las notas comunes a todo Estado mientras que el Derecho Constitucional comparado estudia los Estados tipos poniendo de relieve las singularidades e identificando y señalando las analogías y las respectivas diferencias.

POSICIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL RESPECTO DE LAS CIENCIAS JURÍDICAS

La posición del Derecho constitucional es central respecto de las ciencias jurídicas, ya que es el tronco estatal de todo el ordenamiento jurídico, la Constitución es la norma suprema y de ella deriva toda la legislación, por lo que la arquitectura integra de las normas reposa formalmente sobre el Derecho Constitucional. En ese sentido se concluye conforme al aforismo latino romano que el derecho es una forma de vida humana objetivada *“Ubi homo, ibi societas; ubi societas, ibi Ius; ergo, ubi homo, ibi Ius”* (Hubo hombre, hubo sociedad; hubo sociedad, hubo Derecho; por lo tanto, hubo hombre, hubo Derecho). El fin del Derecho es el mismo que el de la vida social de las que solo es una faceta, tal consideración da a luz a la definición de Enneccerus quien considera que el Derecho es el ordenamiento autárquico y obligatorio, basado en la voluntad de una colectividad, para regir la conducta externa de los hombres en sociedad mediante mandatos y concesiones.

⁴⁸ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. “Introducción Al Derecho”. Quinta edición. Editorial Instituto pacifico S.A.C. Lima-Perú 2015. Pág. 362.

Según el profesor Ferrero pese a que el Derecho es esencialmente uno, se ha establecido divisiones y subdivisiones fundadas en razones sistemáticas, por ello en la clasificación de las Ciencias Jurídicas el Derecho Constitucional tiene una ubicación como rama del Derecho Público interno, pero más que rama es base y columna vertebral de toda una estructura jurídica; el Derecho Constitucional responde a la necesidad de establecer un sistema de conceptos que dé unidad a la pluralidad normativa y pongue en evidencia el sentido genuino de la legislación en su conjunto.

TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN.

La constitución es la norma fundamental de la que desciende por grados el resto del orden jurídico. Puede ser definida como el conjunto de reglas que organizan los poderes públicos y aseguran el ejercicio de los derechos políticos y civiles⁴⁹. Es así que diremos que la constitución tiene un doble carácter: 1) Es la norma que regula las funciones del Estado; 2) Es la ley fundamental de garantías de los derechos humanos.

Este carácter de garantía y protección de los derechos de la persona humana, es muy importante, pues el Estado democrático que surgió de la Revolución Francesa fue un Estado de Derecho, el cual presupone la limitación del Estado por acción de las leyes. La concepción del Estado de Derecho implica que el Estado no puede obrar sobre sus súbditos sino conforme a reglas preestablecidas. La percepción democrática esta consubstancializada con el Estado de Derecho, vale decir que el poder es admisible solamente con un ordenamiento jurídico de garantías.

Por ello se dice que tanto la realidad social y política cobran un orden mediante la Constitución, gracias a la cual se asegura justicia. Así mismo es a través de la Constitución que se realiza la conexión entre Derecho y poder. En efecto, el poder del Estado se ve constreñido o limitado a ejercerse con arreglo a la estructura establecida por la constitución y es mediante ésta que el poder social se hace poder estatal, de tal manera que al atribuir a los órganos y a las instituciones un marco de actividad delimitado, la Constitución establece un sistema de competencias para asegurar el adecuado funcionamiento de las instituciones y garantizar el respeto de los derechos.

⁴⁹ FERRERO REBAGLIATI, Raúl. "CIENCIA POLÍTICA Teoría Del Estado Y Derecho Constitucional". Novena Edición. Editora Jurídica GRIJLEY. Lima-Perú 2003. Pág. 221.

La Constitución sienta los valores supremos del ordenamiento jurídico y como tal sirve de fundamento de validez de toda las demás normas jurídicas del sistema. Por eso, a la constitución se le denomina también “Ley De Leyes”, “La Lex Leguum”, o “Ley Fundamental”, que sirve de marco dentro del cual se deben ubicar todas las leyes ordinarias. Las leyes contrarias al sentido de la constitución se transforman en inconstitucionales⁵⁰.

Por tanto, una estructura Constitucional significa la unidad entre un complejo normativo y una situación social efectiva, como dice el Jurista Y Politólogo Español Manuel García Pelayo: “Ni la norma sin cumplimiento regular, ni la conducta regular sin normas, forman parte de un orden jurídico positivo. Norma y realidad son, pues, dos momentos de un mismo objeto; si bien al jurista le interesa el lado sociológico únicamente en cuanto tenga significación para comprender el normativo, al sociólogo le interesa el lado normativo tan solo en cuanto le sirve para explicarse la facticidad social”.

SISTEMA JURÍDICO Y JERARQUÍA DE NORMAS.

Las múltiples normas vigentes son consideradas e interpretadas como formando parte de un todo, de un Sistema Jurídico. Cualquiera que haya sido el proceso de su formación, las normas se articulan jerárquicamente y toman un lugar adecuado dentro del orden jurídico. Los grados del sistema jurídico se organizan a partir de la norma fundamental que es la Constitución, de la que derivan las leyes y reglamentos, los decretos y resoluciones así como las decisiones administrativas.

En virtud de este principio de jerarquía la pluralidad de normas jurídicas se resuelven en unidad. La norma superior es la Constitución, a la que siguen en rango las normas legislativas, jurisdiccionales y las administrativas. Dado a que las leyes, reglamentos y disposiciones jurisdiccionales y administrativas son innumerables, de existir preceptos que se contravengan, en tales circunstancias de conflicto, la norma de rango superior primará sobre la inferior, sirviendo de criterio para aplicar el orden jurídico.

⁵⁰ TORRES VÁSQUEZ, Anibal. “Introducción Al Derecho”. Quinta Edición. Editorial Instituto Pacifico S.A.C. Lima-Perú 2015. Pág. 362.

De esta manera, la vigente **Ley Orgánica del Poder Judicial** a través de su **Art. 14°**. **Supremacía de la norma constitucional y control difuso de la Constitución**. Ha señalado: “De conformidad con el Artículo 138° de la Constitución Política Del Perú⁵¹, cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera.

Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no quepa recurso de casación.

En todos estos casos los magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece.

Cuando se trata de normas de inferior jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso por acción popular”.

DERECHO PENAL

Entendemos como aquella disciplina que forma parte del Derecho Público, dado que regula relaciones de la más alta trascendencia entre el Estado y los ciudadanos, según el Jurista Alemán Johannes Wessels por Derecho Penal se entiende la parte del ordenamiento jurídico que establece los presupuestos de punibilidad y las distintas características de la conducta merecedora de la pena, señala penas determinadas y prevé especialmente al lado de otras consecuencia jurídicas modelos de seguridad y conexión. Por su parte el tratadista Franz Von Liszt en su obra tratado del Derecho Penal define

⁵¹ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Art. 138°. Poder Judicial. : “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”.** (El subrayado es nuestro). Dádonos a entender ello en absoluta relación con el **ART. 51° de la misma CARTA FUNDAMENTAL. Jerarquía Del Ordenamiento Jurídico. Que expresamente refiere: “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado”.**

como al conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado que asocian al crimen como hecho la pena como legítima consecuencia. Por su parte el jurista peruano Felipe Villavicencio Terreros manifiesta que en el orden social, el Derecho Penal es un instrumento de control social cuya principal característica es la sanción. Desde el ángulo jurídico el Derecho Penal es aquella parte del ordenamiento jurídico que determina las características de la acción delictuosa y se le impone penas o medidas de seguridad, de otro lado el estudioso de Derecho de origen español Luis Jiménez De Asúa en su Obra Tratado Del Derecho Penal define como al conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción Estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, asociando a la infracción de la norma de una pena finalista a una medida aseguradora. Asimismo el maestro de Derecho penal Carlos Creus plantea el concepto de que el Derecho Penal está constituido por el conjunto de leyes que describen delitos mediante la asignación de una pena para el autor de la conducta que los constituya, o las sustituya en ciertos casos por una medida de seguridad, estableciendo a la vez las reglas que condicionan la aplicación de las mismas.

El profesor peruano de Derecho Penal Luis A. Bramont Arias señala que hay numerosas definiciones del Derecho penal a) algunas aluden al derecho de imponer pena que le concedan al Estado (subjetivas); b) otras lo señalan como el conjunto de las normas que se refieren a los delitos y a las penas (objetivas); c) otras siguen un criterio ecléctico o se dirigen a lo meramente descriptivo; y d) los más recientes incluyen medidas de seguridad como un elemento esencial de esta rama del Derecho.

El tratadista español Manuel Cobo del Rosal conjuntamente con el excelentísimo Dr. Tomás Salvador Vives Antón definen al Derecho penal como al conjunto de normas jurídico positivas, reguladoras del poder punitivo del Estado que define como delitos o estados peligrosos determinados presupuestos a los que asignan ciertas consecuencias jurídicas denominadas penas o medidas de seguridad.

Conforme a la posición del Tribunal Constitucional que es el máximo órgano de control constitucional que vigila la equidad entre los poderes del Estado y contrala que las leyes dadas por el parlamento coincidan con el texto de la Constitución, así como las sentencias emitidas por el Poder Judicial expresen los preceptos constitucionales y hacer

de árbitro entre las instituciones del Estado⁵², en consecuencia este máximo órgano interprete de la legalidad y constitucionalidad define “Al Derecho Penal como aquella rama del ordenamiento jurídico que regula el “**Ius Puniendi**”, monopolio del Estado, que por tal razón por antonomasia es capaz de limitar o restringir en mayor o menor medida, el derecho fundamental a la libertad personal...”⁵³.

Por otro lado en el Exp. N.º 820-2000-Tacna, diccionario de jurisprudencia penal, se advierte que el derecho penal constituyen un medio de control social que sanciona aquellos comportamientos que lesionan o pongan en peligro los bienes jurídicos tutelados por la ley en aras de lograr la paz social, propósito que se persigue a través del proceso penal⁵⁴.

Conforme al Exp. N.º 5737-1998-Lima, diccionario penal jurisprudencial la finalidad Del derecho Penal es tener como propósito principal la sanción de las conductas humanas típicas, antijurídicas y culpables, la prevención de los delitos como medio protector de la persona humana y de la propia sociedad; el juzgador, al aplicar la norma sustantiva, debe arribar al total convencimiento de haber encontrado certeza legal en la responsabilidad penal del procesado⁵⁵.

En esa misma línea Don Aníbal Torres Vásquez, considera: “Al Derecho Penal como al conjunto de normas referentes a los delitos, faltas, penas y otras medidas de seguridad, cuya única finalidad es la de prevenir y castigar los delitos⁵⁶ y faltas⁵⁷. Añade que su única fuente formal es la ley, es decir el principio de legalidad”⁵⁸.

⁵² CHANAMÉ ORBE, Raúl. “Diccionario Jurídico Moderno”. Novena Edición. Grupo Editorial LEX & IURIS. Lima-Perú 2014. Pág. 763.

⁵³ EXP. N.º 0019-2005-PI/TC

⁵⁴ GACETA PENAL & PROCESAL PENAL. Presentación VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. “Diccionario Penal Jurisprudencial”. Primera Edición. Gaceta Jurídica S.A. Lima Perú, 2009. Pág. 188.

⁵⁵ GACETA PENAL & PROCESAL PENAL. Presentación VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. “Diccionario Penal Jurisprudencial”. Primera Edición. Gaceta Jurídica S.A. Lima Perú, 2009. Pág. 189.

⁵⁶ **El Delito**.- Es la violación o quebrantamiento del Derecho por actos u omisiones consientes y libres que la ley castiga con penas graves.

⁵⁷ **La Falta**.- Es la violación o quebrantamiento del Derecho por actos u omisiones consientes y libres que la ley castiga con penas leves.

⁵⁸ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. “Introducción Al Derecho”. Quinta Edición. Editorial Instituto Pacifico S.A.C. Lima-Perú 2015. Pág. 364.

Dentro de este conjunto de reglas, según el profesor Jorge Machicado existen algunas que por su incumplimiento e inobservancia, vienen impuestas con una sanción y una de éstas por ejemplo es la restricción de libertad “generalmente de locomoción del individuo”. A este conjunto de reglas impuestas bajo amenaza de sanción, se llama Derecho Penal. En consecuencia, si alguien no observa las reglas con sanción, es merecedor de una pena⁵⁹.

PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL

*El derecho penal moderno asume los principios doctrinarios básicos de mínima intervención, humanidad, protección, prevención y resocialización de la pena, contenidos tanto en la Constitución política del Estado como en los Artículos uno, octavo y noveno del título preliminar del Código Penal peruano vigente y estos mismo principios que son lineamientos doctrinarios filosóficos que rigen y regulan el poder punitivo del Estado, establecen que el Derecho penal actual es de **Última Ratio**⁶⁰ para su aplicación y que (...) se debe buscar la reincorporación del sujeto infractor al seno de la sociedad y no destruirla física y moralmente, en el entendimiento de que la realidad carcelaria en nuestro país es sumamente drástica y generadora de perjuicios irreparables en la persona de los condenados a pena privativa de la libertad⁶¹.*

PRINCIPIO DE NECESIDAD O DE MÍNIMA INTERVENCIÓN.

El Estado solo puede emplear la pena cuando está en situación de explicar su necesidad para la convivencia social, para mantener el orden democrático y social establecido en el Art. 43° de la Constitución Política del Perú. En un Estado Social, el Derecho Penal se legitima solo cuando protege a la sociedad, pero si su intervención resulta inútil, entonces perderá su justificación. Por eso, este principio conduce a la exigencia de utilidad. La mera utilización de instrumentos violentos como la pena siempre afectará la idea de un estado de Derecho. “Solo la extrema necesidad podría, bajo las circunstancias

⁵⁹ MACHICADO, Jorge. (Jurista Boliviano). “*Derecho Procesal Penal*”. Editorial Apuntes Jurídicos. La Paz-Bolivia 2010, Pág. 03.

⁶⁰ **Última Ratio**.- Se refiere a la mínima intervención del Derecho Penal como última posición de actuación cuando ya no exista otra vía de solución, según GACETA PENAL & PROCESAL PENAL. Presentación VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. “Diccionario Penal Jurisprudencial”. Primera Edición. Gaceta Jurídica S.A. Lima Perú, 2009. Pág. 587.

⁶¹ GACETA PENAL & PROCESAL PENAL. Presentación VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. “Diccionario Penal Jurisprudencial”. Primera Edición. Gaceta Jurídica S.A. Lima Perú, 2009. Pág. 189.

señaladas, volver legítimo un castigo violento en concreto y nunca el castigo en general. Siempre que podamos, claro está, demostrar esa necesidad”. Este principio de la necesidad de la intervención estatal es, pues, un límite importante, porque permite evitar las tendencias autoritarias. La ley no se transforma en un instrumento al servicio de los que tienen el poder penal, sino que las leyes penales, dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho sólo se justifican en la tutela de un valor que necesita de la protección penal⁶².

*El principio de mínima intervención del Derecho Penal es compatible con la idea del Estado Social, rechazándose la idea de un Estado Represivo como protector de los intereses de las personas; ello enlazaría con la tradición liberal que arranca **Cesare Beccaria**⁶³ y que postula la humanización del Derecho Penal: se parte de la idea de que la intervención penal supone una intromisión del Estado en la esfera de libertad del ciudadano, que sólo resulta tolerable cuando es estrictamente necesaria -inevitable- para la protección del mismo ciudadano”⁶⁴*

Sabemos que la pena es un mal irreversible y una solución imperfecta que debe utilizarse cuando no haya más remedio. Por ello, el Derecho Penal solo debe permitir la intervención punitiva estatal en la vida del ciudadano en aquellos casos donde los ataques revisten gravedad para los bienes jurídicos de mayor trascendencia. Esto exige un programa de control razonable de la criminalidad. Si su labor es fijar los límites al poder penal, expondrá los casos en los cuales el ejercicio punitivo es legítimo⁶⁵. Las ofensas menores son objeto de otras ramas del ordenamiento jurídico. Aquí no se trata de proteger a los bienes jurídicos de cualquier peligro que los amenazan ni buscándolo a través de mecanismos más poderosos, sino de “Programar un control razonable de la

⁶² Conceptos de MIR PUIG, BINDER, QUINTERO OLIVARES citados por VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe (Jurista Peruano). “*Derecho Penal Parte General*”. Primera Edición. Editora Jurídica GRIJLEY. Lima Perú, Marzo del 2006. Pág. 92.

⁶³ **CESARE BECCARIA**, Jurista y Filósofo Italiano, autor del célebre tratado De los delitos y de las penas (1764), obra que vino a representar los puntos de vista oficiales de la Ilustración en el terreno jurídico y que ejercería una gran influencia en las reformas penales posteriores.

⁶⁴ Ejecutoria Suprema Vinculante del 08 de abril del año 1998, Exp. N° 570-98, Lima Perú.

⁶⁵ BINDER, Alberto M. (Jurista Argentino), citado por VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe (Jurista Peruano). En “*Derecho Penal Parte General*”. Primera Edición. Editora Jurídica GRIJLEY. Lima Perú, Marzo del 2006. Pág. 92.

criminalidad, seleccionando los objetos, medios e instrumentos”⁶⁶. Por eso, para que intervenga el Derecho Penal -junto a sus graves consecuencias- su presencia debe ser absolutamente imprescindible y necesaria, ya que de lo contrario generaría una lesión inútil a los derechos fundamentales⁶⁷. Así, supondría una vulneración de este principio, si “El hecho de que el Estado eche mano de la afilada espada del Derecho Penal cuando otras medidas de política social puedan proteger igualmente e incluso con más eficacia un determinado bien jurídico”⁶⁸.

No será suficiente determinar la idoneidad de la respuesta penal, sino que además es preciso que se demuestre que ella no es reemplazable por otros métodos de control social menos estigmatizantes. Este límite al poder penal debe ser siempre atendido por el legislador. Un aumento exagerado de criminalización primaria de conductas, puede convertir al Estado en uno policial en el que sería insoportable la convivencia⁶⁹.

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIDAD.

Se trata de la Última Ratio o Extrema Ratio, en el sentido que solo debe recurrirse al Derecho Penal cuando han fallado todo los demás controles sociales. El Derecho Penal Debe ser el último recurso que debe utilizar el Estado, debido a la gravedad que revisten sus sanciones. Los ataques leves a los bienes jurídicos deben ser atendidos por otras ramas del derecho o por otras formas de control social.

*“Con relación a la función que el Derecho Penal desarrolla a través de sus sanciones, a de afirmarse su carácter subsidiario o secundario, pues la afirmación de que el Derecho Penal constituye la **Última Ratio** entre los instrumentos de que dispone el Estado para garantizar la pervivencia de la sociedad, debería implicar, como lógica consecuencia, que el Derecho Penal está subordinado a la insuficiencia de los otros medios menos gravosos para el individuo de que dispone el Estado; en este sentido, es difícil pensar en*

⁶⁶ ANTONIO GARCÍA - PABLOS DE MOLINA, 2000. Pág. 379. La *Ultima Ratio* se constituye en un programa no violento de organización de la sociedad (Bixder, 2004, pág. 39). Citado por VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. Cit. Pág. 93.

⁶⁷ PÉREZ PINZON, 1996, Pág. 90. Vid. Bustos, 2004, I, pág. 548. Citado por VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. Cit. Pág. 93.

⁶⁸ ROXIN, Claus. Citado por VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. Cit. Pág. 93.

⁶⁹ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. Cit. Pág. 93.

la existencia de un bien jurídico que solo sea defendible por el Derecho Penal”⁷⁰. En otro caso: “Cualquier controversia o reclamo que surja de su aplicación debe ser ventilado en la vía correspondiente establecida para ello; tanto más si se tiene en cuenta que el Derecho Penal es la **Última Ratio** de la política social, resultando subsidiaria en la protección de bienes jurídicos, de modo tal que solo se puede hacer intervenir cuando no existan otros medios de solución social del problema”⁷¹.

“El Derecho Penal como instrumento de control social obedece a los principios minimalistas de **Última Ratio** y estricta legalidad, no pudiendo perseguir toda conducta ilícita si los conflictos sociales pueden ser dirimidos en la vía civil o administrativa”⁷².

“La naturaleza del Derecho Penal es ser **Última Ratio** de la política social, y se define su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos, de modo tal que solo se le puede hacer intervenir cuando no existan otros medios de solución social del problema, ello en atención a lo dispuesto en el artículo primero del título preliminar del código penal”⁷³.

PRINCIPIO DE FRAGMENTARIEDAD.

El carácter fragmentario del Derecho Penal consiste en que no se le puede utilizar para prohibir todas las conductas. “El Derecho Punitivo no castiga todas las conductas lesivas de bienes jurídicos sino las que revisten mayor entidad”⁷⁴. Este principio es una directriz política-criminal, ya que determina en el legislador hasta qué punto pueda transformar determinados hechos punibles en infracciones o no hacerlo⁷⁵, por lo tanto, muy útil para la criminalización primaria.

Para determinar la fragmentariedad de la selección penal se puede partir de los siguientes fundamentos: Primero, defendiendo el bien jurídico solo contra aquellos ataques que impliquen una especial gravedad, exigiendo además, determinadas

⁷⁰ Ejecutoria Suprema Vinculante del 17 de Diciembre del año 1998, Exp. N° 3429-98. Lima Perú.

⁷¹ Ejecutoria Suprema Vinculante del 17 de Junio del año 1998, Expedientes N° 5635-97-A y N° 5001-97 Lima Perú.

⁷² Ejecutoria Suprema Vinculante. Exp. N° 5001-97-Lima Perú.

⁷³ DIALOGO CON LA JURISPRUDENCIA. “Jurisprudencia Penal De La Corte Superior (2006-2008)”. Primera Edición. Gaceta Jurídica S.A. Lima Perú, 2009. Pág. 09.

⁷⁴ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, citado por VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. Cit. Pág. 94.

⁷⁵ ROXIN, Claus, citado por VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. Cit. Pág. 94.

circunstancias y elementos subjetivos. Segundo, tipificando solo una parte de lo que en las demás ramas del ordenamiento jurídico se estima como antijurídico. Tercero, dejando, en principio, sin castigo las acciones meramente inmorales⁷⁶.

SISTEMA PROCESAL PENAL PERUANO

CONCEPTO DE PROCESO PENAL

Para determinar la definición del proceso penal, primero tenemos que conceptualizar el significado doctrinal del término **Proceso**⁷⁷, que según Chanamé Orbe es el conjunto de actos coordinados y sistemáticamente regulados por la ley procesal estableciendo un orden preclusivo y ligados entre sí. Es un instrumento del debido proceso en un ordenamiento jurídico determinado, por el cual las partes y el Estado, poseen mecanismos a través de los códigos procesales para actuar según regulaciones, formas, plazos y recursos para ser atendidos oportunamente; el proceso es una actividad de los órganos públicos, encaminados al ejercicio de una función estatal: la función jurisdiccional. En consecuencia, el proceso es el conjunto de actos coordinados, que realizan las entidades públicas y los particulares, a través de los cuales se verifica la jurisdicción del Estado⁷⁸.

Por su parte el Profesor Juan Monroy Gálvez define al proceso como: “El conjunto dialéctico, dinámico y temporal de actos que se realizan durante la ejecución de la función jurisdiccional del Estado, bajo su dirección, regulación y con el propósito de obtener fines privados y públicos”.

En sentido jurídico, el proceso es una serie de actos o conjuntos de actividades, regulados por el derecho procesal, que tratan de alcanzar un determinado fin. Estos actos están realizados tanto por las personas como por los órganos jurisdiccionales ante los que acuden los sujetos de Derecho, con la característica de que están todos ellos coordinados

⁷⁶ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN citado por VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. Cit. Pág. 94.

⁷⁷ **Proceso**.- La palabra Proceso proviene del latín **Processus** (Que significa avance, marcha, trayectoria, desarrollo), nombre de resultado a partir del supino **Processum**, que también genera el participio (**processus**), deriva del verbo **Procedere** (marchar hacia adelante, avanzar).

⁷⁸ CHANAMÉ ORBE, Raúl. “Diccionario Jurídico Moderno”. Novena Edición. Grupo Editorial Lex &Iuris. Lima Perú, Mayo del 2014. Pág. 639.

entre sí, es decir, que dependen los unos de los otros y no se puede pasar al siguiente si no se ha cumplido el anterior, de esta manera el tribunal cumple su misión de defensa del orden jurídico que le está encomendado por el estado, tutela el Derecho de la parte que a lo largo del proceso haya demostrado tenerlo, pues, el fin perseguido por el proceso es la conservación y actuación del ordenamiento jurídico en general.

CLASES DE PROCESOS.

Puede hablarse de tantas clases de procesos, como el proceso civil, laboral, contencioso administrativo, militar, constitucional y penal materia del presente trabajo de investigación, entre otros, en definitiva la actividad de cada uno de estos procesos en el fondo es la misma: el ejercicio de la jurisdicción del estado, atribuida y ejercitada por los tribunales de justicia en sus distintas clases correspondientes a cada uno de los procesos.

PROCESO O PROCEDIMIENTO REGULAR.

Se considera a un proceso o un procedimiento regular, aquel en el que se hayan respetado garantías mínimas tales como los derechos al libre acceso a la jurisdicción, de defensa, a la prueba, motivación, a la obtención de una resolución fundada en derecho, la pluralidad de instancias, al plazo razonable del proceso, a un juez competente, independiente e imparcial, entre otros derechos fundamentales, por lo que un proceso judicial que se haya tramitado sin observar tales garantías se convierte en un proceso irregular que no solo puede, sino que debe ser corregido⁷⁹.

Ahora bien, según el Jurista Peruano Raúl Lorenzzi: “El proceso Penal es el conjunto de diligencias y actuaciones de una causa criminal, es el protector de la sociedad y ejecutor de las normas penales”⁸⁰.

⁷⁹ LUJÁN TÚPEZ, Manuel. “Diccionario Penal y Procesal Penal”. Primera Edición. Gaceta Jurídica S.A. Lima Perú, 2013. Pág. 478.

⁸⁰ LORENZZI GOICOCHEA, Raúl. “Diccionario Jurídico”. Primera Edición. Editorial LEJ Librería y Ediciones Jurídicas. Lima Perú, 1999. Pág. 452.

Por su parte el maestro Raúl Chanamé define al Proceso Penal como al conjunto de actos encaminados a la decisión jurisdiccional acerca de la realización de un delito estableciendo la identidad y grado de participación de los presuntos responsables⁸¹.

CONCEPTO DE PROCESO PENAL.

Respecto al proceso penal en específico el profesor Eberhard Schmidt considera que el proceso penal es “Un suceso jurídicamente disciplinado que se compone de actos que, por su relación con la sentencia, están unidos bajo un mismo punto de vista”. Agrega que el “Proceso penal se desarrolla así por los actos de los órganos de persecución del estado, del acusado y de los tribunales, por las vías prescritas por el derecho procesal para llegar a la sentencia, la cual determina por su parte, cuales actos son necesarios para su ejecución”⁸².

En el desarrollo del Derecho procesal penal en nuestro país, lo ubicamos en la obra del Profesor Domingo García Rada quien define al proceso penal como: “El medio que establece la ley para lograr la pretensión punitiva del Estado”⁸³.

Según el Maestro Trujillano Mixán Mass el proceso penal puede ser definido como “Una compleja y preordenada actividad jurisdiccional regulada coercitivamente, que a su vez constituye el único medio necesario, ineludible e idóneo para el esclarecimiento omnímodo e imparcial de la verdad concreta respecto de la conducta objeto del proceso y para la consiguiente determinación rigurosa de si es aplicable o no (realizable o no), en el caso singular, la ley penal”⁸⁴.

Por su parte nuestro gran jurista nacional de procedencia huancaína Don Moisés Tambini Del Valle define el proceso penal como “Una serie ordenada de actos

⁸¹ CHANAMÉ ORBE, Raúl. “Diccionario Jurídico Moderno”. Novena Edición. Grupo Editorial Lex & Iuris. Lima Perú, Mayo del 2014. Pág. 645.

⁸² SCHMIDT, Eberhard. “Los Fundamentos Teóricos Y Constitucionales Del Derecho Procesal Penal”. Comentario Doctrinario De La Ordenanza Procesal Penal Y De La Ley Orgánica De Los Tribunales. Traducción de José Manuel Núñez, Editorial bibliográfica argentina, buenos aires, 1957. Pág. 38.

⁸³ GARCÍA RADA, Domingo. “Manual De Derecho Procesal Penal”. 8va. Edición, Eddili, Lima-Perú 1984. Pág. 18.

⁸⁴ MIXÁN MASS, Florencio. “Derecho Procesal Penal II”. Segunda Edición. Ankor, Trujillo Perú, 1983. Pág. 69.

preestablecidos por la ley y cumplidos por el órgano jurisdiccional, que se inician luego de producirse un hecho delictuoso hasta llegar a una resolución final”⁸⁵.

A su turno el Profesor Cesar San Martín Castro, principal especialista nacional en Derecho procesal penal, proporciona una definición descriptiva de proceso penal, en cuya virtud este es “El conjunto de actos realizados por determinados sujetos (jueces, fiscales, defensores, imputados, etc.), con el fin de comprobar la existencia de los presupuestos que habilitan la imposición de una sanción y en el caso de que tal existencia de compruebe establecer la cantidad, calidad y modalidades de esta última”⁸⁶.

De otro lado el Profesor Arsenio Oré Guardia nos proporciona una definición del proceso penal orientada a sus fines del mismo: “El proceso penal aspira a obtener la certeza respecto de la conducta ilícita imputada”⁸⁷.

Ahora bien, como dice el destacado jurista Reyna Alfaro quien considera que cualquier definición “Pasa necesariamente por vincular la noción de proceso penal con los fines ulteriores del Derecho penal adjetivo dentro del Estado Social y Democrático de Derecho, asentado sobre las ideas de libertad y dignidad de la persona humana”⁸⁸, vinculando así la noción de proceso penal con la función asignada al Derecho procesal penal, función que ciertamente debe descansar sobre los principios que dan materialidad al Estado Social Y Democrático De Derecho que nuestra Carta Constitucional reconoce en su Artículo 43⁸⁹.

FUNCIÓN DEL DERECHO PROCESAL PENAL Y DEL PROCESO PENAL

Conforme a la doctrina mayoritaria dominante especializada en la presente materia, se considera que el Derecho procesal penal tiene como fin la realización de los objetivos del Derecho penal material.

⁸⁵ *TAMBINI DEL VALLE, Moisés y AVILA LEON DE TAMBINI, Nancy. “El proceso penal ordinario y las pruebas en el Derecho penal”. PRAXIS, Lima-Perú, 2003. Pág. 80.*

⁸⁶ *SAN MARTÍN CASTRO, Cesar. “Derecho Procesal Penal”, Vol. I, Primera Reimpresión de la Primera Edición, Editora Jurídica GRIJLEY. Lima-Perú, 1999. Pág. 31.*

⁸⁷ *ORÉ GUARDIA, Arsenio. “Manual de Derecho Procesal Penal”. Segunda Edición. Alternativas, Lima Perú, 1999. Pág. 18.*

⁸⁸ *REYNA ALFARO, Luis Miguel. “Manual De Derecho Procesal Penal”. Primera Edición. Editorial Instituto Pacifico S.A.C. Lima Perú, 2015. Pág. 36.*

⁸⁹ *Constitución Política Del Perú, Art. 43°: “La Republica del Perú es democrática, social, independiente y soberana”.*

El maestro San Martín Castro afirma que “El proceso penal busca, pues, proteger la integridad del ordenamiento jurídico penal, que en nuestro país, no solo importa imponer, siempre que dicho ordenamiento punitivo haya sido vulnerado, la pena o medida de seguridad respectiva, sino también determinar conjuntamente las consecuencias civiles de los mismos hechos”. Es así que el referido jurista vincula los fines del proceso con los de realización del Derecho penal material.

Compartiendo el criterio del profesor Reyna Alfaro los autores del presente trabajo de investigación optamos por concebir que el proceso penal tiene como fin principal (de carácter mediato) la realización del Derecho penal material, en tanto sea manifestación de la política criminal del Estado, y como fin secundario (de carácter inmediato) la obtención de la verdad procesal en el caso concreto.

MARCO CONSTITUCIONAL DEL PROCESO PENAL

En la actualidad conforme a las nuevas vertientes dogmáticas doctrinarias del Derecho y a la realidad social, frecuentemente se alude a la existencia de una “Relación mutuamente necesaria” entre constitución y Derecho procesal, de ahí que sostiene el destacado estudioso argentino Daniel Pastor que el Derecho procesal penal es un “Derecho constitucional reglamentado” o que se subraye el carácter limitador del Derecho penal que tiene la Constitución Política⁹⁰.

En este sentido, categórica es la afirmación del Tribunal Constitucional a través de la sentencia del 15 de noviembre del año 2001 (Exp. N° 005-2001-AI/TC) que parte del párrafo lo citamos en este acto: “El poder punitivo del Estado tiene límites impuestos por la Constitución. No puede ser arbitrario ni excesivo. Debe ser congruente con los principios constitucionales y razonablemente proporcionados no sólo al hecho delictivo, sino también al bien jurídico protegido. Por eso, no sólo el delito debe estar claramente tipificado en la ley, de manera detallada y explícita, sino además, el bien jurídico protegido debe ser delimitado claramente, a fin de impedir que ciertos actos

⁹⁰ KUHLEN, Lothar. (Catedrático Universitario Alemán) “¿Es Posible Limitar El Derecho Penal Por Medio De Un Concepto Material Del Delito?”, en: WOLTER, Jürgen y FREUND, Georg (Eds.). El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal, traducción a cargo del Área de Derecho penal de la Universitat Pompeu Fabra, Marcial Pons, Madrid España, 2004. Pág. 137.

sean calificados o tipificados equívocamente por el juzgador, con las consecuencias de un proceso indebido y una pena injusta.

En consecuencia, en palabras del Profesor Argentino Enrique Bacigalupo diríamos que: “El respeto de los derechos fundamentales fijados por la Constitución Política en el ámbito del proceso penal sirve como baremo para establecer el carácter liberal u autoritario de un estado”⁹¹. Por su parte el destacado Jurista Alemán Claus Roxin describe al derecho procesal penal como: “El sismógrafo de la Constitución del Estado”⁹², así mismo el profesor y jurista español Francisco Muñoz Conde destaca el carácter “Directamente ideológico” que tiene el Derecho procesal penal debido a que “Cualquier opción que se adopten en sus instituciones fundamentales refleja inmediatamente una determinada imagen del individuo, del estado y de la sociedad”⁹³.

En definitiva diríamos que la importancia de la relación entre Constitución y proceso penal si se toma en consideración el trascendental papel más allá de los defectos de algunas de sus resoluciones asumido por el supremo interprete de la Constitución denominado Tribunal Constitucional, el papel de la constitución del Estado ha dejado de ser simbólico para aproximarse a la realidad.

I.- EL PRINCIPIO DE ESTADO DE DERECHO COMO PRINCIPIO RECTOR DEL PROCESO PENAL.

Pese a que en nuestra carta magna no existe un reconocimiento con carácter expreso de este principio, es de unánime opinión que la idea de Estado de Derecho aparece como una fuente de interpretación y de identificación de los Derechos Fundamentales⁹⁴.

El Tribunal Constitucional Federal Alemán ha configurado los rasgos del Principio de Estado de Derecho como Principio Directivo: “El principio de Estado de Derecho pertenece a los principios generales y a las ideas directrices, que influyeron la totalidad

⁹¹ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. “Justicia Penal Y Derechos Fundamentales”. Marcial Pons, Madrid España, 2002. Pág. 133.

⁹² ROXIN, Claus. “Derecho procesal penal”. Traducción de la 25ª edición alemana de Gabriela Córdoba y Daniel pastor, Ediciones Del Puerto. Buenos Aires Argentina, 2000. Pág. 10.

⁹³ MUÑOZ CONDE, Francisco. “La búsqueda de la verdad en el proceso penal”. Segunda Edición. HAMMURABI, Buenos Aires Argentina, 2003. Pág. 14.

⁹⁴ RUBIO CORREA, Marcial. “La Interpretación De La Constitución Según El Tribunal Constitucional”, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima Perú, 2005. Pág. 95-96.

de la imagen preconstitucional de la cual partió el legislador, que no se ha compactado en un principio legal especial, en la medida que no ha sido precisado y moldeado en preceptos particulares de la Constitución escrita, ni está contenido en mandatos y prohibiciones de rango constitucional, determinados de manera detallada, sino que es un principio constitucional que requiere una concreción dependiendo de las condiciones materiales”⁹⁵.

El principio de estado de Derecho encuentra concreción en el Derecho penal a través de aquellos principios penales que se refieren a “La previsibilidad de la acción represiva por el ciudadano y a los límites de dicha acción”⁹⁶ ; es decir referido al valor seguridad jurídica.

El Tribunal Constitucional peruano, en la sentencia de fecha 30 de abril del 2003 (Exp. N° 0016-2002-AI/TC) ha indicado respecto al principio de seguridad jurídica: “El principio de la seguridad jurídica forma parte consubstancial del Estado Constitucional de derecho. La predictibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad”.

La idea de Estado de Derecho permite pues una utilización racional del Derecho penal (Realizado a través del Derecho procesal penal) por parte de la administración de justicia, frente a la posible contingencia de un poder político (Ejecutivo y legislativo) ansioso de valerse del “IUS PUNIENDI” estatal para acabar con sus opositores políticos o de utilizar al sistema penal con fines políticos. La utilización y respeto del principio de estado de derecho sirve para realizar el principio de división de poderes, de independencia de la administración de justicia y así mismo garantizar el Derecho a contar con un juez imparcial, legitimando al propio estado.

⁹⁵ Sentencia de fecha 26 de febrero de 1969 (2 BvL 15,23-68); extraída de SCHWABE Jürgen (comp.): Cincuenta años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, traducción de Marcela Anzola, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Medellín 2003. Pág. 402-404.

⁹⁶ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. “Justicia Penal Y Derechos Fundamentales”. Marcial Pons, Madrid España, 2002. Pág. 82.

El carácter dinámico del Estado de Derecho es el que lo afianza como principio directivo del orden jurídico y que exige una continua verificación de su vigencia y respeto, es así que nuestro Tribunal Constitucional ha indicado al respecto: “El Estado democrático de Derecho está, pues, sujeto a un plebiscito de todo los días”⁹⁷ esto es en definitiva una posición absolutamente lógica, por ello recurrimos al Maestro Rubio Correa quien precisa “El estado social y democrático del Derecho no es una cosa que existe. Por el contrario, está en continuo hacerse: solo existe si en cada circunstancia funciona como tal”⁹⁸.

Lo manifestado líneas arriba nos conlleva al principio de interdicción de la arbitrariedad, que según el Profesor Marcial Rubio: “Tiene el significado de prohibir el uso arbitrario del poder dentro del estado y del Derecho”, cuya aplicación en el ámbito del derecho procesal penal supondría “La interdicción de la arbitrariedad en el ejercicio del poder penal estatal”.

En esa línea el Tribunal Constitucional peruano, a través de la sentencia de fecha 05 de julio del año 2004 (Exp. N° 0090-2004-AA/TC), alude al principio de interdicción de la arbitrariedad del modo siguiente: “De allí que desde el principio del Estado de Derecho, surgiese el principio de interdicción de la arbitrariedad, el cual tiene un doble significado: A) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el Derecho; B) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión”.

II.- EL DEBIDO PROCESO LEGAL (FORMAL Y MATERIAL) Y PROCESAL PENAL.

El debido proceso y el derecho fundamental a tenerlo se encuentran positivizados tanto en el ámbito de normas de derecho internacional público, en sede constitucional, como en la legislación interna de Derecho penal formal y resulta consecuencia de la reserva al estado del monopolio del uso legítimo de la fuerza. El debido proceso se conceptualiza

⁹⁷ Sentencias del Tribunal Constitucional Peruano. De fecha 29 de enero del 2004. Expediente N° 015-2001- AI/TC y Expediente N° 016-2001-AI/TC.

⁹⁸ RUBIO CORREA, Marcial. “La Interpretación De La Constitución Según El Tribunal Constitucional”, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima Perú, 2005. Pág. 338.

como “Un Derecho complejo que entraña un conjunto de garantías constitucionales” que se realizan a lo largo del proceso.

Al respecto el Tribunal constitucional ha señalado que el debido proceso es: “**Aquel Derecho que tiene toda persona o sujeto justiciable de invocar al interior del órgano jurisdiccional el respeto a un conjunto de principios procesales**”⁹⁹. Así mismo refiere que es una: “**Garantía procesal compuesta por un conjunto de principios y presupuestos procesales mínimos que debe reunir todo proceso para asegurar al justiciable la certeza, justicia y legitimidad de su resultado**”¹⁰⁰.

En el desarrollo del presente tema materia de estudio, debemos entender que es indispensable traer a colación el Derecho Internacional por ende su tratamiento jurisprudencial como en este acto citamos lo expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto al debido proceso: “**El debido proceso legal es el Derecho de toda persona de ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad a la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra o para la determinación de los derechos de carácter civil, laboral, fiscal u otro cualquiera**”¹⁰¹.

Como bien podemos entender, en base al planteamiento del Jurista Peruano Cesar Landa quien dice: “El debido proceso es un Derecho genérico, complejo que engloba y viabiliza la realización de diversas garantías constitucionales de orden procesal, tiene también categoría de derecho fundamental”¹⁰².

III.- LOS DERECHOS, PRINCIPIOS Y GARANTÍAS DEL PROCESO PENAL.

El Derecho a un debido proceso legal es uno de los derechos fundamentales del ciudadano, que solo encontrará plasmación a partir de la satisfacción de ciertos marcos

⁹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano. De fecha 09 de Abril del año 1999. Expediente N° 0612-1998- AA/TC.

¹⁰⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano. De fecha 29 de Enero del año 2003. Expediente N° 2940-2002- HC/TC.

¹⁰¹ Sentencia De La Corte Interamericana De Derechos Humanos, caso “Genie Lacayo Vs. Nicaragua” citado por REYNA ALFARO, Luis Miguel. En su “Manual De Derecho Procesal Penal”. Primera Edición. Editorial Instituto Pacifico S.A.C. Lima Perú, 2015. Pág. 189.

¹⁰² LANDA ARROYO, César Rodrigo. “Teoría Del Derecho Procesal Constitucional”. Palestra Editores. Lima Perú, 2003. Pág. 196.

mínimos o elementos que ubiquen el proceso penal dentro de las premisas propias de la noción de Estado de Derecho. Todos estos elementos conformantes de la idea de debido proceso legal según el Catedrático Alemán Claus Roxin quien menciona que “Es el mandato superior del Derecho procesal penal”, por lo que en el presente trabajo analizamos bajo la denominación: “Derechos, principios y garantías del proceso penal”. Pese a que es rotundamente complicado establecer unánimes criterios clasificatorios de estos “Derechos, principios y garantías del proceso penal”, debido a la íntima relación e incluso superposición que existe entre el uno y otro Derecho, principio y garantía, tomamos la clasificación hecha por el profesor Claus Roxin por ser la más coherente desde nuestro humilde punto de vista. En ese sentido el autor en mención establece salomónicamente 4 distintos niveles de clasificación de los Derechos, principios y garantías del proceso penal, tomados en cuenta y adecuados respectivamente por el Jurista Peruano Luis Miguel Reyna Alfaro, de ahí que quedaría de la siguiente manera: **Principios De Iniciación Del Proceso Penal:** el principio de oficialidad, el principio acusatorio, el principio de legalidad procesal, el principio del juez natural o predeterminado por ley y el principio de tutela jurisdiccional efectiva; **Principios De Realización Del Proceso:** principio de estricta sujeción a la ley, principio de defensa, el principio de celeridad, el principio de presunción de inocencia, el derecho a la motivación de resoluciones judiciales, el principio de congruencia, el principio *nom bis in ídem*, el principio de proporcionalidad, el principio de preclusión o eventualidad y el principio de pluralidad de instancias; **Principios Probatorios:** el principio de inmediación, el principio de indubio pro reo, y **Principios Referidos A La Forma:** el principio de formalidad, principio de oralidad, el principio de publicidad¹⁰³.

Ahora bien, en el desarrollo de la presente tesis, optaremos por desarrollar a profundidad solamente alguno es estos principios líneas arriba mencionados por ser materia de análisis e investigación, así como de manera en particular por interrelacionarse directamente y abarcar nuestro ámbito de estudio del problema de investigación, más aun por convenir a nuestra posición planteada.

¹⁰³ REYNA ALFARO, Luis Miguel. “Manual De Derecho Procesal Penal”. Primera Edición. Editorial Instituto Pacifico S.A.C. Lima Perú, 2015. Pág. 191.

PRINCIPIOS DE INICIACIÓN DEL PROCESO

PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

*El principio de legalidad, uno de los principios superiores del Derecho penal y postulado fundamental del Estado de Derecho¹⁰⁴, se habla con firmeza conforme a la doctrina e historia dominante que ha encontrado plasmación constitucional a partir de la declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano (1789), en cuyo Art. 8° se establecieron las bases del principio luego formulado por el Criminalista y Filósofo Alemán Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach (**Nulla Poena, Nullum Crimen Sine Lege**)¹⁰⁵.*

En este orden de ideas, entendemos que Feuerbach concebía que si solo cada ser humano sabía con certeza que la infracción era seguida de un mal mayor, podía este recibir el efecto coactivo de la pena e inhibirse de ejecutar el comportamiento reprochado por el Derecho penal¹⁰⁶.

*El principio “No hay delito ni pena sin ley” puede desdoblarse en cuatro mandatos: A) “No hay delito ni pena sin ley previa” (**Lex Praevia**), B) “No hay delito ni pena sin ley estricta” (**Lex Stricta**), C) “No hay delito sin ley cierta” (**Lex Certa**) y D) “No hay delito ni pena sin ley escrita” (**Lex Scripta**), de ahí que observamos que por lo menos tres de estos mandatos están dirigidos fundamentalmente al operado de justicia penal (**Lex Praevia, Lex Stricta y Lex Scripta**).*

¹⁰⁴ ROXIN, Claus (Jurista Alemán). “DERECHO PENAL Parte General”. Tomo I. Traducción de la Segunda Edición Alemana por Diego Luzón Peña, Miguel Días y García-Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Editorial CIVITAS. Madrid España, 1997. Pág. 137. En consecuencia las declaraciones del **Tribunal constitucional Español** en las **sentencias 133/87, 151/97 y 232/97** que sostienen que el **Principio De Legalidad** “*Es esencialmente una concreción de diversos aspectos del Estado de Derecho*”.

¹⁰⁵ “**Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Praevia Lege**” es una frase en latín, que se traduce como “Ningún delito, ninguna pena sin ley previa”. En palabras de profesor Chanamé Orbe: “Principio que se encuentra consagrado en todo nuestro ordenamiento jurídico, que quiere decir, que nadie podrá ser sancionado por un acto no previsto o tipificado por ley, como acto o falta grave, vigente al momento de su comisión”, Expresado en CHANAMÉ ORBE, Raúl. “Diccionario Jurídico Moderno”. Novena Edición. Grupo Editorial Lex &Iuris. Lima Perú, Mayo del 2014. Pág. 552.

¹⁰⁶ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (Jurista Argentino). “DERECHO PENAL. Parte General”. Segunda Edición, Editorial HAMMURABI. Buenos Aires Argentina, 1999. Pág. 103-104.

*Según el Profesor Chanamé Orbe el principio de legalidad es un principio que identifica el derecho con la ley o con aquellas normas de similar jerarquía; en tal virtud a las normas de inferior valor tales como Decretos, Resoluciones y normas con intereses de parte. Dicha supremacía nace de lo previsto en el Art. 138° de la Constitución Política¹⁰⁷, cuando señala que la Constitución, texto fundamental prevalece sobre toda otra norma de inferior categoría. Si bien el principio de legalidad establece la jerarquía descendente después de la ley en base al Art. 138° (parte **in fine**¹⁰⁸) de la Constitución Política¹⁰⁹, seguidamente el referido autor cita al Constitucionalista Español Manuel García Pelayo de quien reproduce su definición respecto al tema materia del presente, en consecuencia “Toda acción de la administración o toda decisión de los tribunales, ha de ser una aplicación de la ley. Ello es, por supuesto, coherente con el principio de la legitimidad racional, según el cual no mandan los hombres y ni siquiera las autoridades, sino las leyes; lo es también con la seguridad jurídica como uno de los valores a garantizar por el Estado, y lo es, no menos, con la hegemonía del parlamento dentro del esquema clásico de la división de poderes. Corolario del principio de la legalidad es prescindiendo aquí de las circunstancias jurídico-políticas en que se originó el de la reserva legal, según la cual toda intervención que afecte a la libertad y a la propiedad solo puede tener lugar en virtud de una ley formal, es decir aprobada por el parlamento”.*

*A su turno el Profesor Lorenzzi Goicochea señala referente al Aforismo Latino “No hay delito, no hay pena sin ley previa” que es un enunciado emitido por Feuerbach, que surge como consecuencia de un movimiento de magistrados y filósofos en el siglo XVIII; el máximo representante de este movimiento, es Cessare Beccaria, con su Libro De Los Delitos Y De Las Penas De 1764 y se fundamenta este principio en la tesis del Contrato Social con un objetivo concreto que el Estado ejerza el “**Ius Puniendi**” para una mejor convivencia¹¹⁰.*

¹⁰⁷ Constitución Política del Perú. Art. 138° 2do párrafo: “...En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”.

¹⁰⁸ “**In fine**” es un Aforismo Latino que significa “Al final”.

¹⁰⁹ CHANAMÉ ORBE, Raúl. “Diccionario Jurídico Moderno”. Novena Edición. Grupo Editorial Lex & Iuris. Lima Perú, Mayo del 2014. Pág. 630.

¹¹⁰ LORENZZI GOICOCHEA, Raúl. “Diccionario Jurídico”. Primera Edición. Editorial LEJ Librería y Ediciones Jurídicas. Lima Perú, 1999. Pág. 436.

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO.

Este principio de legalidad se encuentra regulado expresamente en el Artículo II del Título Preliminar de nuestro Código Penal Peruano que a la letra dice: “Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella”.

Según el Jurista Francisco Chirinos Soto se trata de la afirmación al estar regulado en nuestra legislación penal se trata de la afirmación del principio de legalidad, plasmado en la expresión latina: “Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege”, no hay crimen no hay pena sin ley existente al momento de la comisión del hecho.

El principio de legalidad envuelve al principio de tipicidad (taxatividad)¹¹¹, conforme al cual un hecho de la conducta del hombre, para ser inculcado y dar lugar a una pena, debe corresponder exactamente vale decir, “De manera expresa e inequívoca” a una figura delictiva prevista por ley existente al momento de su comisión. Este principio, que constituye una de las mayores garantías del Derecho penal, fue admirablemente consagrado por el ilustre Cessare Beccaria, precursor y apóstol de la reforma del Derecho punitivo, quien decía: “Nada más peligroso que dejar al arbitrio de autoridades y jueces la determinación del carácter delictuoso de una conducta humana. Debe ser la ley, de modo abstracto, la que establezca cuales hechos son reprimibles. La tipicidad¹¹²

¹¹¹ **Taxatividad.**- Literal. Riguroso. Todo lo que está circunscrito a los términos y circunstancias expresamente indicadas. Lo que no admite ampliaciones o inclusiones. Por ello, en el medio forense se hace uso de la expresión “Enumeración taxativa”, o sea, aquella que está limitada por su propio texto y no susceptible de ampliarse ni de interpretarse en forma extensiva aplicándose a situaciones similares que no contempla expresamente. Es el caso de las sanciones tributarias, que responde a preceptos expresos, que tipifican en forma clara y precisa cuando hay y cuando no hay infracción sancionable. No puede imponerse una sanción tributaria por analogía, ni por interpretación extensiva, ni por criterio de la autoridad competente, sin que exista respaldo legal. Para la Real Academia Española, su sentido forense es: “Que limita, circunscribe y reduce un caso a determinadas circunstancias”. Definición según FLORES POLO. Pedro (Jurista Peruano). “Diccionario Jurídico Fundamental”. Segunda Edición. Editora Jurídica Grijley. Lima Perú. Junio del 2002. Pág. 792.

¹¹² **Tipicidad.**- Dícese de la descripción o representación objetiva de un delito en el código penal, configurándolo en un artículo que sirve como definición objetiva y que los expertos le llaman “tipo penal”. Para el tratadista alemán Beling, es la denominación técnica del delito, y su descripción legal, que constituye uno de los elementos esenciales para su punición. Por ejemplo, el robo se tipifica desde el instante mismo en que se comprueba el apoderamiento ilícito de la cosa ajena y el ánimo de lucro en el agente. No es necesario hacer otro tipo de digresiones, averiguaciones o clarificaciones sobre la capacidad, imputabilidad, circunstancias atenuantes o agravantes, etc., que pueden concurrir en torno al agente. El antecedente de este concepto moderno de tipicidad, está en el principio “Nullum Crimen, Sine Lege” o principio de legalidad

consiste, precisamente en eso. Un comportamiento humano debe estar encuadrado en una figura penal típica para posibilitar el enjuiciamiento y la sanción¹¹³.

En definitiva diríamos que este principio tiene una relevancia constitucional, al estar regulado *taxativamente*¹¹⁴ por nuestra **Constitución Política del Perú en su Art. 2° Toda persona tiene Derecho: Inc. 24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: letra d). “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no este previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”**. Así mismo este principio con carácter preponderante se encuentra regulado en los tratados internacionales de los cuales nuestro país es parte, de ahí que en la **Declaración Universal De Derechos Humanos, específicamente en su Art. 11° Inc. 2 expresa: “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”**. Así mismo por su parte el **Pacto Internacional De Derechos Civiles Y Políticos adoptado por la Organización De Las Naciones Unidas mediante resolución N° 2200A (XXI), en su Art. 15° Inc. 1 textualmente refiere: “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.**

que informa la doctrina penal moderna. Para el destacado jurista español Luis Jiménez De Asúa, la tipicidad es la descripción legal del delito, desprovista de carácter valorativo, consecuentemente, el “Tipo Legal” es la abstracción concreta trazada por el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito. En lo penal, el principio de tipicidad, al contrario del principio de legalidad, que tiene carácter y contenido sustancial. Es justamente el principio de tipicidad el que fundamenta la prohibición del empleo de la analogía como instrumento de integración de normas en el campo jurídico penal. Como explica el jurista Bramont Arias, el tipo legal es la descripción objetiva de la conducta punible hecha por el legislador en cada uno de los artículos de la parte especial del código penal. La tipicidad es el segundo elemento indispensable para que pueda existir delito. Es el corazón o núcleo central que rige una serie de delitos, abstracción o esquema que reúne en un concepto los elementos esenciales de una figura o serie de figuras delictivas: “matar a otro”, en el delito de homicidio, “apoderarse de una cosa mueble ajena”, en el hurto o en el robo. Definición según FLORES POLO. Pedro (Jurista Peruano). “Diccionario Jurídico Fundamental”. Segunda Edición. Editora Jurídica Grijley. Lima Perú. Junio del 2002. Pág. 804-805.

¹¹³ CHIRINOS SOTO, Francisco. “Código Penal Comentado, Concordado, Anotado, Sumillado, Jurisprudencia, Normas Complementarias”. Segunda Edición. Editorial RODHAS. Lima Perú, 2009. Pág.39.

¹¹⁴ **Taxativo**.- Riguroso, estricto, literal, por que limita y circunscribe a los términos y circunstancias expresamente indicados. Catalogo/relación de supuestos/derechos restrictivo o cerrado. Por antonomasia, lo opuesto a “enunciativo” (relación abierta). Definición según ALFARO PINILLOS, Roberto (Jurista Peruano). “Diccionario Practico De Derecho Civil Y Derecho Procesal Civil”. Tomo II. Primera Edición. Editorial Motivensa Editora Jurídica S.R.L. Lima Perú, Marzo del 2014. Pág. 1617.

Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiara de ello. Es decir hace una referencia al principio de irretroactividad de la ley salvo en materia penal cuando favorezca al reo¹¹⁵. De otro lado la **Convención Americana Sobre Derechos Humanos** también regula este principio en su **Art. 9°** manifestando: ***“Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiara de ello”***.

De ahí que nuestra administración de justicia peruana a través de basta jurisprudencia ha marcado precedencia con carácter vinculante, en tal sentido a manera de ejemplo citamos alguna de ellas:

“Que la tipicidad y antijuricidad son elementos esenciales en los hechos de la conducta humana, para considerar como delito determinante, tal como para ver aperturado el presente proceso penal. Que, en el caso de análisis, fluyen estos elementos fundamentales: la tipicidad y antijuricidad. Que, las acciones u omisiones deben estar descritas concretamente como tipos delictuosos o antijurídicos, ya sean en el código penal o en la ley especial”¹¹⁶. (El subrayado es nuestro).

“La ley penal es clara, objetiva y precisa en su esencia teleológica, describiendo y tipificando que hechos y actos de la conducta humana son antijurídicos que constituyen delitos, estableciendo para cada tipo una determinada sanción basada en el principio de legalidad, consistiendo este en no reconocer hechos de la conducta humana como delitos si previamente no está penado por la ley, principio doctrinario consagrada en la Constitución Política del Perú, siendo en tal sentido la antijuricidad y la tipicidad, elementos esenciales en los hechos de la conducta humana para considerarlos como

¹¹⁵ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Art. 103° 2do párrafo:** *“Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo”*. **CÓDIGO PENAL. Art. 6°:** *“La ley penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible. No obstante, se aplicara la más favorable al reo, en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales. Si durante la ejecución de la sanción se dictare una ley más favorable al condenado, el juez sustituirá la sanción impuesta, por la que corresponda, conforme a la nueva ley”*.

¹¹⁶ Exp. N° 98-0067. JP, Editorial Normas Legales, Tomo I, pág. 86.

delitos, principio jurídico penal que en el caso de autos fluye claramente”¹¹⁷. (El subrayado es nuestro).

Por su parte el Tribunal Constitucional Peruano ha llegado a desarrollar en reiterada oportunidad con un sin número de jurisprudencias de carácter vinculante el principio de legalidad:

“Excepcionalmente cabe efectuar un control constitucional sobre una resolución judicial por afectación del principio de legalidad penal; concretamente, cuando al aplicar un tipo penal o imponer una sanción, el juez se aparta de la literalidad del tipo legal o aplica un determinado precepto siguiendo pautas interpretativas manifiestamente irrazonables, contrarias a la Constitución y al sistema de valores materiales que esta encierra”¹¹⁸

EL PRINCIPIO DEL DERECHO AL JUEZ NATURAL O PREDETERMINADO POR LEY Y SUS DERIVACIONES: DERECHO AL JUEZ IMPARCIAL Y EL DERECHO A UN JUEZ INDEPENDIENTE.

El Derecho Constitucional de “Juez natural” o “Juez legal”, según el destacado jurista español Juan Luis Gómez Colomer “Es una de las piedras angulares de un sistema judicial democrático pues aquel es justamente el que permite sostener la existencia de un debido proceso”.

Nuestra Constitución Política reconoce, en su Art. 139° Inc. 3, 2do párrafo¹¹⁹, el Derecho a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada por la ley. Dicho principio a su vez reconocido en múltiples instrumentos internacionales¹²⁰ es de protección a los derechos humanos.

¹¹⁷ Exp. N° 81-99. JP, Editorial Normas Legales, Tomo I, pág. 95.

¹¹⁸ **SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.** Expediente N° 2758-2004-HC/TC, de fecha 23 de febrero del 2005, fundamento 08. En GACETA JURIDICA CONSTITUCIONAL. “El Derecho Penal Y Procesal Penal En La Constitución”. Alonso R. Peña Cabrera, Hesberth Benavente Chorres, David Fernando Panta Cueva, Rogger Aldana Domínguez, Percy Velásquez Delgado. Primera Edición. Gaceta Jurídica S.A. Lima Perú. Octubre del 2009. Pág. 202.

¹¹⁹ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Art. 139° Inc. 3, 2do párrafo:** “Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación”.

¹²⁰ **DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS:** Art. 8° “Toda persona tiene Derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes”; **PACTO INTERNACIONAL DE**

Ahora bien, ya habiendo entendido las peculiaridades perfectamente respecto al Principio del Derecho al juez natural o determinado por ley, como quiera que de acuerdo al interés de nuestro trabajo de investigación nos conlleva a profundizar las derivaciones de este principio como es el Derecho al juez imparcial y el derecho al juez independiente, por toda esas consideraciones precisamos que con mayor magnitud desarrollaremos los mismos en el presente:

La importancia del derecho a un juez imparcial se relaciona directamente con la propia idea de un debido proceso legal. En este sentido, el Tribunal Constitucional Español a través de una sentencia de fecha 22 de julio del 2002 (STC 155/2002), ha expresado: “Sin juez imparcial no hay propiamente, proceso jurisdiccional”.

El derecho a un juez imparcial goza, al igual que el Derecho al juez natural, de reconocimiento normativo internacional, constitucional e interno. Dentro de las normas de derecho internacional público que amparan el derecho a un juez imparcial se encuentra en la declaración universal de derechos humanos (Art. 10°), el pacto internacional de derechos civiles y políticos (Art. 14°) y la convención americana sobre derechos humanos (Art. 8°. Inc. 1).

Constitucionalmente el derecho a un juez imparcial obtiene carta de naturaleza a partir del Derecho a un juez natural al que se hace expresa referencia en el Art. 139° inc. 3 de la constitución con el que se encuentran íntimamente vinculado.

El reconocimiento de un Derecho a ser juzgado por un juez imparcial no tendría sentido si no existieran instrumentos en la legislación ordinaria para ejercerlo. Así se expresa nuestro Tribunal Constitucional: “No basta que el Derecho al juez natural sea recogido por los textos constitucionales, sino que es necesario instaurar aquellos institutos que doten a los justiciables de los medios para llevar el uso del Derecho al terreno práctico”¹²¹.

DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS: Art. 14° inc. 1 “Toda persona tendrá Derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente”; CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS: Art. 8° Inc. 1 “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un tribunal competente”.

¹²¹ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente N° 010-2002-AI/TC, de fecha 03 de Enero del año 2003, fundamento 112.

El Tribunal Constitucional peruano ha reconocido que el Derecho a un juez imparcial puede resultar afectado si se obstruye o limita en demasía el acceso a la recusación de los magistrados. Por ello adopta la postura siguiente: “Aun cuando exista un abierto reconocimiento constitucional del Derecho al juez natural, si se restringiera irrazonablemente la posibilidad de recusar a los jueces del proceso, el ejercicio del Derecho no encontraría posibilidad de manifestarse en los hechos” contenida en la SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente N° 010-2002-AI/TC, de fecha 03 de Enero del año 2003, fundamento 112.

El Derecho a un juez imparcial supone “La ausencia de vinculación o de relación del juez con las partes o con el objeto procesal”, esto significa entonces que al juez le sea indiferente el resultado del proceso.

La idea subyacente al Derecho a un juez imparcial plantea no solo un Derecho a ser juzgado por un juez predeterminado por ley, sino también además el Derecho a ser juzgado por un juez independiente que no se encuentre sometido a las presiones externas de otros poderes del Estado o de los medios de comunicación social. Es así que diremos que la independencia del juez es un presupuesto de su imparcialidad, ello explica posiblemente el origen histórico del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, como barrera para evitar la intromisión del poder ejecutivo con el poder judicial.

La independencia de la administración de justicia supone la verificación de la idea de división de poderes implícita en el principio de Estado de Derecho y, del mismo modo, constituye un elemento condicionante de la legitimidad estatal¹²².

¹²² BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. “Justicia Penal Y Derechos Fundamentales”. Marcial Pons, Madrid España, 2002. Pág. 47.

La independencia de la administración de justicia concluiríamos que es una cuestión en sí del ámbito de estudio y aplicación del Derecho Constitucional¹²³ y de organización judicial¹²⁴, pero no puede negarse su trascendencia al derecho procesal penal.

EL PRINCIPIO DE TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA.

Este principio que en el fondo es un Derecho y sobre todo garantía, constituye uno de los pilares sobre los que se asienta la idea de “Debido proceso legal”, indicativo de ello es la vinculación existente entre el debido proceso y tutela jurisdiccional, regulado en el Art. 139° Inc. 3 de la Carta Magna¹²⁵.

La tutela jurisdiccional efectiva constituye, en breves palabras, “La garantía de que las pretensiones de las partes que intervienen en un proceso serán resueltas por los órganos judiciales con criterios jurídicos razonables”¹²⁶.

PRINCIPIOS DE REALIZACIÓN DEL PROCESO.

EL PRINCIPIO DE ESTRICTA SUJECCIÓN A LA LEY.

El Art. 146° de la Constitución Política del Perú¹²⁷, señala que los magistrados judiciales “Solo están sometidos a la constitución y la ley”. Esta declaración en nuestro texto fundamental proporciona carta de naturaleza al principio jurisdiccional de estricta sujeción a la ley.

¹²³ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Art. 139° Son principios y derechos de la función jurisdiccional Inc. 2:** “La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución....”

¹²⁴ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL. Art. 2°:** “El poder judicial en su ejercicio funcional es autónomo en lo político, administrativo, económico, disciplinario e independiente en lo jurisdiccional, con sujeción a la constitución y a la presente ley”.

¹²⁵ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Art. 139° Son principios y derechos de la función jurisdiccional Inc. 3:** “La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional”.

¹²⁶ OBANDO BLANCO, Víctor Roberto (Jurista Peruano). “El Derecho A La Tutela Jurisdiccional Efectiva En La Jurisprudencia”. Segunda Edición. Editorial PALESTRA Editores. Lima Perú, 2002. Pág. 20.

¹²⁷ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Art. 146° In Fine. El Estado garantiza a los magistrados judiciales: Inc. 1.** “Su independencia. Solo están sometidos a la constitución y a la ley”.

La sujeción a la ley resulta ser estricta por dos razones según el Maestro Bacigalupo¹²⁸.

A) En primer lugar, porque la relevancia penal de una conducta no puede ser establecida a partir de la mera voluntad del magistrado. Esto tiene que ver como salomónicamente lo refiere el Jurista Bacigalupo con el principio de división de poderes que impiden al juez crear el Derecho y que le imponen por el contrario únicamente aplicarlo. Estamos pues frente al principio de legalidad penal expresado jurisdiccionalmente.

B) En segundo lugar porque el juez debe ceñirse a los estrictos términos de la ley sin considerar los resultados de esta aplicación.

Tampoco puede considerarse que el principio de estricta sujeción a la ley impida a los jueces realizar labor interpretativa¹²⁹.

El juez no puede ser “Esclavo de la ley”, ni puede decirse hoy en día como decía Feuerbach en el año de 1804 que “El juez está vinculado a la palabra estricta y desnuda de la ley” o como decía Montesquieu que el juez no sea sino la boca que pronuncia las palabras de la ley. Es que nuestro texto fundamental deja en evidencia que el orden jurídico es algo más que el orden legal, es decir, que está compuesto no solo de leyes, sino también de valores superiores como la justicia o la igualdad; de forma tal que el ejercicio de la función jurisdiccional sometido por mandato del Art. 146° de la Constitución en primer término a la constitución tiene como cometido no solo el sentido literal de las leyes, sino también alcanzar esos valores superiores implícitos en el sistema jurídico¹³⁰.

Añade el destacado Jurista Argentino Enrique Bacigalupo “Este entendimiento del principio de sujeción a la ley, más allá del mero orden legal, permite pues al juez desechar cualquier posible sujeción a leyes contrarias a los valores superiores contenidos en el texto fundamental”, es así que el Juez no está vinculado solo a la ley y

¹²⁸ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. “Justicia Penal Y Derechos Fundamentales”. Marcial Pons, Madrid España, 2002. Pág. 32.

¹²⁹ REYNA ALFARO, Luis Miguel. En su “Manual De Derecho Procesal Penal”. Primera Edición. Editorial Instituto Pacifico S.A.C. Lima Perú, 2015. Pág. 223.

¹³⁰ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. “Justicia Penal Y Derechos Fundamentales”. Marcial Pons, Madrid España, 2002. Pág. 34.

la Constitución, sino también a los valores fundamentales que forman parte del ordenamiento jurídico y que la constitución solo enuncia. Obviamente esto tampoco quiere decir que el juez pueda prescindir absolutamente del orden legal, esto es, que pueda decidir únicamente en función a los valores superiores, sin relación alguna con la ley. Frente a este divague corresponde a la teoría de la interpretación de la ley encontrar el punto justo para una aplicación correcta de la ley que se encuentra sujeta al orden legal sin prescindir de los valores implícitos al orden jurídico.

El principio de estricta sujeción a la ley permite garantizar la independencia e imparcialidad de la administración de justicia¹³¹. Es evidente, si el magistrado judicial se somete únicamente a la constitución y a la ley, las influencias externas no tendrán ningún efecto, salvaguardándose un ejercicio independiente de la función jurisdiccional¹³². Tienen pues los principios de estricta sujeción a la ley y de independencia una conexión funcional¹³³.

La vigencia del principio de estricta sujeción a la ley permite también que la actividad jurisdiccional sea legitimada democráticamente por la sociedad. Esto es correctamente graficado por el célebre Constitucionalista Español Javier Pérez Royo: “El juez tiene legitimidad democrática porque cuando actúa, dictando cualquier resolución (sentencia, auto, etc.), no es una voluntad la que se impone, sino lo que se impone es la voluntad general, es decir la voluntad de los ciudadanos a través de sus representantes objetivada por la ley”¹³⁴.

PRINCIPIO Y DERECHO DE DEFENSA

Toda persona tiene Derecho a la defensa. Toda persona tiene la facultad de tomar conocimiento de la pretensión deducida en su contra, de ser oído en juicio, de defender los derechos, de contar con un defensor, de ofrecer pruebas a su favor y de obtener una

¹³¹ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. “Justicia Penal Y Derechos Fundamentales”. Marcial Pons, Madrid España, 2002. Pág. 47.

¹³² En sentido parece decantarse del Art. 2º del Texto Único Ordenado De La Ley Orgánica Del Poder Judicial.

¹³³ HASSEMER, Winfried (Jurista Alemán) “Sistema Jurídico Y Codificación: La Vinculación Del Juez A La Ley”. Traducción de María Martínez, en: KAUFMANN, Arthur y HASSMER, Winfried (Editores). El pensamiento jurídico contemporáneo, debate. Madrid España, 1992. Pág. 209.

¹³⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco (Jurista Español). “La Búsqueda De La Verdad En El Proceso Penal”. Segunda Edición. Editorial HAMMURABI. Buenos Aires Argentina, 2003. Pág. 27.

sentencia que oportunamente resuelva la causa según el Jurista Nacional Moisés Tambini¹³⁵.

El Derecho a la defensa es calificado como uno de los ámbitos paradigmáticos del debido proceso penal. Constitucionalmente es reconocido por el Art. 139° Inc. 14 del texto fundamental¹³⁶ en sintonía con los desarrollos de los principales instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos. De ahí que por esta razón el ilustre Profesor Argentino Alberto Binder sostiene que la garantía de defensa es la que torna operativas las demás garantías del proceso penal¹³⁷.

Se habla que en virtud a este Derecho, a toda persona se le asegura “La posibilidad de intervenir ya sea directamente y/o a través de un defensor letrado, desde el inicio y a lo largo de todo el procedimiento penal, en toda las actuaciones del procedimiento en que la ley expresamente no lo excluye, con la finalidad de manifestar su inocencia o cualquier circunstancia que extinga o atenué su responsabilidad”.

Es así que el Tribunal Constitucional ha definido: “El contenido esencial del Derecho de defensa queda afectado cuando, en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedido, por concretos actos de órganos judiciales, de hacer uso de los medios necesarios, suficientes y eficaces para ejercer la defensa de sus derechos e intereses legítimos”¹³⁸.

El contenido constitucionalmente protegido del Derecho de defensa, garantiza que toda persona, natural o jurídica, sometida a un proceso jurisdiccional, cualquiera que sea la materia de que este se trate, no pueda quedar en estado de indefensión. La situación de indefensión que el programa normativo de Derecho de defensa repulsa no solo se

¹³⁵ CHANAMÉ ORBE, Raúl. “Diccionario Jurídico Moderno”. Novena Edición. Grupo Editorial Lex &Iuris. Lima Perú, Mayo del 2014. Pág. 318.

¹³⁶ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Art. 139°** Son Principios Y Derechos De La Función Jurisdiccional. **Inc. 14: “El principio de no ser privado de derecho a la defensa en ningún estado del proceso...”**.

¹³⁷ BINDER, Alberto (Jurista Argentino). “Introducción Al Derecho Procesal Penal”. Ad Hoc. Buenos Aires Argentina, 2002. Pág. 151. Igual opinión en CUBAS VILLANUEVA, Víctor. “El proceso penal. Teoría y práctica”. Editorial PALESTRA Editores. Lima Perú, 1997. Pág. 50.

¹³⁸ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente N° 1230 -2002-AH/TC, de fecha 20 de Junio del año 2002.

presenta cuando el justiciable no ha tenido la oportunidad de formular sus descargos frente a las pretensiones de la otra parte, si no también cuando, no obstante haberse realizado determinados actos procesales destinados a levantar los cargos formulados en contra, en el caso, se evidencie que la defensa no ha sido real y efectiva¹³⁹.

EL DERECHO A LA MOTIVACIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES.

Para poder entender este Derecho, primeramente tenemos que definir con precisión el término motivación.

MOTIVACIÓN.- *Todo pronunciamiento emitido por una autoridad, tanto de carácter administrativo como jurisdiccional e incluso por instancias privadas que toman decisiones que afectan a otros sujetos debe motivarse, lo que implica exponer las razones por las cuales se decide en un determinado sentido, plasmándolas en el pronunciamiento y que de tales argumentos se derive el sentido del fallo. Ahora bien, la motivación puede ser entendida desde tres perspectivas: A) Como justificación de la decisión; B) Como actividad; y C) Como producto¹⁴⁰.*

Nuestra Constitución Política del Perú del año 1993, en el Art. 139° Inc. 5¹⁴¹ reconoce dicho Derecho, por lo que obliga a que en las resoluciones judiciales de todas las instancias, con excepción de los decretos de mero trámite, lo que, a tenor de dicho Artículo, exige mínimamente la plasmación de los argumentos por escrito, así como hacer referencia expresa de la normativa aplicable y de los fundamentos de hecho que la sustentan.

¹³⁹ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente N° 03997-2005-PC/TC (Fundamento 8), de fecha 03 de Julio del año 2006.

¹⁴⁰ GACETA CONSTITUCIONAL. “Diccionario De Derecho Constitucional Contemporáneo”. Agrupación de Investigadores: CONSTITUCIONALISMO CRÍTICO. Primera Edición. Gaceta Jurídica S.A. Lima Perú. Enero del 2012. Pág. 297.

¹⁴¹ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Art. 139°** Son Principios Y Derechos De La Función Jurisdiccional: **Inc. 5:** “La motivación escrita de las resoluciones judiciales en toda las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan”.

PRINCIPIO DE PLURALIDAD DE INSTANCIAS.

El principio de pluralidad de instancias, también conocido como Derecho a la doble instancia, reconocido expresamente por el Art. 139° Inc. 6 de la Constitución Política del Perú¹⁴² y el Art. 11° de la Ley Orgánica De Poder Judicial.¹⁴³

El contenido del Derecho a la doble instancia ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional como Derecho que: “Garantiza a los justiciables, en la substanciación de un proceso, cualquiera sea su naturaleza, puedan recurrir las resoluciones judiciales que los afectan, ante la autoridad jurisdiccional superior”. Como se ve, el principio de instancia plural plantea la posibilidad de que los fallos judiciales que desfavorecen a los justiciables sean objeto de revisión por parte del órgano jurisdiccional jerárquicamente superior¹⁴⁴.

El profesor Mixan Mass la no admisión de este Derecho a la doble instancia supondría: “Una forma de absolutismo en materia de decisiones judiciales”¹⁴⁵, pues de ahí que los ciudadanos carecerían de posibilidad de contradecir u objetar todas las respectivas resoluciones judiciales.

ACTORES Y DINÁMICAS DEL PROCESO PENAL.

Según el destacado estudioso jurista peruano San Martín Castro el proceso penal es de naturaleza contradictoria y de carácter bilateral¹⁴⁶, por ende intervienen diversos sujetos que, definitivamente son quienes ponen en movimiento el mismo, de ahí que estos intervinientes reciben el nombre de sujetos procesales.

¹⁴² **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Art. 139°** Son Principios Y Derechos De La Función Jurisdiccional: **Inc. 6: “La pluralidad de la instancia”.**

¹⁴³ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL. Art. 11°:** “Las resoluciones judiciales son susceptibles de revisión, con arreglo a ley, en una instancia superior. La interposición de un medio de impugnación constituye un acto voluntario del justiciable. Lo resuelto en segunda instancia constituye cosa juzgada. Su impugnación solo procede en los casos previstos en la ley”.

¹⁴⁴ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente N° 1323-2002-HC/TC, de fecha 09 de Julio del año 2002.

¹⁴⁵ MIXÁN MASS, Florencio. “Derecho Procesal Penal II”. Segunda Edición. Editorial ANKOR, Trujillo Perú, 1983. Pág. 60.

¹⁴⁶ SAN MARTÍN CASTRO, CESAR. “DERECHO PROCESAL PENAL”, VOL. I, Primera Reimpresión de la Primera Edición, Editora Jurídica GRIJLEY. Lima-Perú, 1999. Pág. 155.

Entendiéndose por sujeto procesal como toda aquella persona (natural o jurídica) interviniente en el proceso como titular, ya sea, del poder de jurisdicción ejercido por el juez, de acción ejercido por el acusador y el actor civil o defensa ejercido por el imputado, el tercero civilmente responsable o la parte pasiva.

LOS SUJETOS EN EL PROCESO PENAL.

EL JUEZ.

La doctrina mayoritaria dominante sostenida por diversos destacados juristas como los Argentinos Jorge Claría Olmedo y Alberto Binder, el Español Juan Montero Aroca, nuestro compatriota Arsenio Ore Guardia, entre otros, al respecto señalan que es un tercero independiente e imparcial, predeterminado por ley, investido de potestad jurisdiccional, en virtud de lo cual interviene y soluciona en el conflicto. Esta condición de tercero imparcial es consecuencia de la configuración política-criminal del proceso penal en el Estado de Derecho.

El juez da inicio, controla, juzga y resuelve las controversias mediante sus resoluciones, teniendo como ideales irrenunciables, entre otros la verdad y la justicia, actuando con estricta sujeción a la constitución y a la ley. Todo esto dentro de un plazo razonable que la ley establece¹⁴⁷.

*Ahora bien, se sostiene que el juez actúa libremente con criterio de conciencia. Pues bien, es necesario destacar que la libertad del juez tiene un límite innegable: la **legalidad**¹⁴⁸. Esta idea encaja perfectamente según el Maestro Pablo Talavera Elguera con la función que el juez tendrá en el nuevo modelo procesal penal en implementación mediante el Nuevo Código Procesal Penal del año 2004. La de garante del debido proceso.*

¹⁴⁷ REYNA ALFARO, Luis Miguel. “Manual De Derecho Procesal Penal”. Primera Edición. Editorial Instituto Pacifico S.A.C. Lima Perú, 2015. Pág. 354.

¹⁴⁸ Con toda sus implementaciones; por ejemplo, el deber de motivación de los fallos (en este ámbito el Profesor y Jurista Alemán Rudolf Stammler señala: “La libertad del juez aparece limitada en el sentido de que tiene que indicar los fundamentos por virtud de los cuales considera fundamentalmente justa o ilegítima una determinada exigencia o denegación”; STAMMLER Rudolf . “El juez”. Traducción de Emilio Fernández. ARA, Lima Perú, 2005. Pág. 88.

Esa sujeción del juez a la constitución y a las leyes permite alejarnos de esas concepciones que daban al juez un papel casi místico y que llegaban al extremo de considerar que aquel era una suerte de entelequia superior. Aunque la capacidad jurisdiccional que posee el juez lo ubica en una posición preferente¹⁴⁹, la obligación de actuar conforme a la constitución y a la ley, mantienen su figura en el ámbito terrenal.

EL MINISTERIO PÚBLICO.

El ministerio público tiene en el proceso penal una exclusiva facultad postulatoria, ahora bien recurriendo a la doctrina tomamos lo señalado por el Jurista Argentino Clariá Olmedo Jorge respecto al Ministerio Público quien define como aquella que tiene la facultad de: “Excitar la actividad del órgano jurisdiccional”¹⁵⁰, conforme lo reconoce el Art. 11° de la Ley Orgánica del Ministerio Público al darle la titularidad del ejercicio de la acción penal pública¹⁵¹.

Al respecto el Profesor Cesar San Martin Castro refiere que esta facultad postulatoria no se encuentra limitada al objeto penal del proceso, es decir, al ámbito de la determinación de responsabilidad penal del imputado, sino que abarca al objeto civil del proceso, esto es, lo relacionado a la reparación civil. Así lo reconoce expresamente el Art. 1° de la Ley Orgánica del Ministerio Público y el Art. 92° del Código Penal peruano vigente¹⁵².

Según el Profesor Alex Carocca Pérez los principios organizacionales y de actuación del Ministerio Público son fundamentalmente los siguientes: De autonomía constitucional, de dependencia jerárquica, de unidad, de sujeción a la legalidad e imparcialidad.

Sin embargo los investigadores de la presente tesis, haciendo un análisis más profundo, sin desmerecer las definiciones de los grandes estudiosos del Derecho oportunamente

¹⁴⁹ ALVARADO VELLOSO, Adolfo (Jurista Argentino). “El juez. Sus Deberes Y Facultades”. Depalma. Buenos Aires Argentina, 1982. Pág. 03.

¹⁵⁰ CLARIÁ OLMEDO, Jorge (Jurista Argentino). “Derecho Procesal Penal”. Tomos II. Actualizado por Jorge Vásquez Rossi. Editorial RUBINZAL-CULZONI Editores, Buenos Aires Argentina, 2001. pág. 22.

¹⁵¹ **Ley Orgánica del Ministerio Público. Art. 11°: “El ministerio público es el titular de la acción penal pública, la que ejerce de oficio, a instancia de la parte agraviada o por acción popular, si se trata de delito de comisión inmediata o de aquellos contra los cuales la ley concede expresamente”.**

¹⁵² **Código Penal Peruano Vigente. Art. 92°: “La reparación civil se determina conjuntamente con la pena”.**

*nominados, diríamos que en la actualidad todos se encasillan en conceptualizar que la función y facultad primordial del Ministerio Público se limita casi exclusivamente en la de ser persecutor de la acción penal, entendiendo que ello no es del todo cierto dado a que esta percepción sería muy cerrada y limitada porque desde nuestra muy modesta opinión, consideramos que más bien la facultad prioritaria con la que debe enmarcarse el Ministerio Público debería de ser la de defensor de la legalidad, conforme al **Art. 1° de la Ley Orgánica Del Ministerio Público**, que a la letra dice: “**El Ministerio Público es el organismo autónomo del Estado que tiene como funciones principales la defensa de la legalidad, los derechos ciudadanos....**”.*

EL IMPUTADO.

Según el Profesor Argentino Jorge CLARÍA OLMEDO el Imputado es el sujeto principal del proceso penal, a su turno el Jurista Alex Carocca Pérez añade por ser la persona objeto de la persecución penal y a quien se le atribuye la realización de un hecho punible. El imputado es la parte pasiva de la relación jurídica procesal penal pues contra ella se dirige la pretensión penal.

Justamente por ello el proceso penal tiene por objeto determinar si el imputado es el responsable del hecho que se le atribuye y si por lo tanto merece la imposición de una consecuencia jurídica. Precisamente para hacer frente a un proceso con dicho objeto se otorga al imputado la titularidad del Derecho a la defensa y de los Derechos instrumentales.

El imputado recibe distintas denominaciones, conforme al momento procesal en que se encuentre su juzgamiento; así, emitido el auto de procesamiento penal el imputado es denominado “Procesado”, en tanto que producida la acusación fiscal asume la denominación de “Acusado”.

Así mismo, es de precisar que la utilización de distintos calificativos conforme al estado procesal o situación jurídica del imputado no incide en absoluto de ningún modo en el trato que merece como consecuencia del Derecho a ser presumido inocente (Derecho a

la presunción de inocencia, contemplado en el Art. 2° Inc. 24 letra e) de la Constitución Política del Perú¹⁵³).

LA VICTIMA.

Según el Derecho penal es el sujeto pasivo del delito¹⁵⁴, así mismo se define como aquella persona que sufre daño por culpa ajena o por causa fortuita¹⁵⁵, por su parte el Jurista Español-Argentino Guillermo Cabanellas De Torres señala con respecto a la víctima que es “La persona que sufre violencia injusta en su contra o atropello en sus derechos. Sujeto pasivo del delito y de la persecución indebida. Es quien sufre un accidente casual de que resulta su muerte u otro daño en su persona y perjuicio en sus intereses. Quien se expone a un grave riesgo por otro”.

En ese sentido es de precisar que los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente Y Transitoria De La Corte Suprema De Justicia De La República, reunidos en Pleno Jurisdiccional de conformidad con lo dispuesto en el Art. 116° del Texto Único Ordenado De La Ley Orgánica Del Poder Judicial¹⁵⁶, han pronunciado el siguiente Acuerdo Plenario: “La víctima, si bien no ostenta la titularidad del derecho de penar, sí tiene el Derecho a ser reparada por los daños y perjuicios que produzca la comisión del delito; por ello, goza de protección y de aseguramiento de la reparación de los derechos afectados por la comisión del delito, garantizándose con ello la satisfacción de intereses que el estado no puede dejar sin protección”¹⁵⁷.

¹⁵³ Constitución Política del Perú. Art. 2° Toda persona tiene Derecho: Inc. 24 letra e): “*Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad*”.

¹⁵⁴ CHANAMÉ ORBE, Raúl. “Diccionario Jurídico Moderno”. Novena edición. Grupo Editorial LEX & IURIS. Lima-Perú 2014. Pág. 782.

¹⁵⁵ LORENZZI GOICOCHEA, Raúl. “Diccionario Jurídico”. Primera Edición. Editorial LEJ Librería y Ediciones Jurídicas. Lima Perú, 1999. Pág. 598.

¹⁵⁶ **Texto Único Ordenado De La Ley Orgánica Del Poder Judicial. Art. 116°: “Los integrantes de las salas especializadas, pueden reunirse en plenos jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales a fin de concordar jurisprudencia de su especialidad, a instancia de los órganos de apoyo del poder judicial”.**

¹⁵⁷ Acuerdo Plenario. N° 06-2006/CJ-116, (www.pj.gob.pe), Recopilado en GACETA PENAL & PROCESAL PENAL. Presentación VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. “Diccionario Penal Jurisprudencial”. Primera Edición. Gaceta Jurídica S.A. Lima Perú, 2009. Pág. 602.

EL ABOGADO.

Ejerce la función de defender los intereses jurídicos de su patrocinado en concordancia con la función social de servicio a la justicia y el Derecho que reconocen a la profesión el Art. 284° de la Ley Orgánica del Poder Judicial¹⁵⁸.

Es una profesión libre cuya base es la relación de confianza existente entre el abogado y cliente. Por esta razón se reconoce al ciudadano el “Derecho a ser patrocinado por el abogado de su libre elección”.

Como toda profesión, el ejercicio de la abogacía requiere ciertas exigencias conforme al Art. 285° y siguientes de la referida Ley Orgánica Del Poder Judicial¹⁵⁹. En el nuevo modelo procesal penal recientemente implementado, caracterizado por el reforzamiento del Derecho de defensa, el Abogado desempeña un papel de gran trascendencia, pues justamente el litigio “como medio o instrumento destinado a garantizar la protección del imputado” es uno de los aspectos definidores del proceso adversarial¹⁶⁰.

RELACIÓN ENTRE ESTADO Y DERECHO

El Estado y el Derecho son dos categorías paralelas e interdependientes que se implican mutuamente: la idea del derecho implica la noción de Estado viceversa. El Estado crea el ordenamiento jurídico y se encuentra sometido a ese ordenamiento jurídico por él creado, con el fin de garantizar los derechos de los ciudadanos¹⁶¹.

¹⁵⁸ **LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL. Art. 284°.** Función social de la abogacía y Derecho de defensa “*La abogacía es una función social al servicio de la justicia y el derecho*”. *toda persona tiene derecho a ser patrocinada por el abogado de su libre elección*”.

¹⁵⁹ **LOPJ. Art. 285°.** Patrocinio. Requisitos. Para patrocinar se requiere: 1) Tener Título de Abogado; 2) Hallarse en ejercicio de sus derechos civiles; 3) Tener inscrito el Título Profesional en la Corte Superior de Justicia correspondiente, y si no lo hubiere, en la Corte Superior de Justicia más cercana; y 4) Estar inscrito en el Colegio de Abogados del Distrito Judicial correspondiente, y si no lo hubiere, en el Distrito Judicial más cercano. Y siguientes artículos del mismo cuerpo legal.

¹⁶⁰ TALAVERA ELGUERA, Pablo (Jurista Peruano). “*Estudio Introductorio: Explicación Panorámica Del Nuevo Proceso Penal Peruano*”. En: BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio. Litigación Penal, Juicio Oral Y Prueba. Editorial Alternativas, Lima Perú, 2005. Pág. 19.

¹⁶¹ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. “Introducción Al Derecho”. Quinta edición. Editorial Instituto pacifico S.A.C. Lima-Perú, 2015. Pág. 1106.

En el Estado moderno, el derecho emana del estado, ya porque lo crea directamente, ya que por que confiere valor normativo no solamente a la norma surgida espontáneamente (usos y costumbres), sino también a un acto particular de voluntad, de ahí que el filósofo, profesor y Jurista Italiano Giorgio Del Vecchio y el Abogado-Jurista Guatemalteco Luis Recasens Siches expertos en filosofía del Derecho señalan: “Puesto que tanto la licitud como la capacidad de producir efectos jurídicos de cualquier acto, depende ahora exclusivamente de su conformidad con la norma estatal”, que es tanto como decir la voluntad del Estado. Por si la voluntad privada no vale nada sino solo en cuanto sea convalidada y hecha eficaz por la voluntad estatal. En definitiva el Derecho está integrado por normas jurídicas creadas y/o reconocidas por el Estado.

Pero el Estado no solamente está vinculado con el ordenamiento jurídico, sino también con un orden axiológico, es así que el gran tratadista español Francisco Fernández Segado refiere “El Estado de derecho se legitima en tanto en cuanto se asienta en un conjunto de valores, en un orden valorativo al que debe responder, y que ha de impregnar el conjunto del ordenamiento jurídico”.

De ahí que sabemos bien que en toda comunidad humana por más primitiva que sea esta existen normas jurídicas que regulan coactivamente la conducta humana social, por más que esas normas consuetudinarias sean embrionarias, no estén sistematizadas, ni existan órganos encargados de la producción y ejecución de las normas jurídicas. Se dice que donde existe sociedad humana hay derecho pero no necesariamente Estado, porque este recién aparece cuando en la sociedad se crean órganos, individuales o colectivos encargados de la producción y ejecución del ordenamiento jurídico. En síntesis ello nos da que suponer que el Derecho es anterior a la existencia del Estado.

En una sociedad primitiva, cada ser humano es soberano se hace justicia por su propia mano y hace justicia a los demás por medio de la venganza privada, en la sociedad estatal es Estado, a través de sus órganos imbuidos de autoridad, el principal productor (Pues existen las normas consuetudinarias y las creadas por la autonomía de la voluntad privada) y casi exclusivo ejecutor (Son pocos los casos de ejecución privada como por ejemplo la legítima defensa, el estado de necesidad justificante) de las normas jurídicas; el Estado monopoliza el uso de la fuerza y nadie se puede hacer justicia por su propia mano, puesto que para ello se han creado órganos encargados de administrar justicia.

Ya lo decía oportunamente el maestro Hans Kelsen en su obra cumbre “La Teoría Pura del Derecho”, que en la comunidad jurídica primitiva, la producción y ejecución normativa están descentralizadas, se realizan por la práctica de parte de sus miembros (Costumbre); no existen tribunales centrales la institución de la norma individual, ni para su ejecución en el acto coactivo.

Sea propicia la oportunidad para hacer referencia lo manifestado por el tratadista Juan Carlos Smith quien sostiene respecto a la relación entre Estado y Derecho “El Estado se nos aparece como una organización fundamental de la vida social, estructurada precisamente mediante y a través de ese mismo sistema coactivo de conducta que es el Derecho”.

Tanto el Derecho como el Estado constituyen una sola forma de vida, una sola realidad cultural, constituyen un único sistema normativo; sin embargo difieren por articularse cada uno según una modalidad diversa, una función existencial distinta. Mientras el Derecho se patentiza estructurado como un orden regulador del comportamiento humano social, el Estado se presenta como ese mismo orden, pero en el cual el comportamiento humano determina la estructura normativa.

EL ESTADO DE DERECHO

Conforme a la doctrina mayoritaria dominante entendemos dentro del Derecho Constitucional como aquel Estado moderno cuyo fundamento es el equilibrio y límites de la función pública y gubernamental a través de la independencia, responsabilidad y fiscalización mutua de los tres poderes constituidos: Ejecutivo, Judicial y Legislativo, que se someten expresamente a la Constitución y acatan sus leyes¹⁶². En esa misma concepción doctrinal traemos a colación lo manifestado por el jurista español Antonio Enrique Pérez Luño quien señala “La noción de Estado de derecho en su conceptualización más pura, proviene de la experiencia histórica – doctrinal germana que se orientó hacia la búsqueda de un ideal institucional o de una realidad espiritual, dirigida a proteger al ciudadano con su libertad y valores, así como de sus derechos

¹⁶² CHANAMÉ ORBE, Raúl. “Diccionario Jurídico Moderno”. Novena edición. Grupo Editorial LEX & IURIS. Lima-Perú 2014. Pág. 373.

innatos y adquiridos frente al peligro de eventuales abusos por parte de los detentadores del poder político.

Se denomina Estado de Derecho a una forma política en la cual el poder se haya sometido a un sistema de normas jurídicas, de manera real, con el fin de proteger los derechos de la persona humana¹⁶³.

El Estado de Derecho aparece como el servidor de la sociedad y no como su amo, pues consiste en el gobierno de las leyes y no en el gobierno de los hombres. Mediante en imperio de la legalidad que complementando por las decisiones de los tribunales constituye el régimen de juridicidad, se hace imposible toda arbitrariedad ya que el poder queda sometido a ordenación impersonales y objetivas.

Al estudiar el presente tema es necesario hacer una remembranza histórica de ahí que concluimos que el Estado de Derecho es una derivación en sí del liberalismo, es decir es el producto y aparece con la independencia de los Estado unidos y la Revolución Francesa cuyo sentido y finalidad única se encuentran en la protección de vida de los derechos de la persona.

*Entendiendo la estrecha relación entre el Estado y el derecho que se manifiestan en la expresión de estado de derecho que en términos generales indica que el Estado es el creador del derecho y está sometido a él, para que se realice la justicia. En el estado de Derecho no hay poderes ni derechos fundamentales que no tengan límites, ni existe autoridad alguna con poderes ilimitados. El Derecho califica anticipadamente todas las conductas sociales posibles, regula y garantiza los derechos fundamentales de la persona, crea los distintos órganos públicos entre los cuales distribuye las distintas actividades Estatales evitando la concentración del poder en un solo órgano, puesto según el Estudiante Chileno Pablo Rodríguez Grez la concentración llevaría inevitablemente al **despotismo**¹⁶⁴.*

¹⁶³ FERRERO R., Raúl. "CIENCIA POLÍTICA Teoría Del Estado Y Derecho Constitucional". Novena edición. Editora Jurídica GRIJLEY. Lima-Perú 2003. Pág. 309.

¹⁶⁴ **EL DESPOTISMO.**- Fue una forma de gobierno que tenían algunas monarquías europeas del siglo XVIII, en las que los reyes, que seguían teniendo poder absoluto, trataron de aplicar medidas ilustradas, es decir, trataron de educar al pueblo. La frase que sintetiza al despotismo ilustrado es «todo por el pueblo, pero sin el pueblo», asimismo se relaciona con el término *tiranía* y *déspota*.

En el Estado de derecho no hay sujeto público (El Estado es un sujeto público) o privado que tenga su propio proyecto fuera del marco delimitado por el ordenamiento jurídico, los sujetos de Derechos ya sea tanto como públicos o privados no tiene otros derechos y deberes que los reconocidos y/o conferidos por el ordenamiento jurídico.

La Teoría del Estado de Derecho está íntimamente conectada con la teoría de los derechos fundamentales de la persona, la limitación jurídica del poder, la lucha contra la arbitrariedad, la división de poderes, la defensa de los derechos subjetivos, en síntesis reflejan la imagen de la cultura occidental, sin embargo no se cuenta con una definición de aceptación general sino que frecuentemente es confundida o se identifica deliberadamente con las expresiones, Estado legal, Estado liberal, Estado democrático y Estado constitucional. Posterior a la segunda guerra mundial la teoría sobre el Estado de derecho ha retomado su papel central en la filosofía política y jurídica.

Cuando hablamos de Estado de Derecho es de suma trascendencia hacer remembranza a lo dicho por el maestro Hans Kelsen “Todo Estado tiene que constituir un orden coactivo sea cualquier el método – autocrático o democrático - de su creación y cualquiera sea su contenido, tiene que ser un orden jurídico, que se va concretando gradualmente desde la norma fundamental hipotética hasta los actos jurídicos individuales”¹⁶⁵.

Los presupuestos fundamentales del Estado de Derecho son: el sometimiento de las personas y de los poderes públicos al ordenamiento jurídico; la división de poderes; y el reconocimiento de un orden valorativo¹⁶⁶.

Según el estudioso peruano Ferrero Rebagliati cuatro son los elementos del Estado de Derecho: la libertad individual, la igualdad, la división de poderes y el control de la constitucionalidad de las leyes¹⁶⁷.

¹⁶⁵ KELSEN, Hans, Teoría General del Estado, trad. de Luis Legaz Lacambra, Editora Nacional, México, 1979, pág.119.

¹⁶⁶ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. “Introducción Al Derecho”. Quinta edición. Editorial Instituto pacifico S.A.C. Lima-Perú 2015. Pág. 1112.

¹⁶⁷ FERRERO R., Raúl. “CIENCIA POLÍTICA Teoría Del Estado Y Derecho Constitucional”. Novena edición. Editora Jurídica GRIJLEY. Lima-Perú 2003. Pág. 313.

ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO.

El Estado Constitucional de Derecho es la forma de Estado de Derecho, acaso su más cabal realización, que surge con el paso de la supremacía de la ley a la supremacía de la Constitución.

Anteriormente se entendía dentro de la cultura jurídica que la ley cualquiera sea su contenido era considerada la fuente suprema, limitada y no limitable, del derecho y las constituciones eran solamente documentos políticos, pese a que posteriormente se les reconoció su carácter jurídico también fueron consideradas como simples leyes ordinarias que no vinculaban rígidamente al legislador quien la podía modificar e inclusive violar, es decir no existía la idea de una ley sobre ley, de un Derecho sobre el Derecho. Era inconcebible que una ley pudiese vincular a ley siendo esta la única fuente por tanto omnipotente del Derecho, tanto más si esta legitimidad democráticamente como expresión de la mayoría parlamentaria y por ello de la soberanía popular, es así que posterior a la segunda guerra mundial se reconoce y sanciona el significado y alcance normativo de la rigidez de las constituciones como norma de jerarquía superior a la legislación ordinaria con la introducción de la garantía jurisdiccional de la anulación de las leyes inconstitucionales así concibe el jurista italiano francés Luigi Ferrajoli.

*Según Torres Vásquez en su obra *Introducción al Derecho* donde cita al maestro Ferrajoli el **Iusnaturalismo** ha sido la filosofía jurídica dominante en la época pre moderna en la cual faltó un sistema formalizado de fuentes fundado en el monopolio estatal de la producción jurídica, el **Iuspositivismo** lo ha sido después de la codificación y el nacimiento del Estado moderno; el **Constitucionalismo** lo es en la actualidad luego de la introducción de la garantía jurisdiccional de la rigidez de las constituciones. Es decir han existido tres culturas y modelos de derecho correspondiente cada uno de ellos a diferentes sistemas políticos como: el antiguo régimen (Derecho pre moderno, el Estado Legislativo de Derecho, y el actual Estado Constitucional de Derecho)¹⁶⁸.*

¹⁶⁸ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. "Introducción Al Derecho". Quinta edición. Editorial Instituto pacifico S.A.C. Lima-Perú 2015. Pág. 1113.

La Constitución es creación de la asamblea constituyente (Poder Constituyente) que es el poder supremo, el poder de poderes, el poder fundante del estado, el poder originario del cual se derivan los otros poderes u órganos estatales.

Consecuentemente sabemos bien que La Constitución es la ley suprema, la ley de leyes, la ley fundamental del Estado; la portadora de un sistema de valores y principios fundamentales que nadie puede sustituir por otros, la Constitución es un elemento esencial, indispensable e infaltable del Estado Constitucional, conjuntamente con la población, el territorio y el poder¹⁶⁹.

La supremacía normativa de la Constitución es la regla procesal que surge del principio de jerarquía normativa o jerarquía de leyes, por el cual, siendo la Constitución una norma jurídica es decir una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder público o privado y a la sociedad en su conjunto; por mandato del artículo 51° de nuestra Carta fundamental en todo el ordenamiento jurídico es la norma más importante por ser fundante del Estado y en cualquier clase de conflicto prevalece sobre cualquier otra norma inferior. En esa lógica el Tribunal Constitucional a través de la Sentencia recaída en el Exp. N° 04053-2007-PHC/TC-Lima de fecha 18 de diciembre del 2007, en su Fundamento 12 ha establecido que el Estado Constitucional de Derecho supone entre otras cosas abandonar la tesis según la cual la Constitución no era más que una mera norma política, esto es, una norma carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos, para consolidar la doctrina conforme a la cual la constitución es también una norma jurídica, es decir una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todos poder público o privado. Y a la sociedad en su conjunto. Continúa en su posición en el fundamento 13 bajo tal perspectiva, la supremacía normativa de la constitución de 1993 se encuentra recogida en sus dos vertientes: tanta aquella objetiva conforme a la cual la Constitución preside el ordenamiento jurídico (Artículo 51° de la Const.), como aquella

¹⁶⁹ Por la jerarquía del ordenamiento jurídico conforme al artículo 51° de la Constitución Política del Perú vigente se tipifica textualmente “La constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado”.

subjetiva en cuyo mérito ningún acto de los poderes públicos (Artículo 45° de la Const.) o de la colectividad en general (Art. 38° de la Const.) puede vulnerarla válidamente¹⁷⁰.

Por ello el máximo órgano interprete de la legalidad y del control de la constitucionalidad que en nuestro caso es el tribunal constitucional quien por su parte ha manifestado que la Constitución es un complot cultural, “Ninguna sociedad que se precie de mantener una sólida identidad con el bien común puede soslayar que la norma fundamental encierra todo un complejo cultural, en el que es posible identificar un “Mínimo común axiológico”, esto es, el punto de encuentro entre los valores básicos de la comunidad. Los fundamentos axiológicos de la Constitución, cuyo presupuesto ontológico es la dignidad de la persona humana (Artículo 1° de la Const.), son las expectativas y la propia proyección de nuestra comunidad. De ahí su importancia, y la necesidad inexorable de reconocerlos, desarrollarlos y ubicarlos en el contenido esencial de todos y cada uno de los derechos fundamentales. El núcleo duro de los derechos fundamentales, más allá de la materia concreta sobre que versen, y al margen de la técnica ponderativa que pueda aplicárseles, está imbuido de los valores superiores de nuestro orden constitucional. Y es que un derecho fundamental desprovisto de la raigambre ética que debe transitar nuestro sistema cultural, poco tendrá siquiera de derecho, pues estará condenado a repudio social”¹⁷¹.

El Estado Constitucional de Derecho se caracteriza por la defensa de la persona humana, el respeto de su dignidad, la garantía de los derechos fundamentales, la separación y equilibrio entre poderes, ningún poder u órgano del Estado ni nadie tiene poderes o facultades más allá de los que puedan derivarse de la Constitución¹⁷².

El gran estudioso del Derecho y Jurista Alemán Peter Häberle refiere que el Estado Constitucional de cuño europeo y atlántico se caracteriza por la dignidad humana como premisa antropológica – cultural, por la soberanía popular y la división de poderes, por los derechos fundamentales y la tolerancia, por la pluralidad de los partidos y la

¹⁷⁰ LUJÁN TÚPEZ, Manuel. “Diccionario Penal y Procesal Penal”. Primera Edición. Gaceta Jurídica S.A. Lima-Perú 2013. Pág. 512.

¹⁷¹ Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N. ° 0008-2003-AI/TC, Lima 11 de Noviembre del 2003.

¹⁷² TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. “Introducción Al Derecho”. Quinta edición. Editorial Instituto pacífico S.A.C. Lima-Perú 2015. Pág. 1114.

independencia de los tribunales; hay buenas razones entonces para caracterizarlo elogiosamente como democracia pluralista o como sociedad abierta. Su Constitución, entendida como orden jurídico fundamental del Estado y de la sociedad, posee una validez jurídica formal de naturaleza superior. La Constitución es creadora del momento de la estabilidad y la permanencia; el ejemplo más impresionante lo ofrece la Constitución de los Estados Unidos con sus más de dos siglos de vigencia¹⁷³.

EL ESTADO DEMOCRÁTICO Y SOCIAL DE DERECHO

La Constitución Política Del Perú a través del Art. 43^{o174} instituye un modelo estadual denominado Estado Democrático y social de Derecho, dicha noción alude a una comunidad política en donde sobre las bases de las experiencias establecidas para el Estado de Derecho se han amalgamado las características tanto del Estado Democrático como del Estado Social.

En puridad, esta modalidad estadual es la consecuencia del proceso evolutivo reconocido por el Estado desde su institucionalización a la fecha. Su constitución y moldeamiento aparece en la Ley Fundamental de Bonn (1949). Así en el Art. 20°.1 del citado texto fundamental se consigna lo siguiente: “La república Federal de Alemania es un Estado Federal democrático y social”.

Bien, así se afirmó en la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la acción de inconstitucionalidad presentado por Roberto Néstor Brero en representación de más de 5 mil ciudadanos contra el Decreto de Urgencia N° 140-2001 (Exp. N° 00008-2003-AI/TC de fecha 1 de noviembre del años 2003), El Estado Democrático y Social de Derecho no solo reconoce, protege y promueve el goce de derechos tales como la libertad, la seguridad y la igualdad ante la ley; sino que adicionalmente pretende conseguir su mayor efectividad, dotándolos de una base y un contenido material, a partir del supuesto de que persona y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino nociones en implicación recíproca. Así, no hay posibilidad de concretar cabalmente la libertad si su

¹⁷³HABERLE, Peter. “El Estado Constitucional”, Primera Edición., Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2003, Pág. 3.

¹⁷⁴ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ** a través del **Art. 43°**: “*El Perú es una República Democrática, Social Independiente y Soberana...*”.

reconocimiento y garantías formales no se ven acompañadas de condiciones existenciales básicas y mínimas que hagan posible su ejercicio. Por ende, ello supone la existencia de un conjunto de principios que instrumentalicen las instituciones políticas, fundamenten el sistema jurídico estadual y sustenten sus funciones. Así, allí se expone que: “El Estado Democrático y Social de Derecho no niega los valores del Estado Liberal, los comparte y hace suyos, pero, a su vez, los redimensiona en el entendido de que el ser humano no solo requiere contar con una serie de seguridades y prestaciones alrededor de sus clásicos derechos de tipo individual y político, sino también satisfacer diversas necesidades derivadas en lo fundamental de la posición o estatus económico-social que ocupa”.

En ese orden de ideas, aparece el reconocimiento de la dignidad de la persona humana que deviene en la condición esencial para la vida en relación. De allí que los principios que sustentan y justifican la coexistencialidad dentro de una sociedad política, deben tener necesaria e irremisiblemente un contenido material. A esto debe sumarse que el cuerpo político debe asegurar que sus miembros tengan una activa participación de los asuntos públicos en un ambiente de pluralidad y tolerancia política¹⁷⁵.

La configuración del Estado Democrático y Social de Derecho requiere de los aspectos básicos siguientes: A) La existencia de condiciones materiales idóneas para alcanzar sus presupuestos teleológicos y axiológicos, lo cual exige una relación directa con las posibilidades reales y objetivas del Estado, así como una participación activa de los ciudadanos en el que hacer estatal. B) La identificación del Estado con los valores institucionales y prácticas derivadas de la ideología democrática, y con los fines de su contenido social, de forma tal que se pueda evaluar con criterio prudente, tanto los contextos que justifiquen su accionar como su abstención evitando tornarse en un obstáculo para el desarrollo social. C) La conjunción entre programas gubernamentales con contenido social y la creciente participación ciudadana en los asuntos de interés general.

LA CONJUNCIÓN TELEOLÓGICA Y AXIOLÓGICA EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO Y SOCIAL DE DERECHO.

¹⁷⁵ GARCÍA TOMA, Víctor (Jurista Peruano). “*Los Derechos Fundamentales En El Perú*”. Primera Edición. Editorial Jurista Editores E.I.R.L. Lima Perú, Abril del 2008. Pág. 329.

Dicha conjunción se resume en la denominada democracia social, en donde se amalgaman las preocupaciones políticas, sociales, económicas y culturales en pro de resaltar y proteger la dignidad de la persona humana. Para tal efecto es dable observar la referida conjunción a través de dos planos siguientes:

A) Aspecto Político De La Democracia.- Desde esa perspectiva la democracia debe ser observada en función de lo siguiente:

- Respeto y aseguramiento del sufragio como instrumento para la institucionalización del poder; y mediante este la renovación alternante y periódica de los titulares de los órganos políticos.
- Respeto y aseguramiento de la libertad.
- Respeto y aseguramiento de la igualdad de trato ante la ley.
- Respeto y aseguramiento del pluralismo y la tolerancia política.
- Respeto y aseguramiento de la participación directa o indirecta de la ciudadanía.

B) Aspecto Socio Económico Y Cultural De La Democracia.- Desde esa perspectiva la democracia debe ser observada en función de lo siguiente:

- Promoción del bienestar compartido mediante el reparto y goce equitativo de la riqueza y condiciones de vida material, con respeto *In totum*¹⁷⁶ de la dignidad humana.
- Promoción de la igualdad de oportunidades mediante la creación de condiciones que hagan viable que toda las personas puedan materializar su proyecto de vida. Para tal efecto, se hace necesaria la remoción de todos los obstáculos de naturaleza económica, social o cultural que impiden el goce real y efectivo de la libertad.
- Promoción de la vida social mediante el aseguramiento de la red coexistencial tejida a través de la pluralidad de instituciones civiles (grupos deportivos, religiosos, vecinales, etc.).
- Promoción de la participación **isonómica**¹⁷⁷ en la vida económica mediante la libre concurrencia de las personas en las actividades del mercado, sea en la condición de productor, comercializador o consumidor

¹⁷⁶ *In Totum*.- Locución latina que significa Totalmente, completamente.

¹⁷⁷ **Isonómica**.- Relativo a la isonomía que es el concepto de igualdad de derechos civiles y políticos de los ciudadanos. Es la consigna política que expresa de la forma más sucinta el carácter propio de la democracia.

de bienes y servicios; así como en las relaciones de trabajo derivadas de dicho proceso.

- Promoción de la participación y respeto por las minorías ciudadanas mediante la atención y consideración de las diferentes cosmovisiones de la vida en relación de determinados grupos étnicos, religiosos, etc., cuya presencia numérica no determina la voluntad estatal o social.
- Promoción de la concertación mediante la búsqueda y consecución de la conciliación de intereses y expectativas contrapuestas.
- Promoción de formas de comportamiento tendentes a la personalización y humanización de las relaciones convivenciales.

LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y SUS PARTICULARIDADES.

¿QUÉ SIGNIFICA GESTIÓN?

La gestión también conocida como gerencia o administración es un proceso que comprende determinadas funciones y actividades, una disciplina que guía e integra los procesos que se realizan en las organizaciones, para dirigir y administrar las mismas, dinamizar, organizar talentos y administrar recursos, con el fin de lograr los objetivos previstos¹⁷⁸. La gestión implica además la noción para gobernar, dirigir, ordenar, organizar y disponer acciones y estrategias a través de políticas públicas; comprende: gestión de recursos humanos, gestión de recursos financieros, gestión social, gestión de proyectos, gestión presupuestal, gestión del conocimiento, gestión del medio ambiente, gestión de programas estratégicos, gestión de proyectos especiales.

GESTIÓN PÚBLICA.

El debate sobre la gestión pública se caracteriza por la insatisfacción y el descontento de sus acciones, tanto políticos como ciudadanos, e incluso por los mismos servidores públicos, que critican con frases como: gestión improvisada, demasiado lenta, burocrática, demasiado alejada de las necesidades de las personas, con alto grado de corrupción, de mala calidad en sus servicios públicos, sin capacidad de gasto teniendo los recursos financieros necesarios y derroche de recursos financieros.

¹⁷⁸ ÁLVAREZ ILLANES, Juan Francisco (CPC Peruano). “*Gestión Por Resultados E Indicadores De Medición*”. Primera Edición. Pacifico Editores S.A.C. Lima Perú, Octubre del 2011. Pág. 10.

Al mismo tiempo se lleva a cabo un debate sobre el “Buen gobierno”, impulsado por el Banco Mundial, la Organización Para La Cooperación Y Desarrollo Económico (OCDE) y otras grandes instituciones. Llegando a la conclusión que muchos de los males deberían ser eliminados y desterrados por un nuevo modelo de gestión, altamente profesional y tecnificada, el mismo que debe estar asociado los distintos niveles de gobierno, promoviendo el “buen gobierno” o gobierno corporativo que es una forma de gobierno y de administración pública que sería capaz de proveer eficientemente los servicios públicos de calidad, es decir, satisfacer las necesidades de la población y atender sus demandas.

De esta manera, se tendrían claras las responsabilidades de cada nivel de gobierno, porque permitiría determinar quién hace qué. Más adelante, serviría de insumo para determinar cómo se hace, es decir, establecer la estructura organizacional requerida y los mecanismos de coordinación y articulación necesarios para garantizar su cumplimiento. El con qué recursos se hace, es también parte de la gama de respuestas que fluyen del esclarecimiento de atribuciones, responsabilidades y competencias; lógicamente en el marco de una descentralización fiscal transparente.

CONCEPTO.

La gestión pública es el conjunto de acciones que desarrollan funcionarios públicos mediante las cuales las entidades tienden al logro de sus fines, objetivos y metas previamente definidos aplicando métodos, técnicas y procedimientos en los distintos procesos llevados a cabo por la administración pública, articulando estrategias y recursos basados en sistemas administrativos y funcionales, de acuerdo a prioridades establecidas en los planes y programas, los mismos que están direccionados por las políticas públicas establecidas¹⁷⁹.

La gestión pública ha sido caracterizada como una función estrictamente ejecutiva de decisiones políticas y administrativas, en un proceso organizacional, sometido a un sistema de jerarquías y funciones que respeta los principios generales de la gestión:

¹⁷⁹ ÁLVAREZ ILLANES, Juan Francisco (CPC Peruano). “*Gestión Por Resultados E Indicadores De Medición*”. Primera Edición. Pacífico Editores S.A.C. Lima Perú, Octubre del 2011. Pág. 12.

legalidad, competencia administrativa, jerarquía normativa, control de legalidad de la actuación pública.

En consecuencia, podemos decir que la gestión pública está configurada por los espacios institucionales y los procesos a través de los cuales el Estado diseña e implementa políticas públicas, suministra bienes y servicios y aplica regulaciones con el objeto de dar curso a sus funciones. La gestión pública, no tiene sentido sino está alineada con los elementos centrales que le dan la razón de existencia de las entidades públicas. Esta razón es la misión de la organización, que generalmente es una sentencia o declaración muy amplia y general, que está asociado a sus funciones, atribuciones y competencias, y requiere desagregarse en un proceso de planificación estratégica, para identificar elementos definidos y precisos a los que se pueda conectar la medición de desempeño¹⁸⁰.

ENTORNO DE LA GESTIÓN PÚBLICA.

La gestión pública se encuentra inmersa dentro de los parámetros siguientes:

ESTADO.

Conjunto de instituciones que poseen la autoridad y potestad para establecer las normas que regulan una sociedad, teniendo soberanía interna y externa sobre un territorio determinado, el Estado peruano es uno e indivisible.

Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, se organiza según el principio de separación de poderes (**Art. 43° de la Constitución Política del Perú**).

El Estado es la organización política de una nación, es decir, la estructura de poder que se asienta sobre un determinado territorio y población. Poder, territorio y pueblo o nación son, por consiguiente los elementos que conforman el concepto de estado, de tal manera que este se identifica indistintamente con cada uno de ellos. En consecuencia la finalidad del Estado es lograr condiciones adecuadas de vida y bienestar para la población¹⁸¹.

¹⁸⁰ ÁLVAREZ ILLANES, Juan Francisco. *Ob. Cit.* Pág. 17.

¹⁸¹ ÁLVAREZ ILLANES, Juan Francisco (CPC Peruano). “*Gestión Por Resultados E Indicadores De Medición*”. Primera Edición. Pacífico Editores S.A.C. Lima Perú, Octubre del 2011. Pág. 13.

La búsqueda de aquel bienestar conlleva a su población a determinar un esquema de convivencia social acorde en función de intereses mutuos y buscar en tal sentido, la identidad representativa.

Si a ello añadimos que en un elemento constitutivo del Estado es el poder que se ejerce a través de un gobierno, quien actúa y acciona mediante un conjunto de instituciones que ha originado el mismo Estado, en las cuales se sustenta, entonces surge la pregunta, de que se sirven las instituciones estatales conducidos por un gobierno en la representación del Estado, para actuar en función de los intereses de la población, que hace que su actuación sea ordenada, eficaz o no, y produzca resultados para los ciudadanos.

Por lo tanto, el desempeño del Estado depende de la calidad y eficacia de las políticas y el desempeño de la gestión pública. Sin políticas públicas responsables y sostenidas, o una gestión pública moderna, la estabilidad macro económica y el desarrollo social terminan afectadas, haciendo poco útiles los restantes esfuerzos para el desarrollo de la competitividad, el bienestar colectivo y la reducción de la pobreza.

GOBIERNO.

El gobierno es esencialmente la acción por la cual la autoridad impone una línea de conducta, un precepto, a las personas que forman parte de una colectividad, sea esta nacional, regional o local.

Un gobierno es el conjunto de personas organizadas políticamente que acceden al poder y los órganos revestidos de poder, para expresar la voluntad del Estado y hacer que esta se cumpla¹⁸².

Cuando se cumplen el proceso legítimo de elegir un gobierno estamos hablando de una democracia representativa de la voluntad popular, debido a un discernimiento colectivo de intereses.

¹⁸² ÁLVAREZ ILLANES, Juan Francisco (CPC Peruano). “*Gestión Por Resultados E Indicadores De Medición*”. Primera Edición. Pacífico Editores S.A.C. Lima Perú, Octubre del 2011. Pág. 13.

NIVELES DE GOBIERNO.

La Constitución define jurídicamente que en nuestro país existen tres niveles de gobierno: Gobierno General (Central), Gobierno Regional, Gobierno Local.

GOBIERNO GENERAL O CENTRAL.- Está constituido por lo que comúnmente se denominan los poderes del Estado, esto es el Poder Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial; a los que se añaden otros Órganos Constitucionales autónomos como el Tribunal Constitucional, el Ministerio Público, la Defensoría Del Pueblo, así como la Contraloría General De La República, etc. en conjunto según las atribuciones y competencias, estos órganos gobiernan el país, pero respetando también las competencias y atribuciones de los órganos de gobierno regional y gobierno local.

GOBIERNO REGIONAL.- Es la estructura fundamental de la organización y ejercicio del poder a nivel regional, emanan de la voluntad popular de las grandes mayorías y son personas jurídicas de Derecho público, corresponde a la coordinación y ejecución de planes y programas socioeconómicos regionales así como la gestión de actividades y servicios inherentes al Estado con la finalidad de promover e impulsar el desarrollo de la región.

GOBIERNO LOCAL.- Es la estructura básica de la organización y ejercicio del poder del pueblo en el ámbito de la jurisdicción del municipio, es la institución con personería jurídica de Derecho público, corresponde representar al vecindario, promover la adecuada prestación de servicios públicos locales, fomentar el bienestar de los vecinos y el desarrollo integral y armónico de las circunscripciones en su jurisdicción. El gobierno local es un nivel de descentralización formado como la unidad básica de la organización política y administrativa y realiza actos de gobierno administrativo y de administración con sujeción al ordenamiento jurídico nacional.

DERECHO ADMINISTRATIVO.

SIGNIFICADO DE LA PALABRA ADMINISTRACIÓN.

Etimológicamente la palabra administración¹⁸³ se forma del prefijo “**Ad**”, hacia, y de “**Ministrativo**”, la palabra que a su vez viene de “**Minister**” que expresa subordinación u obediencia, el ejercicio de una función bajo el mando de otro; “el que presta un servicio a otro”.

Es el esfuerzo total para dirigir, guiar e integrar los esfuerzos humanos asociados y orientados hacia algunos fines específicos. De la administración se concibe como el conjunto de las actividades necesarias de aquellos individuos (jefes) en una organización, encargados de ordenar, impulsar y facilitar los esfuerzos asociados de un grupo de individuos reunidos para lograr determinados objetivos.

Según el destacado estudioso Turco Francés Henri Fayol, administrar es: prever, organizar, mandar, coordinar y controlar, con el objeto de servir a los administrados, a los grupos sociales, a la comunidad o a toda la nación, con el fin de lograr el bien común y proteger el interés general.

De este concepto se desprende las facultades que pretenden los funcionarios públicos, potestades que de ninguna manera deben y pueden otorgarse en función a la cualidad o jerarquía del funcionario público, sino, en todo caso, a la cualidad de los fines y objetivos que se persiguen o de las cosas que se ordenan. No obstante, los más fuertes material intelectual y económicamente tienen el poder, el cual se ejerce conforme al Derecho en las mejores democracias representativas en las cuales el poder constitucionalmente se ejerce por el Presidente de la República, los parlamentarios, los concejales, etc., convirtiendo a miles de familias en sujetos pasivos de su poder, siendo imprescindible adicionar otros elementos que humanicen y hagan más democrático el Estado, el gobierno de los hombres a la administración de las cosas¹⁸⁴.

¹⁸³ ADMINISTRACIÓN.- Una organización estatal, eficaz para la producción, economía y la distribución. La buena ordenación del gobierno y del Estado para el desarrollo económico y social, incorporando la tecnología moderna a las faenas de la administración pública. Sub desarrollo, consecuencia de la sub administración estatal. Esterilización de recursos humanos y naturales con que cuentan la colectividad. BORJA CEVALLOS, Rodrigo (Jurista Ecuatoriano). “*Enciclopedia De La Política*”. Fondo de Cultura Económica. México D.F. 1997. Pág. 15.

¹⁸⁴ CERVANTES ANAYA, Dante A. (Jurista Peruano). “*Manual De Derecho Administrativo*”. Tercera Edición. Editorial RODHAS. Arequipa Perú, Abril del 2003. Pág. 12.

La finalidad de la administración, y de la administración pública en especial, es el bien común, no limitado a clases o grupos determinados, sino que es de carácter social, o sea un bien público compartido y distribuido entre miembros del Estado, de acuerdo con sus aptitudes y condiciones, sin igualitarismos mecánicos ni diferencias arbitrarias. Por lo tanto corresponde aclarar que mientras en la administración privada se manejan bienes con un propósito eminentemente lucrativo, en la administración pública se manejan bienes, servicios y recursos con el fin de otorgar prestaciones idóneas de todo orden al administrado. En este contexto se considera que la administración pública no solamente tiene un papel de organización y normatividad de las instituciones y procedimientos de orden público, sino que fundamentalmente, debe actuar como promotor de respuestas a las necesidades públicas y asegurando los objetivos constitucionales.

CIENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN Y SU CONCEPTO.

Un adecuado abordaje de lo que es el Derecho administrativo y la administración pública nos obliga previamente a precisar el concepto de administración en general. A pesar de que la administración pública resulta una sub especie muy compleja, la mayoría de universidades y centros superiores de estudios solo forman licenciados o profesionales en administración de empresas, o por decirlo menos, son “el manejo de los bienes con propósito lucrativo”, y no forman licenciados o profesionales en administración pública, para laborar por encargo o a nombre del Estado en la entrega de servicios eficientes y eficaces.

Así tenemos que la administración pública es una parte de la ciencia social que orienta la actividad del Estado, permitiendo primero, fijar la política de administración; segundo, satisfacer las necesidades de la comunidad; y tercero, entregar un conjunto de normas y principios sistemáticamente ordenados¹⁸⁵. Dentro de este orden de ideas cabe distinguir lo siguiente:

¹⁸⁵ “Es pues, bajo el imperio de este sistema que ha surgido a la vida el Derecho administrativo como norma reguladora de la actividad administrativa, destacando así su carácter netamente jurídico, inconfundible con las reglas del buen gobierno que constituyen la ciencia de la administración, aun cuando su estudio y exposición bibliográfica se hagan a menudo conjuntamente, en virtud del paralelismo que existe entre ambas disciplinas, y de su inseparable cooperación al fin de la acción gubernativa”. SARRÍA, Félix. (Jurista Argentino). “*Derecho Administrativo*”. Tomo I. Tercera Edición. Editorial Editores PEUSER S.A. Córdoba Argentina, 1946. Pág. 8.

- A) **TEORÍA DE LA ADMINISTRACIÓN.**- Es la ciencia que estudia y describe a la administración en sus diversas formas.
- B) **POLÍTICA ADMINISTRATIVA.**- Es la parte de la ciencia de la administración que se ocupa de establecer el tipo, magnitud y trascendencia de las instituciones, dentro de un marco político en un determinado momento y en una concreta realidad social.
- C) **DERECHO ADMINISTRATIVO.**- Es la parte del Derecho público interno que como ciencia normativa, fija la organización y determina la competencia y actuación de las autoridades, como administradores delegados del Estado, atribuciones y esfera jurisdiccional y competencia de los órganos administrativos, para hacer valer nuestros derechos.

LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

Un adecuado punto de partida para identificar el sentido de administración pública nos obliga a la revisión de los conceptos y criterios sobre administración privada, en consecuencia, corresponde ahora verificar el tratamiento que la doctrina le otorga a la administración pública.

CONCEPTOS DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

Existen tantos conceptos como esencias o enfoques, pero se puede identificar principalmente los siguientes:

1. **CONCEPTO SINTÉTICO.**- “Que define la administración pública, como un sistema de elementos heterogéneos en interacción, en la medida que esta heterogeneidad suponga afiliación a diversas ciencias sociales particulares; dicho de otra manera, lo administrativo tiene sus propias reglas de juego, pero estas no valen nada fuera del contexto político, económico, jurídico y psicológico que le dan dimensión social”.
2. **CONCEPTO FUNCIONAL.**- “La administración pública es una de las manifestaciones específicas del poder del Estado, no solamente ejecuta la ley, sino que realiza la ley, obrando dentro de sus cuadros, normando los fines de la misma. No es ejecución automática de una norma, sino su realización material, oportuna y eficiente a través de potestades reglamentarias o discrecionales e imperativas”.

Desde una perspectiva jurídica, es de observar que el Estado tiene la facultad de imponer su voluntad a los administrados o ciudadanos, independientemente de la voluntad de estos, lo que se denomina el “*Jus Imperium*”, todo ello sobre la base del interés público. Al respecto los franceses tienen la doctrina del contrato social o pacto social por el cual los ciudadanos renunciamos a defender el interés individual o en todo caso lo supeditamos en favor del interés público.

3. **CONCEPTO MICROANALÍTICO.**- “La administración pública, es la fase del gobierno que consta de la ordenación cooperativa de las personas, mediante la planificación, organización, educación y dirección de su conducta, para la realización de los fines del sistema político”.
4. **CONCEPTO MACROANALÍTICO.**- “La administración pública, es una división de la ciencia política y de las ciencias sociales, y es parte de la ciencia de la administración que tiene que ver con el gobierno, se ocupa de la rama ejecutiva donde se hace el trabajo del gobierno, en resumen una definición macroanalítica de la administración pública son todas aquellas operaciones que tienen por objeto la realización y ejecución de las directivas gubernamentales”¹⁸⁶.
5. **CONCEPTO SOCIOLÓGICO**¹⁸⁷.- Sociológicamente, la administración pública es considerada como la organización social generada por voluntad del Estado, para actuar a su servicio en el contenido de la realidad nacional, y en orden a los intereses que definen el poder político. En tanto organización política-administrativa, es el instrumento a través del cual se ejerce la función de gobierno, y se desarrolla determinados procesos productivos de bienes y servicios en todo el territorio nacional.

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO MANIFESTACIÓN DEL PODER DEL ESTADO.

- Es una de las manifestaciones específicas del poder del Estado. Doctrinariamente y objetivamente, la expresión administración pública define la actividad funcional de ciertos órganos del Estado que se encuentran en relación con el poder administrador. La administración pública no es ejecución automática de una

¹⁸⁶ **ANALÍTICO.**- Immanuel Kant llama analítico al juicio predicado este contenido en el sujeto, juicios explicativos. FERRATER MORA. José. “*Diccionario Filosófico*”. Tomo I. Sexta Edición, Editorial Sudamericano. Buenos Aires Argentina, 1975. Pág. 96.

¹⁸⁷ **SOCIOLÓGICO.**- Fenómenos estudiados por la ciencia sobre caracteres específicos de la sociedad humana. Auguste COMTE (1798-1857). BORJA CEVALLOS, Rodrigo (Jurista Ecuatoriano). “*Enciclopedia De La Política*”. Fondo de Cultura Económica. México D.F. 1997. Pág. 898.

norma, sino una realización material oportuna, eficaz, efectiva a través de potestades reglamentarias o discrecionales e imperativas.

- Esta clase de actividad estatal no puede concebirse, en cuanto a la realización de sus fines, sin las facultades propias del poder público. Las potestades de la administración pública pueden clasificarse según el modo y la forma de su manifestación exterior en: reglamentarias, imperativas, ejecutivas, sancionadoras y algunos agregan también las jurisdiccionales. En el Estado moderno, el poder reglamentario se ha superado, en una verdadera labor colegislativa, con los denominados reglamentos delegados, pues el poder legislativo delega en la administración la realización de normas que le hubiere correspondido sancionarlas a ellas mismas.
- La potestad imperativa es la determinación inmediata y sin gestión intermedia, con carácter de orden y mando, que tiene la administración pública sobre cosas y personas, para obligar su acatamiento (*Jus Imperium*). Se manifiesta exteriormente por medio de órdenes, resoluciones e imposiciones. Esta potestad se complementa con la denominada “de ejecución”, que se manifiesta en la actividad desarrollada por la misma administración, por medio de sus órganos para cumplir en forma exhaustiva el objeto de la ley. La potestad sancionadora, es el complemento necesario que tiene la administración pública para que sus órdenes y disposiciones se cumplan. Esta potestad es de carácter penal y comprende una materia especial denominada derecho penal, administrativo. La potestad jurisdiccional de la administración pública se manifiesta por el poder de decidir en todas aquellas cuestiones, que afectan los intereses de los particulares ante los de la administración.
- La actividad de la administración pública solo puede imponerse eficientemente en tanto se presente en forma organizada.

ACEPCIONES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

1. La gestión económica para el cuidado de la hacienda.
2. La actuación del poder ejecutivo.
3. La conservación del organismo estatal.
4. La actividad del Gobierno o del Estado para el cumplimiento de sus fines.
5. La actividad de las sociedades o corporaciones que cumplen fines de carácter público.

6. La acción del poder público en sus relaciones con los derechos o intereses de los particulares.
7. La realización de actos jurídicos para crear situaciones de Derecho objetivo.
8. El conjunto de órganos que realizan los servicios públicos.

FINES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

Es una función de regulación y control para la productividad de bienes y servicios según el Dr. Humberto Núñez Borja.

La administración pública modernamente es una forma de cooperación, generalmente requerida para atender las necesidades humanas, por lo que sus fines son amplísimos y numerosos, ya que en todo se precisa de esa cooperación¹⁸⁸.

“La colectividad necesita como un fin indispensable que se atienda a su progreso material, a su mayor bienestar y felicidad para ser su vida, así como a su progreso moral e intelectual: necesita más de comunicación, provisión de subsistencias y desarrollo de industrias, elementos que le aseguren la salud y la higiene, etc., así como necesita la asistencia social para los asociados y núcleos que difundan la instrucción, estas necesidades por satisfacer, constituyen la cuarta esfera de la actividad del Estado que se llama la administración de los asuntos interiores”¹⁸⁹.

En efecto el Derecho Constitucional trata de la formación del gobierno, de la organización del Estado y su estructura jurídica-política, la funcionalidad de sus diversos órganos y de circunscribir las prerrogativas de los gobernantes, mientras que el Derecho administrativo, regla no los derechos de los ciudadanos propiamente, sino sus deberes, la prestación de servicios públicos y la conformación de los organismo, mediante los cuales se prestan estos servicios, etc.¹⁹⁰.

¹⁸⁸ CERVANTES ANAYA, Dante A. (Jurista Peruano). “*Manual De Derecho Administrativo*”. Tercera Edición. Editorial RODHAS. Arequipa Perú, 2003. Pág. 24.

¹⁸⁹ ALAYZA Y PAZ SOLDÁN, Toribio. (Jurista Peruano). “*Derecho Administrativo General Y Del Perú*”. Editorial SAN MARTÍN y CIA RODHAS. Lima Perú, 1927. Pág. 09.

¹⁹⁰ CERVANTES ANAYA, Dante A. (Jurista Peruano). “*Manual De Derecho Administrativo*”. Tercera Edición. Editorial RODHAS. Arequipa Perú, 2003. Pág. 26.

DEFINICIÓN DE DERECHO ADMINISTRATIVO.

Es la parte del Derecho público, que fija la organización y determina la competencia de las autoridades administrativas, a la vez que indica a los individuos los recursos contra la violación de sus derechos. Corresponde al Derecho administrativo, dictar las leyes o normas pertinentes a la función administrativa, y también en fijar la organización de las autoridades administrativas.

Según el Dr. Alberto Ruiz Eldredge: “El Derecho administrativo es el sistema jurídico de principios, normas y categorías de Derecho público que estudia, promueve y regula la actividad de la administración pública, los servicios públicos, la función y potestades de los órganos y personas que la ejercen, en las relaciones con los administrados; interadministrativas e interorgánicas y las de Derecho administrativo internacional, así como las garantías internas y las de una alta jurisdicción que asegure la justicia administrativa”¹⁹¹.

la realización pragmática de la sociedad jurídicamente organizada, dentro de parámetros de satisfacción real que teniendo su propia competencia, en todo momento impulsa y juzga de oficio el bienestar de la colectividad, valiéndose para ello, como si fuera la cabeza del cuerpo humano, de las otras disciplinas jurídicas como el Derecho constitucional, civil, penal, laboral, comercial, internacional, procesal, etc.

El Derecho administrativo es el complemento necesario del Derecho constitucional y convierte a este último en dinámico, activo y viable. Es el conjunto de normas y principios que regulan y rigen el ejercicio de una de las funciones del poder, la administrativa.

CONCLUSIONES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.- “Es un Derecho de organización por que las leyes administrativas determinan la regulación de los órganos administrativos, de acuerdo a los lineamientos. Es un Derecho de relación con los órganos administrativos, porque teniendo en cuenta el principio de jerarquía de normas, hacen

¹⁹¹ RUIZ ELDREDGE RIVERA, Alberto. (Jurista Peruano). “*Manual De Derecho Administrativo*”. Segunda Edición. Editorial Gaceta Jurídica S.A. Lima Perú, 2000. Pág. 27.

posible la regulación, organización y funcionamiento de tales órganos. Es un Derecho de relación con los administrados por que satisface las exigencias de la colectividad”¹⁹².

OBJETO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.

El objeto cierto e indubitable del Derecho administrativo es la función administrativa y lo que da especificidad al objeto de esta rama del Derecho, es aquello que entendemos incluido dentro de la actividad administrativa, tanto lo sustantivo como lo adjetivo.

El objeto del Derecho Administrativo lo constituye la función administrativa, es siempre la misma, es una, al igual que la función gubernativa, la función legislativa y la función jurisdiccional; todas ellas son los modos por los que se canaliza la actividad estatal que se exterioriza por actos de poder.

GESTIÓN MUNICIPAL.

ARTÍCULO I DEL TÍTULO PRELIMINAR DE LA LEY ORGÁNICA DE MUNICIPALIDADES. GOBIERNOS LOCALES.- *Los gobiernos locales son entidades, básicas de la organización territorial del Estado y canales inmediatos de participación vecinal en los asuntos públicos, que institucionalizan y gestionan con autonomía los intereses propios de las correspondientes colectividades; siendo elementos esenciales del gobierno local, el territorio, la población y la organización. Las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno promotores del desarrollo local, con personería jurídica de derecho público y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines.*

Este Título Preliminar busca establecer un marco general precisando la estructura, organización, relación con otros niveles de gobierno y fines de las municipalidades, a fin de dar unidad y coherencia al conjunto de las disposiciones de la Ley Orgánica de Municipalidades y servirá, además, como criterio de interpretación para la aplicación de las disposiciones de la propia LOM y de cualquier norma relacionada con las municipalidades.

Una aclaración necesaria: la actual LOM usa indistintamente los términos “Gobierno Local”, “municipalidad” y “Municipio”, por lo que a efectos de esta presente ley señalada,

¹⁹² CERVANTES ANAYA, Dante A. (Jurista Peruano). “Manual De Derecho Administrativo”. Tercera Edición. Editorial RODHAS. Arequipa Perú, 2003. Pág. 27.

debe tenerse por sinónimos, pese a las diferencias conceptuales entre ellos. Desde nuestra modesta posición nosotros haremos lo propio.

“Municipio, es la entidad social integrada por tres elementos inseparables como son la población, el territorio y la capacidad de autogobierno (o poder municipal). Municipalidad, la institución que en representación del municipio cumple la función de gobierno y administración, con la finalidad de lograr el desarrollo de su circunscripción y satisfacer las necesidades elementales de los vecinos. Gobierno Local, es la autoridad que ejerce la función normativa y ejecutiva del municipio, integrada por el consejo municipal (alcaldes y regidores) y el Alcalde”¹⁹³.

Las municipalidades en el Perú tienen su origen en la conquista española. Uno de los primeros actos de la corona a fin de estructurar un cuerpo político, fue la creación de los ayuntamientos con poderes políticos, administrativos y judiciales. De forma tal que los municipios son parte esencial y primigenia de nuestra organización territorial, y a esta característica hace referencia esta norma al señalar que los gobiernos locales son entidades básicas, lo que quiere decir que estas instituciones son los cimientos sobre los que se sustentan la conformación del territorio de la República, y que es indispensable o esencial a su existencia y funcionamiento.

El precitado artículo señala que los gobiernos locales son:

- A) **Son Entidades Básicas De La Organización Territorial Del Estado.**- Significa que los municipios son los entes que sirven de base a la organización territorial del Estado y son parte fundamental de su configuración y organización física. Esta norma se sustenta en el **Art. 189° de la Constitución Política del Perú**¹⁹⁴ (Capítulo XIV, modificado por el Artículo Único de la Ley N° 27680, publicada el 07-03-2002).

¹⁹³ SANTA MARÍA CALDERÓN, Luis & MÁLLAP RIVERA, Jhonny. (Juristas Peruanos). “*Legislación Municipal Comentada*”. Editora Normas Legales, Trujillo Perú, 2003. Pág. 19.

¹⁹⁴ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Art. 189°.-** “*El territorio de la República está integrado por regiones, departamentos, provincias y distritos, en cuyas circunscripciones se constituye y organiza el gobierno a nivel nacional, regional y local, en los términos que establece la Constitución y la ley, preservando la unidad e integridad del Estado y de la Nación. El ámbito del nivel regional de gobierno son las regiones y departamentos. El ámbito del nivel local de gobierno son las provincias, distritos y los centros poblados*”.

- B) **Son Canales Inmediatos De Participación Vecinal.**- Es un rasgo esencial de las municipalidades y este Artículo hace un reconocimiento al hecho histórico de que los Gobiernos Locales son entidades de naturaleza vecinal, siempre cercanas a su población y sus problemas. Por tanto, son las municipalidades el punto de encuentro entre la sociedad civil (con sus demandas y propuestas) y la sociedad política (el Estado)¹⁹⁵. Esta disposición está relacionada con una serie de artículos que recorren el texto de la LOM, al regular los modos y mecanismos de participación ciudadana, el presupuesto participativo, los consejos de coordinación, etc.
- C) **Institucionalizan Y Gestionan Con Autonomía Los Intereses De Sus Correspondientes Colectividades.**- Destaquemos que el termino institucionalizar implica más que un cambio formal, ya que conlleva además de gestionar en forma autónoma los intereses locales-tomar las medidas necesarias a fin de asegurar que los procesos de cambio, impulsados desde la municipalidad, sean permanentes en el futuro. Por tanto, las autoridades locales no pueden tomar una acción inmediatista para resolver un problema, que sería insostenible en el tiempo; por ejemplo, es moneda corriente y usual que las nuevas autoridades tengan problemas de pago sobre deudas asumidas irresponsablemente por las autoridades salientes.
- D) **Son Promotores Del Desarrollo Local.**- Por otro lado, les corresponde a los gobiernos locales ser promotores del desarrollo local. Este aspecto es muy importante y da continuidad histórica a un elemento introducido en la antigua Constitución Política del año de 1979, por el cual las municipalidades dejaron de ser dependencias del gobierno central, agencias del Estado o empresas municipales, para convertirse en verdaderos gobiernos locales, con el deber ineludible de ser agentes de desarrollo local; lo que conlleva la elaboración de planes, convocatoria a la población, coordinación con los otros niveles de gobierno, financiamiento y ejecución de obras municipales¹⁹⁶. Disposiciones similares tiene la actual **Ley Orgánica de Municipalidades** en el **Art. IV del Título preliminar**, que señala: *“Los gobiernos locales representan al*

¹⁹⁵ MÁLLAP RIVERA, Johnny. (Jurista Peruano). “Comentarios Al Régimen Normativo Municipal”. Primera Edición. Editorial Gaceta Jurídica S.A. Lima Perú, Octubre del 2013. Pág. 40.

¹⁹⁶ MÁLLAP RIVERA, Johnny. (Jurista Peruano). “Comentarios Al Régimen Normativo Municipal”. Primera Edición. Editorial Gaceta Jurídica S.A. Lima Perú, Octubre del 2013. Pág. 41.

vecindario, promueven la adecuada prestación de los servicios públicos locales y el desarrollo integral, sostenible y armónico de su circunscripción”; el Art. VI: *“Los gobiernos locales promueven el desarrollo económico local, con incidencia en la micro y pequeña empresa, a través de planes de desarrollo económico local aprobados en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo; así como el desarrollo social, el desarrollo de capacidades y la equidad en sus respectivas circunscripciones”*; y el Art. 36° que precisa: *“Los gobiernos locales promueven el desarrollo económico de su circunscripción territorial y la actividad empresarial local, con criterio de justicia social”*.

Señala también el artículo en mención que son elementos esenciales del Gobierno Local: El territorio, la población y se adiciona, la organización. No se puede concebir una Municipalidad sin la concurrencia de una población, asentada en un territorio determinado y con una autoridad común, que gestiona los intereses de dicha colectividad hacia el desarrollo económico y social.

En cuanto a la organización, esta conlleva la presencia de la autoridad, porque el Estado como persona jurídica actúa a través de órganos y entes para cumplir sus funciones específicas, y en cuanto a su contenido una organización de tipo administrativo es “El conjunto de normas jurídicas que regulan la competencia, relaciones jerárquicas, situación jurídica, formas de actuación y control de los órganos y entes en ejercicio de la función administrativa”¹⁹⁷.

Por su parte la LOM, en su Art. 26° dispone que: **“La administración municipal adopta una estructura gerencial sustentándose en principios de programación, dirección, ejecución, supervisión, control concurrente y posterior. Se rige por los principios de legalidad, economía, transparencia, simplicidad, eficacia, eficiencia, participación y seguridad ciudadana, y por los contenidos en la Ley N° 27444¹⁹⁸. Las facultades y funciones se establecen en los instrumentos de gestión y la presente ley”**.

Finalmente, señala la norma que las municipalidades tienen personería jurídica de Derecho público y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines. Es decir

¹⁹⁷ DROMI, Roberto José (Jurista Argentino). *“Derecho Administrativo”*. Tercera Edición Actualizada. Editorial Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires Argentina, 1994. Pág. 359.

¹⁹⁸ Ley N° 27444 **“Ley del Procedimiento Administrativo General”**.

son sujetos de Derecho, que ejercen su autoridad y funciones en representación del Estado, de acuerdo a las funciones que le son propias.

ARTÍCULO II DEL TÍTULO PRELIMINAR DE LA LEY ORGÁNICA DE MUNICIPALIDADES. AUTONOMÍA.- Los gobiernos locales gozan de autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. La autonomía que la Constitución Política del Perú establece para las municipalidades radica en la facultad de ejercer actos de gobierno, administrativos y de administración, con sujeción al ordenamiento jurídico.

El Art. 194° de la Constitución Política Del Perú señala que: *“Las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno local. Tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Las municipalidades de los centros poblados son creadas conforme a ley. La estructura orgánica del gobierno local la conforman el Concejo Municipal como órgano normativo y fiscalizador y la Alcaldía como órgano ejecutivo, con las funciones y atribuciones que les señala la ley”*; Y el Art. 8° de la Ley N° 27783 **“Ley De Bases De La Descentralización”**, define que: *“La autonomía es el derecho y la capacidad efectiva del gobierno en sus tres niveles, de normar, regular y administrar los asuntos públicos de su competencia. Se sustenta en afianzar en las poblaciones e instituciones la responsabilidad y el derecho de promover y gestionar el desarrollo de sus circunscripciones, en el marco de la unidad de la nación. La autonomía se sujeta a la Constitución y a las leyes de desarrollo constitucional respectivas”*.

El Tribunal Constitucional ha desarrollado el concepto de autonomía municipal, señalando que la Constitución Política del Estado *“Reconoce la garantía institucional de la autonomía municipal, en tres aspectos concretos: política, económica y administrativa. Se trata pues de una garantía que el constituyente ha querido preservar para las municipalidades, confiriéndole protección constitucional contra su supresión y vaciamiento de sustancia, al limitar la intervención de los órganos legislativos y ejecutivos en la regulación de los asuntos públicos que son de su competencia. Como toda garantía institucional, la autonomía municipal es susceptible de ser objeto, en virtud de una ley, de desarrollo, regulación y limitación en su contenido, siempre que ellos se*

realicen dentro de los límites del orden competencial que la constitución prevé en el respeto del contenido esencial de la institución, que no puede ser alterado”¹⁹⁹.

Ha señalado también el **Tribunal Constitucional**: “5. En el caso de la autonomía municipal, este tribunal, en el **Exp. N° 0013-2003-AI/TC**, ha precisado que (...) frente a la diversidad de significados y contenidos de la garantía institucional de la autonomía municipal, deben tenerse en consideración, principalmente: (...) A) El contenido subjetivo u organizativo de la autonomía: las existencia de las municipalidades; B) El contenido objetivo o sustantivo de la autonomía, esto es, la autonomía como garantía de la gestión de los asuntos que interesen a la comunidad local, y C) El contenido institucional de la autonomía, que hace referencia a la posición de las municipalidades en el desempeño de sus funciones, es decir, la autonomía como ejercicio bajo la propia responsabilidad del ámbito de funciones públicas confiado por el legislador, con lo que se alude a cierto grado de libertad e independencia que caracteriza la posición de la actuación de las municipalidades frente a injerencias de instancias superiores”.

El **Art. 9°** de la **Ley De Bases De La Descentralización**, señala las dimensiones de las autonomías, precisando que “9.1. Autonomía política: es la facultad de adoptar y concordar las políticas, planes y normas en los asuntos de su competencia, aprobar y expedir sus normas, decidir a través de sus órganos de gobierno y desarrollar las funciones que le son inherentes. 9.2. Autonomía administrativa: es la facultad de organizarse internamente, determinar y reglamentar los servicios públicos de su responsabilidad. 9.3. Autonomía económica: es la facultad de crear, recaudar y administrar sus rentas e ingresos propios y aprobar sus presupuestos institucionales conforme a la Ley de Gestión Presupuestaria del Estado y las Leyes Anuales de Presupuesto. Su ejercicio supone reconocer el derecho a percibir los recursos que les asigne el Estado para el cumplimiento de sus funciones y competencias”.

Desde esa perspectiva, la autonomía municipal puede definirse como la capacidad que tienen las municipalidades en asuntos políticos, económicos y administrativos ejerciendo de manera independiente, pero en el marco de la ley, competencias y funciones que no pueden ser ejercidas por ninguna otra institución del Estado. En suma, lo que caracteriza

¹⁹⁹ **SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**. Expediente N° 001-1996-I/TC.

a la autonomía es la capacidad de dictar sus propias normas, capacidad de organizarse, poder de gestión dentro de las competencias que le asigna la constitución y la ley, y suficiencia financiera para recaudar, administrar sus rentas y decidir sus proyectos de inversión²⁰⁰.

Sin embargo dicha autonomía no es omnímoda, sino que está sujeta al marco constitucional, tal como lo señala expresamente el **Art. VIII del Título Preliminar de la Ley Orgánica de Municipalidades**: *“Los gobiernos locales están sujetos a las leyes y disposiciones que, de manera general y de conformidad con la Constitución Política del Perú, regulan las actividades y funcionamiento del Sector Público; así como a las normas técnicas referidas a los servicios y bienes públicos, y a los sistemas administrativos del Estado que por su naturaleza son de observancia y cumplimiento obligatorio. Las competencias y funciones específicas municipales se cumplen en armonía con las políticas y planes nacionales, regionales y locales de desarrollo”*. El TC con respecto a este tema, en la sentencia recauda en el Exp. N° 0007-2001-AA/TC, ha precisado que mediante la autonomía municipal se garantiza a los gobiernos locales desenvolverse con plena libertad en los aspectos administrativos, económicos y políticos (entre ellos, los legislativos). Sin embargo, autonomía no debe confundirse con autarquía, pues desde el mismo momento en que aquella le viene atribuida por el ordenamiento, su desarrollo debe realizarse con respeto a ese ordenamiento jurídico. Como ya lo precisara este supremo tribunal, autonomía no supone autarquía funcional al extremo que de alguna de sus competencias pueda desprenderse desvinculación parcial o total del sistema político o del propio orden jurídico en el que se encuentra inmerso cada gobierno municipal. En consecuencia, no porque un organismo sea autónomo deja de pertenecer al Estado, pues sigue dentro de él y, como tal, no puede apartarse del esquema jurídico y político que le sirve de fundamento a este, y por supuesto, a aquel f. j. 6, STC Exp. N° 007-2001-AI/TC. En la sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 0038-2004-AI/TC, que si bien la Constitución ha establecido que los gobiernos locales gozan de la garantía institucional de la autonomía municipal en materia política, económica y administrativa, y que además son competentes para aprobar su organización interna y su presupuesto, ello no implica que tales organismos gocen de una irrestricta discrecionalidad en el

²⁰⁰ MÁLLAP RIVERA, Johnny. (Jurista Peruano). “Comentarios Al Régimen Normativo Municipal”. Primera Edición. Editorial Gaceta Jurídica S.A. Lima Perú, Octubre del 2013. Pág. 44.

ejercicio de tales atribuciones, toda vez que conforme al principio de la unidad de la Constitución, esta debe ser interpretada como un todo, como una unidad donde todas sus disposiciones deben ser entendidas armónicamente. Este tribunal, en la sentencia recaída en el Exp. N° 0012-1996-I/TC, ha precisado el carácter restringido del concepto de autonomía de los órganos creados por la constitución, estableciendo que: “La autonomía es la capacidad de autogobierno para desenvolverse con libertad y discrecionalidad, pero sin dejar de pertenecer a una estructura general de la cual en todo momento se forma parte, y que está representada no solo por el Estado sino por el ordenamiento jurídico que rige a este. En este sentido, debe entenderse que dicha autonomía debe ser ejercida dentro del marco constitucional y legal”. Así mismo, en la STC. Exp. N° 510-2004-AA/TC, fundamento 2, este colegiado manifestó: “En la sentencia recaída en la autonomía municipal, en sus ámbitos político, económico y administrativo, en los asuntos de su competencia, por lo que un ejercicio enmarcado en tal premisa no puede vulnerar ni amenazar, per se, derechos constitucionales, salvo que dicho ejercicio se efectúe al margen del ordenamiento jurídico, y lesione derechos de los administrados u otros entes estatales o privados”.

ARTÍCULO III DEL TÍTULO PRELIMINAR DE LA LEY ORGÁNICA DE MUNICIPALIDADES. ORIGEN.- Las municipalidades provinciales y distritales se originan en la respectiva demarcación territorial que aprueba el Congreso de la República, a propuesta del Poder Ejecutivo. Sus principales autoridades emanan de la voluntad popular conforme a la Ley Electoral correspondiente.

Las municipalidades de centros poblados son creadas por ordenanza municipal provincial.

El origen del municipio fue un tema extremadamente de batido en la doctrina. Sobre el particular, existen dos teorías contrapuestas: **La escuela sociológica o iusnaturalista y la escuela legalista.** Analizar sus aportes conlleva algo más que un ejercicio intelectual o una toma de posición doctrinaria y deriva en consecuencias prácticas para el municipio, como veremos.

La **Escuela sociológica** concibe al municipio como una institución de Derecho natural, impuesta por las exigencias de la vida humana, que nace espontáneamente de la

contigüidad de las familias y por tanto no es creado por el Estado, sino solo reconocido en su existencia. Esta escuela gozó de gran estimación en nuestro continente, gracias a la difusión de la obra de Tocqueville (la democracia en América), donde se sostiene, al estudiar las instituciones municipales de Norte América que la comuna “Es la única asociación que existe también en la naturaleza, donde quiera que se encuentren hombres reunidos se forma por sí misma”.

En el extremo se halla la escuela legalista, siendo su gran defensor y propulsor el Jurista Austriaco Alemán Hans Kelsen para quien el municipio es una entidad territorial creada por la ley, con atribuciones delegadas por el Estado, las que pueden serle ampliadas, reducidas y aun suprimidas. Para esta escuela, el comienzo y el fin del municipio descansa en la ley, con prescindencia de los factores geográficos o sociológicos, que pueden o no ser considerados por el legislador.

Bajo la concepción legalista puede ocurrir como de hecho a ocurrido que una porción de territorio reciba la denominación legal de municipio, con las atribuciones que le sean inherentes, disminuya luego su población, de modo tal que pierda sus elementos esenciales, con todo lo que puede significar en la falta de atención de las necesidades o ausencia de la dinámica pertinente para el desarrollo local, aunque conserve su calificación legal.

Posteriormente, se han planteado otras teorías sobre el origen del municipio, que se alejan de las posiciones clásicas líneas arriba referidas. Unas consideran que la esencia del municipio está dada por un conjunto de servicios públicos de ámbito local, su razón de ser sería entonces la satisfacción de las necesidades colectivas. Otras, que la esencia del municipio se define por la capacidad económica destinada a satisfacer las necesidades colectivas. Estas tendencias no han logrado respaldo en la doctrina, porque es indudable que el origen del municipio no se puede extraer de esos conceptos, no individualizan al municipio y la capacidad económica en una condición para la prestación de los servicios públicos, tan variable como la magnitud que tengan estos.

La posición que si ha calado entre los municipalistas y es un paso delante de las escuelas clásicas, es la que establece que la naturaleza del municipio es producto de la conjunción de los planteamientos del sociologismo y el legalismo. Bermejo y Gironés, sus dos

grandes exponentes, sostienen que en el desarrollo del municipio se advierten la presencia de dos factores: El “natural” que le hace nacer como pueblo, como grupo humano espontaneo y el “legal” que al reconocer su arraigo y vigorosa tradición, lo acoge como verdadera institución en vigencia plena²⁰¹.

¿CUÁL ES LA POSICIÓN SOBRE EL ORIGEN DEL MUNICIPIO POR LA QUE HA OPTADO EL LEGISLADOR PERUANO?

Las constituciones políticas del año 1979 y 1993 no definen al municipio. El Decreto Legislativo N° 052- antepenúltima Ley Orgánica De Municipalidades en su Art. 2° definía al municipio como “Comunidad de personas vinculadas por su relación de vecindad, dentro de los límites de un territorio y con capacidad para constituir un gobierno local”. La Ley N° 23853 penúltima Ley Orgánica omite dar una definición pero en el Art. 14° señala que los municipios provinciales y distritales nacen de la demarcación territorial respectiva que aprueba el congreso, a propuesta del poder ejecutivo. Redacción similar tiene la Ley N° 27972 última y vigente Ley Orgánica de Municipalidades, que en su Art. III del Título Preliminar señala: **“Las municipalidades provinciales y distritales se originan en la respectiva demarcación territorial que aprueba el Congreso de la República, a propuesta del Poder Ejecutivo”**. De lo expuesto podríamos concluir desde nuestra modesta percepción que la LOM se adhiere a la escuela legalista, posición similar que asumen la mayor parte de estudiosos del tema así como la doctrina dominante: “El hecho de que nuestra legislación municipal se adhiera a la escuela legalista determina que los municipios, que son de naturaleza socio política, en lugar de ser reconocidos por el Estado, resultan naciendo creados por la Ley, que es un acto de naturaleza volitiva, política. Además, este nacimiento tiene la particularidad de ser indirecto, pues la Ley peruana no crea los distritos y provincias el legislador agrega disposiciones complementarias para dotar a las nuevas circunscripciones de autoridades del poder ejecutivo y poder judicial, alertando de paso al Jurado Nacional de Elecciones sobre la previsión de elecciones municipales. Como es de advertir, según estos mecanismos, en

²⁰¹ CASTIGLIONI GHIGLI, Julio Cesar. (Jurista Peruano). “*Modificatorias A La Ley Orgánica De Municipalidades*”. En: Revista electrónica del Centro de Estudios del Derecho Municipal. Año II, Numero 3, 2008. Pág. 41.

estricto, no se ha producido la creación del municipio, tampoco la de la municipalidad, apenas lo fue de la circunscripción territorial”²⁰².

Sin embargo, si revisamos la **Ley N°27795 “Ley De Demarcación Y Organización Territorial”** y su reglamento **Decreto Supremo N° 019-2003-PCM**, encontraremos que para el caso de creación de nuevos distritos y provincias se deben acreditar el cumplimiento de requisitos previstos como volúmenes mínimos de población, de infraestructura y equipamiento en servicio de salud, educación y saneamiento, entre otros, así como características geográfico ambientales y urbanas, potencialidades económicas y condiciones territoriales de ubicación y accesibilidad; de lo que podemos inferir que la demarcación territorial que aprueba el Congreso de la Republica, es el reconocimiento a una unidad poblacional asentada en un territorio por reagrupación natural.

Por tanto, la LOM asume una posición ecléctica: los municipios tienen su origen en la Ley, pero previamente las organizaciones territoriales deben haber generado, por agrupación espontanea, una población unida por su identidad histórica y cultural, su capacidad para demandar y mantener servicios básicos, así como contar con un ámbito geográfico donde se desarrollen sus relaciones sociales, económicas y jurídicas²⁰³.

Este dispositivo señala que las autoridades municipales emanan de la voluntad popular, de acuerdo a la ley electoral. Este es un punto muy importante, teniendo en cuenta que hasta el año de 1980 las autoridades municipales no emanaban de la voluntad popular, sino que eran designados directamente por el gobierno central.

Este artículo desarrolla, aunque en otros términos lo dispuesto por el **Art. 194° 3er párrafo de la Constitución política del Perú: “Los alcaldes y regidores son elegidos por sufragio directo, por un período de cuatro (4) años. No hay reelección inmediata para los alcaldes. Transcurrido otro período, como mínimo, pueden volver a postular, sujetos a las mismas condiciones. Su mandato es revocable, conforme a ley. El mandato de alcaldes y regidores es irrenunciable, con excepción de los casos previstos en la Constitución”**²⁰⁴.

²⁰² MUÑOZ SOTO, Rafael. “Municipalidades: Manual De Organización Y Funciones”. Editorial Normas legales. Trujillo Perú, 1993. Pág. XVII.

²⁰³ MÁLLAP RIVERA, Johnny. (Jurista Peruano). “Comentarios Al Régimen Normativo Municipal”. Primera Edición. Editorial Gaceta Jurídica S.A. Lima Perú, Octubre del 2013. Pág. 47.

²⁰⁴ **Texto modificado por el Artículo Único de la Ley N° 30305, publicada el 10-03-2015.**

La Ley N° 26864 “*Ley De Elecciones Municipales*”, prescribe los requisitos y el modo de elección de los alcaldes y regidores de los consejos provinciales y distritales, en todo el territorio nacional. Para el caso de las autoridades de las municipalidades de los centros poblados, se aplica la Ley N° 28440, publicada el 29 de diciembre del año 2004.

ARTÍCULO IV DEL TÍTULO PRELIMINAR DE LA LEY ORGÁNICA DE MUNICIPALIDADES. FINALIDAD.- Los gobiernos locales representan al vecindario, promueven la adecuada prestación de los servicios públicos locales y el desarrollo integral, sostenible y armónico de su circunscripción.

Este dispositivo define el carácter representativo de los gobiernos locales porque si bien emanan de la voluntad popular, no es el pueblo quien ejerce directamente el poder, sino por delegación a través de las autoridades elegidas.

Este artículo tiene una redacción similar al Art. 3° de la derogada Ley de municipalidades N° 23853, pero con la supresión del último párrafo de dicho artículo que señalaba: “no pueden ejercer las funciones de orden político que la constitución y las leyes reservan para otros órganos del Estado, ni asumir representación distinta de la que corresponde a la administración de las actividades locales”. Presión que marcaba una línea divisoria con el actuar de los prefectos y subprefectos de entonces, que fueron suprimidos mediante la Ley N° 28895 norma que así mismo ha establecido que las nuevas autoridades políticas son los gobernadores y tenientes gobernadores de todo el territorio de la república.

Se establece que es finalidad de los gobiernos locales: A) Representar al vecindario; B) Promover la adecuada prestación de los servicios públicos locales; C) Promover el desarrollo integral, sostenible y armónico de su circunscripción²⁰⁵.

La primera finalidad es una expresión de la democracia representativa, las autoridades actúan ejerciendo representación del pueblo que los han elegido y con estricta sujeción a la Constitución y las leyes, a que hace referencia el **Art. VIII del Título Preliminar** de la presente **LOM**. En palabras de Enrique Bernal: “Los gobernantes ejercen el poder sometidos a las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes

²⁰⁵ MÁLLAP RIVERA, Johnny. (Jurista Peruano). “*Comentarios Al Régimen Normativo Municipal*”. Primera Edición. Editorial Gaceta Jurídica S.A. Lima Perú, Octubre del 2013. Pág. 48.

establecen. Esto conforma el Estado de Derecho, en la medida que el poder no se ejerce al arbitrio del gobernante. Así fue durante largo tiempo, y la tentación anda siempre rondando a los gobernantes y autoridades que no tienen vocación democrática ni solidez en su ética política”²⁰⁶.

En cuanto a la segunda finalidad, la prestación de los servicios públicos deben ser adecuada, conveniente o conforme a las circunstancias, y puede brindarlo directamente o a través de terceros, mediante el mecanismo de la concesión, a tenor del **Art. 32° de la LOM** *“Los servicios públicos locales pueden ser de gestión directa y de gestión indirecta, siempre que sea permitido por ley y que se asegure el interés de los vecinos, la eficiencia y eficacia del servicio y el adecuado control municipal. En toda medida destinada a la prestación de servicios deberá asegurarse el equilibrio presupuestario de la municipalidad”*.

En cuanto a la tercera finalidad, por promoción del desarrollo integral debemos entender aquel cuyos beneficios son compartidos por todo los sectores de la circunscripción territorial respectiva, sin discriminación de ningún tipo; por desarrollo sostenible, aquel que involucra en forma coordinada mejoras de tipo económico, social y ecológico; desarrollo armónico, aquel que se produce como resultado de la participación equitativa en los beneficios, que permitan a todo los integrantes de una comunidad crecer a un ritmo homogéneo como resultado de la ejecución de obras y servicios e implementación de oportunidades para todos. Según la ONU: “El paradigma del desarrollo humano tiene cuatro componentes fundamentales: A) Productividad, es necesario que todas las personas participen plenamente en el proceso productivo de generación de ingresos y el empleo remunerado. B) Equidad, es necesario que todas las personas tengan igual acceso a la igualdad de oportunidades. C) sostenibilidad, es menester asegurar el acceso a las oportunidades no solo para las generaciones actuales, sino también para las futuras. D) Potenciación, el desarrollo debe ser efectuado por las personas, no solo para ellas”²⁰⁷.

ARTÍCULO V DEL TÍTULO PRELIMINAR DE LA LEY ORGÁNICA DE MUNICIPALIDADES. ESTADO DEMOCRÁTICO, DESCENTRALIZADO Y

²⁰⁶ BERNALES BALLESTEROS, Enrique. (Jurista Peruano). *“La Constitución de 1993. Análisis Comparado”*. Segunda Edición. Editorial Constitución y Sociedad. Lima Perú, 1996. Pág. 279.

²⁰⁷ Programa De Naciones Unidas Para El Desarrollo – PNUD. “El Desarrollo Humano 1995”.

DESCONCENTRADO.- La estructura, organización y funciones específicas de los gobiernos locales se cimientan en una visión de Estado democrático, unitario, descentralizado y desconcentrado, con la finalidad de lograr el desarrollo sostenible del país.

En el marco del proceso de descentralización y conforme al criterio de subsidiariedad, el gobierno más cercano a la población es el más idóneo para ejercer la competencia o función; por consiguiente el gobierno nacional no debe asumir competencias que pueden ser cumplidas más eficientemente por los gobiernos regionales, y éstos, a su vez, no deben hacer aquello que puede ser ejecutado por los gobiernos locales.

Este artículo desarrolla los artículos 43° y 189° de la Constitución Política del Perú. El Art. 43° señala: *“La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes”*, y el Art 189° que señala lo siguiente: *“El territorio de la República está integrado por regiones, departamentos, provincias y distritos, en cuyas circunscripciones se constituye y organiza el gobierno a nivel nacional, regional y local, en los términos que establece la Constitución y la ley, preservando la unidad e integridad del Estado y de la Nación. El ámbito del nivel regional de gobierno son las regiones y departamentos. El ámbito del nivel local de gobierno son las provincias, distritos y los centros poblados”*.

En la sentencia (Exp. N° 006-2008-PI/TC), el Tribunal Constitucional ha desarrollado las implicancias del Perú como Estado unitario y descentralizado, del modo siguiente:

9. El Artículo 43° de la Constitución Política del Perú señala que: *“El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes”*.

“El Estado constituye una unidad, un todo, un universo; no obstante la vertiginosidad con la que avanzan los Estados modernos y la creciente población, que suma miles de millones en algunos casos como China, han creado la necesidad de transferir el poder, elemento básico para gobernar, a órganos especializados para una mejor administración del Estado. Es indudable que quien gobierna necesita del poder y lo ejercita para

bienestar del componente social. El poder del Estado en consecuencia es único, pero hay que diferenciar el Estado unitario del centralista; en este último el poder recae en un solo órgano que se convierte en dominante de los poderes locales y particulares en los que además la subordinación orgánica al poder central es absoluta, con autoridad investida con competencias normativas en el Gobierno Central. En el Estado unitario y descentralizado en cambio el poder no se encuentra concentrado en un órgano único sino que se permite la posibilidad de transferir facultades de gobierno a entidades, denominadas por algunos como “organismos constitucionales autónomos”, que ayudan al desarrollo integral de la política nacional (artículo 189 de la Constitución), con poder incluso para dictar normas de ámbito territorial, pero en atención a las competencias asignadas por la propia Constitución del Estado que, como se dijo, constituye una unidad, razón ésta por la que un organismo del Estado al que se le ha conferido una parte de ese poder no puede ir más allá de lo que la propia Constitución le asigna”.

En suma, el Estado es descentralizado, por cuanto las funciones de los gobiernos pertenecientes al Estado se distribuyen entre los diferentes niveles (central, regional y local), mediante la transferencia de funciones y recursos a entidades autónomas, con facultades de decisión dentro de su jurisdicción. Es unitario, porque los gobiernos locales gozan de autonomía en los asuntos de su competencia, pero no de soberanía, que es un atributo exclusivo del Estado, ni de autarquía, pues desde el mismo momento en que aquella le viene atribuida por el ordenamiento, su desarrollo debe realizarse con respeto al ordenamiento jurídico general. Y es desconcentrado, porque la delegación de funciones y recursos a otras instancias implica que las entidades menores actúan en nombre del ente superior, sin independencia ni autonomía, como es el caso de los ministerios. El Jurista Peruano Marcial Rubio Correa grafica la diferencia entre descentralización y desconcentración con el ejemplo siguiente: “Se descentraliza la educación si las municipalidades asumen todo lo relativo a la conducción de los planes de estudio, los colegios, los profesores, los alumnos, etc., de su circunscripción. Si, en cambio, las decisiones sobre estos asuntos pasan del ministerio de educación a una Dirección Regional De Educación que depende en última instancia del ministerio, no habrá habido descentralización sino solo desconcentración”²⁰⁸.

²⁰⁸ RUBIO CORREA, Marcial. (Jurista Peruano). “*Estudio De La Constitución Política de 1993*”. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima Perú, 1999. Pág. 435.

Otro tema importante con relación a este artículo lo constituye la referencia al “Criterio de subsidiariedad”, denominación distinta a la que usa el **Art. VII del Título Preliminar de la LOM** donde se habla de “principio de subsidiariedad”, pero en esencia se trata de lo mismo, recogiendo lo dispuesto por el **Art. 4° de la Ley N° 27783 “Ley De Bases De La Descentralización”**, que señala: **“La descentralización se sustenta y rige por los siguientes principios generales: f) Es subsidiaria: Las actividades de gobierno en sus distintos niveles alcanzan mayor eficiencia, efectividad y control de la población si se efectúan descentralizadamente. La subsidiariedad supone y exige que la asignación de competencias y funciones a cada nivel de gobierno, sea equilibrada y adecuada a la mejor prestación de los servicios del Estado a la comunidad”**.

Profundicemos un poco más en este principio. La subsidiariedad en su expresión administrativa, significa que debe ser el gobierno más cercano a la población el llamado a ejercer la competencia o función. En consecuencia, el gobierno nacional no debe asumir competencias que pueden ser cumplidas más eficazmente por los gobiernos regionales, y estos a su vez, no deben hacer aquello que puede ser ejecutado por los gobiernos locales. Pero más allá de la definición ¿Cómo debe aplicarse el principio de subsidiariedad? Entendemos una respuesta: las leyes pilares de la descentralización (nos referimos al Art. 4° de la Ley N° 27783 “Ley de bases de la descentralización”, Art. 8° de la ley N° 27867- Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales y Arts. V y VII de la Ley N° 27972- Ley Orgánica de Municipalidades), lo definen como un principio guía para las transferencias de competencias y responsabilidades a los órganos de gobierno más próximos a la población, cuando se encuentren en condiciones de ejercerlas con eficiencia. Tal definición no basta para su aplicación en un caso concreto. Es necesario interpretarlo en conexión con otros principios y normas de descentralización, en el marco de los objetivos trazados por la Constitución Política.

Un primer elemento de conexión con la subsidiariedad, es la relación Estado-Descentralización. En términos generales, el fin esencial de la descentralización es conectar a la sociedad en la toma de decisiones, por lo que se transfiere (o devuelve) autonomías a los órganos subnacionales (Regional O Local), recortando la influencia totalizadora del gobierno central. Tal reconocimiento, sin embargo, no debe romper las características que a este mismo Estado le otorga la constitución del país. **El Art. 43° de la Constitución** señala: **“(…) El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario,**

representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes”; en concordancia, el **Art. 189° de la Carta Magna** modificado por la **ley N° 27680**, prescribe: *“El territorio de la República está integrado por regiones, departamentos, provincias y distritos, en cuyas circunscripciones se constituye y organiza el gobierno a nivel nacional, regional y local, en los términos que establece la Constitución y la ley, preservando la unidad e integridad del Estado y de la Nación”*.

La unidad se configura así en el fundamento de la organización del estado, por lo la atribución de autonomías y competencias no pueden efectuarse al margen de este sentido esencial de nuestra organización. Por ello, se debe tener en cuenta al momento de aplicar la subsidiariedad, que el objeto de la descentralización es, además de sus fines administrativos y económicos, preservar la unidad del estado. Ninguna competencia o función, bajo el amparo del principio de subsidiariedad, puede ser reclamada o asumida si se quiebra el elemental concepto de unidad estatal.

Un segundo elemento es el de la eficiencia, designado como criterio de selectividad y proporcionalidad por la Ley de Bases de la Descentralización (Ley N° 27783 Art. 14.2. b), conforme al cual para determinar al órgano encargado de asumir una competencia concreta, es necesario realizar una proyección de capacidad de gestión efectiva, determinada en base a criterios técnicos y objetivos. Prima aquí el criterio de beneficio concreto de la población respecto del órgano que ejecutará la acción: el más cercano a la población primará en el caso de varios órganos con idéntica capacidad de gestión, pero puede ser soslayado cuando el mayor beneficio cualitativo o cuantitativo esté del lado del órgano inmediatamente superior. El Tribunal Constitucional ha establecido (Exp. N° 002-2005-PI/TC, § 2, 50) que una materia solamente podrá ser asignada al gobierno más próximo si a partir del análisis de la competencia discutida, esta concesión favorece a la población en un triple sentido: a) El propósito de la asignación debe ser congruente con los fines de la Constitución, adecuándose la solución concreta a los principios básicos de la descentralización; b) La solución arribada debe ser la más efectiva y adecuada admisible, pues tal prescindibilidad significa elegir entre las medidas posibles, la más benigna; y c) Racionalmente, tal determinación de contenidos no debe afectar el funcionamiento de alguno de los gobiernos existentes, por lo que se buscará la conveniencia constitucional del resultado al cual se llegue.

Un tercer elemento es la participación civil, entendido en el sentido que la asignación de competencias debe favorecerla. Si en la eficiencia se pone el peso, mayormente, en los

beneficios económicos; en la participación se buscará que la medida aliente la democracia participativa, cumpliendo así con los objetivos políticos de la descentralización (Ley N° 27783, Art. 6). Muchos elementos, serán necesarios compulsar frente a los problemas concretos que se presenten al momento de aplicar el principio de subsidiariedad. Sin embargo, hemos querido anotar aquellos que conllevan una presencia permanente.

Por lo tanto, el principio de subsidiariedad entendido exclusivamente como criterio de cercanía del órgano con la población, debe ser superado. Por el contrario, aplicado en conjunción con los elementos de unidad del Estado, eficiencia y participación dentro de los parámetros de la Constitución y las normas de desarrollo de la descentralización cumplirá su función democratizadora del Estado, generando una mayor participación de la sociedad civil.

SUB CAPITULO II.

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

Previo al estudio profundo y detallado del presente tema materia de investigación es necesario resaltar que los delitos contra la administración pública se encuentran expresamente estipulados en el Título XVIII de nuestro Código penal vigente, de ahí que deducimos que los legisladores en su condición de autores de dicho cuerpo legal han precisado focalizando exclusivamente un Título entero y completo respecto a los ilícitos penales, los que comprenden delitos cometidos por funcionarios, como por particulares que llegan a afectar en grado de lesión o puesta en peligro el bien jurídico protegido denominado “Administración Pública”, de esta manera nuestra legislación penal es el transmisor de la política criminal del Estado peruano en materia de delitos funcionales y por ello ajusta sus contenidos de tipicidad en razón de una temática de gran trascendencia para la existencia del Estado.

Según el profesor Rojas Vargas los delitos contra la Administración Pública afectan a un punto de engarce, enlace y conexión entre el Estado y la sociedad, de esta manera la Administración Pública es un punto intermedio entre el Estado y la Sociedad dado a que este último es el destinatario de las funciones y servicios, la Existencia de la administración pública es enorme por la importancia y trascendencia que tiene, por la sencilla razón que si no existe la administración pública definitivamente no habría Estado. Por ello por ejemplo la materialización y cristalización del Estado se observa con la presencia de las

diferentes instituciones existentes como Fiscalía, Colegios, Poder Judicial, Policía, Hospitales, etc.

No obstante la verdadera importancia es la eficacia del y eficiencia del Estado por ejemplo, además de la existencia de los Colegios, de la Fiscalía, de la Policía, etc., tendrán que existir miembros de la Policía Nacional del Perú, Médicos, Enfermeros, Técnicos en Enfermería en el caso de los Hospitales, en el caso de los Colegios los profesores cumplen un rol protagónico y así sucesivamente para cada institución determinada, **contrario sensu** el Estado sería precario de manera tal que la administración pública pondrá en tela de juicio la calidad del Estado que tenemos, específicamente la calidad y/o deficiencia del mismo.

Ya haciendo un análisis profundo respecto a nuestra realidad nacional llegamos a una conclusión penosa porque lamentablemente en nuestro país el Estado a todas luces es precario, dado a que ha fijado y centrado su mirada atendiendo con preferencias a los de la costa comprendiendo que son rentables económica y productivamente, olvidándose de esta manera de las zonas alto andina y selva donde lamentablemente se nota una presencia fragmentaria e insuficiente. En ese contexto social la administración pública es una administración insuficiente por lo que nuestra población no siente ni nota la presencia del Estado como propulsor de calidad de vida, que le brinde oportunidades y le haga crecer a todos los ciudadanos, más por lo contrario se percibe al Estado como una persona interesada en obtener recursos a costa del pueblo, encargado de expoliar a los ciudadanos y que carece de sentido de humanidad. No es un Estado de calidad como sucede en los países del primer mundo más sólidos con administración pública profesional.

LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL DERECHO PENAL

En este contexto el Derecho Penal no puede suplir ni sustituir esas insuficiencias obviamente porque no es su tarea mucho menos su competencia. El Derecho Penal trabaja con mínimos que debe asegurar la funcionalidad de la administración pública, el Derecho Penal existe para proteger la buena administración pública protegiéndola penalmente contra de funcionarios públicos, se protege a la administración de los particulares que han lesionado o puesto en peligro de los valores propios de la administración pública.

Es muy importante tomar en cuenta que los roles que cumplen los funcionarios y servidores, roles que ellos asumen al ingresar a la administración pública definirán la imagen que tiene la administración pública en la sociedad. Siendo así, si las personas que ingresan a la administración por ejemplo al Poder Judicial, al Ministerio Público, etc., si esas personas no cumplen adecuadamente sus atribuciones contenidas en el marco formal de sus funciones, entonces la imagen que se proyecta en la población es que éste Estado es uno que no atiende las necesidades de dicha población. Por ello debemos recordar que el Estado es una ficción jurídica que ha sido creado no para administrar los negocios de los empresario mineros, agroexportadores, el Estado es una ficción jurídica porque es un contrato que se ha dado entre los miembros de la sociedad para proveerle a la población posibilidades de crecimiento económico, educativo entre otros. Lamentablemente según Rojas Vargas en el Perú, Bolivia y otros países de América Latina tercermundistas por cierto se concibe al Estado como un administrador de los de los negocios de los empresario y esa es una visión obviamente equivocada sobre lo que es el Estado²⁰⁹.

Sin embargo la visión actual del Estado peruano como uno que privilegia lo privado no solamente en el ámbito de bienes y servicios sino además en temas tan neurálgicos como por ejemplo la Educación, porque se percibe muy alarmantemente a todas luces que la educación privada tiene mejores estándares que la educación pública, ello se dice que es por la corrupción generalizada que existe en nuestro país dado a que los funcionarios públicos se consideran dueños, amos y señores de la administración, cuando en realidad estos señores si fueran conscientes entenderían que son únicamente servidores del pueblo y que ellos están ahí para propiciar el crecimiento de la población y no para sentirse propietarios de las instituciones, lamentablemente ellos es una de los factores de la crisis de la administración pública.

Ahora bien recordando que la administración pública es el nexo directo entre el Estado y la población por consiguiente decimos, que si la administración pública marcha mal, no se cumplen con las funciones y los fines del Estado que están plasmados taxativamente en la Constitución Política debidamente ejecutados por los funcionarios y servidores

²⁰⁹ CANCHO ALARCÓN, Rafael Elmer., ROJAS VARGAS, Fidel., PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto Y Otros. “La Imputación Del Delito Y De La Pena En Los Delitos Contra La Administración Pública Cometidos Por Funcionarios Públicos”. Ediciones Jurídicas Del Centro. CECAJ Centro de Estudios, Capacitación y Actualización Jurídica. Lima Perú 2014. Pág. 105.

públicos, entonces en ese sentido se diría que en la administración hay un elemento rector, fundamental y dinámico que son los funcionarios y servidores los mismos que construyen el Estado, vale decir que a través de los funcionarios y servidores con los roles bien definidos y correctamente ejecutados el Estado se va construyendo.

En esta perspectiva de la concepción de la administración pública, hablando las cosas con frialdad, lamentablemente existen dentro del Estado un sin número de signos que catapultan de precariedad al Estado peruano por la simple y sencilla razón que existen algunos funcionarios y servidores públicos que más allá de creerse dueños y oligarcas del Estado se avocan estrictamente a sacarle provecho pecuniario a su condición, lo decimos esto con la total honestidad y sinceridad que nos caracteriza porque modestamente lo hemos vivido en carne propia cuando por un lado en algún momento Dios y el pueblo nos encomendó servirlos y por el otro fuimos pasibles de abusos, injusticias y arbitrariedades. Es decir haciendo memoria cuando teníamos la responsabilidad de demostrar capacidad de gestión, por culpa del Centralismo limeño es bien sabido que los recursos del Estado para ejecutar obras a través de los Ministerios como Vivienda, Saneamiento y Construcción o Ministerio de Economía y Finanzas, entre otros, se encuentran en Lima, de tal manera que para poder cristalizar y materializar financiamiento en basta oportunidad accedíamos a ciertas posiciones caprichosas como antojadizas con condicionantes que para nadie es un secreto como por ejemplo; los vínculos mafiosos del gobierno de turno. Por otro lado conociendo que la administración pública es el vínculo estrecho entre el Estado y la población y si éste no funciona a cabalidad, el Estado se deslegitima perdiendo credibilidad, si eso es así, por culpa de algunos malos elementos en su condición de funcionarios públicos del Poder Judicial (como administración pública), quienes posiblemente motivados por algunos intereses subalternos personalísimos actuaron con total arbitrariedad causándonos grandiosos perjuicios irreparables que en el desarrollo de la presente tesis ahondaremos con mayor detalle, todo esto nos conlleva a dudar de la existencia de un real Estado Constitucional de Derecho.

En esta visión de interpretación la administración pública desde un punto de vista de lectura penal no son las instituciones, no son las jerarquías, sino que administración pública de acuerdo al bien jurídico protegido deber ser entendida como *las funciones y los servicios públicos, son las competencias y atribuciones de los funcionarios y servidores públicos.*

Allí es donde apunta el bien jurídico protegido, a garantizar que las atribuciones y roles de los funcionarios y servidores públicos se cumplan en una buena marcha administrativa, entonces el bien jurídico está concebido como *aquel conjunto sistemático y eficiente de funciones y servicios públicos que el Estado proyecta a la sociedad, para construir Estado y para dar calidad de vida a los pobladores de la sociedad*. Y en esta concepción funcional de administración pública, el principal papel lo cumplen los funcionarios y servidores públicos.

El bien jurídico penal “Administración pública”, hace referencia aquel conjunto de funciones y servicios por medio de los cuales el Estado se hace presente en la sociedad. Y se hace presente para asegurarle a la sociedad los principios constitucionales establecidos en la Carta Magna, asegurarles por ejemplo que su propiedad no va a ser afectada, para asegurarles espacios de libertad, garantizar que la administración pública funcionará bien²¹⁰.

Dentro de la administración pública nos interesa entonces una concepción funcional de lo que significa administración, en tanto conjunto de funciones y servicios públicos dirigidos a la población y que el derecho penal asegura a su manera. El Derecho penal no puede lamentablemente asegurar que no cometan delitos, pero el Derecho penal puede asegurar que se cometan los menos posibles a través de la prevención y a través de la represión. En palabras de Fidel Rojas quien dice que ya es tiempo de sincerarnos en los fines de la pena porque estos son represivos, preventivos, resocializadores e inocuizadores²¹¹.

El Estado tiene sus propios órganos controladores y procedimientos específicos internos y externos para proteger a la administración pública, con niveles más o menos optimizados de los comportamientos de sus agentes que violando sus deberes infringen los reglamentos y pautas orgánicas. En este contexto el Derecho Penal como medio de control conminatorio y represivo es un mecanismo subsidiario de actuación, esto es,

²¹⁰ CANCHO ALARCÓN, Rafael Elmer., ROJAS VARGAS, Fidel., PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto Y Otros. “La Imputación Del Delito Y De La Pena En Los Delitos Contra La Administración Pública Cometidos Por Funcionarios Públicos”. Ediciones Jurídicas Del Centro. CECAJ Centro de Estudios, Capacitación y Actualización Jurídica. Lima Perú 2014. Pág. 107.

²¹¹ **Inocuización** (esto significa hacer inofensivo al autor) o “neutralización” del peligro del sujeto (es decir, desvirtuar la capacidad criminal del mismo), para conseguir la reinserción o rehabilitación social del autor.

significa un último recurso aplicable cuando la gravedad del hecho resulta intolerable para la administración estatal e importe presencia de actuación dolosa. La subsidiaridad del Derecho Penal rige tanto para delitos comunes como para los especiales por la calidad del autor y función²¹².

EL DELITO DE NOMBRAMIENTO ILEGAL PARA CARGO PÚBLICO.

El presente tipo penal se encuentra regulado en el Art. 381° del Código Penal peruano vigente que a la letra dice: “ *El funcionario público que hace un nombramiento para cargo público a persona en quien no concurren los requisitos legales, será reprimido con sesenta a ciento veinte días multa ...*”.

ANTECEDENTES LEGALES

Los Autores de la presente investigación nos hemos tomado el afán de indagar la existencia de antecedentes no solamente legales sino también doctrinarios y jurisprudenciales, sin embargo revisado nuestras diferentes fuentes de información llegamos a la conclusión unánime similar a la doctrina mayoritaria que la presente figura jurídica penal no registra antecedentes en la legislación penal nacional, encontrando únicamente a la fuente extranjera que sirvió de base e inspiración para la configuración y tipificación del nombramiento ilegal para cargo público en el Perú al Art. 253° del Código Penal argentino vigente.

Es más, con el único fin de tener más claro el tema revisamos oportunamente el código penal peruano del año 1924, derogado en la actualidad en el que indudablemente a todas luces afirmamos que no se encontraba regulado peor aún tipificado.

LA FIGURA PENAL.

Conforme al jurista Rojas Vargas el nombramiento ilegal para cargo público en nuestro país se trata de una figura penal moderna de base estrictamente administrativa. Más aún pocas son las legislaciones penales que han elevado dicho supuesto administrativo a nivel

²¹² ROJAS VARGAS, Fidel. “Delitos Contra La Administración Pública”. Segunda Edición. Editorial GRILEY. Lima Perú 2001. Pág. 15.

de delito. El referido autor añade que estamos frente a un delito de resultado de naturaleza comisiva²¹³.

El correcto funcionamiento de todas las instancias de la administración pública, no solo tiene que ver con el apego estricto al principio de legalidad de los funcionarios y servidores públicos, sino también de que aquellos cuenten con las condiciones y calificaciones adecuadas, para que la gestión pública puede prestar a la ciudadanía un servicio de calidad.

La optimización de la actividad funcional, dependerá entonces de que los funcionarios públicos cumplan en rigor, con el perfil (Profesional, Técnico, etc.), idóneo, pues no cualquiera puede realizar cualquier función pública; V.gr., El auditor de un órgano de control debe ser un contador público, el asesor legal de un ministro debe ser un abogado, quien elabora las proyecciones presupuestales de una institución debe ser un economista, quien dirige el área de recursos humanos debe ser un psicólogo, sociólogo, etc.

Por lo general cada esfera de la organización pública según su estructura organizacional, cuenta con áreas de actuaciones específicamente delimitadas, cuyo funcionamiento depende de aquellos gestores, cuya capacidad ha de medirse conforme sus conocimientos, experiencia y otros aspectos importantes, que en conjunto permitan garantizar que el funcionamiento de la entidad pueda alcanzar las metas propuestas año a año.

Conforme lo anotado, en las convocatorias públicas que tienden a programar los sectores de la administración pública, las plazas que se ofertan a la ciudadanía, viene caracterizadas por ciertos requisitos que deben de cumplir los postulantes, de no ser así, se estaría cubriendo áreas del sector público con personas que no contarían con el perfil adecuado, para asegurar una gestión pública meridianamente aceptable; máxime, la competitividad laboral (Gran demanda) permite hoy en día, seleccionar a los profesionales más capaces quienes ostentan un alto nivel profesional y académico.

²¹³ ROJAS VARGAS, Fidel. “Delitos Contra La Administración Pública”. Segunda Edición. Editorial GRIJLEY. Lima Perú 2001. Pág. 183.

Es así, que las plazas para ocupar puestos en la administración pública se encuentran legalmente reguladas, mediando la elaboración de un perfil profesional, técnico y personal, solo si el postulante cumple con los requisitos exigidos es que puede acceder al cargo. Todo ello en garantía de la eficacia y rendimiento de la actuación funcionarial, a su vez la tutela de los intereses generales de la comunidad, haciendo un análisis del Art. 253° del Código Penal de Argentina concluimos que tipifica una conducta semejante con la diferencia de que los verbos típicos, incluyen a la acción de proponer y nombrar, los cuales resultan plausibles a efectos de evitar espacios de impunidad; no en pocas oportunidades el nombramiento de un funcionario o servidor público, tiene como antecedente y condicionante, la propuesta de otro funcionario público. De otro lado el Art. 405° del Código Penal de España, recoge dicho comportamiento, pero también contiene el verbo proponer, en el ejercicio de sus competencias y a sabiendas de su ilegalidad. Siendo así, se diría que solo aquel que nombra podría ser autor del delito según nuestro derecho positivo nacional peruano.

BIEN JURIDICO PROTEGIDO.

El maestro Fidel Rojas Vargas manifiesta que la norma penal busca proteger a la administración pública de irregularidades en el ingreso de los agentes a los cargos públicos, pugnado por preservar la legalidad de los nombramientos y el prestigio de la administración estatal que debe estar a la margen de inmoralidades administrativas.

Para el profesor Peña Cabrera quien cita a Rojas Vargas señala que el bien jurídico tutelado es el óptimo desempeño de las tareas de la administración, que puede verse afectado cuando personas que no cuentan con las condiciones inherentes al cargo, asumen el puesto en contravención a la normatividad aplicable; según refiere el distinguido estudioso también se afecta el principio de legalidad, cuando el funcionario competente abusando de su competencia funcionarial, la afecta cuando efectúa el nombramiento ilegal; desprovisto de cualquier consideración meta jurídica, y haciendo referencia a Abanto Vásquez manifiesta que para otro sector de la doctrina nacional contemporánea serían los principios de mérito y capacidad para el acceso a la función pública²¹⁴.

²¹⁴ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. "DERECHO PENAL Parte Especial" Tomo V. Primera Edición. Editorial IDEMSA. Lima Perú 2010. Pág. 266.

Según el estudioso Frisancho Manuel se tutela el normal desenvolvimiento de la administración pública que requiere en los funcionarios el respeto a las disposiciones legales que regulan el nombramiento para cargo público. Resulta necesario que la administración pública preserve la debida eficacia e idoneidad profesional y personal de sus funcionarios. Cuando el agente vulnera las disposiciones legales que buscan este cometido, no hace más que poner en riesgo o menoscabar el normal y eficaz desarrollo de la administración pública²¹⁵.

Ahora bien recurriendo a la doctrina internacional penal tomamos la posición del jurista argentino Carlos Creus Moreira, quien refiere que el bien jurídico protegido de este tipo penal es el funcionamiento de la administración contra los peligros que puede originar la falta de idoneidad de las personas que ocupen el cargo por no reunir los requisitos que tienden a seleccionar los funcionarios²¹⁶.

De otra parte de acuerdo a la doctrina española, conforme a su “*Lege Lata*”²¹⁷, se percibe como una modalidad de prevaricación, porque el bien jurídico tutelado es la de garantizar la objetividad en la selección del personal administrativo, el cumplimiento de una mínima capacidad y aptitud para el ejercicio del cargo, así como la igualdad de acceso a la función pública; condiciones que tienden asegurar el correcto desempeño de la función pública.

SUJETO ACTIVO: AUTORIA.

Única y exclusivamente puede ser sujeto activo el funcionario público, mas no el empleado o servidor público, entendiéndose por funcionario público solo aquel que está dotado de atribuciones legales para efectuar nombramientos. De ser un funcionario no facultado para ello este incurriría en el delito de usurpación de funciones regulado y sancionado por el Art. 361° del Código Penal.

²¹⁵ FRISANCHO APARICIO, Manuel. “*Delitos Contra La Administración Pública*” Cuarta Edición. Editora FECAT. Lima Perú. Enero del 2011. Pág. 295.

²¹⁶ CREUS MOREIRA, Carlos. “*DERECHO PENAL Parte Especial*” Tomos II. Editorial Astrea. Buenos Aires Argentina 1996. Pág. 270.

²¹⁷ *Lege Lata* es una locución latina que significa “según la ley existente”. Se aplica para referirse a la legislación establecida, tal como se encuentra en la actualidad.

Solo puede ser aquel funcionario revestido de competencia funcional para poder nombrar a una persona en un cargo público, de forma que se trata de un delito especial propio; todo aquel que carece de dicha potestad funcional, está fuera del ámbito de protección de la norma. Vale decir se requiere de la existencia de dos cualidades: 1) Un funcionario público en el marco de un ejercicio funcional activo, 2) Con competencia para nombrar a funcionarios públicos.

SUJETO PASIVO.

Se refiere al sujeto pasible de perjuicio ocasionado en su contra, en el presente caso materia es el Estado, específicamente la administración pública.

El profesor Peña Cabrera al sujeto pasivo lo denomina sujeto ofendido que es el Estado, en su condición de titular de todo el funcionamiento de la administración pública.

COMPORTAMIENTO TÍPICO

El tipo presente tipo penal completa su estructura con tres componentes:

- a) Hacer un nombramiento;
- b) El cargo público; y
- c) Persona legalmente inidónea

El núcleo rector es “Hacer un nombramiento”.

a) Hacer un nombramiento

Hacer un nombramiento oficial es un acto de trascendencia jurídica, por el cual se inviste legalmente a una persona para un cargo público. Y ello implica cumplir con todas las formalidades tanto legales y materiales que el caso amerite. Naturalmente ello supone la estricta observancia de la reunión de todos los requisitos legales exigidos en las calidades del aspirante. El incumplimiento doloso de estos requisitos es lo que torna penalmente relevante el supuesto de hecho. La omisión de la observancia debida de los requisitos legales, por parte del funcionario, actúa aquí como presupuesto de la conducta nombramiento ilegal de naturaleza activa.

Es el acto típicamente funcional que importa el nombramiento en sí del funcionario público vía la expedición de un acto resolutivo de la autoridad competente, por tanto el nombramiento debe efectuarlo el funcionario competente observando las formalidades prescritas en la ley.

De acuerdo al ritualismo propio del ingreso de los funcionarios del ingreso a la administración pública, el nombramiento es un momento previo a la proclamación, al juramento y ejercicio del cargo.

b) Cargo Público

El nombramiento tiene que ser exclusivamente para cargo público (el ejercido por los funcionarios públicos). Resultaría atípica la figura si se nombra para cargos privados o particulares.

Para la configuración del presente delito el nombramiento debe referirse específicamente a un determinado cargo público, vale decir a una actividad comprendida dentro de la administración pública.

c) Persona legalmente inidónea, o quien no concurren los requisitos legales

La persona quien se nombra puede ser un particular un trabajador público (Servidor o Funcionario). Por ejemplo; en estos últimos casos, vi asensos o destaques para quienes se hallen al interior de la función pública.

La inidoneidad legal de la persona hace referencia a que le falta para el cargo los requisitos establecidos en la Constitución como a las leyes en materia o reglamentos respectivos. No necesariamente se refiere a la capacidad técnica o profesional.

Los requisitos legales constituyen una frase normativa que para caso nombramiento ilegal nos conduce a la normatividad extra penal, fuente por excelencia donde se recogen las condiciones legales para la postulación a los cargos públicos.

ELEMENTOS SUBJETIVO.

El tipo penal requiere del funcionario que nombra el que actúe con voluntad y conocimiento de la inidoneidad legal de la persona, lo cual exige dolo, dada la representatividad estatal que posee y la posición de garante que tiene con la administración y la sociedad. Siendo suficiente el dolo eventual. Nuestra legislación penal nacional vigente no utiliza el término “A sabiendas”, como lo hacen otras legislaciones por ejemplo el Código Penal español, supuesto en el cual el autor debe de obrar con dolo directo para que su conducta sea penalizada. Es perfectamente admisible el error de tipo invencible en el conocimiento poseído por el funcionario al momento del acto de nombramiento, lo cual torna atípica la figura, es decir, inexistente del delito.

La incriminación de la modalidad delictiva en el presente caso supone el dolo en la esfera subjetiva del agente, conciencia y voluntad de realización típica, el aspecto cognitivo abarca todos los aspectos constitutivos del delito.

CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.

El presente tipo penal al ser uno de resultado y comisión instantánea se requiere que se oficialice el nombramiento con las formalidades del caso para la consumación del delito. No basta la simple propuesta o la nominación de hecho.

Según el jurista Rojas Vargas y parte de la doctrina son admisibles también formas de tentativa incluido el desistimiento, pues el acto de nombramiento supone un proceso fragmentable de actos parciales. “*Contrario Sensu*”²¹⁸ el profesor Raúl Peña Cabrera y otro sector de la doctrina nacional, considerando que este delito se trata de una mera actividad, donde los actos anteriores a su consumación están fuera del ámbito de protección de la norma y por ende no resulta admisible el delito tentado pues rechazan la existencia de la tentativa.

PARTICIPACIÓN.

Pueden ser cómplices otros funcionarios que hagan las propuestas a sabiendas. Puede darse la instigación de servidores públicos o particulares a que se nombre a la persona inidónea.

CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN (Fase Negativa del Delito)

Puede invocarse el estado de necesidad justificante, al no existir personal idóneo para el cargo, siendo de urgencia la provisión de las plazas. Situación frecuente en zonas alejadas al interior del país.

LEGISLACIÓN EXTRANJERA

1) ARGENTINA.

²¹⁸ “*Contrario Sensu*”. Locución latina cuyo significado es: "en sentido contrario". Se emplea como argumento cuando se deduce una consecuencia opuesta a lo afirmado o negado en una premisa dada.

Código Penal de Argentina (Año 1992) Art. 253°: *“Será reprimido con multa de setecientos cincuenta a doce mil quinientos pesos e inhabilitación especial de seis meses a dos años, el funcionario público que propusiere o nombrare para cargo público, a persona en quien no concurrieren los requisitos legales...”*.

Del texto líneas arriba descritas se aprecia que la ley penal argentina es más criminalizadora que la ley penal peruana, porque no solamente penaliza el acto de nombramiento, sino también la propuesta de nombramiento, por lo demás, la similitud de la figura penal argentina es más manifiesta con la contenida en el Art. 381° del Código Penal peruano. Asiendo la atingencia que naturalmente la multa que impone la legislación argentina es superior a la multa que prevé la legislación de nuestro país.

Por otro lado es necesario esclarecer que en el tipo penal argentino la consumación del ilícito penal de nombramiento ilegal para cargo público se produce en el primer supuesto, es decir con la simple propuesta, a diferencia del artículo 381° del Código Penal peruano que exige se produzca el nombramiento. Esto hace que la tentativa sea impracticable en la propuesta.

2) BOLIVIA.

Código Penal de Bolivia (Año 1974) Art. 157°: *“Será sancionado con multa de treinta a cien días, el funcionario público que propusiere en terna o nombrare para cargo público, a persona en quien no reuniere las condiciones legales para su desempeño”*.

3) ESPAÑA.

Código Penal de España (Año 1995) Art. 405°: *“A la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus competencia y a sabiendas de su ilegalidad, propusiere, nombrare, o diere posición para el ejercicio de un determinado cargo público a cualquier persona sin que concurran los requisitos legalmente establecidos para ello, se le castigará con las penas de multa de tres a u ocho meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años”*.

4) CHILE.

Código Penal De La Republica De Chile (año 1874). Art. 220°: *“El empleado público que a sabiendas designare en un cargo público a persona que se encuentre*

afecta a inhabilidad legal que le impida ejercerlo, será sancionado con la pena de inhabilitación especial temporal en cualquiera de sus grados y multa de cinco a diez unidades tributarias mensuales”.

LA DESIGNACIÓN Y OTRAS MODALIDADES DE VÍNCULO LABORAL EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y MUNICIPAL (ASIGNACION DE FUNCIONES Y EL DESPLAZAMIENTO).

Para poder realizar un buen trabajo de estudio y análisis del tema materia de investigación, es de suma importancia recurrir al **Decreto Supremo N° 005-90-PCM** Reglamento de la “*Ley De Bases De La Carrera Administrativa*” **Decreto Legislativo N° 276** que regula las diversas figuras jurídicas y acciones administrativas, es así que, tomando en cuenta lo dispuesto por el **artículo 74°** de la referida norma entenderemos por asignación como aquel acto que nos permite precisar las funciones que debe desempeñar un servidor dentro de su entidad, según el nivel de carrera; grupo ocupacional y especialidad alcanzados. La primera asignación de funciones se produce al momento del ingreso a la Carrera Administrativa; las posteriores asignaciones se efectúan al aprobarse, vía resolución el desplazamiento del servidor. Cuyos requisitos lo encontraremos regulado en el **artículo 75°** del mismo cuerpo legal, que expresa textualmente que el desplazamiento de un servidor para desempeñar diferentes funciones dentro o fuera de su entidad, debe efectuarse teniendo en consideración su formación, capacitación y experiencia, según su grupo y nivel de carrera. Siendo sus modalidades preponderantes conforme al **artículo 76°** que señala que las acciones administrativas para el desplazamiento de los servidores dentro de la Carrera Administrativa son: designación, rotación, reasignación, destaque, permuta, encargo, comisión de servicios y transferencia. En ese sentido pasaremos a desarrollarlos uno a uno.

LA DESIGNACIÓN.

Proviene del latín “*Designatio*”, es la acción y efecto de designar. Este verbo refiere a señalar o destinar a alguien o algo para un fin, a indicar o a denominar. Por ejemplo: “La designación del entrenador se demorará dos o tres días más, según confirmó el presidente del club”, “Estoy ansioso por la designación del nuevo jefe de la oficina”, “El gobernador

regional anunció la designación del nuevo gerente regional de infraestructura”, “El Alcalde ya designo a su nuevo Gerente Municipal”.

Según el Jurista Peruano Raúl Lorenzzi, respecto a la designación señala lo siguiente: “De acuerdo con el glosario de términos del sistema de gestión del Estado, es el acto para el cual la autoridad encarga y autoriza el desempeño de cargos de confianza con los derechos y las limitaciones que las leyes establecen. Se puede designar a un servidor de la entidad o a una persona que no se encuentre dentro de la misma para desempeñar cargos de confianza”²¹⁹.

Por ello, centrándonos en nuestro tema materia de investigación, no podemos dejar por desapercibido lo siguiente, que si el Consejo Municipal es el órgano deliberante de la municipalidad, la Alcaldía es el órgano encargado de la dirección ejecutiva de la misma. Entiéndase por dirección ejecutiva a la capacidad ejecutiva para concretar en la práctica, poner en marcha, llevar a cabo y desarrollar las orientaciones de políticas plasmadas y trazadas en un plan de gobierno, a fin de elevar y mejorar el nivel y la calidad de vida de la comunidad.

El Alcalde no debe enmarañarse o entramparse en la atención o solución de asuntos administrativos internos, para eso tiene a sus funcionarios de confianza designados oportunamente (Gerente Municipal, Gerente de Administración, Gerente de Asesoría Legal, etc.), siendo recomendable que para el caso de las municipalidades grandes y medianas, el Alcalde delegue ciertas atribuciones en el Gerente Municipal u otros funcionarios de confianza, lo cual permitirá a ser más dinámica y ágil la administración municipal²²⁰.

El Alcalde es el representante legal de la municipalidad, y su máxima autoridad administrativa, y por lo tanto es quien jefatura al gobierno edilicio y maneja el aparato administrativo de la municipalidad y para lo cual su conducción se ejecuta dando cumplimiento a las normas emanadas del consejo, reglamentando las ordenanzas,

²¹⁹ LORENZZI GOICOCHEA, Raúl. (Jurista Peruano). “Diccionario Jurídico”. Primera Edición. Editorial LEJ Librería y Ediciones Jurídicas. Lima Perú, 1999. Pág. 217.

²²⁰ ALFARO LIMAYA, Javier. “Nueva Ley Orgánica De Municipalidades”. Primera Edición. Editorial Marketing Consultores S.A. Lima Perú, Julio del 2003. Pág. 108.

poniendo en práctica los planes de desarrollo local, controlando la recaudación de los ingresos, vigilando el cumplimiento de los contratos, nombrando y removiendo al personal administrativo y de servicio y así como otorgarles licencias y permisos, convocando a licitaciones y concursos públicos, tramitando y dando cuenta al consejo de las peticiones de los vecinos, celebrando los actos y contratos necesarios para el ejercicio de su función, otorgando poder para la defensa judicial del consejo y en las cuestiones contenciosos – administrativas, y en general todas aquellas acciones que tienen que ver con la marcha administrativa de la municipalidad.

El Alcalde es el representante máximo de la voluntad ciudadana, y así como el Presidente de la Republica personifica a la Nación, el Alcalde personifica a su comunidad, por eso la importancia de su rol radica principalmente en la atención y solución de las necesidades básicas de su circunscripción que conlleven a elevar y mejorar la calidad de vida de su comunidad, ya sea a través de la concertación inter institucional, gestionando el financiamiento de obras en convenio con las entidades públicas respectivas, tramitando prestamos, según su capacidad económica, para la adquisición de maquinarias y equipos o para la ejecución de obras, requiriendo el apoyo respectivo para la ejecución de programas de asistencia social, gestionando la Cooperación Técnica Internacional y el apoyo o donaciones de las entidades públicas y/o privadas, fomentando la participación ciudadana en el accionar municipal, entre otros²²¹.

En consecuencia, para que la Alcaldía se convierta en el órgano de impulso de transformación de la realidad local, es necesario que maneje adecuadamente el aparato institucional burocrático, a fin de ponerlo al servicio de los intereses globales de la comunidad.

Para tal efecto lo ideal es que el Alcalde se rodee de un equipo de funcionarios idóneos que cuenten con experiencia municipal y que sean los líderes y gerentes que las municipalidades necesitan para convertirse en instituciones modernas, productivas y competitivas, acorde con la exigencia y retos actuales.

²²¹ ALFARO LIMAYA, Javier. “Nueva Ley Orgánica De Municipalidades”. Primera Edición. Editorial Marketing Consultores S.A. Lima Perú, Julio del 2003. Pág. 109.

Por esas consideraciones, al hablar de esta figura jurídica de designación, desde una óptica administrativa municipal, recurrimos al **ARTÍCULO 20° De la Ley Orgánica de Municipalidades N° 27972** que a la letra dice **ATRIBUCIONES DEL ALCALDE** Son atribuciones del alcalde: **Inc. 17. “Designar y cesar al gerente municipal y, a propuesta de éste, a los demás funcionarios de confianza”**. En ese sentido diremos que el **Art. 27° de la LOM**, señala que *“La administración municipal está bajo la dirección y responsabilidad del Gerente Municipal, funcionario de confianza a tiempo completo y dedicación exclusiva designado por el Alcalde, quien puede cesarlo conforme a ley sin expresión de causa. El Gerente Municipal también puede ser cesado mediante acuerdo del Consejo Municipal adoptado por dos tercios del número hábil de Regidores en tanto se presenten cualquiera de las causales previstas en el Art. 9° de la presente ley”*. Es decir Art. 9° Inc. 30 de la LOM cuando exista acto doloso o falta grave.

Es así que sostendremos, que el **Art. 26° de la LOM ADMINISTRACIÓN MUNICIPAL** *“La administración municipal adopta una estructura gerencial sustentándose en principios de programación, dirección, ejecución, supervisión, control concurrente y posterior. Se rige por los principios de legalidad, economía, transparencia, simplicidad, eficacia, eficiencia, participación y seguridad ciudadana, y por los contenidos en la Ley N° 27444. Las facultades y funciones se establecen en los instrumentos de gestión y la presente ley”*. Lo que quiere decir que la administración municipal está bajo la dirección y responsabilidad de un Gerente Municipal. La dirección del Gerente, en cuanto funcionario de confianza es atribución exclusiva y excluyente del Alcalde, bajo ningún concepto puede ser designado por el Consejo Municipal o por cualquier otro órgano interno o externo a la municipalidad²²². **El Art. 20° Inc. 17 de la LOM**, señala expresamente que son atribuciones del Alcalde designar y cesar al Gerente Municipal y, a propuesta de este, a los demás funcionarios de confianza. Por lo tanto, el Gerente Municipal y los demás funcionarios municipales dependen de Alcaldía, por ende el GM tiene mando sobre los órganos de línea, de asesoramiento y de apoyo (gerencias y sub gerencias de la municipalidad).

²²² MÁLLAP RIVERA, Johnny. (Jurista Peruano). *“Comentarios Al Régimen Normativo Municipal”*. Primera Edición. Editorial Gaceta Jurídica S.A. Lima Perú, Octubre del 2013. Pág. 215.

A efectos administrativos, el Gerente Municipal debe ser designado por Resolución de Alcaldía, no siendo necesario la suscripción de contrato de trabajo. Esto debido a que la Gerencia Municipal se encuentra dentro del Cuadro de Asignación de Personal de la entidad municipal (CAP), y por tanto el régimen laboral aplicable será el del **Decreto Legislativo N° 276 “Ley De Bases De La Carrera Administrativa”**, su incorporación a la administración es vía la figura jurídica de la designación a tenor del **Art. 77° del Decreto Supremo N° 005-90-PCM “Reglamento De La Ley De Bases De La Carrera Administrativa”**, que prescribe: *“La Designación consiste en el desempeño de un cargo de responsabilidad directiva o de confianza por decisión de la autoridad competente en la misma o diferente entidad en este último caso se requiere del conocimiento previo de la entidad de origen y del consentimiento del servidor. Si el designado es un servidor de carrera, al término de la designación reasume funciones del grupo ocupacional y nivel de carrera que le corresponda en la entidad de origen. En caso de no pertenecer a la carrera concluye su relación con el Estado”*.

Por tanto, la Gerencia Municipal es el órgano de dirección del más alto nivel administrativo, dependiente de la Alcaldía. Forma parte de la estructura orgánica básica de la municipalidad, a tenor del **Art. 27° de la LOM**, en términos generales, le compete planear, dirigir, organizar, fiscalizar y controlar toda las actividades propias de la entidad municipal a su cargo (actividades que enmarcan dentro de la atribución de dirección); y también será el órgano responsable de la eficiencia, eficacia y desarrollo de la jurisdicción, de la capacitación y desenvolvimiento diario del personal bajo su cargo y de la atención adecuada al ciudadano “En el marco de su atribución de responsabilidad”²²³. Las Funciones específicas del Gerente General se detallan en el **Reglamento de organización y Funciones (ROF)**, en el **Manual de Organización y Funciones (MOF)** y en el **Cuadro de Asignación del Personal (CAP)** de cada entidad; pero básicamente su labor se circunscribe a lo siguiente:

- ✓ Representar al Alcalde, por delegación expresa de este, ante las instituciones públicas y privadas dándole cuenta de las acciones realizadas.
- ✓ Planificar, organizar, dirigir y fiscalizar las funciones de la administración tanto en la prestación adecuada de servicios como en la promoción del desarrollo.

²²³ MÁLLAP RIVERA, Johnny. Ob. Cit. Pág. 216.

- ✓ Celebrar y ejecutar los actos y contratos ordinarios, de acuerdo a las facultades delegadas por el Alcalde.
- ✓ Hacer el seguimiento para el cumplimiento de los acuerdos y ordenanzas del Consejo Municipal.
- ✓ Hacer el seguimiento para el cumplimiento de las resoluciones de Alcaldía, directivas y demás normas municipales.
- ✓ Proponer al alcalde proyectos de acuerdos y ordenanzas municipales.
- ✓ Evaluar la ejecución de los planes municipales, medir la eficiencia de los recursos invertidos y las acciones destinadas a cumplir con los objetivos y metas de la municipalidad.
- ✓ Informar mensualmente a la Alcaldía el desarrollo de los proyectos, proceso, programas y actividades que implemente o ejecute la municipalidad.
- ✓ Evaluar y controlar el nivel de rendimiento de las gerencias, sub gerencias, áreas y oficinas, etc.
- ✓ Supervisar la elaboración del plan anual de adquisiciones y contrataciones (PAAC), en coordinación con las gerencias o jefes de oficina.
- ✓ Proponer al Alcalde los planes de desarrollo y ejecutar los aprobados.
- ✓ Proponer al alcalde los instrumentos de gestión.
- ✓ Supervisar la recaudación de los ingresos y de los egresos municipales.
- ✓ Proponer al Alcalde los temas que deben ser incluidos en la agenda en las sesiones de consejo.
- ✓ Canalizar el procedimiento y tramite interno con miras a atender las solicitudes y reclamos de la población.
- ✓ Canalizar y fiscalizar la información que se le incorpore en el sistema informatic.

En síntesis, en su condición de personal de confianza puede ser cesado por el Alcalde, sin expresión de causa. La ley también permite que el Consejo Municipal pueda cesar al Gerente, pero siempre que concurran alguna de estas dos circunstancias: A) Acto doloso, que deberá ser determinado en sede judicial; y B) Falta grave que deberá ser determinada previo procedimiento administrativo disciplinario, de conformidad con el **Decreto Legislativo N° 276 “Ley de la Carrera Administrativa” (Art. 28°)** y su reglamento

Decreto Supremo N° 005-90-PCM (Art. 150° al 162°), en tanto el Gerente Municipal está sujeto al régimen laboral general aplicable a la administración pública²²⁴.

En esa medida, diremos que el Gerente Municipal tiene que desarrollar permanentemente su imaginación, ingenio y creatividad para gerenciar bien la institución municipal; así como también, ejercer el liderazgo necesario con honestidad, veracidad y laboricidad, y fomentar el trabajo en equipo para convertir paulatinamente a su municipalidad en entes modernos, productivos y competitivos²²⁵.

El Gerente Municipal debe tener en cuenta que es el momento de los desempeños, con eficacia y eficiencia, y no de los discursos. Gobernar requiere de tres elementos importantes: capacidad, creatividad y trabajo eficiente. Particularmente consideramos que una Gerencia Municipal moderna, exitosa y competitiva debe caracterizarse por los siguientes principios:

- ✚ La relación interpersonal permanente.
- ✚ Delegación de facultades en los empleados, darles independencia y autonomía.
- ✚ Implementación de procesos de mejoramiento continuo.
- ✚ Ejercer una administración participativa para innovar, reducir y simplificar procesos y procedimientos, así como también mejorar la toma de decisiones.
- ✚ Comunicación e información permanente, interna y externa.
- ✚ Implementación de un programa de sugerencias de los servidores municipales, a fin de optimizar la prestación de servicios, reducir costos, mejorar las condiciones de trabajo, y estimular la iniciativa de los trabajadores.
- ✚ Fomentar y potenciar la creatividad.
- ✚ Ejecutar programas de capacitación y desarrollo personal.
- ✚ Liderazgo estratégico para el fortalecimiento y desarrollo institucional.
- ✚ Trabajo en equipo permanente.

Así mismo, es necesario que el Gerente Municipal ejerza el liderazgo necesario que coadyuve al mejoramiento y modernización de la institución municipal.

²²⁴ MÁLLAP RIVERA, Johnny. (Jurista Peruano). “Comentarios Al Régimen Normativo Municipal”. Primera Edición. Editorial Gaceta Jurídica S.A. Lima Perú, Octubre del 2013. Pág. 217.

²²⁵ ALFARO LIMAYA, Javier. “Nueva Ley Orgánica De Municipalidades”. Primera Edición. Editorial Marketing Consultores S.A. Lima Perú, Julio del 2003. Pág. 128.

Al respecto, cabe mencionar que el líder es: aquel que tiene seguidores, demuestra honestidad, veracidad y laboriosidad en su accionar cotidiano, y es eficaz y eficiente en el cumplimiento de su misión.

La institución municipal necesita de líderes, tanto de sus autoridades como de sus gerentes, para mejorar su imagen en la localidad y recuperar la confianza y la credibilidad de su población²²⁶.

ARTÍCULO 28° de la LEY ORGÁNICA DE MUNICIPALIDADES. ESTRUCTURA ORGÁNICA ADMINISTRATIVA.- *“La estructura orgánica municipal básica de la municipalidad comprende en el ámbito administrativo, a la gerencia municipal, el órgano de auditoría interna, la procuraduría pública municipal, la oficina de asesoría jurídica y la oficina de planeamiento y presupuesto; ella está de acuerdo a su disponibilidad económica y los límites presupuestales asignados para gasto corriente. Los demás órganos de línea, apoyo y asesoría se establecen conforme lo determina cada gobierno local”*.

Este artículo determina la organización básica (En el sentido de bases sobre que se sustenta algo) de toda municipalidad, que consta de cinco entes:

- A. La Gerencia Municipal (Art. 26° de la LOM).
- B. El Órgano de Auditoría Interna (Art. 30° de la LOM).
- C. La Procuraduría Pública Municipal (Art. 29 de la LOM).
- D. La oficina de Asesoría Jurídica.
- E. La oficina de Planeamiento y Presupuesto.

El objetivo de esta norma es que dichos órganos no deben faltar dentro de la estructura orgánica de una municipalidad; los demás órganos de línea, apoyo y asesoría se establecen de acuerdo a lo que determina cada Consejo Municipal, a propuesta del Alcalde²²⁷.

La LOM establece una excepción con respecto a las municipalidades de zonas rurales, al señalar en su **Art. 142°**: “Las municipalidades ubicadas en zonas rurales no están obligas

²²⁶ ALFARO LIMAYA, Javier. “Nueva Ley Orgánica De Municipalidades”. Primera Edición. Editorial Marketing Consultores S.A. Lima Perú, Julio del 2003. Pág. 130.

²²⁷ MÁLLAP RIVERA, Johnny. (Jurista Peruano). “Comentarios Al Régimen Normativo Municipal”. Primera Edición. Editorial Gaceta Jurídica S.A. Lima Perú, Octubre del 2013. Pág. 217.

a adoptar la estructura administrativa básica que señala la presente ley, sin que ello suponga que no se deban ejercer las funciones previstas”.

En lo que respecta a este artículo, surge como necesidad de que las municipalidades adopten una estructura gerencial acorde con las necesidades actuales de la administración moderna, en función de los siguientes campos de acción:

1. **Administración Y Finanzas.**- Le competará administrar las actividades económicas, financieras, de ejecución presupuestaria, de captación y registro de ingresos, facturación, cobranza y auditoria, levantamiento y actualización del catastro urbano y rural de la circunscripción municipal.
2. **Desarrollo Social Y Protección Ambiental.**- Le competará fortalecer los procesos de organización comunitaria, capacitación y participación ciudadana; desarrollar programas de desarrollo social económico; promover la gestión técnica y financiera de los proyectos desarrollados ante la cooperación técnica internacional; impulsar procesos de protección del ecosistema y contribuir al mejoramiento de las condiciones ambientales de los habitantes de su jurisdicción.
3. **Obras Y Servicios Públicos.**- Le competará formular, diseñar, ejecutar y supervisar las obras de infraestructura e inmuebles públicos que la municipalidad desarrolle y de garantizar que la prestación de los servicios públicos (agua potable, alcantarillado sanitario, comercio, mercados, tránsito, etc.) satisfaga las necesidades de la población en cuanto a cobertura y calidad incluye la supervisión de la labor de los particulares que ejecuten obras o servicios públicos por concesión o sesión en uso por parte de la municipalidad.
4. **Compras Y Suministros.**- Le competará proveer, a las dependencias de la municipalidad, de productos, insumos, equipos y materiales necesarios para el cumplimiento de sus funciones.
5. **Informática.**- Le competará administrar la página Web y demás recursos informáticos de la municipalidad, brindando capacitación y asistencia técnica a los usuarios internos con sus estaciones de trabajo, programas y cuentas de usuarios, así como asistencia técnica en sus asuntos informáticos.
6. **Recursos Humanos.**- Le competará administrar el recurso humano de la municipalidad y regular las relaciones de trabajo entre la entidad y los trabajadores.

Por su parte la LOM ha señalado las siguientes competencias y funciones específicas de las municipalidades:

- A) Organización del espacio físico y de uso del suelo (Art. 79°).
- B) Saneamiento, salubridad y salud (Art. 80°).
- C) Tránsito, vialidad y transporte público (Art. 81°).
- D) Educación, cultura, deportes y recreación (Art. 82°).
- E) Abastecimiento y comercialización de productos y servicios (Art. 83°).
- F) Programas sociales, defensa y promoción de derechos (Art. 84°).
- G) Seguridad ciudadana (Art. 85°).
- H) Promoción del desarrollo económico local (Art. 86°).
- I) Otros servicios públicos (Art. 87°), “De acuerdo a sus posibilidades y en tanto dichas funciones y competencias no estén reservadas expresamente a otros organismos públicos de nivel regional o nacional”.

Otra de las características principales de las municipalidades, es que gran parte de ellas no cuentan con una organización administrativa idónea y eficiente que las coloque a tono con las necesidades actuales de su jurisdicción y que racionalice eficientemente el potencial humano y no los recursos materiales y financieros²²⁸.

Así mismo, se observa una exclusiva burocratización de cargos y demasiada frondosidad de oficinas, áreas y divisiones en el organigrama estructural, que no guarda relación con la modernidad y los retos actuales que plantea la Ley Orgánica de Municipalidades, ni mucho menos con las demandas y necesidades de su población.

La situación económica actual por la que vienen atravesando la mayoría de municipalidades en nuestro país, exige una estructura orgánica, desburocratizada y eficiente, y con personal calificado en lo posible acorde con su realidad, capaz de ejecutar no solo una sino varias funciones afines, a efectos de optimizar y mejorar la prestación de servicios a la comunidad²²⁹.

²²⁸ ALFARO LIMAYA, Javier. “Nueva Ley Orgánica De Municipalidades”. Primera Edición. Editorial Marketing Consultores S.A. Lima Perú, Julio del 2003. Pág. 131.

²²⁹ ALFARO LIMAYA, Javier. Ob. Cit. Pág. 131.

En definitiva como quiera que nos estamos centrando en determinar de manera clara y precisa el concepto y su respectiva regulación legal de la figura jurídica designación, llegamos a una conclusión indiscutible que es la misma Ley Orgánica De Municipalidades N° 27972 vigente quien hace una distinción plena entre el nombramiento y designación, en ese sentido rápidamente pasaremos a remitirnos al **Art. 20°** de la mencionada **Ley Municipal** que textualmente señala lo siguiente: **ATRIBUCIONES DEL ALCALDE.- Son atribuciones del Alcalde: Inc. 28. Nombrar, contratar, cesar y sancionar a los servidores municipales de carrera.** Por lo que diremos que esta atribución del Alcalde, nace de su condición de ser representante legal de la Municipalidad y su máxima autoridad administrativa. Tanto el nombramiento, la contratación, el cese y la sanción a los servidores municipales de carrera se sujetaran a las disposiciones del **Decreto Legislativo N° 276 “Ley De Bases De La Carrera Administrativa”** y su respectivo reglamento **Decreto Supremo N° 005-90- PCM**, y en la medida que se vaya implementando la **Ley N° 30055 “Ley Del Servicio Civil”**.

Se encuentran incorporados también dentro de esta facultad, los trabajadores sujetos a los contratos administrativos de servicio (**CAS**), de acuerdo con su normativa específica, el **Decreto Legislativo N° 1057** que regula el **Régimen Especial De Contratación Administrativa De Servicios** y su reglamento el **Decreto Supremo N° 075-2008-PCM**. Luego de haber oportunamente revisado y analizado la ley así como la doctrina, en síntesis sostenemos que definitivamente el Alcalde conforme al marco imperativo legal tiene la facultad ya sea tanto de nombrar como designar, es decir estas dos potestades son competencias plenas del Alcalde por su condición de ser titular del pliego dado a que la LOM lo expresa taxativamente así, vale decir que la misma ley en materia municipal hace una clara e indiscutible distinción entre la figura jurídica de nombrar con la figura jurídica designar, de ahí que desde nuestra modesta posición compartimos el criterio que una cosa es nombrar y otra muy diferente designar, al fin y al cabo son dos actos administrativos distintos que el Alcalde tiene esa prerrogativa.

Por ello, para poder comprender con mayor luminosidad en necesario definir la figura jurídica de nombrar, en consecuencia recurriremos a la Real Academia Española quien la define como aquella potestad de elegir o señalar a alguien para un cargo, un empleo u otra cosa, de ahí que el término se deriva en la figura del nombramiento que según la RAE es la acción y efecto de nombrar a una persona para desempeñar un cargo o una función,

es decir consiste en la elección o señalamiento directo, por parte de la autoridad administrativa, de la persona que actuará como funcionario o empleado en el ejercicio de un cargo, constituyendo el procedimiento general o común de ingreso a la función pública o al empleo público. El nombramiento puede responder a tres modalidades: discrecional, condicionado o estricto (también llamado reservado), es discrecional cuando existe libertad completa para el nombramiento; condicionado, cuando el nombramiento debe sujetarse a ciertas formalidades, como lo serían las condiciones y requisitos legales; estricto o reservado, cuando el nombramiento debe hacerse entre determinadas personas. En síntesis, como quiera que el “SERVIR” es la Autoridad Nacional del Servicio Civil, siendo una entidad pública adscrita a la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM), teniendo como finalidad la gestión de las personas (trabajadores) al servicio del Estado, es decir haciendo el papel de una Gerencia de Recursos Humanos de toda la administración pública, siendo en definitiva un organismo técnico especializado, es decir, cuenta con independencia funcional para ejercer su labor a nivel multisectorial e intergubernamental respecto de la gestión de personas al servicio del Estado, por ello consideramos que vendría a ser la instancia de gobierno más idónea y competente para que conforme a sus atribuciones y facultades constitucionales y legales haga una clara interpretación y nos esclarezca respecto a la diferencia entre la figura jurídica y acción administrativa de la designación con el nombramiento, por ello nosotros los autores de la presente investigación nos hemos avocado intensamente en conseguir documentación fidedigna que demuestre una definición clara y concisa así como su respectiva diferenciación.

De ahí que hemos encontrado el Oficio N° 03-2323-2012-1DI-FPPC-T/ASC emitido por la Fiscal Provincial del Primer Despacho de Investigación del Ministerio Público de Tacna FPPC-T Doña Alberta Giovanna Salas Condori solicitando opinión legal sobre la diferencia entre designación y nombramiento, dirigido a la Presidencia Ejecutiva de la Autoridad Nacional del Servicio Civil – SERVIR, quien lo remite a la Gerencia de Políticas de Gestión de Recursos Humanos para su respectiva atención. Al respecto esta oficina señala lo siguiente: Que el **artículo 4° de la Ley N° 28175 “Ley Marco del Empleo Público”**, clasifica al Empleado Público en a) Funcionario Público, b) Empleado de Confianza y c) Servidor Público. Este último a su vez se clasifica en i) Directivo Superior, ii) Ejecutivo, iii) Especialista y iv) Apoyo.

Dicha norma define al **empleado de confianza** como “El que desempeña cargo de confianza técnico o político, distinto al del funcionario público. Se encuentra en el entorno de quien **lo designa o remueve libremente** y en ningún caso será mayor al 5% de los servidores públicos existentes en cada entidad”.

Así mismo, se define al **directivo superior** como aquel “Que desarrolla funciones administrativas relativas a la dirección de un órgano, programa o proyecto, la supervisión de empleados públicos, la elaboración de políticas de actuación administrativa y la colaboración en la formulación de políticas de gobierno”.

Agrega la norma en mención que, “A este grupo (directivo superior) se ingresa por concurso de méritos y capacidades de los servidores ejecutivos y especialistas, su porcentaje no excederá del 10% del total de empleados de la entidad” y que “una quinta parte del porcentaje referido en el párrafo anterior puede ser designado o removida libremente por el titular de la entidad”.

De otro lado, el **Artículo 5° de la “Ley Marco del Empleo Público”** señala que “El acceso al empleo público se realiza mediante concurso público y abierto, por grupo ocupacional, en base a los méritos y capacidad de las personas, en un régimen de igualdad de oportunidades”.

El **Artículo 28° del Reglamento de la Carrera Administrativa**, aprobado por *Decreto Supremo N° 005-90-PCM* señala que (el ingreso a la administración pública en la condición de servidor de carrera o de servidor contratado para laborar de naturaleza permanente se efectúa obligatoriamente mediante concurso. La incorporación a la carrera administrativa será por el nivel inicial del grupo ocupacional al cual postuló. Es nulo todo acto administrativo que contravenga la presente disposición.

El **Art. 32°** del referido reglamento establece que “El ganador del concurso de ingreso es incorporado a la administración pública mediante resolución de nombramiento o contrato”.

ANÁLISIS DETALLADO.

COMPETENCIA DE SERVIR.

Las competencias de SERVIR para emitir opiniones en materia del servicio civil están contextualizadas en el marco de las políticas que en materia de gestión del empleo e ingreso al servicio civil, entre otras, emite de manera progresiva.

Siendo servir un órgano rector que define, implementa y supervisa las políticas de personal de todo el Estado, no puede entenderse que como parte de sus competencias se encuentra el constituirse en una instancia administrativa o constitutiva previa a la adopción de decisiones individuales que adopte cada entidad.

En ese sentido, debe precisarse que las consultas que absuelve SERVIR son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa sobre el sistema administrativo de gestión de recursos humanos, planteadas sobre temas genéricos y vinculados entre sí, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos; por lo tanto, las conclusiones de la presente opinión no se encuentran vinculadas necesariamente a situación particular alguna.

SOBRE EL INGRESO AL SERVICIO CIVIL.

De acuerdo con la LMEP el ingreso al servicio civil se realiza mediante concurso público y abierto, por grupo ocupacional, en base a los méritos y capacidad de las personas, en un régimen de igualdad de oportunidades.

La excepción a dicha regla lo constituyen los cargos de confianza y de directivo superior de libre designación y remoción, previstos en el Cuadro De Asignación De Personal (CAP) de cada entidad respectiva.

En el mismo sentido, el régimen de la carrera administrativa, el ingreso a esta se realiza necesariamente por concurso público, produciéndose el ingreso a nivel inicial del respectivo grupo ocupacional.

En este sentido, el nombramiento configura el acto formal por el cual se incorpora a la persona que gana el concurso a la carrera administrativa, **gozando de estabilidad laboral a partir de dicho nombramiento**²³⁰.

Sin embargo, en el caso de los empleados de confianza y del directivo superior de libre designación y remoción, el ingreso de estos al Servicio Civil no requiere de un concurso público de méritos. En estos casos, el ingreso a dichos cargos se realiza a través de la designación.

Al respecto, la designación es la acción administrativa que consiste en el desempeño de un cargo de responsabilidad directiva o de confianza por decisión de la autoridad competente en la misma o diferente entidad²³¹. Así mismo, **la designación es temporal y no conlleva estabilidad**²³².

Podemos decir entonces que la designación es una modalidad a través de la cual la persona ingresa a desempeñar un cargo directivo de libre designación y remoción o de confianza en la administración pública²³³, de manera temporal, pues está sujeta a la decisión de la autoridad competente para disponer la remoción de dicha persona, sin que por ello está tenga derecho a una indemnización.

DISTINCIÓN ENTRE NOMBRAMIENTO Y DESIGNACIÓN.

La nota distintiva entre nombramiento y designación se encuentra en que, mientras que el nombramiento implica ingreso a la carrera administrativa, previo concurso público de méritos, con los derechos y obligaciones que dicho régimen establece, entre ellos, la estabilidad laboral a partir del nombramiento; por el contrario, la designación es la acción que permite el ingreso a un cargo directivo o de confianza, de manera temporal y sin necesidad de concurso público.

²³⁰ Art. 34° del Reglamento de la Carrera Administrativa, aprobado por el Decreto Supremo N° 005-90-PCM.

²³¹ Art. 77° del Reglamento de la Carrera Administrativa.

²³² Numeral 3.1.1 del Manual Normativo de Personal N° 002-92-DNP “Desplazamiento de Personal”, aprobado por Resolución Directoral N° 013-92-INAP-DNP.

²³³ Cabe anotar que la LMEP establece límites respecto al porcentaje de empleados de confianza y directivos que pueden existir en la entidad. Así en el caso que los primeros señala que estos no pueden exceder del 5% de los servidores públicos existentes en la entidad y con relación a los segundos, su porcentaje no puede ser mayor del 10% del total de empleados de la entidad y de dicho porcentaje solo una quinta parte (es decir, 2%) puede ser designada o removida por el titular de la entidad.

SOBRE LOS REQUISITOS PARA EL ACCESO AL CARGO.

Conforme a lo indicado en el informe legal N°426-2010-SERVIR/GG-OAJ (disponible en el portal institucional: www.servir.gob.pe). Decreto supremo N° 043-2004-PCM, que aprueba los lineamientos y pautas para la elaboración y aprobación del cuadro para asignación de personal (CAP) de las entidades de la administración pública, dispone en su Art. 9°, que los cargos contenidos en el CAP deben ser clasificados y aprobados por la propia entidad. Y en su Art. 7° Inc. b) establece que las entidades deben realizar una adecuada clasificación y calificación de sus órganos y sus funciones, así como de sus cargos y sus requisitos, evaluando de forma permanente su actuación.

De igual manera, los Manuales De Organización y Funciones (MOF) de las entidades generalmente incluyen los requisitos de cada cargo, el cual es aprobado según las necesidades, especialidades, funciones asignadas por la ley y criterios uniformes que cada entidad establece.

Por lo tanto, corresponde a las entidades, en función a sus necesidades, mediante sus documentos de gestión interna (CAP, MOF, ROF, RIC, Clasificador de Cargos), establecer los requisitos mínimos para el acceso a los cargos previstos en el CAP, incluidos aquellos cargos que sean de libre designación y remoción. En ese sentido, las personas que sean designadas en cargos de confianza, así como aquellos que ingresen por nombramiento a la carrera administrativa, deben cumplir con el perfil (requisitos mínimos) que establezcan los documentos de gestión interna de la entidad.

CONCLUSIONES.

La distinción entre nombramiento y la designación se encuentra en que, mientras que el nombramiento implica el ingreso a la carrera administrativa, previo concurso público de méritos, con los derechos y obligaciones que dicho régimen establece, entre ellos, la estabilidad laboral a partir del nombramiento; por el contrario, la designación es la acción que permite el ingreso a un cargo directivo o de confianza, de manera temporal y sin necesidad de concurso público.

Corresponde a las entidades, en función a sus necesidades, establecer a través de sus documentos de gestión interna, los requisitos mínimos para el acceso a los cargos previstos en el CAP, así, las personas que sean designadas en cargos de confianza, así

como aquellos que ingresen por nombramiento a la carrera administrativa, deben cumplir con el perfil que establezcan dichos documentos de gestión.

Ya estando muy claro el tema, Doña Mariana Ballén Tallada en su condición de Gerente de Políticas de Gestión de Recursos Humanos del SERVIR, con Informe Legal N° 384-2012-SERVIR/GPGRH de fecha 24 de octubre del año 2012, eleva la absolución de consulta del Oficio N° 03-2323-2012-1DI-FPPC-T/ASC de la Fiscal Provincial del Primer Despacho de Investigación del Ministerio Público de Tacna FPPC-T Doña Alberta Giovanna Salas Condori, quien solicita opinión legal sobre la diferencia entre designación y nombramiento, a Don Juan Carlos Cortes Carcelén Presidente Ejecutivo de la Autoridad Nacional del Servicio Civil – SERVIR, el mismo que lo remite al Ministerio Público el 14 de diciembre del año 2012.

EL NOMBRAMIENTO EN NUESTRA CARTA MAGNA.

A pesar, que para nosotros conforme a una hermenéutica extensiva de la doctrina, jurisprudencias, precedentes, principios generales del Derecho entre otras fuentes del Derecho que nos han ilustrado dejándonos muy bien en claro que una cosa es designar y otra muy diferente nombrar, entendiendo así, que el tecnicismo jurídico nos ha conllevado a determinar la diferencia abismal que existe entre estas dos figuras jurídicas, sin embargo, más allá de lo expresado líneas arriba en la presente investigación, cuando revisamos el marco constitucional de nuestra patria, remitiéndonos específicamente al **Art. 118° De la Constitución Política del Perú** que textualmente señala: **Corresponde al presidente de la República: Inc. 12. “Nombrar embajadores y ministros plenipotenciarios, con aprobación del Consejo de Ministros, con cargo de dar cuenta al Congreso”**. En esa misma línea constitucional encontramos al **Art. 122° de la “Ley de leyes”** que expresamente señala: **“El Presidente de la República nombra y remueve al Presidente del Consejo. Nombra y remueve a los demás ministros, a propuesta y con acuerdo, respectivamente, del Presidente del Consejo”**, estos dos artículos respectivamente nos causan mayor desconcierto, a razón de que si sostenemos que la distinción preponderante entre nombramiento y designación se encuentra en que, mientras que el nombramiento implica ingreso a la carrera administrativa, previo concurso publico de méritos, con los derechos y obligaciones que dicho régimen establece, entre ellos, la estabilidad laboral a partir del nombramiento; *contrario sensu*, la designación es la acción que permite el ingreso a un cargo directivo o de confianza, de

manera temporal y sin necesidad de concurso público, vale decir que el Presidente del Consejo de Ministros así como todos los ministros de Estado son cargos eminentemente de confianza, por lo tanto según nuestra humilde posición dogmática doctrinaria no podrían ser nombrados sino más bien designados, por su condición de que para ingresar a los despachos ministeriales no se requiere concurso público, peor aún su condición es temporal, por ello afirmamos que esta incongruencia normativa constitucional y legal de la Ley Orgánica de Municipalidades, posición del SERVIR y nuestra Carta Fundamental generan gran incertidumbre normativa conllevándonos a una inseguridad jurídica, aunque en este texto constitucional se hace atinencia de manera taxativa a la figura jurídica de nombrar, por lo que si sería pasible de ser relevante penalmente y punible por cierto un posible delito de nombramiento indebido para cargo público, porque si se respeta el principio de tipicidad.

A lo manifestado, añadimos que la **Ley Orgánica del Poder Ejecutivo N° 29158** en su **Art. 8°** prescribe lo siguiente: Funciones del Presidente de la República. Corresponde al Presidente de la República, el ejercicio de las siguientes funciones: **1. En su calidad de Jefe de Estado: j) Nombrar embajadores y ministros plenipotenciarios, con aprobación del Consejo de Ministros, con cargo de dar cuenta al Congreso. 2. En su calidad de Jefe del Poder Ejecutivo: i) Nombrar y remover a quienes ejerzan altos cargos en el Estado, conforme a Ley.** En síntesis, estos artículos de esta nueva LOPE N° 29158 ahonda y alimenta más la gran incertidumbre normativa que generan plena inseguridad jurídica en nuestro país.

INSTRUMENTOS DE GESTIÓN DE UNA INSTITUCIÓN MUNICIPAL.

Conforme al **Art. 26°** último párrafo de la **Ley Orgánica de Municipalidades N° 27972** vigente en la actualidad que a la letra dice: **“La administración municipal adopta una estructura gerencial (...) Las facultades y funciones se establecen en los instrumentos de gestión y la presente ley”**, así como en base a la doctrina jurisprudencial dominante, sabemos bien que las Funciones específicas del Alcalde, Gerente General o Municipal y demás gerentes y sub gerentes se detallan en los diversos determinados instrumentos de gestión como son el **Reglamento de organización y Funciones (ROF)**, el **Manual de Organización y Funciones (MOF)**, el **Reglamento Interno del Consejo (RIC)**, el **Cuadro de Asignación del Personal (CAP)**, entre otros de cada entidad, debidamente aprobados por Ordenanza Municipal, Decreto de Alcaldía, etc. según corresponda,

apropiadamente publicadas conforme al mandato imperativo de la ley así como demás disposiciones con carácter vinculante.

De ahí que basándonos en nuestro tema de investigación materia de autos diremos que básicamente las funciones específicas del Alcalde muy aparte de estar reguladas detalladamente en la Ley Orgánica de Municipalidades, también se encuentran enumeradas taxativamente en los instrumentos de gestión líneas arriba mencionados, como por ejemplo en el caso de la Municipalidad Distrital de Chilca, Provincia de Huancayo, Región Junín se circunscriben de la siguiente manera: el **Reglamento de organización y Funciones (ROF)** de la **Municipalidad Distrital de Chilca**, aprobado con **Ordenanza Municipal N° 067-2007-MDCH** de fecha 02 de julio del año 2007, en su **Art. 9°** dispone lo siguiente: *“El Alcalde representa al vecindario y es el representante legal de la municipalidad, le corresponde las funciones ejecutivas del gobierno local. Tiene las siguientes atribuciones: Inc. 17. Designar y cesar al gerente municipal y, a propuesta de este, a los demás funcionarios de confianza”*. En esa misma línea haciendo una clara diferencia en una de sus facultades del Alcalde que es la de designar, también refiere su otra atribución específica en el **Inc. 28**. Del mismo cuerpo legal que dice: *“Nombrar, contratar, cesar y sancionar a los servidores municipales de carrera”*; y como quiera que este dispositivo legal fue aprobado mediante Ordenanza Municipal a través del máximo órgano de gobierno de la Municipalidad que es el Consejo Municipal por ende tiene el mismo rango de ley, siendo su cumplimiento estricto y obligatorio. Es así que similar a lo dispuesto por el ROF de la MDCH, encontramos también el **Manual de Organización y Funciones (MOF)** de la misma institución edil aprobado con **Ordenanza Municipal N° 091-2009-MDCH** de fecha 15 de enero del año 2009, que en el **Punto 2. Funciones Específicas del Alcalde. 2.17.-** *“Designar y cesar al Gerente Municipal y, a propuesta de este, a los demás funcionarios de confianza”*, así como similar a la Ley Orgánica de Municipalidades, haciendo una distinción expresa entre las potestades del Alcalde señala lo siguiente en el Punto 2.24.- *“Nombrar, contratar, cesar y sancionar a los servidores municipales de carrera”*, de manera tal que haciendo un análisis e interpretación lógica y racional entenderemos que su cumplimiento también será rotundamente obligatorio por haber sido aprobado con una norma jurídica que tiene el mismo rango de ley. Ahora bien siendo más exquisitos, entraremos a analizar más detalladamente el instrumento de gestión específico del máximo órgano de gobierno que en este caso viene a ser el Consejo Municipal, el mismo que cuenta con su propio

Reglamento Interno de Consejo (RIC) aprobado mediante **Ordenanza Municipal N° 094-2009-MDCH** de fecha 17 de febrero del año 2009, cuya disposición es de carácter vinculante para todo los integrantes de la entidad municipal, norma interna que en su **Art. 11°** expresa textualmente lo siguiente: *“El Alcalde es el representante del vecindario y el personero legal de la Municipalidad. Le corresponde ejercer las funciones ejecutivas del gobierno local. Sus atribuciones, funciones y preeminencias son las que establecen la Constitución y las demás leyes y normas concordantes con ellas. Tiene las siguientes atribuciones: Inc. 17. “Designar y cesar al Gerente Municipal y, a propuesta de este, a los demás funcionarios de confianza”, seguidamente incisos más abajo refiere: Inc. 28. “Nombrar, contratar, cesar y sancionar a los servidores municipales de carrera”,* es decir el mismo consejo municipal integrado por los señores regidores más el alcalde conforme a sus competencias y atribuciones regulan estos instrumentos de gestión mediante ordenanza municipal con rango de ley, por ende su observancia será de carácter obligatorio, tal como se ha venido aplicando, cumpliendo de esta manera todo lo dispuesto.

CONTRATO DE TRABAJO.

Es aquél vínculo laboral por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continua dependencia o subordinación de la segunda, por el que se paga una contraprestación llamada remuneración. Quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, patrono, y la remuneración, cualquiera que sea su forma, Salario.

Así mismo, la doctrina mayoritaria dominante define al contrato de trabajo como el acuerdo voluntario entre el trabajador y el empleador para intercambiar actividad subordinada por remuneración. El contrato de trabajo da inicio a la relación laboral, generando un conjunto de derechos y obligaciones para el trabajador y el empleador. Nuestra legislación lo regula a través del **Decreto Supremo N° 003-97-TR. Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 “Ley De Productividad Y Competitividad Laboral”**.

REASIGNACIÓN.

Los verbos reasignación ni reasignar forman parte del diccionario de la Real Academia Española (RAE), sin embargo, existe el término asignar, del cual se dice que deriva este

término, por ello, se sostiene que la palabra reasignación está formada por el prefijo re- (que indica en este caso repetición) y el sustantivo asignación, que expresa la relación que tiene una cosa con otra, su correspondencia. De esta manera, reasignación es realizar nuevamente una conexión entre dos aspectos. Analizando este concepto se aprecia que en cualquier proceso de reasignación existe un cambio, una modificación. Normalmente, este tipo de cambio obedece a algún error técnico u otro factor y se subsana con normalidad. El mecanismo de asignación y reasignación se encuentra enmarcado en una necesidad de ordenar y clasificar algún ámbito de la realidad.

Ahora bien, desde el punto de vista jurídico laboral conforme a nuestra legislación peruana, la reasignación consiste en el desplazamiento de un servidor, de una entidad pública a otra, sin cesar en el servicio y con conocimiento de la entidad de origen. La reasignación procede en el mismo grupo ocupacional y nivel de carrera en el correspondiente concurso de ascenso. La reasignación a un nivel inmediato superior de la carrera sólo procede mediante concurso de méritos para el ascenso, conforme a lo establecido en el **Artículo 79° del Decreto Supremo N° 005-90-PCM** Reglamento de la **“Ley De Bases De La Carrera Administrativa” Decreto Legislativo N° 276**.

DESTAQUE.

Se dice que es una remoción temporal externa, conforme al **Artículo 80° del Decreto Supremo N° 005-90-PCM** Reglamento de la **“Ley De Bases De La Carrera Administrativa” Decreto Legislativo N° 276** se define al destaque como aquella figura jurídica y acción administrativa que *“Consiste en el desplazamiento temporal de un servidor a otra entidad a pedido de ésta debidamente fundamentado, para desempeñar funciones asignadas por la entidad de destino dentro de su campo de competencia funcional. El servidor seguirá percibiendo sus remuneraciones en la entidad de origen. El destaque no será menor de treinta (30) días, ni excederá el período presupuestal, debiendo contar con el consentimiento previo del servidor”*.

PERMUTA.

En Derecho Civil se define a la permuta por el cual los permutantes se obligan a transferirse recíprocamente la propiedad de bienes²³⁴. Es aquel contrato por el cual una de las partes se obliga a dar una cosa para recibir otra a cambio. Posee los mismo caracteres de la compraventa, de la que se diferencia sobre todo por la falta de precio cierto, en dinero o signo que lo represente. Cabe que surja un problema de calificación del contrato cuando, a cambio de algo concreto, se entregue dinero y otra cosa. En tal supuesto y en primer lugar, se atenderá a la intención manifiesta de los contratantes; no constando ésta, se entenderá que hay permuta cuando el valor de la cosa dada como parte del precio excediera al del dinero o su equivalente entendiéndose que en caso contrario se produce una compraventa²³⁵.

En consecuencia, desde una perspectiva jurídica laboral entendemos como aquel intercambio ocupacional concertado, basándonos en la legislación nacional vigente **Artículo 81º del Decreto Supremo N° 005-90-PCM** Reglamento de la “**Ley De Bases De La Carrera Administrativa**” **Decreto Legislativo N° 276** que señala que “*La permuta consiste en el desplazamiento simultáneo entre dos servidores, por acuerdo mutuo, pertenecientes a un mismo grupo ocupacional y nivel de carrera y provenientes de entidades distintas. Los servidores deberán contar con la misma especialidad o realizar funciones en cargos compatibles o similares en sus respectivas entidades; para casos distintos a los señalados se requiere necesariamente la conformidad previa de ambas entidades*”.

ROTACIÓN.

Es un proceso periódico de movimiento de trabajadores entre diferentes trabajos o tareas para minimizar actividades monótonas y la sobrecarga de determinados tendones o músculos, la rotación de puestos puede definirse como una transferencia sistemática de empleados entre trabajos, tareas, asignaciones o proyectos dentro de una organización para alcanzar diferentes objetivos.

²³⁴ LORENZZI GOICOCHEA, Raúl. (Jurista Peruano). “Diccionario Jurídico”. Primera Edición. Editorial LEJ Librería y Ediciones Jurídicas. Lima Perú, 1999. Pág. 402.

²³⁵ CHANAMÉ ORBE, Raúl. “Diccionario Jurídico Moderno”. Novena Edición. Grupo Editorial Lex &Iuris. Lima Perú, Mayo del 2014. Pág. 579.

En base al **artículo 78° del Decreto Supremo N° 005-90-PCM** Reglamento de la “**Ley De Bases De La Carrera Administrativa**” **Decreto Legislativo N° 276** se entiende por rotación como aquella figura jurídica y acción administrativa que “consiste en la reubicación del servidor al interior de la entidad para asignarle funciones según el nivel de carrera y grupo ocupacional alcanzados. Se efectúa por decisión de la autoridad administrativa cuando es dentro del lugar habitual de trabajo o con el consentimiento del interesado en caso contrario”.

ENCARGO.

Se define como aquella solicitud u orden para realizar algo, empleo o cargo que se encarga, gestión en nombre ajeno, etc.

En Derecho Administrativo es una de las tres modalidades por medio de las cuales se ejecutan las actividades y proyectos a cargo del sector público²³⁶.

En base al **artículo 82° del Decreto Supremo N° 005-90-PCM** Reglamento de la “**Ley De Bases De La Carrera Administrativa**” **Decreto Legislativo N° 276** se entiende por encargo como aquella figura jurídica y acción administrativa temporal, excepcional y fundamentado. Sólo procede en ausencia del titular para el desempeño de funciones de responsabilidad directiva compatibles con niveles de carrera superiores al del servidor. En ningún caso debe exceder el período presupuestal.

COMISIÓN DE SERVICIOS.

Conforme al **artículo 83° del Decreto Supremo N° 005-90-PCM** Reglamento de la “**Ley De Bases De La Carrera Administrativa**” **Decreto Legislativo N° 276** se entiende por comisión de servicio como aquella figura jurídica y acción administrativa que es en sí, el desplazamiento temporal del servidor fuera de la sede habitual de trabajo, dispuesta por la autoridad competente, para realizar funciones según el nivel de carrera, grupo ocupacional y especialidad alcanzados y que estén directamente relacionados con los objetivos institucionales. No excederá, en ningún caso, el máximo de treinta (30) días

²³⁶ LORENZZI GOICOCHEA, Raúl. (Jurista Peruano). “Diccionario Jurídico”. Primera Edición. Editorial LEJ Librería y Ediciones Jurídicas. Lima Perú, 1999. Pág. 243.

calendario por vez. Es decir, en otros términos es un desplazamiento temporal a zona extra.

TRANSFERENCIA.

Tomando en consideración el *artículo 84° del Decreto Supremo N° 005-90-PCM* Reglamento de la “*Ley De Bases De La Carrera Administrativa*” *Decreto Legislativo N° 276* se entiende por transferencia como aquella figura jurídica y acción administrativa que consiste en la reubicación del servidor en entidad diferente a la de origen, a igual nivel de carrera y grupo ocupacional alcanzado. La transferencia tiene carácter permanente y excepcional y se produce solo por fusión, desactivación, extinción o reorganización institucional. Vale decir es una reubicación extra-institucional.

DESPLAZAMIENTO: CRITERIO PARA DESPLAZAMIENTO INTERNO.

Basándonos en el *artículo 85° del Decreto Supremo N° 005-90-PCM* Reglamento de la “*Ley De Bases De La Carrera Administrativa*” *Decreto Legislativo N° 276* se entiende por desplazamiento por destaque, permuta o transferencia, como aquella figura jurídica y acción administrativa que procede excepcionalmente dentro de la misma entidad cuando las condiciones geográficas de lejanía o las de orden presupuestal lo requieran. Son de aplicación en estos casos los criterios generales y condiciones establecidos para las referidas acciones administrativas por los artículos pertinentes del presente capítulo.

PROMOCIÓN Y ASCENSO.

La promoción profesional es una oportunidad de mejorar la situación laboral y económica muy valorada en cualquier empleo. El desarrollo de las capacidades y aptitudes profesionales conlleva una mayor confianza en el empleado dotándole de un puesto de mayor responsabilidad con nuevos retos y expectativas. La posibilidad de no quedarse estancado en un mismo puesto, desempeñando las mismas funciones supone una motivación para el trabajador. Las oportunidades de ascenso se rigen según los principios de igualdad, mérito y capacidad y existen varias modalidades de subir puestos en el escalafón laboral. Dependiendo de si se es funcionario o personal laboral las posibilidades y características para ascender son diferentes.

Fundamentalmente los criterios tienen en cuenta los resultados del procedimiento de la evaluación del desempeño que se ocupa de medir y valorar la conducta profesional y el

rendimiento o el logro de los resultados y se basa en los principios de transparencia, objetividad, imparcialidad y no discriminación. Son las Administraciones Públicas las que determinan los efectos de la evaluación de la carrera profesional, la formación, la provisión de puestos de trabajo y la percepción de las retribuciones.

RATIFICACIÓN DE CARGO.

Ratificación proviene del latín “*ratos*” (confirmado) y “*facere*” (hacer). Cargo derivado del verbo cargar que proviene del latín vulgar “*carricare*” y este a su vez del latín “*carrus*” (carro).

Por ratificación se entiende aprobar o confirmar actos, palabras o escritos dándolos por valederos y ciertos; por cargo, la dignidad, empleo, u oficio; igualmente, la obligación, precisión de haber, de hacer o cumplir alguna cosa; y el gobierno, dirección o custodia.

Por ratificación de cargo se entiende en el ámbito de la administración pública, al acto que constituye la confirmación de una función o encargo, tanto en los órganos de administración de gobierno como en toda la administración pública. La ratificación en los cargos públicos es un acto jurídico, administrativo, político y social que significa la confirmación a una ciudadana o ciudadano para la prestación de sus servicios en cualquiera de los órganos de gobierno.

La existencia de los cargos públicos se señala implícita o explícitamente en los documentos constitucionales y legales de todo los países en donde se ha establecido el Estado de Derecho al determinar la estructura de gobierno y las funciones que corresponden a las personas en quienes recaen estas. La forma de elección, nombramiento y designación se menciona, pero no siempre se acude a la ratificación como un procedimiento obligatorio como en el caso de los puestos de servidores públicos de confianza.

LA AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - SERVIR.

El sistema administrativo de gestión de recursos humanos establece, desarrolla y ejecuta la política de Estado respecto del servicio civil, a través del conjunto de normas,

principios, recursos, métodos, procedimientos y técnicas utilizados por las entidades públicas en la gestión de los recursos humanos²³⁷.

La Autoridad Nacional del Servicio Civil “SERVIR” es una entidad pública²³⁸ adscrita a la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM) que tiene como finalidad la gestión de las personas al servicio del Estado. Se podría decir que es la gerencia de recursos humanos de la administración pública. SERVIR nació en el mes de junio del año 2008 para modernizar la función pública. Busca un servicio civil meritocrático, flexible y con altos niveles de eficiencia que sirvan mejor a todos los peruanos. Para ello debe implementarse la Reforma del Servicio Civil.

El SERVIR formula la política nacional del servicio civil, ejerce la rectoría del sistema y resuelve las controversias de conformidad con lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1023 y sus normas modificatorias, garantizando desde su elección, como órgano técnico, su autonomía, profesionalismo e imparcialidad²³⁹.

El Decreto Legislativo N° 1023 (21 de junio del 2008) crea la Autoridad Nacional del Servicio Civil, organismo técnico especializado, rector del sistema administrativo de gestión de recursos humanos del Estado, con el fin de contribuir a la mejora continua de la administración del Estado a través del fortalecimiento del servicio civil.

¿POR QUÉ NECESITAMOS UNA REFORMA DEL SERVICIO CIVIL?

Porque el Estado peruano necesita modernizar sus instituciones públicas (sean del Gobierno Nacional, de los gobiernos regionales o de los gobiernos locales “las municipalidades”), profesionalizar la función pública y fortalecer las oficinas de recursos humanos para pasar de una “administración de planilla” a la “gestión de personas”, así como desarrollar una mayor capacidad gerencial.

²³⁷ OBREGÓN SEVILLANO, Tulio. (Jurista Peruano). “*Manual Práctico Del Nuevo Régimen Del Servicio Civil*”. Primera Edición. Instituto Pacífico Editores S.A.C. Lima Perú, Mayo del 2014. Pág. 179.

²³⁸ **SERVIR.**- Es un organismo técnico especializado, es decir, cuenta con independencia funcional para ejercer su labor a nivel multisectorial e intergubernamental respecto de la gestión de personas al servicio del Estado. Cabe señalar que no todas las entidades públicas están bajo la competencia de SERVIR. Para conocer las excepciones y más revisar el Decreto Legislativo 1023.

²³⁹ OBREGÓN SEVILLANO, Tulio. (Jurista Peruano). “*Manual Práctico Del Nuevo Régimen Del Servicio Civil*”. Primera Edición. Instituto Pacífico Editores S.A.C. Lima Perú, Mayo del 2014. Pág. 179.

En ese sentido, los principios de la reforma que lidera SERVIR buscan que el Estado cuente con personas (Servicio Civil) con una clara orientación de servicio al ciudadano, que se rigen por principios de mérito, que su ingreso se da mediante procesos transparentes, que son evaluadas por el logro de objetivos concretos y que reciben incentivos en base al rendimiento.

El rol de SERVIR consiste, entonces, en formular las políticas nacionales, emitir opinión técnica vinculante, dictar normas, supervisar su cumplimiento y resolver conflictos sobre los recursos humanos del Estado. Esta reforma, cuyos resultados están planificados para el mediano y largo plazo, encuentra sus cimientos en las Políticas de Estado suscritas en el Acuerdo Nacional, específicamente las referidas a contar con un Estado Eficiente, Transparente y Descentralizado.

Se dice, que la **Ley del Servicio Civil N° 30057**, promulgada el día 03 de julio del año 2013, es una de las reformas más ambiciosas y esperadas de los últimos 20 años dentro del sistema de la administración pública de nuestro país, porque actualmente, lamentablemente los sueldos están congelados y las carreras estancadas. Por ello, la reforma del servicio civil es clave para lograr un mejor servicio público al: Introducir la meritocracia para elevar la calidad de los servicios que el Estado brinda a los ciudadanos y mejorar los ingresos de la mayoría de los servidores públicos e incentivar su crecimiento personal y profesional en la administración pública.

¿QUÉ ES EL SERVICIO CIVIL?

Es un régimen laboral único y exclusivo para las personas que prestan servicios en las entidades públicas de Estado, así como para aquellas personas que están encargadas de su gestión, del ejercicio de sus potestades y de la prestación de servicios a cargo de estas²⁴⁰.

Los servidores comprendidos en el régimen del servicio civil son: el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo, el Poder Judicial, los gobiernos regionales y locales, los poderes constituidos a los que la Constitución Política del Perú y las leyes le confieren autonomía como Jurado Nacional de Elecciones, ONPE, RENIEC, CNM, TC, Ministerio Público-

²⁴⁰ OBREGÓN SEVILLANO, Tulio. (Jurista Peruano). “*Manual Práctico Del Nuevo Régimen Del Servicio Civil*”. Primera Edición. Instituto Pacifico Editores S.A.C. Lima Perú, Mayo del 2014. Pág. 171.

Fiscalía de la Nación, Defensoría del Pueblo, Contraloría General de la República, SBS, BCRP, entre otros, excepto los trabajadores de empresas del Estado, SUNAT, servidores del congreso, diplomáticos, los comprendidos por la ley de la carrera pública magisterial, ley universitaria, carrera judicial, PNP, etc.

CLASIFICACIÓN DE LOS SERVIDORES CIVILES.

Según el **Art. 2° y 3° de la ley N° 30057 “Ley Del Servicio Civil”**, los servidores civiles de las entidades públicas se clasifican en los siguientes grupos:

1. **Funcionario Público.-** Es un representante político o cargo público representativo que ejerce funciones de gobierno en la organización del Estado. Dirige o interviene en la conducción de la entidad, así como aprueba políticas y normas.
2. **Directivo Público.-** Es el servidor civil que desarrolla funciones relativas a la organización, dirección o toma de decisiones de un órgano, unidad orgánica, programa o proyecto especial.
3. **Servidor Civil de Carrera.-** Es el servidor civil que realiza funciones directamente vinculadas al cumplimiento de las funciones sustantivas y de administración interna de una entidad.
4. **Servidor de Actividades Complementarias.-** Es el servidor civil que realiza funciones indirectamente vinculadas al cumplimiento de las funciones sustantivas y de administración interna de una entidad.
En cualquiera de estos grupos ya referidos líneas arriba, pueden existir servidores de confianza.
5. **Servidor de Confianza.-** Es el servidor civil que forma parte del entorno directo e inmediato de los funcionarios públicos o directivos públicos y cuya permanencia en el servicio civil está determinada y supeditada a la confianza por parte de la persona que lo designó. Puede formar parte del grupo de directivos públicos, servidor civil de carrera, o servidor de actividades complementarias. Este servidor ingresa sin concurso público de méritos, sobre la base del poder discrecional con que cuenta el funcionario que lo designa. No conforma un grupo y se sujeta a las reglas que correspondan al puesto que ocupa.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ

DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA

Fieles a nuestros principios creyentes en el Estado Constitucional de Derecho, en el presente trabajo de investigación es necesario e indispensable ahondar con mayor detalle haciendo un análisis crítico y estudio profundo del marco Constitucional que rige en nuestro país, es así que entraremos a tratar los aspectos más relevantes de los principios y derechos contemplados en nuestra Carta Magna, como son en este acto la dignidad humana, el derecho al trabajo, los derechos fundamentales, entre otros:

I.- DIGNIDAD HUMANA.

Contemplada en el **Art. 1° de la Constitución**: *“La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”*, interpretándose la misma conforme a la doctrina mayoritaria dominante como aquella que es considerada el punto de inicio y partida, fundamento y horizonte de nuestro sistema jurídico actual, constituyéndose en el umbral trascendental sobre lo que debe contener nuestro ordenamiento justo que su concretización es la máxima aspiración de todos los Estados Constitucionales. En consecuencia la posición de ser piedra angular se ve reflejada a todas luces de manera expresa en un sin número de documentos y normas que sirven de fuente y referente al constitucionalismo contemporáneo conocido también como neoconstitucionalismo, a ello por ejemplo se debe la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos, etc.

La noción de dignidad humana proviene del término romano *“Dignitas”*²⁴¹, que en síntesis constituye “Valía pública de un hombre”, “Honor social”, o rango; la concepción de dignidad humana como en la actualidad la conocemos es relativamente reciente que se estructura sobre la base del pensamiento Kantiano, adquiere su actual entidad a mediados del siglo XX, a tono con los cambios históricos, ideológicos e incluso teóricos producidos tras la Segunda Gran Guerra. No obstante parece hoy una verdad evidente, la vinculación

²⁴¹ *“Dignitas”* En la Antigua Roma la dignitas era un concepto que abarcaba la suma de la influencia y el prestigio personal de un ciudadano, que iba adquiriendo a lo largo de su vida. A la hora de valorar la dignitas de una persona concreta se tenían en cuenta valores como la reputación, los valores morales y el valor ético, así como su situación social y el respeto.

entre la dignidad, derechos humanos, orden político y constitucionalismo solo desde la segunda mitad del siglo pasado ha sido señalado de manera expresa, pues ni el constitucionalismo inicial (del s. XVIII) ni las primeras declaraciones de derecho apelaron a esta noción, si bien se asume que la carga moral de ésta realidad habría existido siempre, en este sentido “Las condiciones históricas cambiantes simplemente nos han hecho consientes de algo que ya estaba ínsito desde el inicio en los derechos humanos: el sustento normativo de la igual dignidad de cada ser humano que los derechos humanos únicamente precisan con más detalle”²⁴².

A pesar de su vigencia y de que es concebida como inmanente a la condición humana, la dignidad tiene un significado difícil de determinar, incluso se le atribuye contenidos distintos. Siendo esto importante para conocer luego su contenido y valor jurídico.

1. La dignidad como mandato de no instrumentalización (las personas no deben ser tratadas de manera indigna).

La más difundida noción de dignidad es aquella versión canónica expresada por el filósofo Immanuel Kant en su segunda formulación del imperativo categórico: “Obra de tal modo que uses a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solo como un medio”.

Desde esta perspectiva, la dignidad viene a ser un mandato para no ver ni utilizar a otros hombres como si fueran meros instrumentos, es decir, como medios para obtener otros fines. Que el ser humano **es un fin en sí mismo** significa que este tiene valor per se y no puede ser abusado, “Cosificado” o eliminado por el interés, el beneficio o el capricho de otros seres humanos. Así, cabe afirmar también que el **valor** de los seres humanos no radica en un **precio**, intercambiable, sino en una **dignidad**, única. En palabras del propio Kant: “Aquello que tiene precio puede ser sustituido por algo

²⁴² GACETA JURIDICA. “LA CONSTITUCIÓN COMENTADA Análisis Artículo Por Artículo”. Obra Colectiva Escrita Por 166 Destacados Juristas Del País. Director Walter Gutiérrez. Tomo I, Segunda Edición Aumentada, Actualizada Y Revisada. Gaceta Jurídica S.A. Lima Perú. Enero del 2013. Pág. 27. Citado por Walter Gutiérrez Camacho y Juan Manuel Sosa Sacio al filósofo y sociólogo Alemán HABERMAS, Jürgen. “El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”. En DIÁNOIA. Vol. LV, N° 64, Fondo De Cultura Económica, México, Mayo 2010, Pág. 7. La tesis de HABERMAS es que “Siempre ha existido aunque inicialmente de modo implícito un vínculo conceptual interno entre los derechos humanos y la dignidad humana”, así la dignidad no sería simplemente una característica común a estos derechos, sino antes bien “Constituye la fuente moral de la que todos los derechos fundamentales derivan sus sustento”.

equivalente; en cambio lo que se halla por encima de todo precio, y por lo tanto, no admite nada equivalente, eso tiene una dignidad”.

Esta formulación típica ha sido reconocida en Alemania, por su doctrina temprana y la jurisprudencia vigente. Clásica es la referencia de Günter Düring, quien señaló que: “La dignidad humana como tal resulta afectada cuando el hombre concreto es degradado a la categoría de objeto, a un simple medio para otros fines, a una cantidad reemplazable”. Asimismo, en un reciente y conocido caso precisamente vinculado a la dignidad y a la posible instrumentalización de vidas humanas el Tribunal Constitucional Federal Alemán ha precisado que “El deber de proteger la dignidad humana excluye con carácter general hacer de la persona un mero objeto del estado. De esta forma, está prohibido por antonomasia todo trato de la persona por parte del poder público que ponga fundamentalmente en duda su calidad de sujeto, su status como sujeto de Derecho, faltando al respeto del valor que corresponde a todo ser humano por sí mismo, por el mero hecho de ser persona”.

Esta concepción sobre la dignidad tiene el problema de que no afirma un contenido claro ni revela aquello que finalmente puede ser considerado como “Instrumentalización”, “Tratamiento como mero objeto” o “Uso como medio para obtener otros fines”. El asunto es complejo: el ejercicio de los derechos y libertades humanas siempre encuentran límites que puedan sustentarse en bienes o intereses ajenos individuales o colectivos por lo que en algún punto se produce cierta postergación de bienes humanos o intereses para beneficiar a otros; Igualmente es claro que en muchas ocasiones acudimos a otros para lograr nuestros propios fines, sin que ello implique necesariamente una “Cosificación” del prójimo. Siendo claro que lesionar Derechos ajenos se encuentra claramente proscrito, ello no significa que toda agresión a estos involucre siempre transgresiones a la dignidad humana; de lo contrario como se ha ejemplificado bien “Tendríamos que calificar cualquier estafa o hurto como un delito que ofende, además a la dignidad humana”²⁴³.

Así las cosas, ha sido difícil intentar dar contenido a esta noción. Teniendo en cuenta “Que la persona individual es frecuentemente objeto de medidas por parte del Estado,

²⁴³ MAIHOFER, Werner. “Estado De Derecho Y Dignidad Humana”. BdF, Buenos Aires, 2008, Pág. 10.

sin que por ello se esté violando siempre su dignidad”, se ha considerado, por ejemplo, “Que solo se da una violación de la dignidad de la persona cuando al tratamiento como objeto se suma una finalidad subjetiva. Solo cuando el tratamiento constituye (expresión del desprecio) de la persona”. En similar sentido, y desde una perspectiva algo más amplia, se ha sostenido que la dignidad hace referencia a la protección de toda persona frente a “La degradación, la estigmatización, la persecución, la proscripción y otras conductas similares por parte de terceros o del propio Estado”, es decir, no respecto a cualquier agresión, sino aquellas especialmente humillantes e injustas.

La dignidad como mandato de no instrumentalización, entonces tal vez puede ser mejor concebido como una obligación de **respeto mínimo**; de esta manera la dignidad plantearía un **umbral mínimo de trato** que merece toda persona. Al respecto el pensador filósofo del Derecho estadounidense Ronald Myles Dworkin señala sobre la dignidad humana: “Se usa la frase Derecho a la dignidad de muchas formas y sentidos en la filosofía moral y política. Por ejemplo, a veces significa el derecho a vivir en condiciones, cuales quieran que sean, bajo las cuales es posible, o apropiado, el propio autorespeto. Pero aquí debemos considerar una idea más limitada: que las personas tiene Derecho a no sufrir **indignidad**, a no ser tratadas de manera que en sus culturas o comunidades se entiende como una carencia de respeto. Cualquier sociedad civilizada tiene estándares y convenciones que defienden esta clase de indignidad y que difieren de lugar a lugar y de época en época”²⁴⁴.

En esta secuencia de ideales, podríamos decir que la dignidad es un mandato para **no ser tratado de manera indigna**. Siguiendo al Maestro Dworkin, este considera que una lectura útil del imperativo Kantiano que tratamos de ser tratado como fin y nunca como medio no significa “Que nunca se coloque en desventaja a alguien para conceder ventaja a otros”, y más bien indicaría que a las personas no se les puede dar un trato “Que niegue la importancia distintivas de sus propias vidas”. En este sentido explica por ejemplo, que cuando se encarcela a un condenado con la finalidad de disuadir a las demás personas, actuamos sin duda en contra de sus intereses para

²⁴⁴ DWORKIN, Ronald Myles. “El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual”. Ariel, Barcelona, 1998, pág.305.

obtener un beneficio general, pero igual seguimos exigiendo que “Se le trate con dignidad de acuerdo con nuestra comprensión de lo que ello requiere”, así, entendemos “Que no estamos autorizados a tratarlo como un mero objeto, a la completa disposición de nuestra conveniencia como si todo lo que importará fuera la utilidad, para el resto de nosotros, de encerrarlo”. Puede afirmarse, entonces, que lo que se prohíbe es tratar a las personas como “Meros medios”, estos es, sin ninguna “Restricción lateral moral”, como se trataría a una herramienta o cosa, frente a la cual “No hay restricciones laterales con respecto a cómo usarla, fuera de las restricciones morales para su uso en contra de los demás.

En suma, esta primera noción de **dignidad humana como no instrumentalización** considera a la dignidad como un **mandato de no hacer** (no usar a otros como meros medios o cosas) que **recae en terceros** (el Estado u otros particulares) y por postular un **parámetro mínimo** respecto del trato que merecen las personas (nadie puede ser instrumentalizado ni tratado de modo indigno)²⁴⁵.

2. La dignidad como atributo inherente a todo ser humano (todos somos iguales en dignidad)

Otra formulación clásica respecto a la dignidad humana es la que considera digno al ser humano **por el solo hecho de serlo**, en tal sentido, la dignidad aparece como una condición **inherente a la naturaleza humana**. Esta idea no obstante ser **tautológica**²⁴⁶, tiene mérito de destacar en el carácter **universal, igualitario y prepolítico** de la dignidad humana.

Respecto al carácter **universal** de la dignidad, este implica que su respeto no depende de circunstancias culturales ni de su reconocimiento jurídico político, sino que es una condición connatural de todo ser humano, existente en todo tiempo y lugar, por lo que

²⁴⁵ GACETA JURIDICA. “LA CONSTITUCIÓN COMENTADA Análisis Artículo Por Artículo”. Obra Colectiva Escrita Por 166 Destacados Juristas Del País. Director Walter Gutiérrez. Tomo I, Segunda Edición Aumentada, Actualizada Y Revisada. Gaceta Jurídica S.A. Lima Perú. Enero del 2013. Pág. 29-30.

²⁴⁶ Tautológica.- En lógica, relativo a una tautología "Decir lo mismo", es una fórmula bien formada de un sistema de lógica proposicional que resulta verdadera para cualquier interpretación; es decir, para cualquier asignación de valores de verdad que se haga a sus fórmulas atómicas.

vale para todos los países y en toda circunstancia histórica²⁴⁷. Incluso, desde esta perspectiva, la dignidad humana podría ser vista también como un valor perteneciente no solo a personas concretas e individuales, sino como un bien de la humanidad entera.

En atención a su carácter **igualitario** se reconoce que los seres humanos son, cuando menos, iguales en dignidad. Así independientemente de nuestras diferencias de todo tipo, las personas compartirían entre sí una dignidad esencial. Se afirma, en el mismo sentido, que todas las personas son igualmente dignas, lo que significa que ningún ser humano vale más que el otro.

De otra parte, el carácter **prepolítico** de la dignidad alude a su condición de atributo anterior, e incluso superior al Estado y su Derecho positivo. Desde esta perspectiva, se concibe a la dignidad como un bien humano que justifica el origen y la legitimidad del poder político, por lo que la comunidad política se encuentra al servicio de aquella; asimismo, se señala que el Estado no solo está impedido de obviar y mediatizar los Derechos de las personas, sino que se encuentra abiertamente a su servicio, constituyendo un límite material e intransigible para sus actividades.

3. La dignidad como capacidad para ser sujeto racional y moral (dignidad como correlato de la autonomía moral)

Esta es la más compleja de las nociones de dignidad que desarrollaremos, y señala que la dignidad humana (o la titularidad de los derechos humanos) únicamente puede predicarse de seres racionales y moralmente autónomos. Así, la dignidad no sería una característica que pueda designarse de cualquier ser, sino solo de aquellos que tengan aptitud moral, es decir que puedan participar del “Reino de los fines” en términos Kantianos (que tiene personalidad moral). Esta racionalidad y carácter moral vale tanto para reconocer a un ser como digno, como para exigirle que respete la dignidad de otros seres.

²⁴⁷ BENDA, Ernesto. “Dignidad Humana Y Derecho De La Personalidad”. En: BENDA; MAIHOFER; VOGEL; HESSE y HIEDE. Manual del Derecho Constitucional. Instituto Vasco de Administración Pública-Marcial Pons, Madrid 1996, pág. 118.

Precisamente, los principales pensadores que sustentan o desarrollan el constitucionalismo contemporáneo lo hacen considerando al ser humano como un sujeto moral por ser racional. Al respecto, vale la pena revisar lo que sobre la personalidad moral han señalado autores como el filósofo alemán Immanuel Kant o el filósofo y jurista Argentino Carlos Santiago Nino, referenciales para el constitucionalismo contemporáneo.

Immanuel Kant consideraba que la dignidad (esto es, la condición de ser fin en sí mismo) era atribuible al ser humano no como consecuencia de su naturaleza, sino por tratarse de un sujeto racionalmente imperativos, morales y actuar conforme a ellos.

Por su parte el pensador argentino Carlos Santiago Nino expresó que la personalidad moral (aquella que permite ser titular de los derechos humanos) requiere, entre otras propiedades, autoconciencia y, más aún, **capacidad para adoptar decisiones y consentir las consecuencias de los propios actos**. Para el citado pensador en ello se basa el “Principio de la dignidad de la persona”, uno de los fundamentos de los derechos básicos.

En suma, desde esta perspectiva, el respeto a la dignidad de la persona implica respetar a los individuos en tanto que sujetos racionales y moralmente autónomos en lo que deciden, reconociendo así su responsabilidad y atribuyéndole las consecuencias de las relaciones normativas en las que participan conscientemente.

4. La dignidad como aspiración normativa (la dignidad como “deber ser”)

Desde esta perspectiva, la dignidad humana no aparece como algo dado o determinado, sino que es una exigencia moral para toda la humanidad. Efectivamente, es un **deber ser**: algo que debe alcanzarse, una interpelación para toda la comunidad política, es una **prescripción**. Para el pensador y jurista Español Gregorio Peces Barba, se trata de “Un deber ser fundante que explica los fines de la ética pública política y jurídica, al servicio de ese deber ser”, en tal sentido “La dignidad no es un rasgo o una cualidad de la persona que genera principios y derechos, sino un proyecto

que debe realizarse y conquistarse”²⁴⁸. O, como sostiene el jurista y filósofo Italiano Norberto Bobbio, “Que los seres humanos nacen libres e iguales (en dignidad y derechos) quiere decir en realidad que **deben** ser tratados como si fueres libres e iguales. La expresión no es la descripción de un hecho, sino la prescripción de un deber”²⁴⁹.

Finalmente, se atribuye a la dignidad humana un valor *heurístico*²⁵⁰: la idea de dignidad humana, precisamente, suele aparecer y tener sentido como reacción ante situaciones sumamente indignantes, en las que el daño y humillación a las personas (A su dignidad) es manifiesto. El pensador Alemán Ernesto Benda explicó sobre esto que: “El método para cobrar conciencia y prevenir las nuevas amenazas que se ciernen sobre la dignidad no es dogmático sino heurístico. Es el método de la **heurística del temor** para comprender la dignidad humana: **Necesitamos que se vea amenazada la Humanidad para, en medio del temor, hacer nuestra una auténtica imagen del hombre.** En efecto, la dignidad, concebida como aspiración normativa, como “Deber ser” es más clara mejor aún, es del todo clara ante situaciones indignantes. La dignidad, así vista, surgiría ante la indignación²⁵¹.

II.- DIGNIDAD HUMANA COMO VALOR SUPERIOR, PRINCIPIO Y DERECHO CONSTITUCIONALES.

1.- LA DIGNIDAD HUMANA: LÍMITES Y POSICIÓN EN LOS ORDENAMIENTOS CONSTITUCIONALES.

Ya los hemos manifestado líneas arriba, existen diferentes conceptos sobre dignidad humana, que parten de fundamentaciones distintas, tienen alcances diferentes y pueden generar consecuencias jurídicas diversas. En las constituciones, y en el constitucionalismo en general, suelen coexistir estas distintas posturas sobre

²⁴⁸ PECES BARBA, Gregorio. “La Dignidad De La Persona Desde La Filosofía Del Derecho”. Instituto de derechos humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2003, pág. 608.

²⁴⁹ BOBBIO, Norberto. “El Tiempo De Los Derechos”. Sistema, Madrid, 1991, pág. 61.

²⁵⁰ **Heurístico**.- Método para aumentar el conocimiento: La heurística de un programa de investigación, en principio, consiste en un conjunto de técnicas para la solución de problemas científicos.

²⁵¹ BENDA, Ernesto. “Dignidad Humana Y Derecho De La Personalidad”. En: BENDA; MAIHOFER; VOGEL; HESSE y HIEDE. Manual del Derecho Constitucional. Instituto Vasco de Administración Pública-Marcial Pons, Madrid 1996, pág. 136.

el significado de dignidad, sin que se tome muy en cuenta las complicaciones tanto ideales como prácticas que ello acarrea.

Tal imprecisión en torno a su significado hace que la dignidad humana corra el peligro de significar nada específico o muy poco; o peor aún, que su contenido pueda ser llenado de manera subjetiva y hasta arbitraria, a través de juicios valorativos personales. Además, el uso excesivo de este concepto (no solo en el ámbito jurídico) lo desgasta en demasía, pudiendo incluso hacerse irrelevante por cotidiano. Así mismo, la dignidad humana, por asentarse generalmente en ideas morales y metafísicas²⁵², con pretensiones universales y atemporales irrefutables, puede hacer difícil compatibilizar formas diversas de entenderla incluso el aceptar alguna de ellas teniendo en cuenta que existen contextos culturales muy disímiles entre sí.

No obstante estas limitaciones, de todas formas especialmente en occidente la dignidad preserva para sí una fuerza moral y política innegable; por ello, aunque su significado no sea del todo claro o fijo, representa una noción integradora y simbólica con relevancia jurídica. En el marco de nuestro ordenamiento constitucional peruano, lo anterior puede traducirse en contenidos y estructuras jurídicas diversas, pudiéndose entender así la dignidad humana como un valor constitucional superior, como un principio e incluso como un derecho fundamental.

2.- LA DIGNIDAD HUMANA COMO VALOR SUPERIOR EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL.

Los valores superiores, a saber, son conceptos esenciales, fundadores del Estado y del ordenamiento jurídico²⁵³, que cuentan además con una fuerza jurídica e interpretativa preferente frente a otros bienes constitucionales. Nuestro tribunal constitucional ha reconocido esta categoría, no obstante que no ha sido mencionada expresamente en nuestra carta fundamental: “Si bien nuestra constitución no

²⁵² **METAFÍSICA.**- Denominamos así a toda construcción sistemática doctrinal, a toda idea, que, partiendo, sin duda, de un fundamento empírico lo transforma en una dirección, preferentemente sustancialista, tal que la unidad abstracta (es decir “no-dramatizada”, como ocurre en el caso de las construcciones mitológicas) así obtenida queda situada en lugares que están más allá de toda posibilidad de retorno racional al mundo de los fenómenos (ejemplos de ideas metafísicas, en este sentido, son: Alma, Dios, Mundo como realidad total, Materia en el sentido del monismo, Espíritu Absoluto).

²⁵³ **DÍAZ REVORIO**, Francisco Javier. “Los Valores Superiores E Interpretación Constitucional”. Centro De Estudios Políticos Y Constitucionales, Madrid, 1997, pág. 114.

incorpora expresamente una disposición constitucional que haga alusión a los valores superiores, ello no quiere decir, en modo alguno que nuestra carta magna vigente no los consagre o carezca de ellos. Los valores que fundamentan el orden social y jurídico pueden deducirse implícitamente de dicho orden o venir expresados precisamente en una norma legal, o incluso en una norma constitucional”²⁵⁴.

Al tener la dignidad una carga axiológica evidente, y no expresar directamente mandatos jurídicos determinados, puede considerársele un valor superior constitucional. Al tratarse del valor más importante para el constitucionalismo contemporáneo, es que, luego le derivan obligaciones concretas, (por ejemplo, bajo la forma de principios y derechos constitucionales).

Los valores constitucionales superiores tienen algunas funciones singulares, señaladas por la doctrina, como las de: 1.- Fundamentar o dar sustento valorativo a las demás normas y a las actuaciones del poder público incluso de la sociedad y de los particulares, en general; 2.- Orientar los fines, alcances e interpretaciones de las normas y las políticas públicas; 3.- Frenar toda norma o actividad que lo contravenga abiertamente, o que se aparte de ellos transgrediendo su sentido; 4.- Ser fuente de producción normativa.

La Constitución Política del Perú a partir del Artículo 1° y 3° (**Art. 3° de la Const.** “*La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no incluye 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” el subrayado es nuestro), en consecuencia la dignidad humana plantea una imagen de ser humano que se irradia al ordenamiento y los poderes públicos en su conjunto y, a la vez, constituye la piedra angular en la que se fundamenta la existencia y el que hacer de nuestra comunidad política.*

²⁵⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano. Expediente N° 0050-2004-AI/TC y otros (fundamento 106).

Sabemos bien que el máximo intérprete de la constitucionalidad en nuestro país llamado Tribunal Constitucional ha expresado: “El constituyente al establecer en el **Art. 1º de la Constitución Política: “Que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”**”, ha dejado un mensaje claro para las futuras generaciones venideras; por ello, tanto el estado como la sociedad se organizan y toman sus decisiones teniendo como centro al ser humano”²⁵⁵. Complementariamente a ello refiere: “El principio de dignidad, en cuanto el valor central de la persona impone que sus derechos fundamentales proyecten también su efecto regulador al ámbito de la sociedad y de la propia autonomía privada. La dignidad de la persona trae así consigo la proyección universal, frente a todo tipo de destinatario, de los derechos fundamentales, de modo que no hay ámbito social que se exima de su efecto normativo y regulador, pues de haber alguno, por excepcional que fuese, significaría negar el valor normativo del mismo principio de dignidad”²⁵⁶.

Por consiguiente señalamos que, el Estado constitucional actual es “**Antropocéntrico**”²⁵⁷: se “Concibe al Estado como instrumento de promoción del individuo, este es el centro de todo poder estatal”²⁵⁸, siendo la dignidad “Premisa antropológica” del estado constitucional. Así mismo, ya que la persona humana legitima el poder, se ha llegado a afirmar que la democracia es una “Consecuencia organizativa” de la dignidad humana²⁵⁹.

²⁵⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano. Expediente N° 06730-2006-PA/TC (fundamento 9).

²⁵⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano. Expediente N° 00048-2004-AI/TC (fundamento 37).

²⁵⁷ **Antropocéntrico**.- Relativo al **Antropocentrismo** que es la doctrina que en el plano de la epistemología sitúa al ser humano como medida de todas las cosas, y en el de la ética defiende que los intereses de los seres humanos es aquello que debe recibir atención moral por encima de cualquier otra cosa. Así la naturaleza humana, su condición y su bienestar entendidos como distintos y peculiares en relación a otros seres vivos serían los únicos principios de juicio según los que deben evaluarse los demás seres y en general la organización del mundo en su conjunto.

²⁵⁸ ARNOLD, Rainer. “El Derecho Constitucional Europeo a fines del siglo XX. Desarrollo Y Perspectivas”. En: Derechos humanos y constitución en Iberoamérica (Libro homenaje a German J. Bidart Campos). José F. Palomino Manchego y José Carlos Remotti Carbonell (Coordinadores) Instituto Iberoamericano De Derecho Constitucional (sección peruana), Lima, 2002, Pág. 25.

²⁵⁹ HÄBERLE, Peter. “La Imagen Del Ser Humano Dentro Del Estado Constitucional”. Fondo editorial PUCP, Lima, 2002, pág. 65. Cfr. STC. Exp. N° 0042-2004-AI/TC, fundamento 1; STC. Exp. N° 03574-2007-PA/TC, fundamento 14.

La dignidad humana es considerada como la base sustantiva de todo los derechos humanos o fundamentales, siendo su “núcleo” y “valor de referencia”²⁶⁰; o, como señala el jurista español Antonio Enrique Pérez Luño es el valor básico fundamentador de los derechos humanos. La dignidad humana ha sido en la historia, y es en la actualidad, el punto de referencia de todas las facultades que se dirigen al reconocimiento y afirmación de la dimensión moral de la persona”. El tribunal constitucional, considerándole un valor superior ha señalado que la dignidad humana: “Fundamenta el contenido de cada derecho fundamental, impone al Estado diversas obligaciones, tanto de protección como de promoción”²⁶¹.

Ahora bien respecto a la función de la dignidad en la orientación de las políticas públicas, así como en la interpretación y aplicación del derecho, su posición axiológica implica tener claro que el estado y la sociedad se encuentran al servicio de la persona humana y no al revés; de esta forma se entiende que los seres humanos son sujetos de Derecho, y no objetos de Derecho o al servicio del estado. Incluso debido a la posición privilegiada en la que se encuentra en los ordenamientos y en el constitucionalismo contemporáneo, la dignidad humana ha sido considerada como intangible, y como prevalente o jerárquicamente superior frente a otros bienes jurídicos constitucionales.

3.- LA DIGNIDAD HUMANA COMO PRINCIPIO CONSTITUCIONAL.

En el caso de la dignidad humana, existen obligaciones que de manera general y objetiva se dirigen a la comunidad política (estado, sociedad y particulares). Entre los principales mandatos que se desprenden del principio de dignidad tenemos:

A) MANDATO DE RESPETAR Y PROTEGER LA DIGNIDAD HUMANA: proteger y respetar son dos obligaciones clásicas del Estado con respecto a los derechos humanos. Si bien algunos ordenamientos como el alemán prescriben expresamente tales obligaciones de protección y respeto a

²⁶⁰ GARRIDO GÓMEZ, María Isabel. “Aspectos E Implementaciones De Una Interpretación Integral-Material De Los Derechos Fundamentales”. En: Derechos Y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé De Las Casas. Año 6, N° 10, 2001, Pág. 31.

²⁶¹ Sentencias del Tribunal Constitucional Peruano. Expediente N° 01956-2004-AA/TC (fundamento 4), de igual modo Expediente N° 3208-2004-AA/TC (fundamento 3).

la dignidad humana²⁶², estos mandatos pueden deducirse sin problema de lo señalado en el Art. 1º de nuestra “Ley de leyes”, entendiendo a la dignidad como mínimo de consideración o respeto que merece toda persona (en tal sentido, se proscriben tratos degradantes, situaciones indignantes, humillaciones) o como mandato de no instrumentalización (así, nadie puede ser tratado como mero medio u objeto). Esto significa que el poder público (al legislar, gobernar, administrar, impartir justicia, etc.) y la sociedad (ciudadanos, poderes privados, sociedad civil organizada) no pueden lesionar ni poner en riesgo la dignidad de las personas (obligación de respetar); además deben hacer lo propio para defender la dignidad frente a daños o amenazas, y para revertir las afectaciones ocurridas, obligación de proteger.

B) MANDATO DE MAXIMIZAR LA EXISTENCIA HUMANA DIGNA:

Se debe entender que la dignidad no es mirada tan solo como un “umbral mínimo” de humanidad sino incluso como una exigencia vinculada al desarrollo pleno de cada persona, se entiende que existe una obligación de asegurar y fortalecer las autonomías personales, y hasta de promover y permitir que cada persona elija y realice su plan de vida, debiéndosele proporcionar (básicamente desde el estado) las prestaciones necesarias, así como implementarse los mecanismos y las instituciones que lo hagan posible. Ya el tribunal constitucional ha puesto énfasis en la vinculación de ambas garantías (satisfacción de necesidades básicas/optimización de la autonomía personal), señalando que “El principio – Derecho de dignidad humana está orientado a la cobertura de una serie de necesidades básicas que permitan garantizar la autonomía moral del ser humano y el libre desarrollo de su personalidad”²⁶³.

4.- LA DIGNIDAD HUMANA COMO DERECHO FUNDAMENTAL.

²⁶² LEY FUNDAMENTAL ALEMANA: Art. 1º “La dignidad humana es intangible. **Respetarla y protegerla** es obligación de todo poder público” (el subrayado es nuestro).

²⁶³ Sentencias del Tribunal Constitucional Peruano. Expediente N° 00017-2008-PI/TC (fundamento 1).

Se trata de un derecho atribuible a toda persona, lo que *Prima Facie*²⁶⁴ aludirá a todo ser humano. La principal duda que surge al respecto es cuando estamos ante una vida humana, es decir desde cuándo empieza y hasta cuando dura. No podremos discutir en el presente suficientemente sobre ello, aunque si corresponde plantear los principales temas. Con respecto al no nacido, surge la duda si se trata de una persona humana considerando que aún no tiene personalidad moral, pero al mismo tiempo hay es un sujeto que pertenece a la especie humana. Sin perjuicio de la posición que se tome al respecto, la constitución considera al no nacido sujeto de derechos, resultando necesario además, tener en cuenta que estos a su vez, no son irrestrictos, sino que pueden ser ponderados con otros bienes (como ocurre con cualquier derecho). Respecto al fin de la existencia humana: esta cesa con la muerte, cuando menos la muerte encefálica o cerebral, que implica que el cerebro deja de funcionar por completo, sin perjuicio de que subsista el funcionamiento de otros órganos por medios artificiales. Ahora bien tras el deceso es posible que subsistan algunos derechos o titularidades, pero estas no tienen relación con una supuesta “Dignidad humana del fallecido”. Eso sí ni las personas jurídicas ni las entidades de Derecho público poseen esta dignidad y por ende tampoco la titularizan como derecho.

Por otro lado como ya lo hemos manifestado las obligaciones que se desprenden de la dignidad humana están dirigidas tanto al poder público como a los poderes privados e incluso a cada ciudadano. Todos sin excepción tienen el deber constitucional de respetar y defender la dignidad de la persona humana. Así mismo su optimización y promoción, si bien vincula a todos es un mandato dirigido principalmente al poder público.

DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY.

Consagrado en nuestra ley fundamental a través del Art. 2° Inc. 2²⁶⁵, frente a ello se dice que la esencia de la igualdad no se revela por su significado literal, por la expresión que

²⁶⁴ *Prima facie*. - Es una locución latina que suele utilizarse en el ámbito del Derecho y que puede traducirse como “A primera vista”. Se emplea para nombrar a aquello que se observa o se reconoce al pasar y de forma ligera, sin que exista un análisis exhaustivo.

²⁶⁵ **Constitución Política del Perú. Art. 2° Toda persona tiene Derecho. Inc. 2: “A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”.**

la contiene. Preguntándonos que es la igualdad, diremos que se trata de una noción indeterminada, una palabra a la que se debe dotarse contenido en cada contexto, y que por sí sola es una expresión vacía. Por ello, “Decir que dos entes son iguales, sin otra determinación, nada significa sino se especifica de que ente se trata y respecto a que cosas son iguales, es decir, sino se está en condiciones de responder a dos preguntas: A) ¿Igualdad entre quienes?, y B) ¿Igualdad en qué?²⁶⁶”. Se nos revela entonces, que la igualdad es un concepto relacional, que solo se entiende a partir de la identificación de los datos precitados.

Constitucionalmente, la igualdad ha de leerse como una aspiración normativa de gran importancia, y se le considera un estándar básico del contenido de la dignidad humana, en esta línea, la igualdad a la que nos referimos no implica una falsa identidad entre todos los seres humanos, si no que apunta al reconocimiento de una equivalente dignidad atribuible a toda persona mínimo de humanidad respecto del cual no cabe distinciones²⁶⁷, que es merecedora de una especial protección frente a otros entes y bienes existentes.

Por consiguiente traemos a colación lo señalado por el Tribunal Constitucional que “La naturaleza jurídica de la igualdad reposa en una condición o presupuesto indispensable para el ejercicio de los distintos y plurales derechos individuales. Por ende, no es un Derecho autónomo, sino relacional”²⁶⁸, en otras palabras el Derecho a la igualdad “Funciona en la medida en que se encuentra conectado con los restantes derechos, facultades y atribuciones constitucionales y legales. Más precisamente, opera para asegurar el goce real, efectivo y pleno del plexo de derechos que la constitución y las leyes reconocen y garantiza”²⁶⁹.

De manera que, desde una perspectiva constitucional la igualdad puede reconocerse como un principio o revelarse como un Derecho fundamental que exige respeto, sirviendo en el

²⁶⁶ BOBBIO, Norberto (Jurista Italiano). “Igualdad Y Libertad”. Paidós, I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona España, 1993, Pág. 53-54.

²⁶⁷ PETZOLD-PERNÍA, Hermann (Jurista Venezolano). “*La Igualdad Como Fundamento De Los Derechos De La Persona Humana*”. En: Anuario de Filosofía Jurídico Social. N° 10, Argentina, 1990. Pág. 211-212.

²⁶⁸ Sentencias del Tribunal Constitucional Peruano. Expediente N° 0261-2003-AA/TC (fundamento 3.1).

²⁶⁹ Sentencias del Tribunal Constitucional Peruano. Expediente N° 0018-2003-AI/TC (fundamento 2).

primer caso como pauta para examinar la afectación de diversos bienes constitucionales y en el segundo, como un derecho pasible de reclamación y protección individual²⁷⁰.

LA IGUALDAD CONSTITUCIONAL. DERECHO A LA IGUALDAD Y PRINCIPIO DE IGUALDAD.

La igualdad constitucional puede abordarse desde dos perspectivas: como principio constitucional, siendo la igualdad una regla básica que el estado debe garantizar y preservar; y como un derecho fundamental de la persona, es decir exigible en forma individual, por medio del cual se confiere a todo sujeto el derecho de ser tratado con igualdad ante la ley y a no sufrir discriminación alguna.

Pero en realidad no solo la igualdad, sino prácticamente todos los derechos fundamentales son, al propio tiempo, derechos individuales y valores o principios que vertebran el ordenamiento jurídico. Así, los derechos fundamentales se comportan como principios estructurales básicos para el derecho positivo y el aparato estatal²⁷¹, los que deben tener en cuenta en las diferentes actividades públicas, como son la expedición de normas, su interpretación y aplicación jurídica, la intervención de la fuerza pública, la actuación administrativa, etc.

En esta misma línea secuencial, el máximo intérprete de la constitucionalidad de nuestro país considera que la igualdad como principio “Implica un postulado o proposición con sentido y proyección normativa o deontológica, que por tal constituye parte del núcleo del sistema constitucional de fundamento democrático” y, por otra parte en cuanto al derecho fundamental “comporta el reconocimiento de la existencia de una facultad o atribución conformante del patrimonio jurídico de una persona, derivada de su naturaleza, que consiste en ser tratada igual que los demás en relación a hechos, situaciones o acontecimientos coincidentes; por ende, como tal deviene en el derecho subjetivo de obtener un trato igual y de evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias”²⁷².

²⁷⁰ GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter y SOSA SACIO, Juan Manuel (Juristas Peruanos). “*Artículo Sobre La Igualdad Ante La Ley*” en GACETA JURIDICA. “LA CONSTITUCIÓN COMENTADA Análisis Artículo Por Artículo”. Obra Colectiva Escrita Por 166 Destacados Juristas Del País. Director Walter Gutiérrez. Tomo I. Segunda Edición Aumentada, Actualizada Y Revisada. Gaceta Jurídica S.A. Lima Perú. Enero del 2013. Pág. 100.

²⁷¹ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (Jurista Español). “*Los Derechos Fundamentales*”. Editorial TECNOS. Madrid España, 1993. Pág. 20-22.

²⁷² Sentencias del Tribunal Constitucional Peruano. Expediente N° 0018-2003-AI/TC.

DERECHO AL TRABAJO.

El presente Derecho fundamental se encuentra regulado en nuestra Constitución Política del Perú en el Art. 2° Inc. 15²⁷³ de la referida Ley Fundamental. A este Derecho doctrinariamente se le conoce como libertad de trabajo, que se ve reforzada por una segunda referencia constitucional en el Art. 59° de la misma Carta Política²⁷⁴, por la que se consagra al Estado como garante de la libertad de trabajo, así como su vinculación con el Art. 22° del mismo Cuerpo Constitucional²⁷⁵ que después de declararlo como deber y Derecho lo califica como “Base del bienestar social y un medio de realización de la persona”.

El trabajo es un instrumento para obtener la subsistencia y bienestar, tanto del trabajador como de su familia (medio de realización de la persona). “Coincide con la vieja idea del Derecho natural, según la cual, a nadie puede impedirse el ejercicio de una actividad honesta”; siendo que el trabajo es además una actividad inherente al ser humano, que recurre a su esfuerzo generalmente como principal o único medio de subsistencia y satisfacción de sus necesidades. El concepto de libertad de trabajo comienza a desarrollarse a partir de la Constitución Francesa de 1793, como una reacción contra el estado corporativo, y se irradia a todas las continuaciones del siglo XIX y XX para limitar la eventual injerencia del Estado en la designación de las actividades a que debe dedicarse el ciudadano²⁷⁶.

LA LIBERTAD DE TRABAJO COMO DERECHO A ELEGIR LA ACTIVIDAD LABORAL AUTÓNOMA O DEPENDIENTE.

La libertad de trabajo se considera como un derecho de lección de la actividad que se va a desarrollar para proveer a la subsistencia del trabajador a través de los ingresos que

²⁷³ Constitución Política del Perú. Art. 2° Toda persona tiene Derecho: Inc. 15: “A trabajar libremente, con sujeción a ley”.

²⁷⁴ Constitución Política del Perú. Art. 59°: “El estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades”.

²⁷⁵ Constitución Política del Perú. Art. 22°: “El trabajo es un deber y un derecho. es base del bienestar social y un medio de realización de la persona”.

²⁷⁶ DE LA CUEVA Y DE LA ROSA, Mario (Jurista Mexicano). “El Nuevo Derecho Mexicano Del Trabajo”. Editorial PORRÚA. México, 1981. Pág. 107.

genera, e implica la no interferencia del Estado en dicha elección. Significa también, el Derecho de discontinuar el ejercicio de dicha actividad si ella no resulta beneficiosa o conveniente para quien la ejerce, y se traduce en la libertad irrestricta para la terminación de la relación laboral por parte del trabajador cumpliendo las pocas restricciones que la ley impone como es el caso del pre-aviso de retiro de 30 días señalado en la ley para el caso del trabajo dependiente, o en el Derecho de cambiar de una ocupación a otra cuando lo estime conveniente, siempre en cuando cumpla con los requisitos establecidos por la ley²⁷⁷.

Así mismo diremos que el Derecho al trabajo no solamente está reconocido por nuestro marco Constitucional y legal, sino que además se encuentra reconocido y regulado por los tratados internacionales de los cuales nuestro país es parte, de ahí que encontramos en el **Art. 23° Inc. 1** de la **Declaración Universal De Los Derechos Humanos** que señala *“Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo”*. Por otro lado en la **Declaración Americana De Los Derechos Y Deberes Del Hombre**, específicamente en su **Art. XIV** encontramos: *“Toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo”*. De igual manera el **Art. 6° del Pacto Internacional De Derechos Económicos, Sociales Y Culturales** establece que *“Los Estados parte en el presente pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomaran medidas adecuadas para garantizar este derecho”*. En esa misma línea encontramos el Art. 1°.1 del Convenio Sobre La Política De Empleo de 1964, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en Ginebra, como también el Art. 5° Literal e) Numeral “I” de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, adoptado por la Asamblea General De Las Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965 que declara que los estados parte se comprometen a garantizar los derechos sociales

²⁷⁷ ELÍAS MANTERO, Fernando (Jurista Peruano). *“Artículo Sobre El Derecho Al trabajo”* En GACETA JURIDICA. “LA CONSTITUCIÓN COMENTADA Análisis Artículo Por Artículo”. Obra Colectiva Escrita Por 166 Destacados Juristas Del País. Director Walter Gutiérrez. Tomo I. Segunda Edición Aumentada, Actualizada Y Revisada. Gaceta Jurídica S.A. Lima Perú. Enero del 2013. Pág. 269.

y culturales, en particular el Derecho al trabajo, a la libertad de elección de trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, entre otros.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CON RELACIÓN A LA LIBERTAD DE TRABAJO.

Las jurisprudencias del Tribunal Constitucional sobre la libertad de trabajo han establecido la dimensión del Derecho constitucional analizado, así por ejemplo a definido y señalado sus alcances al considerarlo como:

“El atributo para elegir a voluntad la actividad ocupacional o profesional de cada persona desee o prefiera desempeñar, disfrutando de su rendimiento económico y satisfacción espiritual; así como de cambiarla o de cesar de ella. Para tal efecto, dicha facultad autodeterminativa deberá ser ejercida con sujeción a la ley. Por ello es que existen limitaciones vinculadas con el orden público, la seguridad nacional, la salud y el interés público”²⁷⁸.

A manera de conclusión se diría que, en palabras del Profesor Elías Mantero “Uno de los conceptos más importantes que sustenta la libertad de trabajo radica en el reconocimiento que esta libertad está estrechamente vinculada a la subsistencia y a la necesidad de cada persona de atender a la misma y a la de los familiares que dependen de él, para lo cual tiene que realizar la actividad que estime conveniente para lograr dicho propósito”²⁷⁹.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

Consagrado en nuestra **Constitución Política Del Perú** en el **Artículo 2° Toda persona tiene derecho: inc. 24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: letra d) “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no este previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”.**

²⁷⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano. Expediente N° 0008-2003-AI/TC (fundamento 6). Similares conceptos han sido ratificados en el Expediente N° 4058-2004-AA/TC (Fundamento 5) y Expediente N° 00026-2008-PI/TC (Fundamento 47).

²⁷⁹ ELÍAS MANTERO, Fernando (Jurista Peruano). “Artículo Sobre El Derecho Al trabajo” En GACETA JURIDICA. “LA CONSTITUCIÓN COMENTADA Análisis Artículo Por Artículo”. Obra Colectiva Escrita Por 166 Destacados Juristas Del País. Director Walter Gutiérrez. Tomo I. Segunda Edición Aumentada, Actualizada Y Revisada. Gaceta Jurídica S.A. Lima Perú. Enero del 2013. Pág. 273.

El principio de legalidad constituye uno de los límites más patentes del poder punitivo. Se trata de un principio irrenunciable del Derecho penal democrático²⁸⁰ o columna esencial del derecho penal moderno²⁸¹, propio de los Estados de Derecho de tradición jurídica europeo-continental, en la que solamente la ley tiene genuina e imperativa fuerza vinculante frente a los operadores del sistema de justicia y, en general, frente a todos los ciudadanos.

En un Estado Constitucional de Derecho, los derechos fundamentales y la dignidad de la persona humana son fundamento y fin de todas las instituciones jurídico-políticas. Por ello, la **Constitución** en su **Art. 1º** consagra que: “*La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado*”. Esto significa, que la Constitución, como norma jurídica y norma suprema, consagra la exigencia que la cultura de los pueblos y los derechos universales de la humanidad deben estar orientados a la salvaguarda de la dignidad y la libertad. De ahí el mandato constitucional que la restricción de los derechos fundamentales solo se realicen mediante normas positivas, y que se repudie un derecho penal cruel que no respeta la dignidad del hombre.

La importancia del Estado Constitucional de Derecho afirma el ilustre Jurista Español Elías Díaz “Es tan importante, es tan decisivo tener un Derecho, una Constitución y unas leyes que protejan y realicen tales valores, libertades y derechos fundamentales”²⁸².

En el Estado Constitucional de Derecho, el imperio de la ley se convierte en imperio de la Constitución, por ser esta norma jurídica fundamental y suprema del ordenamiento jurídico. “Se caracteriza por la dignidad humana como premisa antropológico-cultural, por la soberanía popular y división de poderes, por los derechos fundamentales y la tolerancia por la pluralidad de los partidos y la independencia de los tribunales. Esto se debe a que su constitución, entendida como orden jurídico fundamental del Estado y de la sociedad, posee una validez jurídica formal de naturaleza superior”²⁸³.

²⁸⁰ BACIGALUPO, Enrique. “*Principios Constitucionales De Derecho Penal*”. Editorial HAMMURABI. Buenos Aires Argentina, 1999. Pág. 44.

²⁸¹ HURTADO POZO, José. “*Manual De Derecho Penal, Parte General*”. Tercera Edición. Editorial Grijley. Lima Perú, 2005. Pág. 139.

²⁸² DÍAZ GARCÍA, Elías. (Jurista Español). “*Curso De Filosofía Del Derecho*”. Editorial Marcial Pons. Madrid-Barcelona España, 1998. Pág. 25.

²⁸³ HÄBERLE, Peter (Jurista Alemán). “*El Estado Constitucional*”. Traducción de Héctor Fix-Fierro. Lima Perú, 2003. Pág. 3.

El principio de legalidad es una institución que constituye uno de los pilares o piedra angular más importante del Derecho en general y del Derecho penal en particular, pues limita la arbitrariedad y con ello garantiza la libertad. Por ello el Profesor Alemán Claus Roxin afirma que el Estado debe proteger al individuo y a la sociedad no solamente con el Derecho penal sino también del Derecho penal. Esto significa, que el principio de legalidad obliga al Estado, por un lado, a preocuparse por disponer de los medios o instrumentos más eficaces para prevenir el delito y por otro lado, a encontrar dentro del ordenamiento jurídico límites a su actividad punitiva²⁸⁴.

De no ser por el principio de legalidad, el ciudadano quedaría en la más completa indefensión o desamparo, ya que, a falta de la ley, reinaría la inseguridad y con ella la arbitrariedad²⁸⁵, o simplemente la ley del más fuerte. Sin ley tal como sucede en los estados de policía el ciudadano estaría a merced de una intervención irracional y arbitraria por parte del Estado. Sus esferas de libertad tendrían una amenaza permanente de intervención y, de esta manera, se restringiría al máximo los procesos de participación de los ciudadanos. Gracias al principio de legalidad, la institución jurídica-política llamada Estado no puede intervenir en todos los fueros del ciudadano, en virtud de que cuando quiere hacerlo como limitación a la ley²⁸⁶, la cual mediante consecuencias o manifestaciones le pone una barrera infranqueable que permite no solamente el respeto de las libertades ciudadanas, sino también el mantenimiento incólume de los fundamentos del mismo Estado Democrático de Derecho²⁸⁷.

En un Estado de Derecho se debe salvaguardar el reinado del principio de legalidad. Su vigencia es irrenunciable y su violación por ende injustificable, porque esta institución

²⁸⁴ ROXIN, Claus (Jurista Alemán). “DERECHO PENAL Parte General”. Tomo I. (Fundamentos. La Estructura De La Teoría Del Delito), Traducción y notas de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Días y García-Conlledol, Javier de Vicente Remesal. Primera Edición. Editorial CIVITAS. Madrid España, 1997. Pág. 137.

²⁸⁵ HENKEL, Heinrich (Jurista Alemán). “*Introducción A La Filosofía Del Derecho*”. Traducción de Gimbernat Ordeig. Editorial B De F. Madrid España, 1968. Pág. 546. Sostiene: “*La seguridad jurídica, y por ende la ley, se opone a la incertidumbre, al azar, a la arbitrariedad y al desamparo frente a una situación de regulación*”.

²⁸⁶ CAVERO LATAILLADE, Íñigo/ZAMORA RODRÍGUEZ, Tomas (Juristas Españoles). “*Introducción Al Derecho Constitucional*”. Editorial Universitas. Madrid España, 1996. Pág. 145.

²⁸⁷ Sobre los fundamentos o características del Estado Democrático de Derecho y su relación con la ley, la seguridad jurídica y las libertades, RAMÍREZ CARDONA, Alejandro. “*El estado de la Justicia (más allá del Estado de Derecho)*”. Editorial TEMIS. Santa Fe de Bogotá Colombia, 1996. Pág. 182 y siguientes.

jurídica desde que fue introducida al Derecho penal por Feuerbach²⁸⁸ hasta la actualidad representa la plataforma más sólida de todo el andamiaje de garantías que el ciudadano tiene frente al Estado. La vigencia del principio de legalidad es sinónimo de Cristalización material del párrafo 1 de la carta jurídico-política, pues permite ampliación y desarrollo de los ámbitos de libertad del ciudadano y por lo tanto, del desarrollo pleno de sus potencialidades humanas. Por el contrario, la violación, cualquier fisura o relajamiento del principio de legalidad implica el directo e inmediato aniquilamiento de las garantías penales y constitucionales de los ciudadanos, así como de los mismos fundamentos del Estado de Derecho.

Sobre los fundamentos del Estado de Derecho señala Luigi Ferrajoli que se caracteriza por tres principios: A) “El principio de legalidad de toda la actividad del Estado, es decir de su subordinación a las leyes generales y abstractas emanadas de órganos políticos-representativos y vinculadas a su vez al respeto de ciertas garantías fundamentales de libertad; B) El principio de publicidad de los actos, tanto legislativos, administrativos y judiciales; C) La sujeción a control de todas las actividades estatales, bajo la doble forma de control jurisdiccional de legitimidad, ejercicio por jueces independientes y de control político, ejercido por el parlamento sobre los aparatos ejecutivos y administrativos y por los electores sobre el parlamento”²⁸⁹.

Como lo hemos señalado oportunamente, el principio de legalidad pertenece a todo el ordenamiento jurídico del sistema romano-germánico. Es decir, a diferencia de lo que ocurre en el sistema anglosajón (donde la tradición jurídica y la jurisprudencia son las que prevalecen), dentro del mundo jurídico euro continental del cual somos parte, la ley es la principal fuente de Derecho en cualquier disciplina o rama del ordenamiento

²⁸⁸ Cabe mencionar que si bien es cierto el penalista germano Feuerbach es quien introduce en el Derecho penal el principio de “*Nullum Crimen, Nulla Poena sine Lege*”, recién a comienzos del siglo XIX, esta institución jurídica, propia de todo el ordenamiento jurídico Romano-Germánico, tiene un largo proceso de gestación que comienza con las ideas iluministas que buscaron mayores cotas de justicia. Con la filosofía de la ilustración surgieron los planteamientos del contrato social y la división de poderes, los cuales fueron desarrollados por Rousseau y Montesquieu para debilitar las bases del ansien régimen Francés. Así mismo, el racionalismo iluminístico que inspiró el surgimiento de los principios de libertad, igualdad y fraternidad, los mismos que se levantaron contra el aparato judicial y de ejecución arbitrarios de esa época ejerció una enorme influencia en los penalistas de entonces (Becaria y Feuerbach) quienes basados en los ideales del siglo de las luces, introdujeron al Derecho penal el Principio *Nullum Crimen, Nulla Poena sine Lege* que solo puede ser dado por el poder legislativo.

²⁸⁹ FERRAJOLI, Luigi (Jurista Italiano-Francés). “*El Garantismo Y La Filosofía Del Derecho*”. Traducción de Gerardo Pisarello, Alexei Julio Estrada, José Manuel Díaz Martín, Universidad Externado de Colombia. Bogotá Colombia, 2000. Pág. 66.

jurídico. En otras palabras en nuestro sistema jurídico, únicamente la ley es la fuente vinculante de jueces, fiscales, políticos y ciudadanos. La jurisprudencia, la costumbre, la doctrina, los principios generales, etc. no vinculan a las personas ni a las instituciones y por lo tanto, no pueden ser fuente creadora de Derecho. La ley es la única institución que tiene dicho señorío, por cuanto condiciona a los miembros de una comunidad o Estado a comportarse de acuerdo a Derecho²⁹⁰.

Precisamos que no negamos que la jurisprudencia, la costumbre, los principios generales y la doctrina son fuentes de Derecho penal. Lo que afirmamos es que estas fuentes aludidas no obligan al legislador a crear delitos y penas, al juez a condenar o absolver a una persona y al ciudadano a adecuar su conducta. En el Derecho penal la jurisprudencia, los principios generales, el Derecho consuetudinario y la doctrina sirven como complemento del desarrollo integrador del Derecho, o sea, como mecanismos que ayudan a precisar conceptos, siempre y cuando no perjudiquen a los ciudadanos²⁹¹.

Es importante dejar bien en claro que dentro del mismo modelo constitucional de Derecho, existen principalmente dos tipos de Estado de Derecho. Así por un lado tenemos el Estado Constitucional de Derecho legal; por otro el Estado Constitucional de Derecho Judicial. El primero tiene como fuente vinculante a la ley; el segundo a los fallos judiciales y la costumbre. El primero es característico del sistema Romano Germánico; el segundo del sistema Anglosajón (EE.UU y gran Bretaña, etc.)²⁹²

Así mismo junto a los principios de legalidad sustantivo y adjetivo, la Constitución consagra el **Principio de Taxatividad**²⁹³, el cual se expresa mediante la frase “De manera expresa e inequívoca”, la Constitución, a través del Principio de Taxatividad, exige que las normas (leyes) creadoras de delitos y penas sean claras, de tal manera que los

²⁹⁰ URQUIZO OLAECHEA, José (Jurista Peruano). “Artículo Sobre El Principio de Legalidad” En GACETA JURIDICA. “LA CONSTITUCIÓN COMENTADA Análisis Artículo Por Artículo”. Obra Colectiva Escrita Por 166 Destacados Juristas Del País. Director Walter Gutiérrez. Tomo I. Segunda Edición Aumentada, Actualizada Y Revisada. Gaceta Jurídica S.A. Lima Perú. Enero del 2013. Pág. 391.

²⁹¹ Posición de CASTILLO ALVA, José Luis (Jurista Peruano). “*Principios De Derecho Penal. Parte General*”. Editorial Gaceta Jurídica S.A. Lima Perú, 2002. Pág. 24.

²⁹² CAVERO LATAILLADE, Íñigo Y ZAMORA RODRÍGUEZ, Tomas (Juristas Españoles). “*Introducción Al Derecho Constitucional*”. Editorial Universitas. Madrid España, 1996. Pág. 143-144.

²⁹³ Es así que el Tribunal Constitucional refiere a través de la sentencia del Exp. N° 2468-2004-HC/TC : “El principio de legalidad penal, reconocido en el Art. 2° Inc. 24 literal d) de la Constitución, comporta entre otras garantías, que las conductas prohibidas se encuentren claramente determinadas en la ley. Es lo que se denomina la exigencia de la garantía de la *Lex Certa*”.

ciudadanos puedan comprender el mensaje de la norma y aspira que puedan motivarse de acuerdo a ella. En otras palabras la Carta Política señala que: 1) Si el Estado quiere criminalizar las conductas que son lesivas para él o para la sociedad, dicha criminalización no debe adolecer de ambigüedades y por el contrario debe estar llena de claridad, certeza y sencillez; 2) Las sanciones diseñadas para las conductas que son calificadas como delitos deben estar consagradas en forma indubitable en el código penal, lo cual significa que el legislador está obligado a establecer con nitidez no solamente el *quantum de pena, sino también la clase de esta*. De lo manifestado, en relación al Principio de Taxatividad, se colige que se violara el principio de legalidad o bien cuando las conductas que se catalogan como delitos son descritas con imprecisión, vaguedad o indeterminación; o bien cuando pese a que en el presupuesto (conducta típica) se encuentra establecido en forma clara el **Quantum** o clase de pena adolecen de indeterminación²⁹⁴.

De ahí que el Tribunal Constitucional de manera contundente refiere: “El principio de legalidad exige no sólo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas en la ley. Esto es lo que se conoce como el mandato de determinación, que prohíbe la promulgación de leyes penales indeterminadas, y constituye una exigencia expresa en nuestro texto constitucional al requerir el literal “d” del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución que la tipificación previa de la ilicitud penal sea “expresa e inequívoca” (*Lex Certa*)”²⁹⁵.

El principio de legalidad, en el marco de un Derecho penal democrático, constituye una garantía de libertad del ciudadano frente al poder punitivo del Estado, ya que es un límite a la posible arbitrariedad estatal; así de no ser por el principio de legalidad esta *entelequia*²⁹⁶ jurídica política intervendría sin ningún tipo de control, en toda las esferas de libertad del individuo tal como ocurrió en las monarquías absolutas y como ocurre en los gobiernos dictatoriales. También hay que cuidarse de la tiranía de los jueces que a

²⁹⁴ HENKEL, Heinrich (Jurista Alemán). “*Introducción A La Filosofía Del Derecho*”. Traducción de Gimbernat Ordeig. Editorial B De F. Madrid España, 1968. Pág. 548.

²⁹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano. Expediente N° 010-2002-AI/TC (Fundamento 45).

²⁹⁶ **Entelequia**.- Cosa, persona o situación perfecta e ideal que solo existe en la imaginación. Modo de existencia de un ser que tiene en sí mismo el principio de su acción y su fin.

través de procesos de interpretación, no siempre se unen a los fines de garantía y seguridad que las leyes penales les descubren²⁹⁷.

El Tribunal Constitucional Peruano ya ha establecido, el principio de legalidad está reconocido en el inciso d), numeral 24, del artículo 2º de la Constitución Política, y exige que una sanción, sea esta de índole penal o administrativa, cumpla con tres requisitos: (I) la existencia de una ley; (II) que la ley sea anterior al hecho sancionado; y (III) que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado. Así mismo el Tribunal Constitucional Español ha establecido que el principio de legalidad contiene una garantía material, la cual “Aparece derivada del mandato de **taxatividad** o de *Lex Certa* y se concreta en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, que hace recaer sobre el legislador el deber de configurarlas en las leyes sancionadoras con la mayor precisión posible para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones”²⁹⁸.

En esa misma línea, el máximo intérprete de la Constitución refiere que del principio de legalidad se desprende el principio de taxatividad o de tipicidad. Sin embargo, no se puede equiparar ambos principios como sinónimos pues el principio de legalidad “Se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley. El segundo, en cambio, constituye la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta”. En este sentido, el principio de taxatividad o de tipicidad representa “Una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica, comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal”²⁹⁹.

²⁹⁷ URQUIZO OLAECHEA, José (Jurista Peruano). “Artículo Sobre El Principio de Legalidad” En GACETA JURIDICA. “LA CONSTITUCIÓN COMENTADA Análisis Artículo Por Artículo”. Obra Colectiva Escrita Por 166 Destacados Juristas Del País. Director Walter Gutiérrez. Tomo I. Segunda Edición Aumentada, Actualizada Y Revisada. Gaceta Jurídica S.A. Lima Perú. Enero del 2013. Pág. 419.

²⁹⁸ Fundamentos N° 30 y 31 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el EXP. N° 00535-2009-PA/TC de fecha 5 de febrero del 2009.

²⁹⁹ Fundamentos N° 32 y 33 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el EXP. N° 00535-2009-PA/TC de fecha 5 de febrero del 2009.

En tal sentido diremos que la relación entre los delitos tipificados y las sanciones previstas tienen que guardar una estrecha vinculación lógica y racional con certeza y precisión, contrario sensu de existir algún grado de ambigüedad e indeterminación podría condicionar un juicio de valor que no sería discrecional, sino arbitrario; ello lo hace contrario al principio de tipicidad o taxatividad de las normas sancionatorias. La existencia de una discrecionalidad podría hacerles incurrir en valoraciones arbitrarias y por ende en inseguridad jurídica debido a que la persona que comete un supuesto delito o falta no tiene la certeza de la sanción que podrá recibir.

Los principios de legalidad y de tipicidad exigen que las sanciones sean proporcionales al hecho punible y que estén claramente identificadas y singularizadas en la ley o reglamento.

Para el Tribunal Constitucional, en un Estado de Derecho, la taxatividad de la norma es un principio aplicable a todos, es decir la tipificación de los delitos y faltas tienen que tener una definición clara y precisa para ser aplicables conforme al mandato imperativo de la ley.

Ahora bien, en definitiva como ya lo hemos venido sosteniendo en el desarrollo de la presente Tesis, el principio de legalidad penal ha sido consagrado en el literal “d” del inciso 24) del Artículo 2° de la Constitución, al prescribir: “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible”. Asimismo, ha sido recogido por la Declaración Universal de Derechos Humanos (Artículo 11°, numeral 2)³⁰⁰, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (artículo 9°)³⁰¹ y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 15°)³⁰².

³⁰⁰ Art. 11° numeral 2 de la Declaración Universal De Derechos Humanos: “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”.

³⁰¹ Art. 9° de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

³⁰² Art. 15° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con

De otro lado el Artículo II del Título Preliminar del Código Penal Peruano regula el principio de legalidad al prescribir que: "Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella".

Es preciso señalar que el Tribunal Constitucional Peruano ha precisado que: "Los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del Derecho sancionador, que no sólo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el del derecho administrativo sancionador"³⁰³.

Uno de los puntos controvertidos resulta ser la vigencia de la garantía de *Lex Scripta* dentro del Derecho Administrativo Sancionador. Tomando como base de que las garantías previstas en el Derecho Penal también cobran vigencia dentro del ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, toda vez que ambos provienen del mismo *Ius Puniendi* del Estado³⁰⁴ (incluyendo por ende el Principio de legalidad), la lectura del **Art. 230°** de la **Ley Del Procedimiento Administrativo General N° 27444.- La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales: Inc.1 "Legalidad.- Sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad". Inc.2 "Debido procedimiento.- Las entidades aplicarán sanciones sujetándose al procedimiento establecido respetando las garantías del debido proceso".** Y además el **Inc. 4** de la **Ley N° 27444 "Ley Del Procedimiento Administrativo General"** no deja de suscitaros cierta incertidumbre en lo que se refiere a su verdadero sentido. Y es que dicho artículo al recoger también el principio de tipicidad referido a la potestad sancionadora de la administración. Señala lo siguiente: **Art. 230° Inc. 4** de la **Ley N° 27444 "Tipicidad.-**

posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello".

³⁰³ EXP. N° 2192-2004-AA /TC; Caso: GONZALO ANTONIO COSTA GÓMEZ Y MARTHA ELIZABETH OJEDA DIOSES; EXP. N° 4596-2006-PA/TC; Caso: JOSÉ VICENTE LOZA ZEA; EXP. N° 2050-2002-AA/TC; Caso: CARLOS ISRAEL RAMOS COLQUE; EXP. N° 02250-2007-PA/TC; CASO: JOSÉ ANTONIO SILVA VALLEJO; EXP. N° 00156-2012-PHC/TC; Caso: CÉSAR HUMBERTOTINEO CABRERA.

³⁰⁴ VILLAROEL QUINDE, Carlos Abel. "Artículo El Principio De Legalidad Penal, Fundamentos, Alcance Y Jurisprudencia Del Tribunal Constitucional" En GACETA CONSTITUCIONAL "EL DEBIDO PROCESO Estudios Sobre Derechos Y Garantías Procesales". Coordinador SOSA SACIO, Juan Manuel. Primera Edición. Editorial Gaceta Jurídica S.A. Lima Perú. Diciembre del 2010. Pág. 212.

Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria”.

Por el Principio de Tipicidad que se confunde en ocasiones con el principio de legalidad sancionadora, incluso en sentencias del Tribunal Constitucional solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía³⁰⁵.

En materia sancionadora ha sido constitucionalizado en el **Art. 2° literal 24** de la **Constitución Política del Perú** del año 1993. Conforme a este articulado, toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales, en consecuencia **“Nadie será procesado, ni sancionado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no este previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena prevista en la ley”**.

En tal sentido, este principio se asemeja a su equivalente a nivel del Derecho penal, puesto que establece que solo la ley puede establecer las infracciones y las sanciones respectivas, sea cual fuese el ámbito jurídico en el cual las mismas se apliquen.

El principio de tipicidad proviene entonces de una doble necesidad. En primer lugar, de los principios generales de libertad, establecidos formalmente en la Constitución y que tienen directa relación con el establecimiento del Estado de Derecho, puesto que **“Nadie está obligado hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que esta no prohíbe”**³⁰⁶. En segundo lugar, el citado principio tiene una correlativa evidente en la

³⁰⁵ MORANTE GUERRERO, Luis (Jurista Peruano). *“El Funcionario Público En El Procedimiento Administrativo Sancionador”*. Primera Edición. Pacífico Editores S.A.C. Lima Perú, Julio del 2014. Pág. 75.

³⁰⁶ **Artículo 2° de la Constitución Política del Perú. Toda persona tiene derecho: Inciso 24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: a. “Nadie está obligado hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que esta no prohíbe”.**

seguridad jurídica, puesto que permite que los administrados tengan un conocimiento certero de las consecuencias de los actos que realicen.

Así mismo, el **numeral 4 del Art. 230° de la Ley de Procedimientos Administrativos Generales Ley N° 27444** complementa dicho principio, con un matiz que es propio de la sede administrativa y que resulta impensable en la justicia ordinaria. Estamos hablando en forma excepcional de la facultad que dicho principio matizado en sede administrativa otorga a la ley, para que esta permita la tipificación de conductas por vía reglamentaria. Ello implica, la posibilidad de que la administración pueda tipificar conductas y que de este modo ella misma se atribuya potestades sancionadoras, sin que ello permita un control de las mismas³⁰⁷. Aspecto interesante de analizar, puesto que de darse generaría una violación al principio de reserva legal de forma indirecta, puesto que no estamos hablando que la administración va simplemente a reglar las conductas reprochables previamente determinadas por una ley, sino que serán las mismas conductas las cuales estarán en potestad de la administración para ser creadas, delegación de funciones que resulta impensable a nivel constitucional y penal.

Hay legislación y doctrina comparada, que nos da una opinión respecto al desarrollo del Principio de Tipicidad. En el Derecho español este principio es considerado también, una manifestación de seguridad jurídica³⁰⁸ y se encuentra recogido en el **Art. 129° de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Publicas y de Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC)**, el cual señala que:

Artículo 129°. Principio de tipicidad.

³⁰⁷ Sin embargo, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en la sentencia de fecha 16 de abril del 2003, en el Exp. N° 2050-2002-AA/TC, de la siguiente manera: “(...) 9. No debe identificarse el principio de legalidad con el principio de tipicidad. El primero, garantizado por el ordinal “d” del Inciso 24) del Artículo 2° de la Constitución Política del Perú, se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley. El segundo, en cambio, constituye la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta. Tal precisión de lo considerado como antijurídico desde un punto de vista administrativo, por tanto, no está sujeta a reserva de ley absoluta, sino que puede ser complementada a través de los reglamentos respectivos, se infiere del Artículo 168° de la Constitución. La ausencia de una reserva de ley absoluta en esta materia, indica Alejandro Nieto (Derecho Administrativo Sancionador, Editorial Tecnos, Madrid España, 1994, pág. 260), “Provoca, no la sustitución de la ley por el reglamento, sino la colaboración del reglamento en las tareas reguladoras, donde actúa con subordinación a la ley y como mero complemento de ella”.

³⁰⁸ MORANTE GUERRERO, Luis (Jurista Peruano). *“El Funcionario Público En El Procedimiento Administrativo Sancionador”*. Primera Edición. Pacifico Editores S.A.C. Lima Perú, Julio del 2014. Pág. 77.

1. Solo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una ley, sin perjuicio de lo dispuesto para la administración local en el título XI de la ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.
2. Únicamente por la comisión de infracciones administrativas podrán imponerse sanciones que, en todo caso, estarán delimitadas por la ley.
3. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites de las que la ley contempla, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes.
4. Las normas definidoras de infracciones y sanciones no serán susceptibles de aplicación analógica.

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD COMO DERECHO SUBJETIVO CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL. LA EXIGENCIA DE LA MAYOR RIGUROSIDAD POSIBLE EN LA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL Y LA PROHIBICIÓN DE SANCIONAR ACTOS NO PUNIBLES.

En un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que las medidas que limitan derechos se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y haya una previa y cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita³⁰⁹. La Corte IDH ha señalado que: “Corresponde al juez, en el momento de la aplicación de la ley penal, atenerse estrictamente a lo dispuesto por esta y observar la mayor rigurosidad en el adecuamiento de la conducta de la persona inculpada al tipo, de forma tal que no incurra en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico”³¹⁰. Incluso, la Corte IDH en algunas sentencias parece exigir a los Estados no solo el respeto al

³⁰⁹ Véase, la sentencia del caso J. VS. PERÚ del 27 de noviembre del 2013 (FJ 278); la sentencia del caso BAENA RICARDO Y OTROS VS. PANAMÁ, del 18 de febrero del 2001 (FJ 106); caso DE LA CRUZ FLORES VS. PERÚ del 18 de noviembre de 2004 (FJ 81).

³¹⁰ Ampliamente, las sentencias del caso LIAKAT ALI ALIBUX VS. SURINAME del 30 de enero del 2014; caso GARCÍA ASTO Y RAMÍREZ ROJAS VS. PERÚ, del 25 de noviembre de 2005 (FJ 190); caso DE LA CRUZ FLORES VS. PERÚ de 18 de noviembre de 2004 (FJ 82); caso MOHAMED VS. ARGENTINA de 23 noviembre de 2012 (FJ 132).

principio de legalidad e irretroactividad, sino incluso, un nuevo principio que denomina ***“La adecuación típica estricta de la conducta al tipo penal”***³¹¹.

El TC peruano ha precisado que: “El principio de legalidad penal se configura como un principio, pero también como un derecho subjetivo constitucional de todos los ciudadanos. Como principio constitucional, informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone el Poder Legislativo al momento de determinar cuáles son las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones. En tanto que en su dimensión de derecho subjetivo constitucional, garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionatorio que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa, estricta y escrita, y también que la sanción se encuentre contemplada previamente en una norma jurídica. Por tanto, resulta claro que la dimensión subjetiva del derecho a la legalidad penal no puede estar al margen del ámbito de los derechos protegidos por la justicia constitucional frente a supuestos como la creación judicial de delitos o faltas y sus correspondientes supuestos de agravación o, incluso, la aplicación de determinados tipos penales a supuestos no contemplados en ellos. El derecho a la legalidad penal vincula también a los jueces penales, y su eventual violación posibilita su reparación mediante este tipo de procesos de tutela de las libertades fundamentales”³¹². El principio de legalidad constituye una auténtica garantía constitucional de los derechos

³¹¹ Véase, la sentencia del caso GARCÍA ASTO Y RAMÍREZ ROJAS VS. PERÚ, del 25 de noviembre de 2005 (FJ 212): “En este sentido, corresponde al Estado asegurar que en el nuevo proceso seguido contra el señor Urcesino Ramírez Rojas se observen los principios de legalidad e irretroactividad consagrados en el artículo 9 de la Convención Americana, inclusive la adecuación estricta de la conducta al tipo penal”.

³¹² Véase, las STC recaídas en los EXP. N° 010-2002-AI/TC; Caso: MARCELINO TINEO SILVA Y MÁS DE 5,000 CIUDADANOS; EXP. N° 0012-2006-PI/TC; CASO: DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD INTERPUESTA POR LA DECANA DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA CONTRA DETERMINADAS NORMAS DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 961, CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR POLICIAL; EXP. N° 08646-2005-PHC/TC; CASO: JHONNY FERNANDO NARREA RAMOS; EXP. N° 2289-2005-PHC/TC; CASO: JOSE GUILLERMO VILLANUEVA RUESTA; EXP. N° 08886-2006-PHC/TC; CASO: HILARIO VELÁSQUEZ FARFÁN; EXP. N° 5007-2005-PHC/TC; CASO: SANTOS GERARDO ALAMA PRIETO; EXP. N° 7219-2006-PHC/TC; CASO: KEVIN ALBERTO SAAVEDRA USHINAHUA; EXP. N° 1568-2007-PHC/TC; CASO: CARLOS ALBERTO BOLOÑA BEHR; EXP. N° 5815-2005-PHC/TC; CASO: SANDRO GUZMÁN DEL ÁGUILA; EXP. N° 2758-2004-HC/TC; CASO: LUIS GUILLERMO BEDOYA DE VIVANCO; EXP. N° 2305-2004-HC/TC; CASO: ALBERTO LUIS PERALTA HUATUCO; EXP. N° 8780-2005-PHC/TC; MARIANO EUTROPIO PORTUGAL CATAORA; EXP. N° 08264-2006-HC/TC; CASO: JORGE ISIDRO MURGA; EXP. N° 03701-2007-PHC/TC; CASO: MÁXIMO SEVERIANO GARCÍA JAVIER; EXP. N° 08377-2005-PHC/TC; Caso: FREDY MIGUEL RODRÍGUEZ; EXP. N° 1805-2005-HC/TC; Caso: MÁXIMO HUMBERTO CÁCEDA PEDEMONTE; EXP. N° 08264-2006-HC/TC; Caso: JORGE ISIDRO MURGA.

fundamentales de los ciudadanos y un criterio rector en el ejercicio del poder punitivo del Estado Social y Democrático de Derecho³¹³.

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y SU MANIFESTACIÓN EN EL PRINCIPIO DE LA LEX CERTA (PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD).

La Corte IDH en reiterada jurisprudencia ha señalado: “En la elaboración de los tipos penales se debe tener presente el principio de legalidad penal, es decir, una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales³¹⁴. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales como la vida o la libertad”³¹⁵.

La máxima instancia de protección de los derechos reconocidos en la Convención Americana postula: “La Corte entiende que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal”³¹⁶. De igual forma ha precisado: “Cualquier limitación o restricción (a las libertades) debe estar prevista en la ley, tanto en sentido formal como material. Ahora bien, si la restricción o limitación proviene del derecho penal, es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer en este ámbito el principio de legalidad. Así, deben formularse en forma expresa, precisa, taxativa y previa. El marco legal debe brindar seguridad jurídica al ciudadano”³¹⁷.

El Tribunal Constitucional Peruano ha señalado que: “El principio de legalidad exige no sólo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas

³¹³ EXP. N° 02250-2007-PA/TC; CASO: JOSÉ ANTONIO SILVA VALLEJO.

³¹⁴ Véase, las sentencias del caso DE LA CRUZ FLORES VS. PERÚ del 18 de noviembre de 2004 (FJ 79).

³¹⁵ Véase, las sentencias de los casos: J. VS. PERÚ del 27 de noviembre del 2013 (FJ 287); CANTORAL BENAVIDES VS. PERÚ (FJ 157), CASTILLO PETRUZZI VS. PERÚ (FJ 121) de fecha 30 de mayo de 1999; FERMÍN RAMÍREZ VS. GUATEMALA del 20 de junio de 2005; GARCÍA ASTO Y RAMÍREZ ROJAS VS. PERÚ del 25 de noviembre de 2005; del caso RICARDO CANESE VS. PARAGUAY del 31 de enero del 2004 (FJ 174); caso KIMEL VS. ARGENTINA del 02 de mayo del 2008 (FJ 63).

³¹⁶ Véase, la sentencia del caso CASTILLO PETRUZZI VS. PERÚ (FJ 121) del 30 de mayo de 1999.

³¹⁷ Véase, la sentencia del caso KIMEL VS. ARGENTINA del 02 de mayo del 2008 (FJ 63).

estén claramente delimitadas en la ley. Esto es lo que se conoce como el mandato de determinación, que prohíbe la promulgación de leyes penales indeterminadas, y constituye una exigencia expresa en nuestro texto constitucional al requerir el literal “d” del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución que la tipificación previa de la ilicitud penal sea “Expresa e inequívoca” (*Lex Certa*)³¹⁸.

En esa línea, la garantía de la *lex certa* se dirige, antes bien, a alcanzar cuando menos dos finalidades. Por un lado, prohibir tipos penales extremadamente abiertos en los que la conducta criminal, al menos en su núcleo esencial, no pueda ser determinada³¹⁹. Por otro lado el mandato de taxatividad impone el deber de procurar que el lenguaje empleado por la norma pueda ser comprendido por un ciudadano promedio sin mayores dificultades, de modo que entienda el sentido de la prohibición o mandato contenido en la ley penal³²⁰.

El principio de legalidad, como derivado del mandato constitucional exige que para imponer una sanción, sea esta de índole penal o administrativa, se cumpla con tres requisitos: (i) la existencia de una ley; (ii) que la ley sea anterior al hecho sancionado; y (iii) **que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado**³²¹.

El TC peruano también ha sostenido que el principio de legalidad: “Incluye entre sus elementos la obvia necesidad de que la norma exista y de que tenga certeza, pues mal se puede obligar a los ciudadanos a cumplir leyes inexistentes o indescifrables”³²².

³¹⁸ EXP. N° 00197-2010-PA/TC; Caso: JAVIER PEDRO FLORES AROCUTIPA; EXP. N° 010-2002-AI/TC; Caso: MARCELINO TINEO SILVA Y MÁS DE 5,000 CIUDADANOS; EXP. N° 0012-2006-PI/TC; CASO: DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD INTERPUESTA POR LA DECANA DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA CONTRA DETERMINADAS NORMAS DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 961, CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR POLICIAL.

³¹⁹ El TC peruano ha señalado a este respecto: “El límite de lo admisible, desde el punto de vista constitucional, quedará sobre pasado en aquellos casos en que el tipo legal no contenga el núcleo fundamental de la materia de prohibición y, por lo tanto, la complementación ya no sea solo cuantitativa, sino eminentemente cualitativa [...]”. Véase la STC recaída en el Exp. N° 010-2002-AI/TC, f.j.n° 51.

³²⁰ En términos de la STC recaída en el Exp. N° 2192-2004-AA/TC, caso Costa Gómez, f.j.n° 5: “El sub principio de tipicidad o taxatividad constituye una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean estas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica, comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal”.

³²¹ EXP. N° 2050-2002-AA/TC; Caso: CARLOS ISRAEL RAMOS COLQUE; EXP. N° 00535-2009-PA/TC; Caso: RODOLFO LUIS OROYA GALLO.

³²² EXP. N° 02-2001-AI/TC; CASO: DEFENSORÍA DEL PUEBLO.

El TC español ha establecido que el principio de legalidad contiene una garantía material, la cual “Aparece derivada del mandato de **taxatividad** o de **Lex Certa** y se concreta en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, que hace recaer sobre el legislador el deber de configurarlas en las leyes sancionadoras con la mayor precisión posible para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones” (STC 097/2009 del 27 de abril de 2009. FJ 3).

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y TAXATIVIDAD Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD.

Uno de los aspectos más importantes, que constituye un presupuesto de la vigencia y aplicación del principio de legalidad, es el principio de publicidad.

En un Estado Constitucional y en una democracia rige el principio de publicidad de los actos estatales que trae como consecuencia lógica la ausencia de secretos de los poderes públicos³²³. Los actos estatales deben ser de conocimiento abierto para los ciudadanos a fin de lograr una adecuada fiscalización de los detentadores del poder. El secreto de los actos estatales en un Estado Constitucional constituye la excepción, pues la regla es la publicidad y la transparencia³²⁴.

El principio de publicidad encuentra regulación constitucional en diversas normas que tienen que ver con la publicación de las normas³²⁵ (Artículo 51° de la Constitución Política del Perú) y especialmente con la publicidad de los procesos (Artículo 139° Inc. 4 de la Constitución) que usualmente se denomina como principio de publicidad procesal. En efecto, el principio de publicidad de los actos estatales se manifiesta en el principio de publicidad de las normas³²⁶. Todos los poderes del Estado deben cumplir con el principio de publicidad: el Poder Ejecutivo con la publicidad de los actos de gobierno, el Poder

³²³ RAWLS, John (Filósofo Estadounidense). “*Teoría De La Justicia*” (Trad. de María Dolores González). México; Fondo de Cultura Económica. 2da. edición, 6ta. Reimpresión. 2006; Pág. 311.

³²⁴ CASTILLO ALVA, José Luis (Jurista Peruano). Artículo: “*El Principio De Taxatividad En El Derecho Penal Y En El Derecho Administrativo Sancionador*”. Una lectura constitucional y convencional”. En la Academia de la Magistratura.

³²⁵ Véase, la STC peruano en el EXP. N° 0017-2005-PI/TC.

³²⁶ ALZAGA VILLAAMIL, Óscar (Jurista Español). “*La Publicidad Y El Diálogo Como Principios Cualificadores De Las Leyes*” en: *Teoría y Realidad Constitucional*; N° 14; 2 Semestre; 2004. Pág. 133 y ss.

Legislativo con la publicidad de las leyes y de las sesiones del parlamento y el Poder Judicial con la publicidad de los procesos y las sentencias. Debe quedar claro que el principio de publicidad de las normas es una manifestación y vertiente del principio, más amplio, de publicidad de los actos estatales.

El TC peruano ha reconocido la importancia del principio de publicidad de las normas jurídicas en diversas sentencias, la exigencia constitucional de que las normas sean publicadas en el diario oficial El Peruano, está directamente vinculada al principio de seguridad jurídica, pues solo podrán asegurarse las posiciones jurídicas de los ciudadanos, su posibilidad de ejercer y defender sus derechos, y la efectiva sujeción de estos y los poderes públicos al ordenamiento jurídico, si los destinatarios de las normas tienen una efectiva oportunidad de conocerla³²⁷.

El TC ha establecido que, aun cuando la publicación forma parte de la eficacia integradora del procedimiento legislativo, la ley tiene la condición de tal (es decir, queda constituida) una vez que ha sido aprobada y sancionada por el Congreso de la República. En efecto, tal y como se desprende de una interpretación sistemática del **Artículo 51°**, *in fine*, y del **Artículo 109° de la Constitución Política del Perú**, la publicación determina la eficacia, vigencia y obligatoriedad de la norma, pero no su constitución, pues esta tiene lugar con la sanción del órgano que ejerce potestades legislativas. Por lo tanto, los cuestionamientos que puedan surgir en torno a la publicación de una norma no deben resolverse en clave de validez o invalidez, sino de eficacia o ineficacia. Una ley que no haya sido publicada, sencillamente es ineficaz, pues no ha cobrado vigencia. Y sobre aquello que no ha

³²⁷ EXP. N° 0017-2005-PI/TC; Caso: GUILLERMO LEONARDO POZO GARCÍA Y 218 CIUDADANOS CONTRA LA MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE ANCÓN: “Asimismo, se sustenta en la consecución de un efectivo control de constitucionalidad de las leyes, pues un Reglamento de Concejo Municipal –que por exigencia del artículo 9, inciso 12), de la Ley Orgánica de Municipalidades, N° 27972 debe ser aprobado mediante una ordenanza– solo podrá ser conocido en forma debida por los sujetos legitimados para interponer demanda de inconstitucionalidad, cuando sea publicado conforme lo exige la precitada ley orgánica. En el caso de las municipalidades provinciales y distritales del Departamento de Lima y de la Provincia Constitucional del Callao, este conocimiento debido se realizará mediante su publicación en el Diario Oficial, conforme lo dispone el artículo 44°, inciso 1), de la Ley Orgánica de Municipalidades. En consecuencia, respecto de la Ordenanza Municipal N° 027-2004-MDA, el Tribunal Constitucional considera que no se satisfacen los principios de publicidad de las normas y de seguridad jurídica, si la publicación solo se realiza respecto de extremos de la ordenanza que aprueban el reglamento, mientras este último permanece oculto. Este es el caso del Reglamento Interno del Concejo Municipal de Ancón, aprobado por el artículo 1° de la Ordenanza N° 027-2004-MDA, que no cumple el requisito de publicidad exigido en el artículo 44°, inciso 1), de la Ley Orgánica de Municipalidades, por lo que al no encontrarse vigente tal disposición, no es susceptible de ser controlada mediante el presente proceso constitucional”.

cochado vigencia, no es posible ejercer un juicio de validez en un proceso de inconstitucionalidad, pues no será posible expulsar del ordenamiento jurídico aquello que nunca perteneció a él³²⁸.

Para que una norma jurídica se encuentre vigente, solo es necesario que haya sido producida siguiendo los procedimientos mínimos y necesarios previstos en el ordenamiento jurídico, y que haya sido aprobada por el órgano competente, en tanto que su validez depende de su coherencia y conformidad con las normas que regulan el proceso (formal y material) de su producción jurídica. La vigencia de una norma jurídica depende, **Prima Facie**, de que haya sido aprobada y promulgada por los órganos competentes, y además de que haya sido publicada conforme lo establece el último extremo del artículo 51° de la Constitución. Cumplido este procedimiento, se podrá considerar que la norma es eficaz. De este modo, el efecto práctico de la vigencia de una norma es su eficacia. “Que una norma sea eficaz quiere decir que es de cumplimiento exigible, es decir, que debe ser aplicada como un mandato dentro del Derecho”³²⁹. La obligatoriedad de la ley es únicamente consecuencia de su publicación en el diario oficial³³⁰.

El requisito de la publicidad, tanto de las leyes como de las normas con rango de ley, tiene por objeto tanto la difusión de su contenido como la publicidad de las mismas de manera que todos tengan conocimiento de aquellas y pueda exigirse su cumplimiento obligatorio, dentro del ámbito territorial correspondiente. En el caso de las leyes así como de las normas con rango de ley expedidas por autoridades de competencia nacional, su ámbito de aplicación es todo el territorio del Estado, mientras que en el caso de las normas regionales y locales, su ámbito de aplicación se circunscribe al ámbito del Gobierno Regional o Local, según corresponda³³¹.

³²⁸ EXP. N° 0017-2005-PI/TC; Caso: GUILLERMO LEONARDO POZO GARCÍA Y 218 CIUDADANOS CONTRA LA MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE ANCÓN; EXP. N° 0021-2003-AI/TC; Caso: COLEGIO DE BIÓLOGOS Y COLEGIO DE ARQUITECTOS DEL PERÚ.

³²⁹ EXP. N° 0017-2005-PI/TC; Caso: GUILLERMO LEONARDO POZO GARCÍA Y 218 CIUDADANOS CONTRA LA MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE ANCÓN; EXP. N° 014-2002-AI/TC; Caso: COLEGIO DE ABOGADOS DEL CUSCO; EXP. N°0021-2003-AI/TC; Caso: COLEGIO DE BIÓLOGOS Y COLEGIO DE ARQUITECTOS DEL PERÚ.

³³⁰ EXP. N° 014-2002-AI/TC; Caso: COLEGIO DE ABOGADOS DEL CUSCO.

³³¹ CASTILLO ALVA, José Luis (Jurista Peruano). Artículo: “*El Principio De Taxatividad En El Derecho Penal Y En El Derecho Administrativo Sancionador*. Una lectura constitucional y convencional”. En la Academia de la Magistratura.

Al respecto, el TC peruano ha señalado que: “La omisión de publicar el texto del Reglamento de Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú, constituye una violación del artículo 109° de la Constitución Política del Estado, que establece que la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte. Si bien dicho precepto constitucional establece que es la ‘ley’ la que tiene que ser publicada, el Tribunal Constitucional considera que en dicha frase debe entenderse, *Prima Facie*, a cualquier fuente formal del Derecho y, en especial, aquellas que tienen una vocación de impersonalidad y abstracción. A juicio de este Colegiado, la publicación de las normas en el diario oficial El Peruano es un requisito esencial de la eficacia de las leyes y de toda norma jurídica, a tal extremo que una norma no publicada no puede considerarse obligatoria”³³².

En efecto, en el contexto de un Estado de Derecho como el que fundamenta nuestro ordenamiento jurídico (**Artículos 3°, 43° de la Constitución**), el requisito de publicidad de las normas constituye un elemento constitutivo de su propia vigencia. Conforme a ello se tiene que una norma “no publicada” es por definición una norma “no vigente”, “no existente” y, por lo tanto, no genera ningún efecto³³³. La publicación de las normas que rigen el procedimiento disciplinario constituye condición *Sine Qua Non* de su propia vigencia, de modo que la sanción con base a una norma no publicada equivale a una sanción con base a una norma no vigente, esto es, con base a una norma que no existe en el ordenamiento jurídico³³⁴.

³³² EXP. N° 2050-2002-AA/TC; Caso: CARLOS ISRAEL RAMOS COLQUE; EXP. N° 06402-2007-PA/TC; Caso: JAIME SANTA CRUZ PINELA; EXP. N° 3901-2007-PA/TC; Caso: VICTORIA ELVA CONTRERAS SIADEN.

³³³ EXP. N° 06402-2007-PA/TC; Caso: JAIME SANTA CRUZ PINELA.

³³⁴ EXP. N° 00578-2011-PA/TC; Caso: EMPRESA DE TRANSPORTES DE PASAJEROS DE SERVICIOS MÚLTIPLES CORAZÓN DE JESÚS; EXP. N° 3901-2007-PA/TC; Caso: VICTORIA ELVA CONTRERAS SIADEN; EXP. N° 06402-2007-PA/TC; Caso: JAIME SANTA CRUZ PINELA; EXP. N° 02098-2010-PA/TC; CASO: ELADIO ÓSCAR IVÁN GUZMÁN HURTADO “Así, siendo evidente que en el presente caso se han aplicado disposiciones que sirvieron de sustento tanto para el desarrollo del *iter* procedimental como para la aplicación de la sanción impuesta al recurrente en base al RE 10-5: Reglamento Interno de la Escuela Militar de Chorrillos, aprobado por Resolución de la Comandancia General del Ejército N° 026 CGE/SG del 30 de enero de 2006, que no ha sido publicada, se determina que ha sido afectado en el derecho fundamental al debido proceso del recurrente. Al respecto es necesario precisar que con fecha 11 de enero de 2010 se publicó el Reglamento de los Centros de formación de las Fuerzas Armadas, Decreto Supremo 001-2010-DE-SG, que contiene el régimen disciplinario correspondiente que se encuentra actualmente vigente y que no fue de aplicación al caso concreto”.

En definitiva, como bien dice el Maestro Marcial Rubio “La vigencia de una norma jurídica depende, *Prima Facie*³³⁵, de que haya sido aprobada y promulgada por los órganos competentes, y además de que haya sido publicada conforme lo establece el último extremo del **Artículo 51° de la Constitución Política del Perú**. Cumplido este procedimiento, se podrá considerar que la norma es eficaz. De este modo, el efecto práctico de la vigencia de una norma es su eficacia. “Que una norma sea eficaz quiere decir que es de cumplimiento exigible, es decir, que debe ser aplicada como un mandato dentro del Derecho”³³⁶.

LA PUBLICACIÓN DE LAS NORMAS COMO “*CONDITIO IURIS*”³³⁷ PARA SU EFICACIA.

El Tribunal Constitucional ya ha establecido en anterior oportunidad³³⁸ que, aun cuando la publicación forma parte de la eficacia integradora del procedimiento legislativo, la ley tiene la condición de tal (es decir, queda constituida) una vez que ha sido aprobada y sancionada por el Congreso de la República. En efecto, tal y como se desprende de una interpretación sistemática del **Artículo 51°, In Fine, y del Artículo 109° de la Constitución**, la publicación determina la eficacia, vigencia y obligatoriedad de la norma, pero no su constitución, pues esta tiene lugar con la sanción del órgano que ejerce potestades legislativas.

Por lo tanto, los cuestionamientos que puedan surgir en torno a la publicación de una norma no deben resolverse en clave de validez o invalidez, sino de eficacia o ineficacia. Una ley que no haya sido publicada, sencillamente es ineficaz, pues no ha cobrado vigencia. Y sobre aquello que no ha cobrado vigencia, no es posible ejercer un juicio de

³³⁵ **Prima Facie**.- Locución latina de uso frecuente en las actuaciones judiciales, que quiere decir a primera vista o en principio, con lo que se da a entender la apariencia de un Derecho o de una situación, pero sin que con ello se prejuzgue el asunto. Definición según OSSORIO, Manuel. “*Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*”. Editorial ELIASTA, Buenos Aires Argentina, 2000. Pág. 795.

³³⁶ RUBIO CORREA, Marcial (Jurista Peruano). “*La Vigencia Y Validez De Las Normas Jurídicas En La Jurisprudencia Del Tribunal Constitucional*”. En: Editorial THÉMIS. Revista de Derecho. N° 51, Lima Perú. Pág. 09.

³³⁷ **Conditio Iuris**.- “Condición jurídica”. (Término jurídico que se aplica a las condiciones o circunstancias en que se encuentra una persona o una cosa de la que depende su validez jurídica).

³³⁸ Expediente N° 0014-2002-AI/TC, FJ 21.

validez en un proceso de inconstitucionalidad, pues no será posible expulsar del ordenamiento jurídico aquello que nunca perteneció a él³³⁹.

Si bien el principio de publicidad de las normas no se erige como un requisito de validez de las mismas, sino más bien de eficacia, ello no enerva su condición de principio constitucional. Efectivamente, el poder constituyente ha sido claro al señalar que la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte (**Artículo 109° de la Constitución Política del Perú**). Conforme puede advertirse, una norma puede resultar válida y constitucional, pero mientras no se publique de acuerdo al procedimiento preestablecido, no podrá exigirse su cumplimiento³⁴⁰.

El Artículo 44° de la Ley Orgánica de Municipalidades establece lo siguiente: “**Las ordenanzas, los decretos de alcaldía y los acuerdos sobre remuneración del alcalde y dietas de los regidores deben ser publicados:**

[...]

2. En el diario encargado de las publicaciones judiciales de cada jurisdicción en el caso de las municipalidades distritales y provinciales de las ciudades que cuenten con tales publicaciones, o en otro medio que asegure de manera indubitable su publicidad.

3. En los carteles municipales impresos fijados en lugares visibles y en locales municipales, de los que dará fe la autoridad judicial respectiva, en los demás casos.

[...]

No surten efecto las normas de gobierno municipal que no hayan cumplido con el requisito de la publicación o difusión.

Es decir, en el sistema jurídico municipal es obligatoria la publicación de toda las ordenanzas, todo los decretos de alcaldía y el acuerdo de consejo que establece la remuneración del Alcalde y la dieta de los regidores, caso contrario no entraran en vigencia ni surtirán efecto alguno.

Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 03232-2008-PA/TC: “En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha señalado que una norma no publicada simplemente no se encuentra no se encuentra en vigencia y que la exigencia constitucional de que las

³³⁹ Expediente N° 0021-2003-AI/TC, FJ 03.

³⁴⁰ Considerando N° 06 de la Resolución N° 979-2013-JNE.

normas sean publicadas en el diario oficial El Peruano, está directamente vinculada al principio de seguridad jurídica, pues solo podrán asegurarse las posiciones de los ciudadanos, su posibilidad de ejercer y defender sus derechos, y la efectiva sujeción de estos y los poderes públicos al ordenamiento jurídico, si los destinatarios de las normas tienen una efectiva oportunidad de conocerlas”³⁴¹

En esa línea, encontramos la STC Exp. N° 0017-2005-PI/TC que determina que para cumplir con la obligatoriedad de la publicación de una Ordenanza Municipal, esta tiene que ser con el texto íntegro y no solo de una parte. En el fundamento 15 de la referida sentencia expresamente se encuentra: “15. En consecuencia, respecto de la Ordenanza Municipal N° 027-2004-MDA, el Tribunal Constitucional considera que no se satisface los principios de publicidad de las normas y de seguridad jurídica, si la publicación solo se realiza respecto de extremos de la ordenanza que aprueba el reglamento, mientras este último permanece oculto”.

De conformidad con el artículo 44° de la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N° 27972, “No surten efecto las normas de gobierno municipal que no hayan cumplido con el requisito de publicación o difusión”. En consecuencia, la condición de vigencia de una ordenanza municipal en nuestro ordenamiento es que esta haya sido debidamente publicada. Cabe asimismo puntualizar que el referido artículo prevé que las ordenanzas municipales se publican en el diario encargado de las publicaciones judiciales de cada jurisdicción, en el caso de las municipalidades provinciales de las ciudades que cuenten con tales publicaciones, o en cualquier otro medio que asegure de manera indubitable su publicidad³⁴².

ALCANCE DEL PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD.

El subprincipio de tipicidad o taxatividad constituye una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica, comprender sin

³⁴¹ Cfr. STC Exp. N° 00017-2005-AI/TC, fundamentos 12-13.

³⁴² Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 00578-2011-PA/TC, fundamentos 6-7.

dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal³⁴³.

EL MANDATO DE TIPIFICACIÓN EXPRESA DE DELITOS Y FALTAS (ADMINISTRATIVAS, DISCIPLINARIAS, ETC.)

Una de las consecuencias más importantes que derivan del respeto al principio de legalidad es el principio de tipicidad.

El principio de tipicidad permite que las conductas sancionables estén debidamente delimitadas, de modo que quedan proscribas las cláusulas generales o indeterminadas, esto es, aquellas cuyo contenido no es expreso y conocible, sino que tiene que ser “llenado” o concretado a través de argumentos utilizados para tal efecto, pero por ello mismo, a veces posteriores al acto que se pretende sancionar³⁴⁴. Se debe evitar que el órgano administrativo pueda ir llenando el contenido de tales conceptos jurídicos indeterminados de acuerdo al hecho que pretende sancionar, pues de otra manera se deja el acto de “completar” el contenido de tales actos a la discrecionalidad o arbitrariedad del ente administrativo³⁴⁵.

El TC peruano ha señalado que: “La exigencia de tipicidad de la conducta deriva de dos principios jurídicos específicos; el de libertad y el de seguridad jurídica. Conforme al primero, las conductas deben estar exactamente delimitadas, sin indeterminaciones, mientras que en relación al segundo, los ciudadanos deben estar en condiciones de poder predecir, de manera suficiente y adecuada, las consecuencias de sus actos, por lo que no caben cláusulas generales o indeterminadas de infracción que permitan una actuación librada al “arbitrio” de la administración, sino que esta sea prudente y razonada. Conforme a este principio, los tipos legales genéricos deben estar proscribas y aunque la Administración a veces se conduzca sobre la base de estándares deontológicos de

³⁴³ EXP. N° 00535-2009-PA/TC; Caso: RODOLFO LUIS OROYA GALLO; EXP. N° 2192-2004-AA /TC; Caso: GONZALO ANTONIO COSTA GÓMEZ Y MARTHA ELIZABETH OJEDA DIOSES; EXP. N° 00156-2012-PHC/TC; Caso: CÉSAR HUMBERTO TINEO CABRERA; EXP. N° 3256-2004-AA/TC; Caso: ARMANDO GUILLERMO QUIJADA TORIBIO Y OTROS; EXP. N° 00197-2010-PA/TC; Caso: JAVIER PEDRO FLORES AROCUTIPA.

³⁴⁴ EXP. N° 00257-2012-PA/TC; EXP. N° 05436-2009-PA/TC; Caso: ALFONSO ENRIQUE SOLÓRZANO ROJAS; EXP. N° 01873-2009-PA/TC; Caso: VICENTE RODOLFO WALDE JÁUREGUI.

³⁴⁵ EXP. N° 01873-2009-PA/TC; Caso: VICENTE RODOLFO WALDE JÁUREGUI.

conducta, estos son insuficientes, por sí solos, para sancionar, pues aunque se pueden interpretar como conceptos jurídicos indeterminados, la sanción debe sustentarse en análisis concretos y pormenorizados de los hechos, desde conceptos jurídicos y no sobre la base de juicios apodícticos o que invoquen en abstracto el honor o la dignidad de un colectivo, puesto que los tribunales administrativos no son tribunales “De honor”, y las sanciones no pueden sustentarse en una suerte de “Responsabilidad objetiva del administrado”, lo que nos lleva a revisar el siguiente principio”³⁴⁶.

La seguridad jurídica es reconocida por el TC peruano al señalar que: “El principio de la seguridad jurídica forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho. La predecibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad. Tal como estableciera el Tribunal Constitucional español, la seguridad jurídica supone “La expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho” (STCE 36/1991, FJ 5). El principio *In Comento* no sólo supone la absoluta pasividad de los poderes públicos, en tanto no se presenten los supuestos legales que les permitan incidir en la realidad jurídica de los ciudadanos, sino que exige de ellos la inmediata intervención ante las ilegales perturbaciones de las situaciones jurídicas, mediante la “predecible” reacción, sea para garantizar la permanencia del *Statu Quo*³⁴⁷, porque así el Derecho lo tenía preestablecido, o, en su caso, para dar lugar a las debidas modificaciones, si tal fue el sentido de la previsión legal”³⁴⁸.

³⁴⁶ EXP. N° 01873-2009-PA/TC; Caso: VICENTE RODOLFO WALDE JÁUREGUI.

³⁴⁷ *Statu Quo*.- Expresión latina que significa "Estado en que se encuentra", "En el mismo estado", o "En estado quieto". Se emplea en el ámbito diplomático, ante conflictos, y en el judicial, durante el trámite de los litigios, para mantener un mismo estado de cosas, sin innovar, hasta arribar a la solución internacional definitivamente satisfactoria, o a la sentencia que dirima el pleito. Definición según RODRÍGUEZ, Agustín Washington y GALETTA DE RODRÍGUEZ, Beatriz. “*DICCIONARIO LATÍN JURÍDICO. Locuciones Latinas De Aplicación Jurídica Actual*”. Editorial García Alonso. Primera Edición. Buenos Aires Argentina, 2008. Pág. 206.

³⁴⁸ Véase, las STC recaídas en los: EXP. N° 5854-2005-PA/TC; CASO: PEDRO ANDRÉS LIZANA PUELLES; EXPS. ACUMS. N.OS 0001/0003-2003-AI/TC; CASO: COLEGIOS DE NOTARIOS DE LOS DISTRITOS NOTARIALES DE LIMA, CALLAO Y AREQUIPA; EXP. N°0016-2002-AI/TC; CASO: COLEGIO DE NOTARIOS DE JUNÍN en donde, además, se señala que: “Así pues, como se ha dicho, la seguridad jurídica es un principio que transita todo el ordenamiento, incluyendo, desde luego, a la Norma Fundamental que lo preside. Su reconocimiento es implícito en nuestra Constitución, aunque se concretiza con meridiana claridad a través de distintas disposiciones constitucionales, algunas de orden general, como la contenida en el artículo 2°, inciso 24, párrafo a) "Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido se hacer lo que ella no prohíbe", y otras de alcances más específicos, como las contenidas en los artículos 2°, inciso 24, párrafo d), "Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al

A nivel doctrinal y jurisprudencial se distingue entre el principio de legalidad y el principio de tipicidad de las infracciones. En efecto, se plantea que no debe identificarse el principio de legalidad con el principio de tipicidad. El primero, garantizado por el ordinal "d" del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución, se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley. El segundo, en cambio, constituye la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta³⁴⁹.

EL PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD ENTENDIDO COMO MANDATO DE LA MAYOR PRECISIÓN POSIBLE DE LA INFRACCIÓN Y LA SANCIÓN.

La exigencia de *Lex Certa*, llamada también mandato de determinación de la ley, cobra un valor mayor cuando la ley permite limitar, restringir o suspender derechos fundamentales (v. gr. libertad de expresión, suspensión de derechos políticos). El TC peruano ha sostenido que: "Este Tribunal considera que la ley restrictiva debe expresarse con claridad y precisión especiales, lo cual supone una redacción concordante con la convicción y certeza que requiere transmitir a los ciudadanos a fin de ser cumplida por estos"³⁵⁰.

EL NÚCLEO ESENCIAL DEL PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD DE LAS INFRACCIONES.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) entiende como requisitos para evaluar la legalidad de una medida el cumplimiento de tres requisitos: i) La existencia de ley y la conformidad de la medida; ii) La accesibilidad de la ley; y, iii) la previsibilidad en cuanto al significado y la naturaleza de las medidas aplicables.

tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley" y 139°, inciso 3 "Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción, ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera que sea su denominación".

³⁴⁹ EXP. N° 00535-2009-PA/TC; Caso: RODOLFO LUIS OROYA GALLO; EXP. N° 2192-2004-AA /TC; Caso: GONZALO ANTONIO COSTA GÓMEZ Y MARTHA ELIZABETH OJEDA DIOSES; EXP. N° 2050-2002-AA/TC; Caso: CARLOS ISRAEL RAMOS COLQUE; EXP. N° 02250-2007-PA/TC; CASO: JOSÉ ANTONIO SILVA VALLEJO; EXP. N° 00197-2010-PA/TC; Caso: JAVIER PEDRO FLORES AROCUTIPA; EXP. N° 00375-2012-PA/TC; Caso: EFRAÍN FELIPE GONZALES MORALES.

³⁵⁰ EXP. N° 02-2001-AI/TC; CASO: DEFENSORÍA DEL PUEBLO.

El TEDH alude para referirse al principio de legalidad a la necesidad de que haya una calidad de ley. Así, ha sostenido que “La calidad de la ley implica que, si una ley nacional autoriza la privación de libertad, debe ser suficientemente accesible, precisa y previsible en su aplicación para evitar cualquier riesgo de arbitrariedad”. El criterio de “legalidad” establecido por el Convenio exige que toda ley debe ser suficientemente precisa para permitir a las personas -si procede, con el pertinente asesoramiento- prever, hasta un punto razonable en las circunstancias de cada caso, las consecuencias que pueden derivarse de un acto determinado.

El núcleo del injusto (penal, administrativo disciplinario) debe encontrarse previamente determinado o establecido, de manera cabal y suficiente; por lo que debe haber una comprensión razonable de lo que es materia de prohibición y sanción. En buena cuenta se requiere una cognoscibilidad razonable del objeto de prohibición y reproche, ya que si la persona no puede conocer el núcleo de lo que se encuentra prohibido sencillamente no sabrá orientar su comportamiento ni podrá decidir, ni realizar una conducta con la confianza que cumple y respeta el orden jurídico. Incluso, al no estar precisado de manera suficiente y adecuada el ilícito (marco de prohibición) no podrá saber a ciencia cierta si ejecuta una acción permitida o prohibida, perdiéndose de esta manera el sentido y la eficacia de la regulación jurídica.

Representa un claro quebrantamiento del principio de legalidad (exigencia del *Lex Certa*) el pretender plantear una sanción por la comisión de una supuesta infracción cuyo núcleo del injusto (disciplinario, penal, etc.) no se encuentra determinado con precisión ni se puede conocer de manera anticipada, clara y diáfana cuál es la conducta concreta y específicamente prohibida.

En un Estado Constitucional no se puede permitir que el sentido de los mandatos y prohibiciones, en especial de los ilícitos, dependa de lo que solo los órganos estatales (tribunales de justicia, órganos administrativos, comisiones de ética o disciplina) entiendan e interpreten que se encuentra prohibido, renunciando a que la ley realice una descripción adecuada de la conducta regulada. Tal concesión no solo supone una clara

violación al principio de legalidad, sino también a la seguridad jurídica que debe regir en toda sociedad organizada³⁵¹.

El peligro que deriva de tolerar que los órganos estatales determinen y precisen el contenido de la prohibición es fomentar el caos, la desorientación de los ciudadanos y la pérdida del valor y eficacia del principio de igualdad ante la ley, toda vez que es posible que la ley no se aplique de manera igual para todos³⁵².

El TC peruano ha sostenido que: “El grado de indeterminación será inadmisibles, sin embargo, cuando ya no permita al ciudadano conocer qué comportamientos están prohibidos y cuáles están permitidos”³⁵³. El máximo intérprete de la Constitución ha sentado la doctrina que el principio de legalidad prohíbe el uso de cláusulas generales e indeterminadas en la tipificación de las prohibiciones³⁵⁴.

EL PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD DE LAS SANCIONES.

El mandato de tipificación, llamado también principio de taxatividad, no solo rige en el campo de la determinación del supuesto de hecho o la descripción de la conducta. Su ámbito de aplicación se extiende a la precisión de la clase, marco y quantum de la sanción a imponer. El mandato constitucional de precisión se aplica tanto a la regulación de la conducta (prohibida o mandada) como a la determinación de la consecuencia jurídica que se debe imponer. Se reconoce aquí el derecho a "la certeza de la sanción"³⁵⁵.

La Corte Europea de Derechos Humanos, ha desarrollado de manera extensa los requisitos que debe cumplir el establecimiento legal de una sanción, en aras de proteger

³⁵¹ CASTILLO ALVA, José Luis (Jurista Peruano). Artículo: “*El Principio De Taxatividad En El Derecho Penal Y En El Derecho Administrativo Sancionador*”. Una lectura constitucional y convencional”. En la Academia de la Magistratura.

³⁵² EXP. N° 01873-2009-PA/TC; Caso: VICENTE RODOLFO WALDE JÁUREGUI: “Para efectos sancionatorios (la prohibición normativa), debe encontrarse previamente determinado o establecido; lo contrario importaría que los magistrados tengan que prever cuál es el “contenido” que el CNM pueda darles, sobre todo cuando este contenido, de no estar precisado normativamente, será objeto de desarrollo o complementación por parte de la autoridad administrativa, en cada caso en que ello sea necesario, además que, como es obvio, el resultado no necesariamente será igual en todos los casos”.

³⁵³ EXP. N° 010-2002-AI/TC; Caso: MARCELINO TINEO SILVA Y MÁS DE 5,000 CIUDADANOS.

³⁵⁴ EXP. N° 2192-2004-AA /TC; Caso: GONZALO ANTONIO COSTA GÓMEZ Y MARTHA ELIZABETH OJEDA DIOSES; EXP. N° 02250-2007-PA/TC; CASO: JOSÉ ANTONIO SILVA VALLEJO; EXP. N° 4053-2007-PHC/TC; Caso: ALFREDO JALILIE AWAPARA; EXP. N° 00156-2012-PHC/TC; Caso: CÉSAR HUMBERTO TINEO CABRERA.

³⁵⁵ EXP. N° 00375-2012-PA/TC; Caso: EFRAÍN FELIPE GONZALES MORALES.

la seguridad jurídica. Así, ha establecido que la norma que consagra una sanción debe ser adecuadamente accesible³⁵⁶, suficientemente precisa³⁵⁷ y previsible³⁵⁸.

En suma, a manera de conclusión señalamos que lo más conveniente para analizar en el presente trabajo de investigación es a la luz de los principios de tipicidad, legalidad y publicidad, que definitivamente delimitan los alcances del ejercicio de la potestad sancionadora del Estado “*Ius Puniendi*”.

Efectivamente, como ya lo ha establecido el Supremo Tribunal Electoral en reiterada jurisprudencia, entre ellas, la **Resolución N° 1142-2012-JNE**, del 12 de diciembre de 2012:

“1. Para efectos de que pueda disponerse válidamente la suspensión de una autoridad municipal, por la imposición de una sanción por la comisión de una falta grave prevista en el Reglamento Interno del Concejo Municipal, este órgano colegiado considera que deben concurrir, como mínimo, los siguientes elementos:

a. El Reglamento Interno del Concejo Municipal debe haber sido publicado de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente (principio de publicidad de las normas reconocido en el **Artículo 51° y 109° de la Constitución Política de 1993 y en el artículo 44° de la LOM**) y entrado en vigencia antes de la comisión de la conducta imputada a la autoridad municipal.

b. La conducta imputada debe encontrarse clara y expresamente descrita como falta grave en el Reglamento Interno del Concejo Municipal (principios de legalidad y tipicidad de las normas, consagrados en el **Artículo 2° numeral 24, inciso d) de la Constitución Política** de 1993, y en el **Artículo 230° numeral 1, de la Ley N.° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General**).

³⁵⁶ CEDH. Case Hasan and Chaush vs. Bulgaria. Judgment of 26 October 2000, párr.84; Case Malone vs. The United Kingdom. Judgment of 2 August 1984, párr. 66.

³⁵⁷ CEDH. Case Maestri vs. Italy. Judgment of 17 February 2004, párr. 30; Case Malone vs. The United Kingdom, supra nota 43, párr. 66; Case Silver y otros vs. The United Kingdom. Judgment of 25 March 1983, párr. 88.

³⁵⁸ CEDH. Case Landyregud vs. The Netherlands, Judgment of 4 June 2002, párr. 59.

c. La sanción debe recaer sobre la autoridad municipal, que realiza, efectivamente, la conducta omisiva o comisiva que se encuentra descrita previamente en el Reglamento Interno del Concejo Municipal, como falta grave (principio de causalidad reconocido en el Artículo 230°, numeral 8, de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General).

d. Debe acreditarse la existencia de intencionalidad de la autoridad municipal en realizar la conducta comisiva u omisiva tipificada como falta grave en el Reglamento Interno del Concejo Municipal (principio de culpabilidad en el ámbito administrativo), ello independientemente de que exista voluntad o no, de parte de la citada autoridad, en afectar algún bien, derecho, atribución, principio o valor institucional del municipio.

e. La conducta tipificada como falta grave en el Reglamento Interno del Concejo Municipal debe procurar tutelar los bienes, derechos, principios y valores institucionales del municipio (principio de lesividad)”.

INDEPENDENCIA EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL.

La independencia jurisdiccional o también conocida como independencia en la función jurisdiccional que no es lo mismo que independencia judicial, se encuentra consagrada en el **Art. 139° Son principios y derechos de la función jurisdiccional: Inc. 2 “*La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional*”** de la Constitución Política Del Estado, constituye un presupuesto estructural del debido proceso cuyos alcances no se limitan a lo que en primera instancia se pueda desprender del texto de la norma en mención, una interpretación sistemático integral de la carta política evidencia un catálogo de deberes, prohibiciones y garantías de orden orgánico y funcional que otorgan una visión amplia de los espacios que deben ser ocupados por este principio a efectos de brindar una mayor garantía para los ciudadanos usuarios de servicios jurisdiccionales, de tal modo que condicione la existencia del principio supremo de igualdad ante la ley, y con ello de democracia.

La función jurisdiccional está encargada por regla al poder judicial, el que desde dicha labor busca de un lado A) Equilibrar las cotas del poder político que posee tanto el poder ejecutivo como el poder legislativo y neutralizar sus excesos otorgando tutela a los ciudadanos que se consideren perjudicados o amenazados en materia penal,

administrativo, constitucional (Derechos humanos), y de otro lado B) Alcanzar la paz social resolviendo los conflictos originados entre particulares en materia civil, familia, y comercial, evitando la complejización y violencia que se alcanzaría en las relaciones sociales si cada cual se hiciera justicia por mano propia. En definitiva un poder judicial independiente es un instrumento básico para asegurar la observancia de las garantías constitucionales³⁵⁹

Ya decía el ilustre Manuel GONZALES PRADA respecto a la independencia judicial “Si la justicia clásica llevaba en los ojos una venda, al mismo tiempo que en una mano tenía la espada y con la otra sostenía una balanza en el fiel, la justicia criolla posee manos libres para coger lo que venga y ojos abiertos para divisar de qué lado alumbra los soles”. Y asegura que: “No hay iniquidad irrealizable ni reato ineludible, cuando se tiene dinero, influencias o poder”, y, “Si por rarísima casualidad se topa con un juez íntegro y rebelde a toda seducción (masculino o femenina), entonces se recurre a una serie de recusaciones hasta dar con el maleable y el venal”³⁶⁰.

Según Elvia BARRIOS ALVARADO en nuestros días, dicha frase no nos resulta tan **anacrónica**³⁶¹ pero no cabe duda que respecto a los condicionamientos **endógenos**³⁶² que garantizan la independencia de la función jurisdiccional se tiene notables avances y la sociedad civil, a través de los avances tecnológicos y de la información, tiene más presencia con lo cual resulta mayor la dificultad de influencia y arbitrariedad judicial³⁶³. La Corte Interamericana De Derechos Humanos a través de su jurisprudencia ha considerado que las normas constitucionales, legales o convencionales sobre independencia judicial son de naturaleza imperativa “*Ius Cogens*”³⁶⁴, y deben ser

³⁵⁹ BARRIOS ALVARADO, Elvia. (Jurista Peruana). “*Ensayo Sobre Independencia En El Ejercicio De La Función Jurisdiccional*” En GACETA JURIDICA. “LA CONSTITUCIÓN COMENTADA Análisis Artículo Por Artículo”. Obra Colectiva Escrita Por 166 Destacados Juristas Del País. Director Walter Gutiérrez. Tomo I. Segunda Edición Aumentada, Actualizada Y Revisada. Gaceta Jurídica S.A. Lima Perú. Enero del 2013. Pág. 44.

³⁶⁰ GONZALES PRADA, Manuel. “*Horas De Lucha*”. En: Obras. Tomo II, Vol. 3, prólogo y notas de Luis Alberto Sánchez, COPÉ, Lima Perú, 1986. Pág. 124. Citado por Fernando de Trazegnies.

³⁶¹ **Anacrónica**.- Significa literalmente contra-tiempo y conceptualmente que algo está fuera de un determinado momento, periodo o lapso; es antónimo de sincrónica.

³⁶² **Endógenos**.- Término utilizado por distintas disciplinas para hacer referencia a algo que es originado dentro de una cosa, en contraposición a exógeno. Según la RAE, endógeno hace referencia a algo que se origina o nace en el interior, o que se origina en virtud de causas internas.

³⁶³ BARRIOS ALVARADO, Elvia. Ob. Cit. Pág. 46.

³⁶⁴ “*Ius Cogens*”.- Es una locución latina empleada en el ámbito del Derecho internacional público para hacer referencia a aquellas normas de Derecho imperativo o perentorio que no admiten ni la exclusión ni la alteración de su contenido, de tal modo que cualquier acto que sea contrario al mismo será declarado como

observadas y respaldadas en todo procedimiento o trámite penal, civil, laboral, administrativo o de cualquier otra índole que decida sobre derechos de la persona, por ser la independencia del juez y de los tribunales uno de los fundamentos esenciales del debido proceso. Considera la Corte que, si bien es cierto que en razón de la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de Derecho la función jurisdiccional compete eminentemente al poder judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo. Es decir, reitera la corte que cuando la convención se refiere al Derecho de toda persona a ser oída por un juez competente para la “Determinación de sus derechos”, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por tal razón, la corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del Artículo 8° de la Convención Americana De Derechos Humanos”.³⁶⁵

La Constitución confiere un superior nivel de independencia orgánica para el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, pues en ellos finalmente pueden confluír, vía control legal o constitucional, las decisiones arribadas en los demás procesos o procedimientos, por ello el Tribunal Constitucional ha afirmado que: “La función jurisdiccional merece una especial atención toda vez que constituye la garantía última para la protección de la libertad de las personas frente a una actuación arbitraria del Poder Ejecutivo o el Poder Legislativo”³⁶⁶.

La independencia judicial constituye la mayor manifestación de la separación de poderes, y por lo tanto busca garantizar la ausencia de vínculos de sujeción política tanto al exterior como al interior de la organización judicial, en puridad, señala el Tribunal constitucional, se trata de una condición de “Albedrío funcional” que: “Exige que el legislador adopte las medidas necesarias y oportunas a fin de que el órgano y sus miembros administren justicia con estricta sujeción al Derecho y a la constitución, sin que sea posible la

nulo. Con el “*Ius Cogens*” se pretende amparar los intereses colectivos fundamentales de todo el grupo social, por lo que se explica que esta clase de normas se encuentren en una posición jerárquica superior con respecto al resto de disposiciones del ordenamiento.

³⁶⁵ Sentencia de la Corte Interamericana De Derechos Humanos de fecha 31 de Enero del 2001, caso Tribunal Constitucional peruano. Aguirre Roca, Rey Terry Y Reboredo Marsano Vs Perú.

³⁶⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano. Expediente N° 23-2003-PI/TC.

injerencia de extraños (otros poderes públicos o sociales, e incluso órganos del mismo ente judicial) a la hora de delimitar e interpretar el sector del ordenamiento jurídico que ha de aplicarse en cada caso”³⁶⁷.

A manera de conclusión diríamos que es necesario mantener una adecuada imagen del poder judicial, para evitar una imagen en permanente contraposición o disgusto de la colectividad; sin embargo, ello no debe influir cuando se resuelve una controversia; en otras palabras, se contrapone al principio evaluado tanto que se resuelva en pro de un grupo de poder como que se utilice el caso mediático para elevar la imagen institucional. Es la justificación y profesionalismo lo que deberá responder finalmente, pues de nada sirve todo los esfuerzos legales, materiales y teóricos que garanticen objetivamente la independencia de un juez, cuando este en realidad guarda fidelidad a algo o alguien más que a su interpretación inmaculada de la constitución y la ley, o que aun apegándose a estas, las instrumentalicen para resolver conforme a fines extraprocesales, por el margen de interpretación que el lenguaje permite. El Profesor Heidelberg Ernest Forsthoff citado por Elvia BARRIOS señala: “Hoy en día es el propio juez quien decide, apoyándose en el Derecho, sobre cuando está el mismo sujeto a la ley y cuando deja de estarlo. Y no es esto lo más grave, al fin y al cabo el problema de las fuentes a utilizar por el juez constituye una cuestión técnica cuya resolución, sea la que fuere, podrá ser admisible siempre que se haga con rigor y con los instrumentos de racionamiento del propio sistema”. En nuestra modesta posición el problema se planteará en su estricta gravedad cuando los criterios de Derecho sean sustituidos por la pura y simple irracionalidad y la búsqueda del espectáculo, lo que ha dejado de ser demasiado extraño. Por ello, la preocupación constante e invisible de nuestros días no radica principalmente en el establecimiento de mecanismos que garanticen la independencia y la sujeción a la ley y a la constitución, sino de factores externos que distorsionan el razonamiento del juez.

DEBIDO PROCESO Y TUTELA JURISDICCIONAL.

El Tribunal Constitucional ha dicho sobre la tutela jurisdiccional que “Supone tanto el Derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia”, mientras que sobre el debido proceso ha manifestado que “Significa la observancia de los principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como

³⁶⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano. Expediente N° 02851-2010-PA/TC.

instrumento de tutela de los derechos subjetivos”³⁶⁸. De estas declaraciones del supremo intérprete de la constitución es posible concluir que la tutela jurisdiccional y el debido proceso como derechos fundamentales se configurarían en etapas distintas del procesamiento.

Por ello referimos que la primera estaría destinada a asegurar el inicio y el fin del procesamiento, a través del acceso a la justicia y a la ejecución de las decisiones; mientras que el segundo estaría llamado a proteger el desarrollo del procesamiento mismo. Así, la posibilidad de acceder a un órgano que administre justicia de modo institucionalizado, sería manifestación de la tutela jurisdiccional y no el debido proceso; mientras que toda la secuencia de etapas procesales a partir de que se ha accedido al órgano que administra justicia y hasta la dación de la sentencia en instancia final, sería manifestación del debido proceso y no de la tutela jurisdiccional; y, finalmente, la ejecución de la sentencia firme vendría a ser solo manifestación de la tutela jurisdiccional³⁶⁹.

En la línea de reconocer exigencias constitucionales conformantes del Derecho al debido proceso entendido como Derecho genérico, se ha motivado el criterio jurisprudencial del Tribunal Constitucional. Este supremo intérprete de la Constitución ha reconocido como implícitas una serie de garantías procesales conformantes del debido proceso. Así, y solo de modo enunciativo se tiene el Derecho de acceso a la justicia³⁷⁰; el Derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales; el Derecho a un plazo razonable en el juzgamiento³⁷¹ o el Derecho a ser juzgado sin dilación indebidas; el Derecho a la duración razonable de la detención preventiva; el Derecho de acceso a los recursos³⁷²; el Derecho de no ser procesado ni sancionado dos veces por un mismo hecho (*Ne Bis In Ídem*); el Derecho a la tutela cautelar, el Derecho a un juez independiente e imparcial, el Derecho

³⁶⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano. Expediente N° 09727-2005-PHC/TC. De fecha 06 de Octubre del 2006. (Fundamento 7).

³⁶⁹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis (Jurista Peruano). “Artículo Sobre Debido Proceso Y Tutela Jurisdiccional” En GACETA JURIDICA. “LA CONSTITUCIÓN COMENTADA Análisis Artículo Por Artículo”. Obra Colectiva Escrita Por 166 Destacados Juristas Del País. Director Walter Gutiérrez. Tomo I. Segunda Edición Aumentada, Actualizada Y Revisada. Gaceta Jurídica S.A. Lima Perú. Enero del 2013. Pág. 60.

³⁷⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano. Expediente N° 010-2001-AI/TC. (Fundamento 10).

³⁷¹ Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano. Expediente N° 0895-2001-AA/TC. (Fundamento 5).

³⁷² Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano. Expediente N° 09285-2006-PA/TC. (Fundamento 2).

a la prueba; el Derecho de igualdad procesal de las partes; el Derecho a no autoincriminarse; el Derecho a la prohibición de la *Reformatio In Peius*³⁷³.

El supremo interprete de la Constitución ha reconocido, que el Derecho fundamental al debido proceso “Tiene un multiplicidad de ámbitos de aplicación, que aunque encuentran su principal expresión en el desarrollo de los procesos estrictamente judiciales, pueden abarcar o comprende todos aquellos espacios procesales en los que existan mecanismos de resolución de conflictos o de determinación de situaciones jurídicas”³⁷⁴. De modo que el debido proceso como Derecho fundamental, “Desborda la órbita estrictamente judicial para involucrarse o extenderse en otros campos como el administrativo, el corporativo particular, el parlamentario, el castrense, entre muchos otros, dando lugar a que en cada caso o respecto de cada ámbito puede hablarse de un debido proceso jurisdiccional, de un debido proceso administrativo, de un debido proceso corporativo particular, de un debido proceso parlamentario, etc.”³⁷⁵.

DEBER DE MOTIVACIÓN ESCRITA DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES.

La introducción del deber de motivar las sentencias va de la mano con la evolución del moderno Estado de Derecho³⁷⁶, uno de los cuyos postulados en el sometimiento de todo órgano depositario de poder a la normativa vigente. No por nada la obligatoriedad de la motivación de las sentencias es un legado de la revolución francesa, a la que le debemos

³⁷³ **Reformatio In Peius.**- Locución latina que significa "Reforma para peor", o "reforma desfavorable". Es la que sobreviene en juicio como consecuencia de un recurso con agravios mal expresados, o la que, al hacer rever una resolución por el tribunal, conduce a un resultado negativo para el recurrente, que empeora la resolución recurrida y, por ende, su situación procesal. Algunos códigos rituales -de procedimiento- prohíben al tribunal que conozca del recurso resolver este tipo de *reformatio in peius* si el litigante contrario, simultáneamente, no interpuso su propio recurso en el que así en forma manifiesta lo solicitara. (Definición según RODRÍGUEZ, Agustín W., GALETTA DE RODRÍGUEZ, Beatriz. “Diccionario Latín Jurídico. Locuciones latinas de aplicación jurídica actual”. Ed. García Alonso, 1º Ed., 1º reimp. Buenos Aires Argentina, 2008. Pág. 191). Por otro lado el máximo intérprete de la Constitución en nuestro país a través de la sentencia (STC 0553-2005-HC/TC, FJ 3) ha precisado lo siguiente: (...) la interdicción de la *reformatio in peius* o “reforma peyorativa de la pena” es una garantía del debido proceso implícita en nuestro texto constitucional, la cual se relaciona con los derechos de defensa y de interponer recursos impugnatorios. De acuerdo con dicha garantía, el órgano jurisdiccional que conoce de un proceso en segunda instancia no puede empeorar la situación del recurrente en caso de que solo este hubiese recurrido la resolución emitida en primera instancia.

³⁷⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano. Expediente N° 00917-2007-AA/TC. (Fundamento 15).

³⁷⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano. Expediente N° 10034-2005-AA/TC. (Fundamento 8).

³⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi (Jurista Italiano-Francés). “*Derecho y Razón*”. Editorial Trotta. Madrid España, 1995. Pág. 622. “Aunque se encuentren huellas de la motivación en las jurisdicciones estatutarias, en la eclesiástica de la santa inquisición y aun antes en la de los magistrados romanos, el principio de la obligación de *reddere rationem* (locución latina que significa *dar cuenta*) de las decisiones judiciales, y especialmente de las sentencias, es rigurosamente moderna”.

las principales bases sobre las cuales todos hemos construido un poco nuestro sistema de legalidad.

En efecto la obligatoriedad de la motivación de las sentencias tiene incluso una oficial fecha de nacimiento: el 24 de agosto de 1790, fecha en la que la Asamblea Nacional Francesa, al aprobar la ley sobre la nueva organización judicial revolucionaria, prescribió en su artículo 15° que toda sentencia, civil o penal, de apelación o de primera instancia, debía contener además de la indicación de los nombres de las partes, de las cuestiones controvertidas de hecho y de Derecho y el fallo, los resultados probatorios y las motivaciones de la decisión “*Les Motifs Qui Auront Déterminé Le Jugement*”³⁷⁷.

Es indispensable poner en relieve que nuestra carta magna vigente al igual que en todas las anteriores el Poder Judicial, frente a sus pares Legislativo y Ejecutivo, es el único órgano al que se le exige motivar sus actos, casi como poniendo en evidencia que los jueces serán todo lo independientes que deben ser, pero estando sometidos a la constitución y a la ley (**Art. 146° in fine Inc. 1 de la Constitución**³⁷⁸), así debe reflejarse en sus resoluciones. Es así que se ha dicho que la motivación es el “Banco donde el juez paga el precio de la independencia y libertad de decisión”.

“La motivación es un discurso, elaborado por el juez, en el cual desarrolla una justificación racional de la decisión adoptada respecto al *thema decidendi* en el cual, al mismo tiempo el juez da respuesta a las demandas y a las razones que las partes le hayan planteado”. Sin embargo, agrega que haya que distinguir entre la motivación como “Discurso justificativo” ya redactada por escrito y la motivación como actividad mental previa del juez. Así “mientras la motivación como documento es imprescindible para un control ex post de la decisión y de su correspondiente fundamentación por parte de terceras personas; en cambio la dimensión de la actividad impone al juez limitaciones ex ante en relación con el contenido de la decisión, en cierto sentido funciona como un

³⁷⁷ “*Les Motifs Qui Auront Déterminé Le Jugement*” expresión Francesa que significa “**Las Razones Que Determinaron La Sentencia**”.

³⁷⁸ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Art. 146° In Fine Inc. 1. El Estado garantiza a los magistrados judiciales: “*Su independencia. Solo están sometidos a la constitución y la ley*”.

autocontrol del propio órgano jurisdiccional, que no tomara una decisión que no pueda justificar”³⁷⁹.

Las normas de los códigos que prescriben el deber de motivar lo hacen desde “Una perspectiva que se puede definir **endoprocesal**, ello equivale a decir que la función que se encomienda a la motivación es solo interna al proceso, y consiste esencialmente: A) Al permitir a las partes el más fácil ejercicio del derecho de impugnación, a través del conocimiento de los motivos de la decisión; B) Al facilitar el control del juez de la impugnación sobre la misma decisión”. No me atrevo a decir como se indica en el texto, que alguno de nuestros códigos procesales realmente permitan cumplir esta función de la motivación³⁸⁰.

En efecto nuestra Constitución Política Del Perú vigente exige que la motivación (tanto en Derecho como en cuanto a los hechos) esté contenida en las resoluciones de “Toda las instancias”, el Art. 12° De la LOPJ³⁸¹ parece limitar tal exigencia solo a la resolución “de primera instancia”, pues en cuanto a la resolución de “segunda”, se autoriza a que simplemente “reproduzca” (“en todo o en parte”) la que aparece en la de primer grado. Con ello, nuestra LOPJ, más que desarrollar (como debía) la Constitución, quiso legitimar una vieja *praxis* de nuestros tribunales de “alzada” de motivar sin motivar, es decir recurriendo a una cuestionable motivación *per relationem* que se sustancia en consabida formula “por los fundamentos de la recurrida” (o, peor aún, “por los fundamentos pertinentes de la recurrida”, con lo cual no se sabe que se “reproduce” y que no), en abierta contravención del dictado constitucional. Sin dejar de decir que, “reproducir” cuando de un texto escrito se trata es a lo más “transcribir” y no meramente (como se hace en la praxis) “invocar” otro texto³⁸².

³⁷⁹ COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. “La Motivación De Las Sentencias: Sus Exigencias Constitucionales Y Legales”. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia España, 2003. Pág. 44.

³⁸⁰ TARUFFO, Michele (Jurista Italiano). “La Fisonomía Della Sentenza In Italia”. En: La sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile. Cedam, Padova, 1988. Pág. 187.

³⁸¹ **LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL. Art. 12°: “Toda las resoluciones, con exclusión de las de mero trámite, son motivadas, bajo responsabilidad, con expresión de los fundamentos en que se sustentan, pudiendo estos reproducirse en todo o en parte solo en segunda instancia, al absolver el grado”.**

³⁸² ARIANO DEHO, Eugenia (Jurista Peruana). “Artículo Sobre Deber De Motivación Escrita De Las Resoluciones Judiciales” En GACETA JURIDICA. “LA CONSTITUCIÓN COMENTADA Análisis Artículo Por Artículo”. Obra Colectiva Escrita Por 166 Destacados Juristas Del País. Director Walter Gutiérrez. Tomo III. Segunda Edición Aumentada, Actualizada Y Revisada. Gaceta Jurídica S.A. Lima Perú. Enero del 2013. Pág. 82.

El deber de motivar las resoluciones judiciales tanto para los jueces (“no penales”) de primera instancia como para (en general) los jueces de impugnación, resulta ser mucho más angosto de aquel querido por la constitución, con la consecuencia de que nuestras resoluciones judiciales no solamente resultan bastante parcas y misteriosas (tanto que, por lo general, es difícil identificar no digo la **Ratio Decidendi**³⁸³, sino el **Thema Decidendi**³⁸⁴) sino que dada su parquedad pueden terminar encerrando una pura arbitrariedad, que es lo que primordialmente trata de evitar el deber constitucional de motivar³⁸⁵.

La motivación escrita se asume como el dar causa, argumento o razón del modo de solución de un litigio. Se trata de explicar y dar a comprender los motivos que ha tenido la autoridad judicial para fallar de una manera determinada. Estos motivos son vitales para afirmar en la ciudadanía un sentimiento de seguridad jurídica subjetiva³⁸⁶.

En conclusión, en nuestra realidad el deber de motivación de las resoluciones judiciales lamentablemente funciona como una garantía meramente formal y no representa el “Grandismo freno al arbitrio del juez”, tal como con tanta ilusión se consignó en nuestras constituciones.

INDEMNIZACIÓN POR ERRORES JUDICIALES.

La presente figura tiene rango constitucional, lo encontramos regulado en la **Constitución Política Del Perú en el Art. 139° Son principios y Derechos de la función jurisdiccional. Inc. 7: “La indemnización, en forma que determine la ley, por los errores judiciales en los procesos penales y por las detenciones arbitrarias, sin perjuicio de la responsabilidad a que hubiere lugar”.**

Haciendo una remembranza histórica de nuestro ordenamiento jurídico, diremos que el tema de la indemnización por errores judiciales fue regulado por primera vez en la

³⁸³ **RATIO DECIDENDI.**- Es una expresión latina, que significa literalmente en español "razón para decidir" o "razón suficiente". Hace referencia a aquellos argumentos en la parte considerativa de una sentencia o resolución judicial que constituyen la base de la decisión del tribunal acerca de la materia sometida a su conocimiento.

³⁸⁴ **THEMA DECIDENDI.**- Locución latina que significa “Tema de decisión”.

³⁸⁵ ARIANO DEHO, Eugenia. Ob. Cit. Pág. 82.

³⁸⁶ GARCÍA TOMA, Víctor. (Jurista Peruano). “*Los Derechos Fundamentales En El Perú*”. Primera Edición. Editorial Jurista Editores E.I.R.L. Lima Perú, 2008. Pág. 643.

constitución política del año 1933, que en su artículo 203° establecía: “El Estado indemnizara a las víctimas de los errores judiciales en materia criminal, previo el juicio de revisión en la forma que determine la ley”. Del tenor de este mandato constitucional se entendía que tenían derecho a ser indemnizados los condenados en proceso judicial que hayan obtenido en vía de revisión resolución de la corte suprema que declara la sentencia errónea o arbitraria, y por lo tanto devenía en injusta la sanción penal impuesta³⁸⁷.

A esta figura llega a reconocérsele como un principio internacional con la adhesión del Perú al pacto internacional de los Derechos Civiles Y Políticos, que en su Art. 14° Inc. 6 establece que: “Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido”. Por su parte la Convención Americana Sobre Derechos humanos reconoce el Instituto de la indemnización por errores judiciales en su Art. 10° en el cual se prescribe que: “Toda persona tiene Derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial”. Hablando del sistema universal de protección de los derechos humanos, resulta indispensable hacer mención al Estatuto de Roma, que crea la corte penal internacional y que en su Art. 85° consagra el Derecho a la indemnización de la persona ilegalmente detenida o del condenado que cumplió pena y posteriormente se anula dicha condena, en razón de hechos nuevos que demuestren concluyentemente que hubo error judicial, salvo que la falta de conocimiento oportuno de esos hechos le fuera total o parcialmente imputable. Así mismo establece que en circunstancias excepcionales, si la corte penal determina en forma concluyente que hubo error judicial grave y manifiesto, tiene la facultad discrecional de otorgar una indemnización a quien hubiere sido puesto en libertad en virtud de una sentencia definitiva absolutoria o de un sobreseimiento de la causa por esa razón.

³⁸⁷ VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander (Jurista Peruano). “Artículo Sobre Indemnización Por Errores Judiciales” En GACETA JURIDICA. “LA CONSTITUCIÓN COMENTADA Análisis Artículo Por Artículo”. Obra Colectiva Escrita Por 166 Destacados Juristas Del País. Director Walter Gutiérrez. Tomo III. Segunda Edición Aumentada, Actualizada Y Revisada. Gaceta Jurídica S.A. Lima Perú. Enero del 2013. Pág. 91.

En nuestro país la indemnización por errores judiciales en los procesos penales aparte de estar configurado en nuestro contexto constitucional y reconocido internacionalmente en la parte final del texto del **Art. 139° Inc.7**. Encontramos el enunciado “Sin perjuicio de la responsabilidad a que hubiere lugar”, que nos remite a la legislación concordante, en la que debemos incluir las normas sobre responsabilidad civil de los jueces prevista en los **Artículos 509° al 518° del Código Procesal Civil**³⁸⁸; los **Artículos 192° y 200° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial**³⁸⁹, sobre la responsabilidad de los jueces en el ejercicio de sus funciones, encargando el **Art. 19° de la LOPJ**³⁹⁰ a la oficina de control de la magistratura y al consejo ejecutivo del poder judicial las quejas de hechos por responsabilidad funcional. Y también el **Art. 8° del Código Procesal Constitucional**³⁹¹, referido a la responsabilidad del agresor, norma

³⁸⁸ **Código Procesal Civil. Art. 509°** “El juez es civilmente responsable cuando en el ejercicio de su función jurisdiccional causa daño a las partes o a terceros, al actuar con dolo o culpa inexcusable, sin perjuicio de la sanción administrativa o penal que merezca. La conducta es dolosa si el juez incurre en falsedad o fraude, o si deniega justicia al rehusar u omitir un acto o realizar otro por influencia. Incurre en culpa inexcusable cuando comete un grave error de derecho, hace interpretación insustentable de la ley o causa indefensión al no analizar los hechos probados por el afectado. Este proceso solo se impulsara a pedido de parte”. **Art. 10°** “Se presume que el juez actúa con dolo o culpa inexcusable cuando: 1) La resolución contraría su propio criterio sustentado anteriormente en causa similar, salvo que motive los fundamentos del cambio. 2) Resuelve en discrepancia con la opinión del ministerio público o en discordia, según sea el caso, en tema sobre los que existe jurisprudencia obligatoria o uniforme, o en base a fundamentos insostenibles”. **Art. 516°** “La obligación de pago de los daños y perjuicios es solidaria entre el Estado y el juez o jueces colegiados que expidieron las resoluciones causantes del agravio”. **Art. 517°** “La sentencia que declara fundada la demanda solo tiene efectos patrimoniales. En ningún caso afecta la validez de la resolución que produjo el agravio. En ejecución de sentencia y siempre que se haya reservado tal facultad en la demanda, el demandante puede exigir que el demandado, a su costo, publique la sentencia final por 2 días consecutivos en un diario de circulación nacional”.

³⁸⁹ **Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Art. 192°** “*Los magistrados comprendidos en la carrera judicial, responden penal o civilmente en los casos y en la forma determinada en las leyes y administrativamente de conformidad con lo establecido en esta ley*”. **Art. 200°** “*Los miembros del Poder Judicial son responsables civilmente por los daños y perjuicios que causan, con arreglo a las leyes de la materia. Son igualmente responsables por los delitos que cometan en el ejercicio de sus funciones. Las acciones derivadas de estas responsabilidades se rigen por las normas respectivas*”.

³⁹⁰ **Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Art. 19°** “Las quejas de hecho por responsabilidad funcional son de competencia exclusiva de la Oficina de Control de la magistratura y del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial...”.

³⁹¹ **Código Procesal Constitucional. Art. 8°** “Cuando exista causa probable de la comisión de un delito, el Juez, en la sentencia que declara fundada la demanda en los procesos tratados en el presente título, dispondrá la remisión de los actuados al Fiscal Penal que corresponda para los fines pertinentes. Esto ocurrirá, inclusive, cuando se declare la sustracción de la pretensión y sus efectos, o cuando la violación del derecho constitucional haya devenido en irreparable, si el Juez así lo considera. Tratándose de autoridad o funcionario público, el Juez Penal podrá imponer como pena accesoría la destitución del cargo. El haber procedido por orden superior no libera al ejecutor de la responsabilidad por el agravio incurrido ni de la pena a que haya lugar. Si el responsable inmediato de la violación fuera una de las personas comprendidas en el artículo 99° de la Constitución, se dará cuenta inmediata a la Comisión Permanente para los fines consiguientes”.

aplicable pues es una disposición general de los procesos de la libertad, entre ellos el habeas corpus, que protege a las personas frente a detenciones ilegales y/o arbitrarias³⁹². Así mismo el Nuevo Código Procesal Penal del año 2004, prevé esta figura en su Art. 1° Inc. 5. Donde se prescribe que “El Estado garantiza la indemnización por errores judiciales”. Ahora bien la norma específica sobre la materia de autos, es la **ley N° 24973 “Ley de indemnización por errores judiciales y detenciones arbitrarias”** aprobada el 28 de diciembre del año 1988 cuando aún estaba en vigencia la carta magna del año 1979. Entendiéndose que es preconstitucional, donde se señala que es procedente una indemnización en caso de errores judiciales o de detenciones arbitrarias, y además crea un Fondo Nacional Indemnizatorio por Errores Judiciales, que encargaría de los pagos correspondientes una vez que la autoridad judicial lo haya declarado, al amparo de las causales de procedencia de la acción para reclamarle al Estado el resarcimiento por los daños causados. Aunque debemos reconocer, en sentido crítico, que está parte de la norma “Constituir un fondo nacional indemnizatorio constituye el más claro ejemplo de letra muerta de la ley, pues hasta la fecha lamentablemente no se ha cumplido.

Por ello, sostenemos que uno de los grandes temas de interés, tanto académico como profesional, ha sido la determinación de las responsabilidades y niveles de acción que se pueden generar para la evaluación del error judicial. En este contexto, la responsabilidad del juzgador por la emisión de una resolución judicial que pudiere afectar los derechos de un litigante (generalmente procesado por estar acusado por la comisión de un presunto delito), resultan poco valorados por la misma sociedad, quien inconscientemente no toma en cuenta que la diligencia en el juzgamiento de niveles de responsabilidad penal debe ser superior a la diligencia ordinaria a cargo de un juez³⁹³.

Complementariamente, en el propio interior de la práctica profesional de la judicatura, el análisis del error judicial no es evaluado como un elemento trascendental, por cuanto sobre este punto, existen otros temas de mayor interés (ampliación de presupuesto,

³⁹² CASTAÑEDA OTSU, Susana (Jurista Peruana). “*Indemnización Por Errores Judiciales Y Por Detenciones Arbitrarias*”. En: La Constitución Comentada Tomo II. 1ra. Edición. 1ra. Reimpresión. Editorial Gaceta jurídica. Lima Perú, 2006. Pág. 522.

³⁹³ BERMÚDEZ TAPIA, Manuel (Jurista Peruano). “*Análisis De Las Consecuencias Del Error Judicial*” en: INSTITUTO LEGALES. “*Nuevo Código Procesal Penal Comentado*”. Volumen I. Primera Edición. Editorial Ediciones Legales. Lima Perú, 2014. Pág. 71.

autonomía institucional, capacidad argumentativa en la redacción de resoluciones judiciales, etc.)³⁹⁴.

Bajo este criterio, resulta necesario considerar que en todo Estado De Derecho Social Y Democrático, el Estado no está exento de responsabilidad por los errores cometidos por sus funcionarios en el ejercicio de sus responsabilidades, porque finalmente sabemos bien que la obligación de velar por el pulcro servicio brindado es competencia exclusiva del Estado.

Respecto al error judicial, el Profesor García Mendoza señala: “Que es el falso concepto que tiene el juez respecto de la verdad de los hechos que son materia de proceso”³⁹⁵. Definiéndose como aquel error en el que incurren los jueces, involuntariamente, perturbando, restringiendo o privando de Derechos y obligaciones a un litigante, durante el desarrollo de un proceso judicial, por cuanto el magistrado genera una consecuencia determinada producto de la aplicación, interpretación, actuación o diligenciamiento erróneo. Por sus alcances materiales en el ámbito del Derecho Penal, el error judicial se ha limitado a los efectos que se producen en un juzgamiento criminal, por ello, el error judicial solo opera en forma exclusiva en este ámbito. Inclusive el ámbito de injerencia se limita a la acción que se puede producir respecto de una eventual reparación, por excesos cometidos en los procesos de detención, procesamiento e imposición de una condena penal.

Cuando analizamos los niveles de consecuencias (negativas) de un proceso judicial, eventualmente se considera que el responsable de dichas consecuencias en el acusado o parte acusada es solo el magistrado que impuso una condena determinada, este error es producto de la mala interpretación de que existe una diferenciación en cuanto a los niveles de responsabilidad asumidos por el estado a través de sus agentes oficiales, en este caso el juez.

³⁹⁴ BERMÚDEZ TAPIA, Manuel. Ob. Cit. Pág. 71.

³⁹⁵ GARCÍA MENDOZA, Hernán (Jurista Chileno). "*La Responsabilidad Extracontractual Del Estado, Indemnización Del Error Judicial*". Editorial Jurídica Conosur Ltda. Santiago de Chile, 1997. Pág. 224.

En esta medida, en primer lugar corresponde evaluar los niveles de responsabilidad del agente que comete un error y los alcances de la responsabilidad que se le deben imputar al Estado, como ente emisor del error³⁹⁶.

En ese sentido diremos que son errores judiciales todas aquellas actuaciones o resoluciones de los juzgados o tribunales que han sido dejados sin efecto por los cauces legales, es decir por los recursos entablados ante los órganos correspondientes. Por ello, se debe tomar en cuenta que cuando un órgano superior revoca una sentencia de un órgano inferior, está declarando implícitamente que esta contiene un error en algún aspecto. En sentido lato el remedio para este tipo error judicial es declararlo sin efecto mediante la estimulación del recurso previsto para dicho caso según nuestra legislación nacional³⁹⁷.

El error judicial indemnizable es aquel error cometido durante un proceso penal como consecuencia de un procedimiento o condena injusta, en perjuicio de una persona cuya inocencia se comprueba con posterioridad, dictándose el correspondiente sobreseimiento o sentencia absolutoria. El error debe cumplir con ciertas exigencias: debe tratarse de un error en materia penal, debe perjudicar a un inocente y debe ser involuntario. Las Dos últimas exigencias resultan correctas, pero respecto a la primera, consideramos similar a un grueso sector de la doctrina que se trata de una limitación injusta, porque los tribunales de justicia tienen la facultad de conocer causas civiles, penales, laborales, entre otras, en toda ellas son susceptibles de cometer errores. Es por ello que el estado debería responder por error judicial cualquiera sea el ámbito del Derecho donde este se dé, es decir no solo por los daños en ejercicio de la función judicial provocados en sede penal, sino también los que se den por ejemplo en el campo civil, laboral, etc.³⁹⁸

Así mismo sostenemos que el fundamento de la responsabilidad aparece con el principio general que cuando se causa un daño nace una obligación respecto de su reparación, e incluso una sanción para el responsable³⁹⁹. Este principio diremos que también involucra

³⁹⁶ NADER KURI, Jorge. (Jurista Mexicano). “*La Responsabilidad Penal Del Juzgador*”. Instituto Nacional De Ciencias Penales. México, 2008. Pág. 99.

³⁹⁷ CAMPOS ASPAJO, Liliana (Jurista Peruana). “*El Error Judicial A Través Del Recurso De Revisión Y Generador De La Ley Que Regula La Indemnización Por Errores Judiciales*”. En: Actualidad Jurídica. Tomo 189, Gaceta Jurídica. Lima Perú, Agosto del 2009. Pág. 159.

³⁹⁸ AUGÜERO, Mirta Noemi. “*Responsabilidad Del Estado Y De Los Magistrados Por Error Judicial*”. Editorial AD-HOC. Buenos Aires Argentina, 2000. Pág. 28.

³⁹⁹ CIENFUEGOS SALGADO, David. “*Responsabilidad Estatal Y Error Judicial En México*”. En: Anales de Jurisprudencia. Sexta época, tercera etapa, número 263, México D.F., mayo-junio del 2003. Pág. 294.

al Estado, debido a lo cual este se encuentra obligado a disponer una reparación a las personas por los daños producidos a consecuencia de su propia actividad⁴⁰⁰.

El principio de responsabilidad del Estado cumple tres funciones primordiales: en primer lugar todo sistema de responsabilidad es un medio de reparación de un perjuicio indebidamente soportado. En segundo lugar, constituye un elemento de garantía y de independencia del juez, ya que si este se equivoca, y como consecuencia de ello, se produce una afectación a un derecho, quien responde en principio es el Estado, independientemente de que luego pueda accionar judicialmente contra el juez para recuperar el monto indemnizatorio que se hubiera abonado al afectado. Finalmente, la responsabilidad es un principio de orden del Estado, el cual actúa como un gran asegurador de riesgos colectivos, condicionando el funcionamiento cotidiano de los órganos o entidades públicas⁴⁰¹.

LA ACCIÓN RESARCITORIA A CARGO DEL JUSTICIABLE PERJUDICADO.

Si bien puede parecer ilógico o inconsecuente, el justiciable que considere sufrir un perjuicio por error judicial puede plantear sus derechos, con la acreditación de un perjuicio para así acceder a un mecanismo resarcitorio. Eventualmente por interpretación de los fallos de la Corte Interamericana De Derechos Humanos, resultan viable dos niveles de resarcimiento de parte del Estado hacia el ciudadano afectado.

- A) **La Compensación Económica.**- Vía la entrega de una compensación económica o el pago de una indemnización.
- B) **La Compensación Del Daño A Través De Una Reparación Moral.**- La cual puede ser la ejecución de una acción a cargo del Estado a favor del perjudicado, como puede ser una disculpa pública.

En tal sentido se puede sostener que sin esta garantía ningún sistema de protección de las libertades del hombre podría considerarse completo, o siquiera aspirar a referirse a sí mismo como un verdadero Estado de Derecho, ya que la reparación integral (incluyendo

⁴⁰⁰ VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander (Jurista Peruano). “Artículo Sobre Indemnización Por Errores Judiciales” En GACETA JURIDICA. “LA CONSTITUCIÓN COMENTADA Análisis Artículo Por Artículo”. Obra Colectiva Escrita Por 166 Destacados Juristas Del País. Director Walter Gutiérrez. Tomo III. Segunda Edición Aumentada, Actualizada Y Revisada. Gaceta Jurídica S.A. Lima Perú. Enero del 2013. Pág. 94.

⁴⁰¹ MARTIN REBOLLO, Luis. “*Jueces Y Responsabilidad Del Estado*”. Centro De Estudios Políticos Y Constitucionales. Madrid España, 1983. Pág. 138.

la respectiva indemnización) debe ser entendida como la culminación necesaria de un acto de justicia⁴⁰².

PRINCIPIO DE NO SER PRIVADO DEL DERECHO DE DEFENSA.

El Derecho de defensa se halla previsto en el **Inc. 14 del Art. 139°** de la **Constitución Política del Perú**, que a la letra dice: **Son principios y derechos de la función jurisdiccional: “El principio de no ser privado del Derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por este desde que es citada o detenida por cualquier autoridad”**. En un sentido amplio este derecho consiste en “La actividad procesal dirigida a hacer ser valer ante el juez los derechos subjetivos y los demás intereses del imputado y es una función pública que se debe concebir como la destinada a orientar y ayudar a los justiciables en los procesos”. En un sentido estricto por su parte este derecho se efectúa “Mediante actos del imputado o del defensor que se pueden distinguir en defensas propiamente dichas y excepciones. Se trata de introducir la igualdad de armas por que el acusador conoce profesionalmente el derecho material y procesal, por lo tanto se reconoce al inculcado la posibilidad de elegir su defensor cuya misión consistirá en aportar y hacer valer en el proceso toda las circunstancias y puntos de vista favorable al procesado”⁴⁰³.

El Tribunal Constitucional ha sostenido: “La observancia y respeto del Derecho de defensa es consustancial a la idea de un debido proceso, propio de una democracia constitucional que tiene en el respeto de la dignidad humana al primero de sus valores. Por su propia naturaleza, el Derecho de defensa es un derecho que atraviesa transversalmente a todo el proceso judicial, cualquiera sea su materia”⁴⁰⁴.

El derecho a la defensa ha sido interpretado por el tribunal constitucional como una manifestación del derecho al debido proceso. En ese sentido el Derecho a la defensa

⁴⁰² FIX-ZAMUDIO, Héctor (Jurista Mexicano). “*El Juicio Político Y La Responsabilidad Patrimonial Del Estado En El Ordenamiento Mexicano*”. En: Revista Iberoamericana De Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución. Número 03. México D.F. 2005. Pág. 115.

⁴⁰³ Beltrán, Ana. “*El Derecho A La Defensa YA La Asistencia Letrada En El Proceso Penal Ante La Corte Penal Internacional*”. Tesis Doctoral, dirigida por el profesor Dr. Juan Luis Gómez Colomer. Pág. 80-81. Disponible en www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/10432/beltran2.pdf

⁴⁰⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional peruano. Exp. N° 5871-2005- AA/TC.

comporta en un sentido estricto el Derecho a no quedar en estado de indefensión en cualquier etapa del proceso penal, el cual tiene una doble dimensión: una material, referida a la propia defensa del imputado y otra formal, mediante el patrocinio de un abogado defensor⁴⁰⁵.

La finalidad del Derecho de defensa no solo consiste en la protección de los derechos fundamentales del procesado sino también en la búsqueda de la verdad: por ello se dice “Es irrenunciable que el inculcado pueda tomar posición frente a los reproches formulados en su contra, y que se consideren en la obtención de la sentencia los puntos de vista sometidos a discusión. La exposición del caso del inculcado sirve no solo al interés individual de este, sino también al hallazgo de la verdad. La meta procesal del esclarecimiento de la sospecha se alcanza en la mejor forma por medio de un proceso dialéctico, en el que se pongan a discusión aspectos inculpatorios y exculpatorios, así como argumentos y contra argumentos ponderados entre sí”⁴⁰⁶.

DERECHO DE ANALIZAR Y CRITICAR LAS RESOLUCIONES JUDICIALES.

Contemplada el **Art. 139° Inc. 20 de nuestra Ley de leyes** que a la letra refiere: **Son principios y derechos de la función jurisdiccional: “El principio del derecho de toda persona de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales, con las limitaciones de ley”**. El precedente constitucional establecido por el Tribunal Constitucional de acuerdo con el Art. VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional es una regla que tiene *Prima Facie* los mismos efectos que la ley, en consecuencia tiene una vocación universal de acatamiento.

La jurisprudencia por su parte, es la doctrina que el órgano de control de la constitución desarrolla a partir de un caso concreto y que también tiene efecto vinculante ya que “Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional” (Art. VI del TP del CP Const.)⁴⁰⁷.

⁴⁰⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional peruano. Exp. N° 00616-2011- PHC/TC.

⁴⁰⁶ TIEDEMANN, Klaus. “El Derecho Procesal Penal”. En: *Introducción Al Derecho Penal Y Al Derecho Penal Procesal*. Editorial ARIEL. Barcelona España, 1989. Pág. 184.

⁴⁰⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional peruano. N° 03741-2004-AA/TC. (Fundamento 42 y 43).

A través de la doctrina se ha sostenido que este derecho de analizar y criticar las resoluciones judiciales resulta una manifestación del derecho a la libertad de creación intelectual⁴⁰⁸ e incluso de debido proceso⁴⁰⁹.

Asumimos que la publicación de análisis o críticas sobre resoluciones jurisdiccionales pueden perseguir intereses particulares, generar precisión a favor de que futuros casos se resuelvan en idéntico o contrario sentido o corriente de opinión a favor de determinada resolución, pero entendemos que estas conductas se encuentran amparadas por el derecho en comento y el derecho a la libertad de expresión sin censura previa.

Naturalmente que análisis y críticas no es idéntico que amenazas o chantaje y en este sentido los organismos de control (internos del poder judicial o de los otros poderes como las comisiones investigadoras del congreso) deben extremar las precauciones para reprimir estas desviaciones y favorecer la independencia de los magistrados⁴¹⁰.

Por ultimo so pretexto de ejercicio de este Derecho, tampoco puede admitirse llamados al incumplimiento o la desobediencia respecto de los mandatos contenidos en resoluciones judiciales.

LEY PENAL EN BLANCO.

GENERALIDADES.

Al hablar de ley penal en blanco nos referimos a casos en los cuales la prohibición o el mandato de acción se encuentran regulados en disposiciones distintas de la ley que contiene la amenaza penal (en este caso en disposiciones distintas al Código Penal). Esto es compatible con la Ley si existe una concreción de la conducta constitutiva del hecho delictivo en otra disposición, de manera que quede asegurada la función de garantía de la norma que contiene la amenaza penal, aunque se tenga que acudir a otra disposición adicional. La justificación de esto, de la existencia de la ley penal en blanco, es la de evitar que la norma penal se estanque en ámbitos cambiantes.

⁴⁰⁸ MESIA RAMIREZ, Carlos. “*Exegesis Del Código Procesal Constitucional*”. Editorial Gaceta Jurídica. Lima Perú, 2005. Pág. 273.

⁴⁰⁹ MESINAS MONTERO, Federico y SOSA SACIO, Juan Manuel. “*LA CONSTITUCIÓN COMENTADA. Análisis Artículo Por Artículo*”. Editorial Gaceta Jurídica. Lima Perú, 2005. Pág. 617.

⁴¹⁰ SAR SUAREZ, Omar (Jurista Peruano). “*Artículo Sobre Derecho A Analizar Y Criticar Las Resoluciones Judiciales*” En GACETA JURIDICA. “*LA CONSTITUCIÓN COMENTADA Análisis Artículo Por Artículo*”. Obra Colectiva Escrita Por 166 Destacados Juristas Del País. Director Walter Gutiérrez. Tomo III. Segunda Edición Aumentada, Actualizada Y Revisada. Gaceta Jurídica S.A. Lima Perú. Enero del 2013. Pág. 248.

Un claro ejemplo de esto, lo constituye el Título XIII, Artículo 304° Del Código Penal sobre los Delitos Contra La Ecología “Delitos Contra Los Recursos Naturales Y El Medio Ambiente”, que señala: “El que, infringiendo las normas sobre protección del medio ambiente, lo contamina vertiendo residuos sólidos, líquidos, gaseosos o de cualquier otra naturaleza por encima de los límites establecidos, y que causen o puedan causar perjuicio o alteraciones en la flora, fauna y recursos hidrobiológicos, será reprimido con pena privativa de libertad, no menor de uno ni mayor de tres años o con ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa (...)”. Esto deja en evidencia que dentro del Código Penal no se recoge todo.

DEFINICIÓN.

Los tipos penales tipificados taxativamente en el Código Penal Peruano de 1991 contienen en su descripción típica, lo que se conoce como supuesto de hecho que determina la prohibición de la conducta y por otro lado, la consecuencia jurídica, es decir la sanción punitiva impuesta por el Estado al quebrantar el ordenamiento jurídico “*Ius Puniendi*”. Sin embargo; existen excepciones a la norma en las cuales el tipo penal, debido a la complejidad de la materia solo contiene la sanción, más no la prohibición de la conducta. Por lo que; debemos acudir a normas de igual o inferior jerarquía y/o administrativas con la finalidad de determinar la ilicitud de la conducta, a ello se le conoce en la doctrina como Ley Penal en Blanco o leyes necesitadas de complemento.

EL PROBLEMA RADICA EN LA PREGUNTA: ¿SI SE VULNERA EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD CON LA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL EN BLANCO?

Para la Doctrina penal dominante; La Ley Penal en blanco es aquella proposición jurídica penal que fija expresamente la consecuencia jurídica y deja la determinación del contenido del supuesto de hecho a otras normas de rango inferior, de carácter reglamentario o actos de la administración. Por ello diremos que esto definitivamente supone una clara vulneración al Principio de Legalidad en el Derecho Penal, por que como ya lo hemos manifestado de manera reiterativa en todo el desarrollo de la presente investigación, el Código Penal Peruano vigente, aprobado por el Decreto Legislativo N° 635, específicamente en su Título Preliminar - Principios Generales regula expresamente lo siguiente “Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se

encuentre establecidas en ella”, esto en absoluta concordancia con los **Artículos 2° inc. 24. d. de la Constitución Política del Perú; Artículos. 1°, 2°, 9° De la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y Artículo 11° inc. 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.**

Los Reglamentos, Ordenanzas ni ninguna otra norma que no sea el Código Penal, pueden tipificar conductas constitutivas como delito, la *Lex Scripta* (Como el mandato de escritura y reserva de ley en materia penal) Y la *Lex Certa* (Como el mandato de determinación o taxatividad, a la vez, como fundamento en la limitación impuesta a las normas penales a acudir a normas extrapenales), por esas consideraciones, todas ellas pueden verse afectadas por la existencia de las normas penales que hacen un reenvío a normas de rango de inferior jerarquía o extrapenales.

Por otra parte; sostenemos que esto también implicaría una evidente vulneración del principio de separación de poderes en un Estado, puesto que el Poder Ejecutivo instituye supuestos de hecho, lo cual debería estar apartado solo única y exclusivamente al Poder Legislativo⁴¹¹.

⁴¹¹ Título IV. De la Estructura del Estado. Capítulo I. Poder Legislativo, Art. 102° de la Constitución Política del Perú de 1993.

SUB CAPITULO III

EFFECTOS JURÍDICOS QUE GENERAN LA INADECUADA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LAS LEYES EN EL PERÚ.

LA INJUSTICIA.

Podría definirse a la Injusticia como aquella falta o ausencia de justicia, ya sea en referencia a un suceso, acto o situación de hecho "*Statu Quo*"⁴¹², esta carencia de justicia puede estar referida a un sujeto o a un grupo social.

El término se refiere generalmente a la ilegalidad, abuso, negligencia o mala conducta que no ha sido corregida, o bien sancionada por el sistema legal y/o sistema judicial.

En definitiva, el concepto de injusticia es definida como la falta de justicia, de bien común y de equilibrio dentro de diversos grupos sociales que pueden ir desde toda la comunidad hasta el sujeto individual. Como tal, la injusticia implica principalmente el no respeto por los derechos tanto de los individuos como de la sociedad en su conjunto, y este no respeto o esta falta de derechos puede hacerse visible de innumerables formas: algunas más pequeñas y casi invisibles, otras más notorias y flagrantes. Si entendemos que la justicia

⁴¹² *Statu Quo*.- Locución latina que significa: "Estado en que se encuentra", "En el mismo estado", o "En estado quieto". Se emplea en el ámbito diplomático, ante conflictos, y en el judicial, durante el trámite de los litigios, para mantener un mismo estado de cosas, sin innovar, hasta arribar a la solución internacional definitivamente satisfactoria, o a la sentencia que dirima el pleito. Definición según RODRÍGUEZ, Agustín Washington y GALETTA DE RODRÍGUEZ, Beatriz. En "DICCIONARIO LATÍN JURÍDICO. Locuciones Latinas De Aplicación Jurídica Actual". Editorial García Alonso. Primera Edición. Buenos Aires Argentina, 2008. Pág. 206.

es la búsqueda del bien común y del bienestar conjunto, entonces, la injusticia será todo lo contrario, es decir el beneficio de algunos en pos del perjuicio a otros⁴¹³.

La injusticia está presente en cualquier tipo de formación social, en el caso del hombre, la injusticia surge a partir de la corrupción de los valores de verdad, respeto, solidaridad, amor por el prójimo y ética, etc. Cuando alguno de estos valores no se toma en cuenta y es dejado de lado en los comportamientos de todos los días, los actos de injusticia se hacen claramente presentes.

Al pensar en injusticia o en la falta de justicia, inmediatamente de manera usual tendemos a asociarla con situaciones vinculadas al órgano jurisdiccional efectivo (resoluciones judiciales). En ellas, la injusticia se evidencia al no condenar apropiadamente a un criminal o delincuente, al no actuar de acuerdo a lo que establece la Constitución y las leyes, al aplicar la ley de manera negligente, que claro es lo mismo a no hacer justicia, o algo que también es muy habitual y que promueve la injusticia en este sentido es el fallo en el ordenamiento jurídico a lo que popularmente se conoce como vacío legal o lagunas legales⁴¹⁴.

El vacío legal se produce cuando no existe una reglamentación clara en un tema concreto, entonces, al no existir una regulación específica sobre una situación expresamente típica y taxativa, la misma, quedará librada a su suerte, y en caso de acontecer alguna complicación no será para nada sencillo hallar una solución justa que conforme a las partes.

ARBITRARIEDAD.

Es el acto contrario a la justicia o a las leyes, hecho con prepotencia y contra la razón⁴¹⁵. La arbitrariedad según la RAE (Real Academia Española) es el “Acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho.”, Por lo tanto, según Alfonso Renato Vargas Murillo la arbitrariedad por el solo hecho de proceder en

⁴¹³ Definición según la página web: <http://www.definicionabc.com/social/injusticia.php>

⁴¹⁴ Apreciaciones según la página web: <http://www.definicionabc.com/social/injusticia.php>

⁴¹⁵ CHANAMÉ ORBE, Raúl. (Jurista Peruano). “*Diccionario Jurídico Moderno*”. Novena Edición. Grupo Editorial Lex &Iuris. Lima Perú, Mayo del 2014. Pág. 123.

contra de la razón es opuesta a la discrecionalidad. Por su oposición a la ley, antijurídico, y por proceder contra la justicia es contraria a los fines valorativos del Derecho.

La palabra arbitrariedad la empleamos usualmente con muchísima frecuencia en nuestro idioma y quehacer diario cuando queremos indicar que alguien ha actuado o actúa de manera opuesta a la justicia, es decir, con injusticia, atentando contra la razón o bien contra la constitución y leyes vigentes, en síntesis la arbitrariedad se encuentra totalmente dominada por la voluntad personal y/o por el capricho personal.

“La discrecionalidad que existe para que la Administración pueda apreciar lo que realmente conviene o perjudica al interés público, tiene como requisito la razonabilidad y no puede ser sinónimo de arbitrario, que es todo aquello que es o se presenta como carente de fundamentación objetiva, incongruente o contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión, y desprendido o ajeno a la fundamentación debe extenderse a motivar suficientemente las decisiones administrativas, de acuerdo con los criterios razonables, justos, objetivos y debidamente motivados”⁴¹⁶.

El requisito de razonabilidad excluye la arbitrariedad. La idea que confiere sentido a la exigencia de razonabilidad es la búsqueda de la solución justa de cada caso. Por lo tanto, según lo expone el Jurista Fernando Sainz Moreno en “Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico”, Revista española de Derecho Administrativo, disco compacto, Madrid, Civitas Ediciones, Revista N° 008, enero - marzo de 1976”, “una decisión arbitraria, contraria a la razón (entendiendo que en un sistema de derecho positivo la razonabilidad de una solución está determinada por las normas y principios que lo integran, y no sólo por principios de pura razón), es esencialmente antijurídica”⁴¹⁷.

El concepto de arbitrario apareja tres acepciones igualmente proscritas por el derecho: a) lo arbitrario entendido como decisión caprichosa, vaga e infundada desde la perspectiva jurídica; b) lo arbitrario entendido como aquella decisión despótica, tiránica y carente de

⁴¹⁶ RUBIO CORREA, Marcial (Jurista Peruano). “*El Estado Peruano Según La Jurisprudencia Del Tribunal Constitucional*”. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima Perú, 2006. Pág. 103.

⁴¹⁷ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. EXP. N° 0090-2004-AA/TC (Fundamento 12).

toda fuente de legitimidad; y c) lo arbitrario entendido como contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica⁴¹⁸.

De allí que desde el principio del Estado de Derecho, surgiese el principio de interdicción de la arbitrariedad, el cual tiene un doble significado:

- a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el Derecho.
- b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo. En consecuencia, lo arbitrario será todo aquello carente de vínculo natural con la realidad.

El Tribunal Constitucional ha establecido el principio de la interdicción de la arbitrariedad, esto es, la prohibición de la arbitrariedad por cualquiera de los organismos e instituciones públicas del Estado. Se prohíbe el ejercicio del poder estatal que no respete sus competencias y facultades establecidas por las leyes⁴¹⁹.

Lo contrario a una resolución justa es una decisión arbitraria, lo contrario a la razonabilidad es una decisión arbitraria. Una resolución justa y razonable será aquélla que observe el marco normativo de las competencias y atribuciones del ejercicio de la autoridad pública.

Se evitan los actos arbitrarios de la administración del Estado cuando éstos se encuentren motivados, esto es, que se sustenten en razones y no constituyan la mera expresión de la voluntad del órgano que los dicte. Dichas razones no deben ser contrarias a la realidad, no pueden contradecir los hechos relevantes de la decisión. Y además, entre las razones y la decisión administrativa que se adopte, necesariamente debe existir consistencia lógica y coherencia.

En suma, luego de haber podido revisar los materiales bibliográficos concernientes al presente trabajo de investigación, concluiremos que este concepto sin dudas, se relaciona

⁴¹⁸ Sentencia del T.C. Exp. N° 0090-2004-AA/TC. (Fundamento 12).

⁴¹⁹ BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia (Jueza integrante del Programa Justicia en Tu Comunidad de la Corte Superior de Justicia de Lima) en <http://dialogoconelderechoyjurisprudencia.blogspot.pe/2012/12/la-interdicion-de-la-arbitrariedad.html>

estrechamente con el de injusticia que precisamente nos permite indicar la falta o la ausencia de la justicia en un comportamiento, un acontecimiento, hecho o accionar.

*A Contrario Sensu*⁴²⁰ el concepto que directamente se opone al de arbitrariedad es el de justicia, dado a que la justicia está considerada como una virtud a partir de la cual es posible darle a cada cual lo que le pertenece o le corresponde, implicando además actuar con equidad, motivado por la igualdad y la razón.

PREVARICATO.

Es un delito contra el recto ejercicio de la administración de justicia, cometido por el juez, fiscales, abogados, arbitro que debería conducir el proceso de su competencia con honestidad y derecho de la ley. Significa también delinquir fallando o proponiendo, a sabiendas o por ignorancia inexcusable, resolución de manifiesta injusticia, también cuando se incumple con el Art. VIII del Título Preliminar del Código Civil Peruano que a la vez es fuente del Derecho: El de no administrar justicia por no existir ley. “El delito de prevaricato es la ofensa inferida a los intereses públicos de la administración, que tanto puede ser cometida por el Juez, como por árbitros, asesores, fiscales, abogados y procuradores, porque de igual manera contribuyen a desviar y entorpecer la administración de justicia. El motivo de la incriminación de prevaricato como delito responde primordialmente a la necesidad de asegurar la recta y leal administración de justicia, que constituye el bien jurídico tutelado por el Estado de Derecho⁴²¹ .

El delito puede ser cometido por los jueces de dos maneras:

- a) Dictando resoluciones contrarias a la ley expresa involucrada por las partes o por el mismo juez.
- b) Citando para fundar sus resoluciones, hechos o resoluciones falsos.

No es suficiente ni la negligencia ni el descuido ya que el prevaricato culposos no está penado; y el error y la ignorancia excluye el prevaricato, no existe por tanto un prevaricato objetivo o inadvertido por el juez. El destacado Jurista Español Argentino Sebastián Soler

⁴²⁰ *A Contrario Sensu*.- Locución latina que significa “En sentido contrario”. Es de frecuente empleo forense para la interpretación de los textos legales o para deducir una consecuencia por oposición con algo expuesto anteriormente. Definición según el Jurista OSSORIO, Manuel. En “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”. Editorial ELIATA. 27° Edición. Buenos Aires Argentina, 2000. Pág. 15.

⁴²¹ CHANAMÉ ORBE, Raúl. “*Diccionario Jurídico Moderno*”. Ob. Cit. Pág. 625.

lo dice: “Para imputar un hecho como prevaricato no basta mostrar la incorrección jurídica de una sentencia, será preciso mostrar la incorrección moral del juez”. Por su parte el maestro argentino Alfredo Nosetti Fasolino refiere que el delito de prevaricato se ha concebido como un delito contra la función jurisdiccional, excepcionalmente cubriendo bajo esa misma denominación, la conducta de otros sujetos equiparados, teniendo estos en común que realizan actividad jurisdiccional o cuasi jurisdiccional, como los árbitros o arbitradores, o bien, en el caso del ordenamiento español que alcanza aquellos funcionarios encargados de resolver asuntos o negocios administrativos, manteniéndose la característica de actuarse frente a un reclamo, conflicto, Litis o contencioso. En la legislación española por su parte, se contempla la llamada prevaricación de funcionarios que engloba la actuación de funcionarios no judiciales encargados de resolver asuntos o negocios administrativos y que, en ejercicio de este cargo dicten a sabiendas resoluciones manifiestamente injustas o bien que lo hagan por negligencia o ignorancia inexcusable y al respecto señala que el sujeto activo puede ser el juez, pues es funcionario, si se trata de un asunto administrativo. Es necesario que dicte resoluciones injustas, es decir, que implique decisiones sobre un asunto. De otro lado el académico Chileno Juan Bustos Ramírez señala que “El prevaricato es un delito propio singularizado por la reducción del círculo de autores, solo los jueces y fiscales pueden cometerlo en el ejercicio diario de la delicada función de administrar justicia, tipo penal que exige que la conducta típica se halla vinculada al acto de dictar resolución o emitirse dictamen. Los demás actos procesales resultan irrelevantes para apreciar en ellos una posible conducta prevaricadora”⁴²². El Código Penal Peruano vigente en el Art. 418^o⁴²³ señala que esta conducta consiste en dictar o emitir dictamen, contrarios al texto expreso y claro de la ley, en citar pruebas inexistentes o hechos falsos y fundamentar la resolución con leyes supuestas o derogadas. También es de tener en cuenta que este tipo penal especialísimo trae consigo en el numeral antes citado un reforzado subjetivo denominado a sabiendas que es el elemento específico de este delito que consiste en el previo conocimiento del magistrado que la sentencia y dictamen que están emitiendo tiene plena conciencia de la ilegalidad de su actuación contrariamente al orden jurídico.

⁴²² BUSTOS RAMÍREZ, Juan (Jurista Chileno). “Manual De Derecho Penal: Parte Especial”. Editorial Ariel. Barcelona España, 1991. Pág. 366 y 368.

⁴²³ **Código Penal Peruano vigente Artículo 418^o. - Prevaricato. “El Juez o el Fiscal que dicta resolución o emite dictamen, manifiestamente contrarios al texto expreso y claro de la ley, o cita pruebas inexistentes o hechos falsos, o se apoya en leyes supuestas o derogadas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años”.**

Es una decidida orientación de actuar con injusticia y mala intención, Es decir el magistrado pese a conocer lo ilegal de su actuación asume una conducta de desprecio a la legalidad positiva vigente, para optar por un criterio personal o discrecional. Este delito solo se puede consumir con dolo directo, dado el reforzante subjetivo antes indicado, el mismo que elimina la posibilidad de un dolo eventual. La no aplicación de una norma expresa no constituye prevaricato, solo se da cuando el magistrado hace uso de sus facultades de *Control Difuso*⁴²⁴ para inaplicar la norma controvertida. Si bien es verdad que la inconducta funcional del magistrado por constituir un acto doloso amerita una sanción penal, también lo es que el simple cambio de opinión respecto de la interpretación de la ley, la ignorancia de la misma, el accionar dentro del margen de discreción y arbitrio “Margen de la libertad” que la ley faculta a los magistrados, así como el menor error de interpretación o de aplicación de la ley a las vulneraciones culposas o consumadas con dolo eventual no configuran el delito de prevaricato, solo amerita en los niveles administrativos o pasibles de una responsabilidad civil en última instancia.

A su turno el destacado estudioso del Derecho Daniel Arteaga Rivas señala: “El delito de prevaricato se consolido, especialmente en la doctrina y legislación española, como la infidelidad dolosa de los jueces a la ley, plasmada en una resolución”⁴²⁵. Pese a que algunos lo conciben como un delito contra la Administración de Justicia, es común su ubicación dentro de los delitos contra la Administración Pública o como, en nuestro caso, contra los Deberes de la Función Pública. Ello se explica porque la tutela penal que se busca es, en general, el ejercicio de la Función Pública, en su más amplio sentido, superando en mucho las definiciones propias de Administración que da el Derecho Administrativo y, en esta tesitura, sin duda alguna de la función pública forma parte ineludiblemente la función jurisdiccional.

⁴²⁴ *Control Difuso*.- Este método de control de la constitucionalidad radica en la noción de la supremacía constitucional y en su efectiva garantía, en el sentido de que si hay actos que colisionen con la Constitución, ellos son nulos y como tales tienen que ser considerados por los tribunales (Jueces), los cuales son, precisamente, los llamados a aplicar las leyes. El significado de Control Difuso es el de una facultad constitucional concedida a los órganos revestidos de potestad jurisdiccional para revisar la constitucionalidad de las normas, haciendo prevalecer la Constitución sobre la ley y ésta sobre cualquier otra norma de rango inferior, conforme al **Art. 38°, 51° y 138° de la Constitución Política del Perú**, así como en estrecha relación con el **Art. 14° de la Ley Orgánica del Poder Judicial**.

⁴²⁵ ARTEAGA RIVAS, Daniel (Jurista Peruano). Vocal Superior de la Corte de Justicia de Piura. Gaceta Judicial. Boletín Informativo del Poder Judicial del Perú. Lima Perú, 2002.

Para el Título XVIII del Código Penal la Administración Pública es algo extenso: porque es el gobierno del Estado totalmente integrado por los poderes que lo componen y con los servicios que son inherentes a la naturaleza de esos poderes o que el Estado atrae a sus esferas por razones prácticas y en orden a finalidades públicas, sea que las realice por organismos específicamente administrativos o por medio de organismos autárquicos, aun cuando estos constituyan entidades jurídicas y en ellos intervengan particulares con sus aportes.

El Maestro Carlos Creus refiere, importante es destacar que si bien algunos autores identifican el objeto de tutela en estos delitos, con la administración pública en sí misma considerada, lesionada por la infracción de un deber por parte de un funcionario, lo cierto es que hoy se aboga por que tales conductas deben mirarse desde otra óptica, aquella que centra la naturaleza de la función pública, de cara a los administrados, que son los destinatarios de la actividad estatal y, en general, pública, para que si la penalización de estas conductas adquiera un sentido razonable, proporcionado y propio, distinto del ámbito disciplinario que acompaña y regula en que hacer de los funcionarios y empleados públicos o de quienes ejercen funciones públicas. Porque es un hecho que la función pública implica para el funcionario que la realiza, el cumplimiento y respeto de una serie de deberes, que no puede separarse del ejercicio de la función misma. Se ha dicho con razón que centrarse únicamente en el quebrantamiento del deber implica “Una concepción subjetiva del deber, que sitúa en primer plano el quebrantamiento de la confianza que el Estado deposita en el funcionario, desplazando el contenido objetivo del deber a cumplir que solo en las concepciones que tienen en cuenta ese aspecto de la función permite encontrar un interés digno de protección. Indudablemente si tal infracción del deber se conjuga en sentido subjetivo y exclusivamente desde el punto de vista de la relación entre el Estado y el funcionario, la interpretación de los tipos penales, no solo se empobrece, sino, lo que es más grave, adopta un tinte antidemocrático en que, en definitiva el núcleo del injusto radica en la lesión a la autoridad del Estado. Lo cierto es que resulta difícil delimitar lo que es el correcto ejercicio de la función sin atender a los deberes propios del funcionario que la desempeña. Pero entiendo que ello puede hacerse configurando objetivamente el deber y sin que necesariamente suponga centrar

el injusto en la sesión de la relación funcionarial. Los deberes del cargo son también los deberes en relación al administrado, sin cuya concreción se difumina la función⁴²⁶.

Finalmente Mercedes García señala que el Jurisconsulto y Profesor Italiano Francesco Carrara estableció que la palabra prevaricación se deriva del verbo “*Prevaricari*” que significa (**Desviar la vía recta**) y se usa en tres sentidos diversos: en Sentido Lato y vulgar, expresa cualquier aberración intelectual o moral del hombre; así Salomón prevaricó por las mujeres; alguien es enviado al manicomio, porque ha prevaricado de mente. Pero en Sentido Estricto y propio en el cual la doctrina y la práctica restringieron la palabra prevaricación y que se toma en el presente título expresa solamente los abusos de los apoderados y de los litigantes, que se competen por ellos contra la confianza que se les ha dispensado⁴²⁷.

ANÁLISIS DE LA JUSTICIA EN EL PERÚ.

¿Cómo se percibe la justicia en nuestro país?

Compartiendo el criterio del estudioso Julio Cotler Dolberg⁴²⁸ respecto a la justicia, similar a la opinión que la generalidad de la ciudadanía tiene, señalamos que la justicia lamentablemente anda muy injusta en el Perú. Creemos que es muy difundida la idea de que los jueces, fiscales y la justicia no cumplen con las funciones a las que están llamados a cumplir.

¿A qué cree que se debe ello?

Según el Antropólogo Julio Cotler se debe a la mala formación, el mal reclutamiento de Jueces y fiscales, a la corrupción. Y luego todo el conjunto del sistema legal que no está ajustado a las necesidades de la mayor parte de la gente⁴²⁹. Y esa situación anómala que se aprecia de la justicia, ¿se ha incrementado en estos tiempos o seguimos repitiendo el

⁴²⁶ CREUS MONTI, Carlos (Jurista Argentino). “*Delitos Contra la Administración Pública*”. Editorial Astrea. Buenos Aires Argentina, 1981. Pág. 04.

⁴²⁷ GARCÍA ARAN, Mercedes (Jurista Española). “*La Prevaricación Judicial*”. Editorial TECNOS. Madrid España, 1990. págs. 26,37 y 48.

⁴²⁸ COTLER DOLBERG, Julio (1932). Antropólogo, sociólogo y politólogo peruano. Es considerado uno de los más destacados pensadores peruanos de nuestro tiempo, pues a través de sus obras busca comprender el origen y las características de los problemas estructurales derivados de la formación social peruana.

⁴²⁹ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella et al. “*Justicia, Derecho y Sociedad. Debates interdisciplinarios para el análisis de la justicia en el Perú*”. Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú. Colección “Derecho & Sociedad”. Lima Perú, Mayo del 2015. Pág. 25.

mismo patrón hace siglos?, frente a ello refiere que tiene la sospecha de que es lo mismo de siempre. Pero como ahora en la actualidad cada vez hay mayor información, lo vemos como si se hubiera incrementado la corrupción. El reclutamiento se debe más a la influencia, al tarjetazo que a la calidad. Y luego la multiplicación de universidades de quinta, sexta y séptima categoría, tendrá como consecuencia que la formación de profesionales, en su mayoría, sea muy pobre, para decirlo de alguna manera. Entonces es realmente muy serio el problema de la justicia en el Perú.

El sistema de administración de justicia pasa por un momento crítico: la negativa percepción ciudadana sobre la transparencia de las principales entidades que lo conforman pone en entredicho la consecución de la seguridad jurídica y la justicia pronta que defiende⁴³⁰.

LA NECESIDAD DEL CAMBIO EN EL PODER JUDICIAL.

El muy ilustre y destacado Dr. Raúl Chanamé Orbe manifiesta con bastante tino y sobre todo con buen sentido salomónico, que el artículo 138° de la Constitución Política del Perú vigente señala que "La potestad de Administrar Justicia emana del pueblo" y que el pueblo usa como intermediario para Administrar Justicia al Poder Judicial, por lo tanto, la Justicia en el Perú no es sólo un tema de discusión para los abogados, para los fiscales o para los jueces. Pues la Administración de Justicia en nuestro país es un problema de la ama de casa, es un asunto del vendedor ambulante, es un dilema del carpintero, del artesano, es un tema de la sociedad en su conjunto, y, es por eso que, cuando deseamos realizar un diagnóstico objetivo del Poder Judicial, tenemos inevitablemente que remitirnos a la opinión de todos estos ciudadanos. En esa línea al plantear como premisa de análisis lo que piensa hoy esa ama de casa, el vendedor ambulante o el ciudadano común, sobre la Administración de Justicia en el Perú.

Concluye que en su gran mayoría, sencillamente no confían en la Justicia en el Perú, de cada 10 peruanos, 7 el día de hoy no cree en la Administración de Justicia. ¿Por qué no

⁴³⁰ HERRERA ROMERO, Luis Enrique (Jurista Peruano). Artículo: "La Calidad En El Sistema De Administración De Justicia" en la revista Tiempo de Opinión de la Universidad ESAN. Lima Perú, 2015. Pág. 76.

dan crédito a la Administración de Justicia?, por una serie de razones: señalan que es lenta, costosa, corrupta, impredecible. Ello produce como consecuencia la inseguridad jurídica, y eso deriva en un hecho mucho más grave que afecta el desarrollo de cualquier país: las inversiones productivas. Un estudio de las Naciones Unidas señala que en 40 países donde existe inseguridad jurídica, el problema se refleja gravemente en la economía de los países.

Entre el 5 y 10% de los ingresos del Producto Bruto Interno de un país se ven afectados si no hay seguridad jurídica. ¿Esto qué significa en el Perú? Que si no hay credibilidad en el Poder Judicial, el Perú está perdiendo aproximadamente entre mil y tres mil millones de dólares anuales de su *PBI*⁴³¹. Entonces, el tema de *Seguridad Jurídica*⁴³², no es un problema exclusivamente de jueces, es un hecho que está ligado directamente al propio desarrollo del país. ¿Cuáles son las ideas que, se presume, tienen esas personas sobre el Poder Judicial? En su gran mayoría, casi unánimemente, todos asumen que existe corrupción en el Poder Judicial, una conjetura que se ha generalizado en la opinión pública nacional.

Justamente por ello, ante un reclamo unánime de la ciudadanía por reducir la demora en los procesos judiciales y eliminar la corrupción en sus instancias, es que surge y se implementó el Proceso de Reforma Judicial. La Reforma Judicial no es un hecho arbitrario, un hecho que interese únicamente al Gobierno, a un grupo de jueces, sino, es un reto que corresponde al propio desarrollo de la sociedad en su conjunto. Si es que nosotros nos atenemos al artículo 138° de la Constitución que expresa: que quien detenta el Poder Judicial no son los jueces, sino la ciudadanía, debemos escuchar sus sentidos

⁴³¹ El **Producto Bruto Interno (PBI)**.- Es el valor total de los bienes y servicios producidos en un país durante un periodo determinado (mensual, trimestral, anual). Definición según <http://gestion.pe/opinion/gestion-te-explica-que-y-como-se-calcula-pbi-2095156>

⁴³² **SEGURIDAD JURÍDICA**.- Consiste en la confianza que tiene en un Estado de Derecho el ciudadano al ordenamiento jurídico, es decir, al conjunto de leyes que garantizan la seguridad y el orden jurídico. Es la certeza que tiene el individuo de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares, establecidos previamente. Confiabilidad que genera la aplicación de los mecanismos que aseguran el funcionamiento de la justicia imperante en un Estado nacional, provincial, municipal, etc., y además prevé posibles fallas o vinculación de las normas legales vigentes. La palabra seguridad proviene de *securitas*, la cual deriva del adjetivo *securus* (de segura) que, en su sentido más general significa estar libre de cuidados. En sentido amplio, la palabra seguridad indica la situación de estar seguro frente a un peligro. Definición según **ALFARO PINILLOS, Roberto** (Jurista Peruano). “Diccionario Practico De Derecho Civil Y Derecho Procesal Civil”. Tomo II. Primera Edición. Editorial Motivensa Editora Jurídica S.R.L. Lima Perú, Marzo del 2014. Pág. 1575.

reclamamos por modificar y optimizar la Administración de Justicia por medio de una gran Reforma.

El proceso de Reforma Judicial ha centrado su atención fundamentalmente en los jueces, como el recurso humano más importante en la Administración de Justicia, pero se ha señalado que el Juez, cumple una función judicial, que se desempeña en dos partes importantes, a ser examinadas. Una primera parte: operacional o administrativa y una parte sustantiva o ligada a lo administrativo, que es jurisdiccional. Podríamos decir, que una es la parte operativa, y la otra forma, la objetiva y de fondo.

La Reforma se ha hecho para establecer la seguridad jurídica, y ella, es el tema de fondo de la Reforma, y para eso se necesitan jueces altamente calificados en términos profesionales y morales. Decía Couture: “Yo prefiero un juez honesto, a un juez inteligente”. Yo rectificaría al gran maestro uruguayo y diría: en el mundo contemporáneo necesitamos un juez honesto y a la vez altamente capaz. Ellos no son elementos incompatibles, son elementos aleatorios para producir sentencias, fallos y resoluciones de calidad. Es por eso, que en este mundo necesitamos también una creciente especialización. Ya no es posible pensar en magistrados polivalentes y homogéneos, ante una creciente especialización técnica como nos enseñan otros países en la experiencia de la judicatura. Pero, también, en este tema de fondo tenemos que reconceptualizar qué significa autonomía, qué es la independencia y cómo es viable la descentralización, que hoy día, sí puede ser aplicada, ¿por qué hoy día sí podemos hablar de descentralización del tema administrativo? ¿Por qué hay el control productivo de la administración de las Cortes Superiores desde Lima? ¿Desde Lima vamos a saber cómo marcha Lambayeque, como marcha Ayacucho? No. Cada Presidente de Corte Superior, tiene que tener la potestad administrativa para establecer niveles de control de calidad, metas, etc. Sólo en este nivel, después de haber avanzado en lo administrativo podemos decir que se puede efectivizar una auténtica descentralización, que es una demanda de las Cortes Superiores de todo el país.

Ahora bien, ¿para qué se hace una Reforma del Poder Judicial? ¿Para tener una administración eficiente? ¿Para tener jueces talentosos? ¿Para eso se hace una Reforma del Poder Judicial? No, señores magistrados. No se hace la Reforma solamente para aumentar los sueldos, para pintar los edificios, para tener computadoras, no. La Reforma

se ha hecho para brindar resultados: para producir resoluciones de calidad que generen Justicia y paz social, para eso se ha hecho la Reforma. A eso apunta lo administrativo y esa es la meta de lo jurisdiccional. Ese es finalmente el resultado de toda Reforma técnicamente bien encaminada. Pero, ¿Con resoluciones de calidad nos quedamos? No. Lo más importante para cumplir justamente con el mandato constitucional del artículo 138° es el fin de la Reforma, restablecer la confianza ciudadana en la Administración de Justicia en el Perú. Ese es el fin de la Reforma; pero para ello tenemos que completar estos ciclos. ¿Cuánto va a durar la Reforma? La Reforma va a durar el tiempo que le impriman los magistrados y ello sea aceptado socialmente. No nos preguntemos solamente cuanto va a durar el cambio, sino, también, cuanto nos hemos demorado para empezar a cambiar y cuanto, finalmente, nos costará no cambiar.

En esta ardua tarea lo ideal es revertir la incredulidad de la población sobre el Poder Judicial, esto gracias no sólo a que el Estado determinó una Reforma Judicial, sino fundamentalmente, gracias al compromiso de los magistrados. Y el día de hoy, tenemos que ver que el reto de los magistrados es devolver el honor a la Magistratura. Y restablecer el honor a la Magistratura, significa lo que, en algún momento, nos enseñara ese gran Maestro Imanuel Kant, autor de "Crítica a la Razón Práctica" y "Crítica a la Razón Pura", Kant decía: "Que cualquier ciudadano podía ser un Magistrado, a condición que obrase de tal modo que, la máxima que presida su conducta pueda ser aceptada como ley universal".

En definitiva los señores magistrados pueden imponer un código de conducta en el Perú, en cada fallo, en cada resolución, en cada sentencia, siempre en cuando ellas están en correspondencia con el derecho y la Justicia.

Finalmente señores, se debate la necesidad indispensable del rearme moral del país. Pues un Magistrado probo, un juez capaz, un vocal idóneo, crea con su conducta, valores ejemplares y colabora con el país; pues, sienta las bases espirituales, una nueva moralidad pública. En esa línea, sabemos bien que el que menos expresa: que el Perú se debate en la crisis, en la anomia⁴³³, en la inmoralidad. ¿Queremos subsanar ese hecho?, por ello,

⁴³³ **Anomia.**- Estado de desorganización social o aislamiento del individuo como consecuencia de la falta o la incongruencia de las normas sociales. Según el filósofo Español José Ferrater Mora: "Termino moderno usado por sociólogos para manifestar la ausencia o deficiencia de organizaciones sociales y por lo tanto de

queda en la gran responsabilidad de los señores magistrados, el reto moral, porque el impulso cívico está en el conjunto de todos ustedes.

reglas que aseguren la uniformidad de los acontecimientos sociales”. Para el filósofo Italiano Nicola Abbagnano: “El concepto de anomia se refería al Estado de falta relativa de normas de una sociedad o de un grupo”. Definición según CHANAMÉ ORBE, Raúl. “Diccionario Jurídico Moderno”. Novena Edición. Grupo Editorial Lex &Iuris. Lima Perú, Mayo del 2014. Pág. 114.

CAPITULO III.

CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Bien sabemos, que el planteamiento del problema debidamente expresado en su oportunidad, supone un ámbito de conflicto dentro del Derecho Penal con el Derecho Municipal, Administrativo, Procesal Penal, atentando los derechos con relevancia constitucional que garantizan el Estado Constitucional de Derecho y el Sistema Democrático sin duda alguna, así como la Seguridad Jurídica respectivamente, evidenciándose así una gran incertidumbre jurídica normativa e inmenso vacío legal en los temas de análisis e investigación materia del presente trabajo de tesis.

En ese sentido, sostenemos con demasiado grado de precisión, que frente a la problemática planteada, recogida en este trabajo de investigación del ámbito social, jurídico y penal, debemos de abordar a una solución doctrinal, posibilitando que estos conflictos, incertidumbres, ambigüedades y vacíos normativos no solamente se encarguen su definitiva solución a los legisladores, sino que más bien por nuestra parte como todo buenos hombres de derecho podamos aportar con soluciones dogmáticas doctrinarias generando así fuentes de Derecho.

Nuestra lógica racional que planteamos se sustentan en la posición del Jurista Español Rafael Alcáser quien sostiene que: “Frente a los conflictos que nacen del Derecho penal, la doctrina puede proponer varias alternativas. En primer lugar, cabe la resignación que significaría asumir esas lagunas y grandes vacíos, de tal forma renunciar a dar una solución salomónica al problema político criminal. Una segunda postura muy casi similar

a la anterior es la delegación de la solución al problema que en el fondo se considera de igual modo irresoluble doctrinariamente y se reenvía al legislador, emplazándolo a introducir una modificación legislativa que alterando las reglas de imputación vigente, permite atribuir responsabilidad a esa clase de conductas. La tercera acción es la de intentar poner en tela de juicio esa incapacidad del sistema al integrar ese tipo de conducta y partiendo del carácter abierto del sistema y de la inevitable existencia de un ámbito de vaguedad e incertidumbre en las disposiciones legales, llegar a una interpretación lógica, racional y extensiva pero nunca analógica, de admitir la punición de conductas de la mano de las estructuras de imputación existente. Una cuarta posición sería la más audaz y sabia de encontrar argumentos dogmáticos doctrinarios y no solo político criminal que justificaran introducir una excepción a esas reglas de imputación. Para culminar decimos que según el autor existe una quinta posición que es la de negar sencillamente la existencia de una problemática político-criminal⁴³⁴. En consecuencia estas cinco alternativas pueden resumirse en dos: una que significaría planteamiento de soluciones dogmáticos doctrinales (posición tercera y cuarta) y la otra renuncia a soluciones doctrinales (posiciones primera, segunda y quinta) que para nosotros sería simplemente una triste posición de mediocridad.

Finalmente llegamos a determinar que la hipótesis constituye una posible solución al conflicto, incertidumbre y vacío legal señalado, teniendo muy en cuenta que la presente investigación se permite en formular las respectivas hipótesis, que por lo tanto las mismas son derivadas de las confrontaciones bibliográficas sobre el estado de la cuestión en torno al planteamiento del problema.

De ahí que compartimos plenamente el criterio del gran jurista Ramos Núñez quien señala que la fórmula de una deducción constituye una hipótesis, y si se logra comprobar la misma definitivamente pasa a formar parte de una futura construcción teórica⁴³⁵, que es a lo que nosotros hemos abordado.

⁴³⁴ ALCÁSER GUIRAO, Rafael (Jurista Español). “*Actio libera in causa dolosa e imprudente*. La estructura temporal de la responsabilidad penal”. Editorial ATELIER Libros Jurídicos. Madrid. 2006. Pág. 17 y 18.

⁴³⁵ RAMOS NUÑEZ, Carlos. “*Como hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento*”. Cuarta Edición. Editorial Gaceta Jurídica. Lima-Perú 2007. Pág. 128.

A) RESPECTO A LA HIPÓTESIS GENERAL.

Queda muy en claro, que la naturaleza jurídica del Artículo 381° de nuestro Código Penal vigente desde el punto de vista dogmático penal es que es un supuesto normativo penal moderno de base estrictamente administrativo, recientemente configurado por nuestra legislación nacional el año de 1991 con la promulgación del nuevo código penal, así mismo afirmamos que el delito de nombramiento ilegal para cargo público es un delito de resultado de naturaleza comisiva, cuya naturaleza jurídica en si radica en ser un hecho punible de comisión instantánea, más aun este tipo penal es de carácter restrictivo, es decir bastante limitado, así mismo este dispositivo legal se constituye en toda su expresión como un delito de bagatela, de ahí que recurriendo al Derecho comparado concluimos que solo son algunas legislaciones penales las que han elevado esta figura legal administrativa a nivel de delito; en esa medida desde una óptica *Político Criminal*⁴³⁶ entendiendo que en nuestro país existen un sin número de vínculos laborales bajo la modalidad de nombramiento, designación, contratos CAS y SNP, reasignaciones, destacados, permutas, rotaciones, desplazamientos, promociones, ascensos, encargaturas, ratificaciones, entre otros, lo cierto es que la única figura jurídica que está debidamente tipificada como delito es el nombramiento ilegal, dejando claro que los demás vínculos de trabajo líneas arriba mencionadas no constituirían delito como por ejemplo la designación, esta conclusión lógicamente la hacemos en base a una interpretación profunda, literaria y extensiva de la norma, contrastando con otras leyes especiales y consultando a instancias del Estado competentes como por ejemplo SERVIR, indudablemente basándonos en los sub principios de tipicidad o

⁴³⁶ **POLÍTICA CRIMINAL.**- Definida por los tratadistas como aquella ciencia que sostiene al Derecho penal y permite que la dogmática y sus teorías de culpabilidad se nutran de ciencias como la criminología, la sociología, la economía y la geografía social haciendo posible que el Derecho evolucione con mayor rigor científico. Nuestro modelo de Estado actual contempla el ejercicio monopólico de la violencia penal. Más como explica el maestro español García Pablos de Molina Antonio en su obra Tratado de Criminología, todo Estado y Derecho penal se refieren a un modelo de sociedad con normas y valores básicos. Sintagma (grupo de palabras que, en una oración o proposición, poseen sentido unitario y desempeñan entre todas la misma función) utilizado por el germano Fritz Von Hippel desde 1800 para establecer el enlace entre el ordenamiento coactivo y la política legislativa en materia penal, especie de síntesis de la sabiduría legislativa del Estado. Ejecución eficaz del mandato represivo del Estado. Según CHANAMÉ ORBE, Raúl. "Diccionario Jurídico Moderno". Novena Edición. Grupo Editorial Lex &Iuris. Lima Perú, Mayo del 2014. Pág. 617. Para el jurista español Luis Jiménez de Asúa Política Criminal es el conjunto de principios fundados en la investigación científica de delitos y de la eficiencia de la pena, por medio de los cuales se lucha contra el crimen valiéndose tanto de los medios penales como de las medidas de seguridad. Según FLORES POLO, Pedro (Jurista Peruano). "Diccionario Jurídico Fundamental". Segunda Edición. Editora Jurídica Grijley. Lima Perú. Junio del 2002. Pág. 588.

taxatividad, que son parte del principio de legalidad. De tal forma que para hacer una adecuada interpretación y aplicación de este ilícito penal de nombramiento ilegal para cargo público tenemos que basarnos en el respeto y cumplimiento estricto del marco constitucional como son el principio de legalidad, el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, el Derecho de defensa y demás preceptos que nuestra carta magna y demás leyes obligan. Para que únicamente de esta manera garanticemos un eficaz Estado Constitucional de Derecho y buen Sistema Democrático⁴³⁷, así como extrema Seguridad Jurídica⁴³⁸.

Por otra parte, somos de aquella postura radical que afirma que el filtro jurídico penal, para saber si nos encontramos ante una conducta penalmente relevante es recurriendo a la teoría de la *Imputación Objetiva*⁴³⁹, es decir, se requiere hacer una profilaxis de

⁴³⁷ **SISTEMA DEMOCRÁTICO.**- Se refiere a los principios democráticos, inherentes al Estado Constitucional, alude no sólo al reconocimiento de que toda competencia, atribución o facultad de los poderes constituidos emana del pueblo (principio político de soberanía popular) y de su voluntad plasmada en la Norma Fundamental del Estado (principio jurídico de supremacía constitucional), sino también a la necesidad de que dicho reconocimiento originario se proyecte como una realidad constante en la vida social del Estado, de manera tal que, a partir de la institucionalización de los cauces respectivos, cada persona, individual o colectivamente considerada, goce plenamente de la capacidad de participar de manera activa “en la vida política, económica, social y cultural de la Nación”, según reconoce y exige el Artículo 2º Inc. 17 de la Constitución. La democracia se fundamenta pues en la aceptación de que la persona humana y su dignidad son el inicio y el fin del Estado (Artículo 1º de la Constitución), por lo que su participación en la formación de la voluntad político-estatal, es presupuesto indispensable para garantizar el máximo respeto a la totalidad de sus derechos constitucionales. Fundamento N° 12 de la Sentencia del Tribunal Constitucional EXP. N.º 4677-2004-PA/TC.

⁴³⁸ **SEGURIDAD JURÍDICA.**- Supuesto esencial para la vida de los pueblos, el desenvolvimiento normal de los individuos e instituciones que los integran. Para la doctrina más aceptada, la seguridad jurídica es una garantía de la aplicación objetiva de la ley, de tal modo -a decir de Manuel Ossorio- que los individuos saben en cada momento cuáles son sus derechos y sus obligaciones, sin que el capricho, la arbitrariedad, la torpeza o la mala voluntad de los gobernantes puedan causarle perjuicio. La seguridad jurídica es un supuesto axiomático en los Estados de Derecho. Definición según FLORES POLO, Pedro (Jurista Peruano). “Diccionario Jurídico Fundamental”. Segunda Edición. Editora Jurídica Grijley. Lima Perú. Junio del 2002. Pág. 721.

⁴³⁹ **TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA.**- Constituye un elemento conceptual de amplísima cobertura, indispensable para poder fundamentar la imputación de un resultado lesivo a su autor, así como la imputación de riesgos, por lo que sirve también para la delimitación típica en el ámbito de los delitos de peligro y la tentativa. Definición según PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl (Jurista Peruano). “DERECHO PENAL Parte General” Tomo I. Tercera Edición. Editorial IDEMSA. Lima Perú, Enero del 2011. Pág. 423. Con la teoría de la imputación objetiva (...) solo son imputables objetivamente los resultados que aparecen como realización de un riesgo no permitido implícito en la propia acción; en consecuencia, la verificación de un nexo causal entre acción y resultado no es suficiente para imputar este resultado al autor de la acción (Exp. N° 550-1998, Rojas Vargas, T.III. p. 131). Si la acción se realiza con la diligencia debida aunque sea previsible un resultado, se mantiene en el ámbito de lo permitido jurídicamente y no se plantea problema alguno; pues la acción objetivamente imprudente, es decir, realizada sin la diligencia debida que incrementa de forma ilegítima el peligro de que un resultado se produzca es, junto con la relación de causalidad, la base y fundamento de la imputación objetiva del resultado; en consecuencia, la verificación de un nexo causal entre acción y resultado no es suficiente para imputar ese resultado al autor de la acción (Exp. N° 3355-1998, rojas Vargas, T. III. P. 96). De acuerdo con la moderna teoría de la imputación objetiva no puede atribuirse objetivamente el resultado a quien con su acción no ha

la conducta punible de la acción por los filtros de los criterios de la imputación objetiva de corte normativista, doctrinal y jurisprudencial⁴⁴⁰, ya que solo estos razonamientos nos ayudarán a determinar la conducta punible del delito de nombramiento indebido.

B) RESPECTO A LAS HIPÓTESIS ESPECÍFICAS:

1.- **Primera Hipótesis Específica:** La incertidumbre, conflictos y grandes vacíos que generan la falta de una adecuada interpretación y aplicación del Artículo 381° primer párrafo del código penal vulneran el Estado Constitucional de Derecho y ponen en riesgo inminente el sistema democrático, naturalmente por ende vulneran definitivamente el orden constitucional específicamente los derechos fundamentales, principios y derechos de la función jurisdiccional como la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, la debida motivación de las resoluciones y sentencias judiciales, el derecho de defensa entre otros, sobre todo generan plena inseguridad jurídica.

2.- **Segunda Hipótesis Específica:** Los efectos jurídicos que generan esta vulneración por la inadecuada interpretación y aplicación de la norma en primer término perjudican el Estado Constitucional de Derecho y el sistema democrático, por ende se cometen abusos y sobre todo arbitrariedades que generan daños irreparables en los justiciables perjudicados que podrían conllevar inclusive a la comisión de prevaricato por parte de los administradores de justicia en nombre de la nación, por otro lado las grandes responsabilidades que le generan al Estado son muchas como por ejemplo las reparaciones o indemnizaciones por errores judiciales que finalmente será el Estado lamentablemente quien sea el que salga pagando los platos rotos. Al margen de

creado para el bien jurídico ningún riesgo jurídicamente desaprobado (R. N. N° 1767-1997, rojas Vargas, T. I. p. 120) en GACETA PENAL & PROCESAL PENAL. Presentación VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. "Diccionario Penal Jurisprudencial". Primera Edición. Gaceta Jurídica S.A. Lima Perú, 2009. Pág. 317.

⁴⁴⁰ PAREDES VARGAS, Cesar. Tesis para obtener Grado Académico de Magister en Derecho-Mención en Ciencias Penales de la Escuela de Post Grado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos: "Imputación Objetiva En El Derecho Penal", Lima Perú 1998. En el que destaca a la imputación objetiva como criterio determinante para la determinación jurídico penal de una conducta.

estas reparaciones pecuniarias por parte del Estado, la pregunta es ¿Por qué todavía el Estado tiene que llegar a estos límites pudiendo muy bien evitarlos?, previniéndolos ello, para lo cual lo único que se requiere es que se respeten los derechos fundamentales de la persona humana consagrados en nuestra ley de leyes, y principalmente se tenga muy en cuenta que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado, conforme a nuestro orden constitucional.

Añadiendo que estas arbitrariedades e injusticias no hacen más que mellar la buena imagen bien ganada del majestuoso Poder Judicial, a ello se debe su baja popularidad y alto índice de desaprobación por parte de la población, si quisiera mejorarse se requiere un cambio estructural. Por ello nos atrevemos a afirmar que la institucionalidad democrática del órgano jurisdiccional se encuentra en tela de juicio.

Estando a lo expuesto, podemos afirmar que se han contrastado todas las hipótesis formuladas en el presente trabajo de investigación de modo afirmativo, comprobándose de esta manera su validez.

RECOMENDACIONES Y PROPUESTAS.

1.- Con la humildad que nos caracteriza, sugerimos que el tema del delito de nombramiento ilegal para cargo público sea tomado muy en cuenta para el estudio del Derecho penal dentro de la curricula universitaria, pues como se ha podido demostrar, este es un tema muy poco tratado y conocido por los operadores del Derecho e incluso por los mismos destacados grandes juristas, dado a que no le han dedicado la importancia significativa que el estudio merece a esta institución del Derecho, salvo honrosas excepciones.

2.- El presente tema materia de investigación debe de ser abordado, tratado y desarrollado por las diferentes fuentes del Derecho como es la jurisprudencia y doctrina fundamentalmente, más aun por las futuras investigaciones, ya que es necesario determinar a detalle con bastante claridad la incertidumbre, conflictos y grandes vacíos que generan la falta de una adecuada interpretación y aplicación del Artículo 381° primer párrafo del código penal, que finalmente salen violentando el Estado Constitucional de Derecho y ponen en riesgo inminente el sistema democrático, naturalmente por ende vulneran definitivamente el orden constitucional específicamente los derechos fundamentales, principios y derechos de la función jurisdiccional como la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, la debida motivación de las resoluciones y sentencias judiciales, el derecho de defensa entre otros, sobre todo generan plena inseguridad jurídica.

3.- Modestamente sugerimos que el órgano jurisdiccional efectivo a través de los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, **ACUERDEN UN PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁴⁴¹, conforme a sus competencias y facultades se ocupe en regular una solución definitiva y expresa a la gran incertidumbre, contravención, conflicto y gran vacío que genera la falta de una adecuada interpretación y aplicación del Artículo 381° primer párrafo del código penal vigente que vulnera el Estado Constitucional de Derecho y pone en riesgo inminente el sistema democrático, así como genera una plena inseguridad jurídica en nuestro país, por que como ya lo hemos demostrado en la tesis, una cosa es el delito de nombramiento ilegal distinta a la designación y otras formas de vínculo laboral, aunque para muchos, especialmente operadores del Derecho es lo mismo, cosa completamente absurda.

4.- Como quiera que el ilícito penal de nombramiento ilegal para cargo público es un delito de resultado de naturaleza comisiva y cuya naturaleza jurídica en sí radica en ser un hecho punible de comisión instantánea, sugerimos que se realice un **acuerdo plenario**⁴⁴² en el que se contemple taxativamente su característica de ser un delito de comisión instantánea, para evitar interpretaciones antojadizas y/o descabelladas por parte de los operadores del Derecho.

5.- Sabemos bien que una de las características y principios rectores de la existencia del derecho penal es la de ser de “*Ultima Ratio*”, es decir su intervención se da en última instancia, en el peor de los casos cuando ya no hay solución por otros medios, sin embargo en estos últimos tiempos lamentablemente existen algunos malos operadores del derecho

⁴⁴¹ Artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica Del Poder Judicial. Plenos jurisdiccionales.- Los integrantes de las Salas Especializadas, pueden reunirse en plenos jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales a fin de concordar jurisprudencia de su especialidad, a instancia de los órganos de apoyo del Poder Judicial.

⁴⁴² **Acuerdo plenario.**- El que adoptan las diversas salas de la cámara de un fuero, reunidas a tal efecto, para unificar la jurisprudencia de los tribunales inferiores o de las mismas salas, cuando sus sentencias sobre una misma cuestión son divergentes. “Los acuerdos plenarios son de obligado acatamiento para las salas de la cámara y para los jueces que de ella depende” según ALFARO PINILLOS, Roberto (Jurista Peruano). “Diccionario Practico De Derecho Civil Y Derecho Procesal Civil”. Tomo I. Primera Edición. Editorial Motivensa Editora Jurídica S.R.L. Lima Perú, Marzo del 2014. Pág. 119.

que han desnaturalizado el papel que cumple el derecho penal, a tal punto que todo lo ven llevar las conductas a una órbita de ámbito penal, cuando muy bien puede solucionarse en otras esferas del Derecho, por ello, fieles creyentes aun Estado de Derecho, recomendamos que la Universidad forme e inculque a los futuros operadores del Derecho ser hombres y mujeres que salvaguarden, respeten y hagan respetar este principio rector del Derecho penal, conforme al marco constitucional y legal.

6.- Frente a la incertidumbre, contravención, conflicto y gran vacío legal que genera la falta de una adecuada interpretación y aplicación del Artículo 381° primer párrafo del código penal vigente, como hemos manifestado líneas arriba, emplazamos a los legisladores, juristas y magistrados conforme a sus capacidades, funciones y competencias dar con claridad una solución definitiva y expresa a este álgido problema de orden legal y hermenéutico dogmático, de lo contrario sugerimos, tomándole la palabra al Dr. Cesar Nakasaki, quien manifestaba de existir vacíos legales e incertidumbres, recurramos a las fuentes del Derecho como es la ley, jurisprudencia, costumbres, principios generales del Derecho, doctrina, etc. y de no encontrar solución a nuestros conflictos tomémonos el atrevimiento de crear Derecho, produciendo doctrina y generando jurisprudencia. Ello finalmente constituye nuestro reto.

7.- Con el único afán de salvaguardar el Estado Constitucional de Derecho y nuestro sistema democrático, así como garantizar plena seguridad jurídica en nuestro país, recomendamos a todos los operadores del Derecho, que al momento de administrar justicia en nombre de la nación, lo hagamos ciñéndonos al orden constitucional y legal, es decir respetando los derechos fundamentales de la persona humana, respetando los principios y derechos de la función jurisdiccional como es el debido proceso, legalidad, derecho a la defensa, motivación de la resoluciones judiciales, entre otros, de tal forma que no generemos daños irreparables a las personas producto de errores judiciales, entendiendo que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. Finalmente somos estudiosos del Derecho.

CONCLUSIONES:

1.- Sabemos bien, que el derecho penal, derecho municipal, derecho administrativo y derecho constitucional son parte del derecho en su conjunto, así mismo, en ningún momento podemos olvidarnos que el Derecho en sí, es una ciencia, puesto que contiene como objeto de estudio el fenómeno jurídico (la norma, conductas jurídicas prohibitivas y permisivas, etc.) que posee un método propio de estudio, que es el método de la dogmática jurídica, sin embargo para la investigación de los institutos propios del Derecho, este método de estudio, si bien nos ayuda a resolver los casos en concreto dentro del ámbito del derecho penal, administrativo, municipal, constitucional, pero lo cierto es que solamente encasillarnos en aquel método nos conllevaría a limitarnos, por ello debemos recurrir a otros métodos de estudio y tipos de investigación que prevé la ciencia en general.

2.- Queda muy claro que el Derecho Penal es un instrumento de control social que obedece a los principios minimalistas de *Última Ratio* y sobre todo de estricta legalidad, no pudiendo perseguir toda conducta ilícita si los conflictos sociales pueden ser dirimidos en otras vías como por ejemplo en la vía civil o administrativa, así mismo sostenemos, que al concluir que la naturaleza jurídica del Derecho Penal es de *Última Ratio* de la política social, por ello afirmamos que su misión es de protección subsidiaria de bienes jurídicos, de modo tal que solo se le puede hacer intervenir cuando no existan otros medios de solución social al problema.

3.- El Derecho Penal moderno asume los principios doctrinarios básicos de mínima intervención, humanidad, protección, prevención y resocialización de la pena, contenidos tanto en la Constitución política del Estado como en el respectivo Código Penal peruano vigente, estos mismos principios son lineamientos doctrinarios filosóficos que rigen y regulan el poder punitivo del Estado, establecen que el Derecho penal actual es de *Última Ratio* para su aplicación y que se debe buscar la reincorporación del sujeto infractor al seno de la sociedad y no destruirla física y moralmente.

4.- El principio de subsidiaridad trata de la Última Ratio o Extrema Ratio, en el sentido que solo debe recurrirse al Derecho Penal cuando han fallado todo los demás controles sociales. El Derecho Penal debe ser el último recurso que debe utilizar el Estado, debido a la gravedad que revisten sus sanciones. Los ataques leves a los bienes jurídicos deben ser atendidos por otras ramas del derecho o por otras formas de control social. El carácter fragmentario del Derecho Penal consiste en que no se le puede utilizar para prohibir todas las conductas. “El Derecho Punitivo no castiga todas las conductas lesivas de bienes jurídicos sino las que revisten mayor entidad”

5.- El nombramiento se configura como el acto formal por el cual se incorpora a la persona que gana el concurso a la carrera administrativa, gozando de estabilidad laboral a partir de dicho nombramiento.

6.- La designación es la acción administrativa que consiste en el desempeño de un cargo de responsabilidad directiva o de confianza por decisión de la autoridad competente en la misma o diferente entidad. Así mismo, la designación es temporal y no conlleva estabilidad

7.- La nota distintiva entre nombramiento y designación se encuentra en que, mientras que el nombramiento implica ingreso a la carrera administrativa, previo concurso público de méritos, con los derechos y obligaciones que dicho régimen establece, entre ellos, la estabilidad laboral a partir del nombramiento; por el contrario, la designación es la acción que permite el ingreso a un cargo directivo o de confianza, de manera temporal y sin necesidad de concurso público.

8.- El delito de nombramiento indebido desde el punto de vista dogmático penal, es un supuesto normativo penal moderno de base estrictamente administrativo, añadiendo que es un delito de resultado de naturaleza comisiva, cuya naturaleza jurídica en sí radica en ser un hecho punible de comisión instantánea, más aun este tipo penal es de carácter restrictivo, es decir bastante limitado, así mismo este dispositivo legal se constituye en toda su expresión como un delito de bagatela, de ahí que recurriendo al Derecho comparado concluimos que solo son algunas legislaciones penales las que han elevado esta figura legal administrativa a nivel de delito.

9.- En nuestro país existen un sin número de vínculos laborales bajo la modalidad de nombramiento, designación, contratos CAS y SNP, reasignaciones, destakes, permutas, rotaciones, desplazamientos, promociones, ascensos, encargaturas, ratificaciones, entre otros, lo cierto es que la única figura jurídica que está debidamente tipificada como delito es el nombramiento ilegal, dejando claro que los demás vínculos de trabajo líneas arriba mencionadas no constituyen delito como por ejemplo la designación, esta conclusión lógicamente la hacemos en base a una interpretación profunda, literaria y extensiva de la norma, contrastando con otras leyes especiales y consultando a instancias del Estado competentes como por ejemplo SERVIR, indudablemente basándonos en los sub principios de tipicidad o taxatividad, que son parte del principio de legalidad.

10.- Para hacer una adecuada interpretación y aplicación de este ilícito penal de nombramiento ilegal para cargo público tenemos que basarnos en el respeto y cumplimiento estricto del marco constitucional como son el principio de legalidad, taxatividad, el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, el Derecho de defensa y demás preceptos que nuestra carta magna y demás leyes obligan. Para que únicamente de esta manera garanticemos un eficaz Estado Constitucional de Derecho y buen Sistema Democrático, así como extrema Seguridad Jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

- ❖ ANGELES CABALLERO, César A. “*La investigación Jurídica*”. Primera Edición. Editorial San Marcos. Lima-Perú. 1993.
- ❖ ALAYZA Y PAZ SOLDÁN, Toribio. (Jurista Peruano). “Derecho Administrativo General Y Del Perú”. Editorial SAN MARTÍN y CIA RODHAS. Lima Perú, 1927.
- ❖ ALCÁSER GUIRAO. Rafael (Jurista Español). “*Actio libera in causa dolosa e imprudente*. La estructura temporal de la responsabilidad penal”. Editorial ATELIER Libros Jurídicos. Madrid. 2006.
- ❖ ALFARO LIMAYA, Javier. “*Nueva Ley Orgánica De Municipalidades*”. Primera Edición. Editorial Marketing Consultores S.A. Lima Perú, Julio del 2003.
- ❖ ALFARO PINILLOS, Roberto (Jurista Peruano). “*Diccionario Practico De Derecho Civil Y Derecho Procesal Civil*”. Tomo I y II. Primera Edición. Editorial Motivensa Editora Jurídica S.R.L. Lima Perú, Marzo del 2014.
- ❖ ÁLVAREZ ILLANES, Juan Francisco (CPC Peruano). “Gestión Por Resultados E Indicadores De Medición”. Primera Edición. Pacifico Editores S.A.C. Lima Perú, Octubre del 2011.
- ❖ ALZAGA VILLAAMIL, Óscar (Jurista Español). “*La Publicidad Y El Diálogo Como Principios Cualificadores De Las Leyes*” en: Teoría y Realidad Constitucional; Nº 14; 2 Semestre; 2004.

- ❖ ARBULÚ MARTÍNEZ, Víctor Jimmy. *“Estudio Crítico De Los Precedentes Penales Vinculantes De La Corte Suprema”*. Primera Edición. Gaceta Jurídica S.A. Lima Perú, 2009.
- ❖ ARTEAGA RIVAS, Daniel (Jurista Peruano). Vocal Superior de la Corte de Justicia de Piura. Gaceta Judicial. Boletín Informativo del Poder Judicial del Perú. Lima Perú, 2002.
- ❖ ASECIO MELLADO, José María. *Introducción al Derecho Procesal*. Ed. tirant lo blanch . Valencia, 1997.
- ❖ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (Jurista Argentino). *“DERECHO PENAL. Parte General”*. Segunda Edición, Editorial HAMMURABI. Buenos Aires Argentina, 1999.
- ❖ BACIGALUPO, Enrique, *Principios de Derecho Penal – Parte General*. Akal, España 1997.
- ❖ BACIGALUPO, Enrique, *La técnica de resolución de casos penales*. 2º edición, 1995, Edit. Colex, España.
- ❖ BRAMONT ARIAS TORRES, Luis A., *Manual de Derecho Penal P.E., 4ta Edi. Lima 1998*.
- ❖ BERGALLI, Roberto, *Control Social Punitivo – Sistema Penal e Instancias de Aplicación*, Bosch, Barcelona 1996.
- ❖ BERNALES BALLESTEROS, Enrique. (Jurista Peruano). *“La Constitución de 1993. Análisis Comparado”*. Segunda Edición. Editorial Constitución y Sociedad. Lima Perú, 1996.
- ❖ BINDER, Alberto M. (Jurista Argentino). *“Introducción Al Derecho Procesal Penal”*. Editorial AD HOC. Buenos Aires Argentina, 2002.
- ❖ BORJA CEVALLOS, Rodrigo (Jurista Ecuatoriano). *“Enciclopedia De La Política”*. Fondo de Cultura Económica. México D.F. 1997.
- ❖ BUSTOS RAMÍREZ, Juan (Jurista Chileno). *“Manual De Derecho Penal: Parte Especial”*. Segunda Edición. Editorial Ariel. Barcelona España, 1991.
- ❖ CANCHO ALARCÓN, Rafael Elmer., ROJAS VARGAS, Fidel., PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto Y Otros. *“La Imputación Del Delito Y De La Pena En Los Delitos Contra La Administración Pública Cometidos Por Funcionarios Públicos”*. Ediciones Jurídicas Del Centro. CECAJ Centro de Estudios, Capacitación y Actualización Jurídica. Lima Perú, 2014.

- ❖ CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho Penal: Concepto y Principios Constitucionales*, Tirant lo Blanch, España 1996.
- ❖ CARLOS ATOCSA/WILLIAM RABANAL. “Constitución”. Primera Edición. Editora Jurídica GRIJLEY. Lima Perú, 2004.
- ❖ CARMONA SALGADO, Concepción y otros, *Manual de Derecho Penal P.E.*, Ed. Juris lima 1995.
- ❖ CASTILLO ALVA, José Luis (Jurista Peruano). “Principios De Derecho Penal. Parte General”. Editorial Gaceta Jurídica S.A. Lima Perú, 2002.
- ❖ CASTILLO ALVA, José Luis (Jurista Peruano). Artículo: “El Principio De Taxatividad En El Derecho Penal Y En El Derecho Administrativo Sancionador. Una lectura constitucional y convencional”. En la Academia de la Magistratura.
- ❖ CAVERO LATAILLADE, Íñigo/ZAMORA RODRÍGUEZ, Tomas (Juristas Españoles). “Introducción Al Derecho Constitucional”. Editorial Universitas. Madrid España, 1996.
- ❖ CERVANTES ANAYA, Dante A. (Jurista Peruano). “*Manual De Derecho Administrativo*”. Tercera Edición. Editorial RODHAS. Arequipa Perú, Abril del 2003.
- ❖ CLARÍA OLMEDO, Jorge (Jurista Argentino). “Derecho Procesal Penal”. Tomos I, II, III. Actualizado por Jorge Vásquez Rossi. Editorial RUBINZAL-CULZONI Editores, Buenos Aires Argentina, 2001.
- ❖ COSTA, Fausto, *El delito y la Pena en la Historia de la Filosofía*, Editorial Hispanoamérica, México 1953.
- ❖ CUBAS VILLANUEVA, Víctor. “*El Proceso Penal Teoría y Práctica*”. Editorial PALESTRA Editores. Cuarta Edición. Lima Perú, Octubre 2000.
- ❖ CUBAS VILLANUEVA, Víctor. “El proceso penal. Teoría y práctica”. Editorial PALESTRA Editores. Lima Perú, 1997.
- ❖ CHANAMÉ ORBE, Raúl. “*Diccionario Jurídico Moderno*”. Novena Edición. Grupo Editorial Lex &Iuris. Lima Perú, Mayo del 2014.
- ❖ CHANAMÉ ORBE, Raúl. “*Introducción Al Derecho*”. Primera Edición. Editora Jurídica GRIJLEY. Lima Perú, Octubre de 1996.
- ❖ CHIRINOS SOTO, Francisco (Jurista Peruano). “*Código Penal Comentado, Concordado, Anotado, Sumillado, Jurisprudencia, Normas Complementarias*”. Segunda Edición. Editorial RODHAS. Lima Perú, 2009.

- ❖ CREUS MONTI, Carlos (Jurista Argentino). “*Delitos Contra la Administración Pública*”. Editorial Astrea. Buenos Aires Argentina, 1981.
- ❖ DE LA CUEVA Y DE LA ROSA, Mario (jurista mexicano). “*El Nuevo Derecho Mexicano Del Trabajo*”. Editorial PORRÚA. México, 1981.
- ❖ DIALOGO CON LA JURISPRUDENCIA. “*Jurisprudencia Penal De La Corte Superior (2006-2008)*”. Primera Edición. Gaceta Jurídica S.A. Lima Perú, 2009.
- ❖ DÍAZ GARCÍA, Elías. (Jurista Español). “Curso De Filosofía Del Derecho”. Editorial Marcial Pons. Madrid-Barcelona España, 1998.
- ❖ DROMI, Roberto José (Jurista Argentino). “Derecho Administrativo”. Tercera Edición Actualizada. Editorial Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires Argentina, 1994.
- ❖ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (Jurista Español). “*La Jurisdicción Constitucional En España*”. Dykinson Editorial-Librería Jurídica. Madrid España, 1984.
- ❖ FERRAJOLI, Luigi. “El Derecho como Sistema de Garantías”. En Themis N° 23, Lima, 1993.
- ❖ FERRAJOLI, Luigi (Jurista Italiano-Francés). “Derecho y Razón”. Editorial Trotta. Madrid España, 1995.
- ❖ FERRAJOLI, Luigi (Jurista Italiano-Francés). “*El Garantismo Y La Filosofía Del Derecho*”. Traducción de Gerardo Pisarello, Alexei Julio Estrada, José Manuel Díaz Martín, Universidad Externado de Colombia. Bogotá Colombia, 2000.
- ❖ FERRATER MORA. José. “Diccionario Filosófico”. Tomo I. Sexta Edición, Editorial Sudamericano. Buenos Aires Argentina, 1975.
- ❖ FLORES POLO. Pedro (Jurista Peruano). “*Diccionario Jurídico Fundamental*”. Segunda Edición. Editora Jurídica Grijley. Lima Perú. Junio del 2002.
- ❖ FRISANCHO APARICIO, Manuel. “*Delitos Contra La Administración Pública*”. Cuarta Edición. Editora FECAT. Lima Perú. Enero del 2011.
- ❖ GACETA JURIDICA. “*LA CONSTITUCIÓN COMENTADA Análisis Artículo Por Artículo*”. Obra Colectiva Escrita Por 166 Destacados Juristas Del País. Director Walter Gutiérrez. Tomo I, II, III, Segunda Edición Aumentada, Actualizada Y Revisada. Gaceta Jurídica S.A. Lima Perú. Enero del 2013.
- ❖ GACETA CONSTITUCIONAL. “*Diccionario De Derecho Constitucional Contemporáneo*”. Agrupación de Investigadores: CONSTITUCIONALISMO CRÍTICO. Primera Edición. Gaceta Jurídica S.A. Lima Perú. Enero del 2012.

- ❖ GACETA JURIDICA CONSTITUCIONAL. “*El Derecho Penal Y Procesal Penal En La Constitución*”. Alonso R. Peña Cabrera, Hesberth Benavente Chorres, David Fernando Panta Cueva, Rogger Aldana Domínguez, Percy Velásquez Delgado. Primera Edición. Gaceta Jurídica S.A. Lima Perú. Octubre del 2009.
- ❖ GACETA PENAL & PROCESAL PENAL. Presentación VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. “*Diccionario Penal Jurisprudencial*”. Primera Edición. Gaceta Jurídica S.A. Lima Perú, 2009.
- ❖ GACETA PENAL & PROCESAL PENAL. Presentación VILLA STEIN, Javier. “*Compendio De Legislación Penal Y Procesal Penal*”. Primera Edición. Gaceta Jurídica S.A. Lima Perú, Mayo del 2010.
- ❖ GARCÍA ARAN, Mercedes (Jurista Española). “*La Prevaricación Judicial*”. Editorial TECNOS. Madrid España, 1990.
- ❖ GARCÍA MENDOZA, Hernán (Jurista Chileno). "La Responsabilidad Extracontractual Del Estado, Indemnización Del Error Judicial". Editorial Jurídica Conosur Ltda. Santiago de Chile, 1997.
- ❖ GARCIA PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho Penal – Introducción*, Universidad Complutense, España 2000.
- ❖ GARCÍA TOMA, Víctor (Jurista Peruano). “*Los Derechos Fundamentales En El Perú*”. Primera Edición. Editorial Jurista Editores E.I.R.L. Lima Perú, Abril del 2008.
- ❖ GIMENO SENDRA, Vicente, Víctor MORENO CATENA y otros; *Derecho Procesal (Procesal-penal)*; T.II, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.
- ❖ HASSEMER, Winfried (Jurista Alemán) “*Sistema Jurídico Y Codificación: La Vinculación Del Juez A La Ley*”. Traducción de María Martínez, en: KAUFMANN, Arthur y HASSMER, Winfried (Editores). *El pensamiento jurídico contemporáneo, debate*. Madrid España, 1992.
- ❖ HENKEL, Heinrich (Jurista Alemán). “*Introducción A La Filosofía Del Derecho*”. Traducción de Gimbernat Ordeig. Editorial B De F. Madrid España, 1968.
- ❖ HERRERA ROMERO, Luis Enrique (Jurista Peruano). Artículo: “*La Calidad En El Sistema De Administración De Justicia*” en la revista Tiempo de Opinión de la Universidad ESAN. Lima Perú, 2015.

- ❖ HUAMAN GARCÍA, Isabel., CÓRDOVA ALCÁNTARA, Norah., TAMAYO MONTES, Flor y MENDOZA ABARCA, Juan. *“Principios Del Derecho Procesal Penal”*. Editorial LEJ Librería y Ediciones Jurídicas. Lima Perú, Abril del 2004.
- ❖ HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho Penal – Parte General I*, 3° edición, Grijley, Lima 2005.
- ❖ HURTADO POZO, José, *La ley importada*, 1° Edición, Centro de Estudios de Derecho y Sociedad, Lima 1979.
- ❖ HURTADO POZO, José, *Manual de derecho penal P.E. Vol I al 2da edición Ed. Juris Lima 1995*.
- ❖ INSTITUTO LEGALES. *“Nuevo Código Procesal Penal Comentado”*. Volumen I. Primera Edición. Editorial Ediciones Legales. Lima Perú, 2014.
- ❖ JAKOBS, Gunther, *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, S.A. Madrid 1995.
- ❖ JESCHECK, Hans Heinrich, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, Editorial Comares, Granada 2002.
- ❖ M. M. Rosental y P. F Iudin. (Filosofos soviéticos). *“Diccionario Filosófico”*. Ediciones Universo. Lima-Perú 1968.
- ❖ MACHICADO, Jorge. (Jurista Boliviano). *“Derecho Procesal Penal”*. Editorial Apuntes Jurídicos. La Paz-Bolivia 2010.
- ❖ MAIER Julio B.J (compilador), B.J. ROXIN, Claus y otros; El Ministerio Público en el Proceso Penal, Ed. Ad-Hoc S.R.L., Buenos Aires, 1993.
- ❖ MÁLLAP RIVERA, Johnny. (Jurista Peruano). *“Comentarios Al Régimen Normativo Municipal”*. Primera Edición. Editorial Gaceta Jurídica S.A. Lima Perú, Octubre del 2013.
- ❖ MIR PUIG, Santiago. *“Introducción a las Bases del Derecho Penal, Concepto y Método”*. Editorial de Montevideo, Buenos Aires 2003.
- ❖ MIR PUIG, Santiago. *“DERECHO PENAL Parte general”*. Sexta Edición. Editorial REPPEERTOR. Barcelona 2002.
- ❖ MIXAN MASS, Florencio; Derecho Procesal Penal, Ediciones Jurídicas, Lima, 1984.
- ❖ MORANTE GUERRERO, Luis (Jurista Peruano). *“El Funcionario Público En El Procedimiento Administrativo Sancionador”*. Primera Edición. Pacifico Editores S.A.C. Lima Perú, Julio del 2014.

- ❖ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. (Jurista Español). “*Metodología y Ciencia Penal*”. Segunda Edición. Granada, 1991.
- ❖ MUÑOZ CONDE, Francisco (Jurista Español). “La Búsqueda De La Verdad En El Proceso Penal”. Segunda Edición. Editorial HAMMURABI. Buenos Aires Argentina, 2003.
- ❖ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal P.E.*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 14ava Ed. 2002.
- ❖ MUÑOZ SOTO, Rafael. “Municipalidades: Manual De Organización Y Funciones”. Editorial Normas legales. Trujillo Perú, 1993.
- ❖ NADER KURI, Jorge. (Jurista Mexicano). “La Responsabilidad Penal Del Juzgador”. Instituto Nacional De Ciencias Penales. México, 2008.
- ❖ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella et al. “Justicia, Derecho y Sociedad. Debates interdisciplinarios para el análisis de la justicia en el Perú”. Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú. Colección “Derecho & Sociedad”. Lima Perú, Mayo del 2015.
- ❖ LORENZZI GOICOCHEA, Raúl. (Jurista Peruano). “*Diccionario Jurídico*”. Primera Edición. Editorial LEJ Librería y Ediciones Jurídicas. Lima Perú, 1999.
- ❖ LUJÁN TÚPEZ, Manuel. “*Diccionario Penal y Procesal Penal*”. Primera Edición. Gaceta Jurídica S.A. Lima Perú, 2013.
- ❖ OBANDO BLANCO, Víctor Roberto (Jurista Peruano). “*El Derecho A La Tutela Jurisdiccional Efectiva En La Jurisprudencia*”. Segunda Edición. Editorial PALESTRA Editores. Lima Perú, 2002.
- ❖ OBREGÓN SEVILLANO, Tulio. (Jurista Peruano). “Manual Práctico Del Nuevo Régimen Del Servicio Civil”. Primera Edición. Instituto Pacifico Editores S.A.C. Lima Perú, Mayo del 2014.
- ❖ ORÉ GUARDIA, Arsenio. Manual de Derecho Procesal Penal. Lima: Editorial Alternativas, segunda edición, 1999. “Panorama del Proceso Penal Peruano”, Artículo publicado en el Suplemento de Análisis Legal del Diario Oficial El Peruano, Año 1, N° 4, Lunes 14 de junio de 2004.
- ❖ OSSORIO, Manuel. “*Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*”. Editorial ELIASTA. 27° Edición. Buenos Aires Argentina, 2000.
- ❖ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl (Jurista Peruano) “*DERECHO PENAL Parte General*” Tomo I. Tercera Edición. Editorial IDEMSA. Lima Perú, Enero del 2011.

- ❖ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. “*DERECHO PENAL Parte Especial*” Tomo V. Primera Edición. Editorial IDEMSA. Lima Perú, 2010.
- ❖ PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho Penal – Estudio programático de la Parte General*, 3° edición, Grijley, Perú 1999.
- ❖ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (Jurista Español). “Los Derechos Fundamentales”. Editorial TECNOS. Madrid España, 1993.
- ❖ PETZOLD-PERNÍA, Hermann (Jurista Venezolano). “*La Igualdad Como Fundamento De Los Derechos De La Persona Humana*”. En: Anuario de Filosofía Jurídico Social. N° 10, Argentina, 1990.
- ❖ RAMOS NUÑEZ, Carlos. “*Como hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento*”. Cuarta edición. Editorial Gaceta Jurídica. Lima-Perú 2007.
- ❖ RAMÍREZ CARDONA, Alejandro. “*El Estado de la Justicia (más allá del Estado de Derecho)*”. Editorial TEMIS. Santa Fe de Bogotá Colombia, 1996.
- ❖ RAWLS, John (Filósofo Estadounidense). “*Teoría De La Justicia*” (Trad. de María Dolores González). México; Fondo de Cultura Económica. 2da edición, 6 Reimpresión. 2006.
- ❖ REYNA ALFARO, Luis, *Derecho Penal Económico Parte General y Parte Especial*, Ed. Gaceta Jurídica Lima 2002.
- ❖ REYNA ALFARO, Luis Miguel. “*Manual De Derecho Procesal Penal*”. Primera Edición. Editorial Instituto Pacífico S.A.C. Lima Perú, Febrero del 2015.
- ❖ RODRÍGUEZ, Agustín Washington y GALETTA DE RODRÍGUEZ, Beatriz. “*DICCIONARIO LATÍN JURÍDICO. Locuciones Latinas De Aplicación Jurídica Actual*”. Editorial García Alonso. Primera Edición. Buenos Aires Argentina, 2008.
- ❖ RODRIGUEZ CEPEDA, B (1999). *Metodología Jurídica*. México D.F. Oxford University Press.
- ❖ ROJAS VARGAS, Fidel. “*Delitos Contra La Administración Pública*”. Segunda Edición. Editorial GRIJLEY. Lima Perú, 2001.
- ❖ ROSAS YATACO, Jorge, *Derecho Procesal Penal*, Edit. Jurista Editores, 2009.
- ❖ ROXIN, Claus (Jurista Alemán). “*DERECHO PENAL Parte General*”. Tomo I. Traducción de la Segunda Edición Alemana por Diego Luzón Peña, Miguel Días y García-Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Editorial CIVITAS. Madrid España, 1997.

- ❖ ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal. Ediciones del Puerto S.R.L, Buenos Aires. 2000.
- ❖ ROY FREYRE, Luis, *Derecho Penal Peruano P.E.*, T. I, II y III, Ed. I.P.G.P. 1976, 1986, 1996. VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando, *Manual de Derecho Penal – Parte General*, Editorial Themis, Colombia 2002.
- ❖ RUBIO CORREA, Marcial (Jurista Peruano). “*El Estado Peruano Según La Jurisprudencia Del Tribunal Constitucional*”. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima Perú, 2006.
- ❖ RUBIO CORREA, Marcial (Jurista Peruano). “*EL SISTEMA JURÍDICO: Introducción al Derecho*”. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Octava Edición. Lima-Perú. Septiembre del 2004.
- ❖ RUBIO CORREA, Marcial (Jurista Peruano). “*Estudio De La Constitución Política de 1993*”. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima Perú, 1999.
- ❖ RUBIO CORREA, Marcial (Jurista Peruano). “*La Vigencia Y Validez De Las Normas Jurídicas En La Jurisprudencia Del Tribunal Constitucional*”. En: Editorial THÉMIS. Revista de Derecho. N° 51, Lima Perú.
- ❖ RUIZ ELDREDGE RIVERA, Alberto. (Jurista Peruano). “Manual De Derecho Administrativo”. Segunda Edición. Editorial Gaceta Jurídica S.A. Lima Perú, 2000.
- ❖ SALINAS SICHA, Ramiro, “*Curso De Derecho Penal Peruano P.E*”. Palestra Editores. Primera Edición. 1998, Parte Especial II Primera Edición. 2000, Parte Especial III 2002.
- ❖ SALINAS SICCHA, Ramiro. “*Delitos Contra La Administración Pública*”. Segunda Edición. Editorial GRIJLEY. Lima Perú, 2011.
- ❖ SAN MARTIN CASTRO, César, Derecho Procesal Penal, Vol. I y II, Grijley, Lima, 1999.
- ❖ SANTA MARÍA CALDERÓN, Luis & MÁLLAP RIVERA, Jhonny. (Juristas Peruanos). “Legislación Municipal Comentada”. Editora Normas Legales. Trujillo Perú, 2003.
- ❖ SARRÍA, Félix. (Jurista Argentino). “*Derecho Administrativo*”. Tomo I. Tercera Edición. Editorial Editores PEUSER S.A. Córdoba Argentina, 1946.
- ❖ VILLA STEIN, Javier. “*Derecho Penal – Parte General*”. Segunda Edición, San Marcos, Lima- Perú 2001.

- ❖ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe (Jurista Peruano). “*Código Penal Comentado*”. Tercera Edición. Editora Jurídica GRIJLEY. Lima Perú, 2001.
- ❖ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe (Jurista Peruano). “Derecho Penal Parte General”. Primera Edición. Editora Jurídica GRIJLEY. Lima Perú, Marzo del 2006.
- ❖ ZAFFARONI, Eugenio Raul, *Derecho Penal – Parte General*, Ediar, Argentina 2002.

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

- ❖ Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- ❖ Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos.
- ❖ Código Penal de la República de Argentina.
- ❖ Código Penal de España.
- ❖ Código Penal de la República de Chile

INSTRUMENTOS NACIONALES

- ❖ Constitución Política Del Perú de 1993.
- ❖ Código Penal Peruano de 1991.
- ❖ Ley Orgánica De Municipalidades N° 27972.
- ❖ Ley N° 30057 - Ley Del Servicio Civil-SERVIR.
- ❖ Manual De Organización Y Funciones de la Municipalidad Distrital De Chilca – MOF-MDCH.
- ❖ Reglamento De Organización Y Funciones de la Municipalidad Distrital De Chilca – ROF-MDCH.
- ❖ Reglamento Interno De Consejo de la Municipalidad Distrital De Chilca – RIC-MDCH.
- ❖ Sentencias de la corte superior de justicia de Junín referidos al tema materia de investigación.
- ❖ Sentencias de la corte suprema respecto al tema materia de tesis.
- ❖ Sentencias del tribunal constitucional respecto al tema.

ANEXOS



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Gerencia
de Políticas de Gestión
de Recursos Humanos

"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la Integración Nacional y el Reconocimiento de Nuestra Diversidad"

INFORME LEGAL N° 384-2012-SERVIR/GPGRH

A : **JUAN CARLOS CORTÉS CARCELÉN**
Presidente Ejecutivo

De : **MARIANA BALLÉN TALLADA**
Gerente de Políticas de Gestión de Recursos Humanos

Asunto : Solicitud de opinión legal del Ministerio Público

Referencia : Oficio N° 03-2323-2012-1DI-FPPC-T/ASC

Descriptor : a) Reglas para el ingreso al Servicio Civil
b) Distinción entre nombramiento y designación

Fecha : Lima, **24 OCT. 2012**



I. Objeto de la consulta

Tengo el agrado de dirigirme a usted con relación al documento de la referencia, mediante el cual el Primer Despacho Investigación del Ministerio Público solicita opinión legal sobre la diferencia entre designación y nombramiento, y si en ambos casos el empleado público debe cumplir obligatoriamente los requisitos para el ejercicio del cargo señalados en el Manual de Organización y Funciones.

Al respecto, debemos señalar lo siguiente:

II. Base legal

2.1 El artículo 4 de la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público (en adelante, LMEP), clasifica al empleado público en: a) Funcionario público, b) Empleado de confianza y c) Servidor público. Este último a su vez se clasifica en: i) Directivo Superior, ii) Ejecutivo, iii) Especialista y iv) Apoyo.

Dicha norma define al empleado de confianza como "El que desempeña cargo de confianza técnico o político, distinto al del funcionario público. Se encuentra en el entorno de quien lo **designa o remueve libremente** y en ningún caso será mayor al 5% de los servidores públicos existentes en cada entidad".

Asimismo, se define al directivo superior como aquel "que desarrolla funciones administrativas relativas a la dirección de un órgano, programa o proyecto, la supervisión de empleados públicos, la elaboración de políticas de actuación administrativa y la colaboración en la formulación de políticas de gobierno".



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Gerencia
de Políticas de Gestión
de Recursos Humanos

"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la Integración Nacional y el Reconocimiento de Nuestra Diversidad"

Agrega la norma en mención que, "A este grupo (directivo superior) se ingresa por concurso de méritos y capacidades de los servidores ejecutivos y especialistas, su porcentaje no excederá del 10% del total de empleados de la entidad" y que "Una quinta parte del porcentaje referido en el párrafo anterior puede ser designada o removida libremente por el titular de la entidad".

- 2.2 De otro lado, el artículo 5 de la LMEP señala que "El acceso al empleo público se realiza mediante concurso público y abierto, por grupo ocupacional, en base a los méritos y capacidad de las personas, en un régimen de igualdad de oportunidades".
- 2.3 El artículo 28 del Reglamento de la Carrera Administrativa, aprobado por Decreto Supremo N° 005-90-PCM señala que, "El ingreso a la Administración Pública en la condición de servidor de carrera o de servidor contratado para labores de naturaleza permanente se efectúa obligatoriamente mediante concurso. La incorporación a la Carrera Administrativa será por el nivel inicial del grupo ocupacional al cual postuló. Es nulo todo acto administrativo que contravenga la presente disposición".
- 2.4 El artículo 32 del referido reglamento establece que "El ganador del concurso de ingreso es incorporado a la Administración Pública mediante resolución de nombramiento o contrato".

III. Análisis

Competencia de SERVIR

- 3.1 Las competencias de SERVIR para emitir opiniones en materia del servicio civil están contextualizadas en el marco de las políticas que en materia de gestión del empleo e ingreso al servicio civil, entre otras, emita de manera progresiva.

Siendo SERVIR un órgano rector que define, implementa y supervisa las políticas de personal de todo el Estado, no puede entenderse que como parte de sus competencias se encuentra el constituirse en una instancia administrativa o consultiva previa a la adopción de decisiones individuales que adopte cada Entidad.

En ese sentido, debe precisarse que las consultas que absuelve SERVIR son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa sobre el Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, planteadas sobre temas genéricos y vinculados entre sí, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos; por lo tanto, las conclusiones de la presente opinión no se encuentran vinculadas necesariamente a situación particular alguna.

Sobre el ingreso al Servicio Civil

- 3.2 De acuerdo con la LMEP el ingreso al Servicio Civil se realiza mediante concurso público y abierto, por grupo ocupacional, en base a los méritos y capacidad de las personas, en un régimen de igualdad de oportunidades.

La excepción a dicha regla lo constituyen los cargos de confianza y de directivo superior de libre designación y remoción, previstos en el Cuadro de Asignación de Personal (CAP) de la entidad).



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Gerencia
de Políticas de Gestión
de Recursos Humanos

"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la Integración Nacional y el Reconocimiento de Nuestra Diversidad"

- 3.3 En el mismo sentido, en el régimen de la carrera administrativa, el ingreso a ésta se realiza necesariamente por concurso público, produciéndose el ingreso al nivel inicial del respectivo grupo ocupacional.

En ese sentido, el nombramiento configura el acto formal por el cual se incorpora a la persona que ganó el concurso a la carrera administrativa, **gozando de estabilidad laboral a partir de dicho nombramiento**¹.

- 3.4 Sin embargo, en el caso de los empleados de confianza y del directivo superior de libre designación y remoción, el ingreso de éstos al Servicio Civil no requiere de un concurso público de méritos. En estos casos, el ingreso a dichos cargos se realiza a través de la designación.

Al respecto, la designación es la acción administrativa que consiste en el desempeño de un cargo de responsabilidad directiva o de confianza por decisión de la autoridad competente en la misma o diferente entidad². Asimismo, **la designación es temporal y no conlleva estabilidad**³.

- 3.5 Podemos decir entonces que la designación es una modalidad a través de la cual la persona ingresa a desempeñar un cargo directivo de libre designación y remoción o de confianza en la Administración Pública⁴, de manera temporal, pues está sujeta a la decisión de la autoridad competente para disponer la remoción de dicha persona, sin que por ello ésta tenga derecho a una indemnización.

Distinción entre nombramiento y designación

- 3.6 La nota distintiva entre el nombramiento y la designación se encuentra en que, mientras que el nombramiento implica el ingreso a la carrera administrativa, previo concurso público de méritos, con los derechos y obligaciones que dicho régimen establece, entre ellos, la estabilidad laboral a partir del nombramiento; por el contrario, la designación es la acción que permite el ingreso a un cargo directivo o de confianza, de manera temporal y sin necesidad de concurso público.

Sobre los requisitos para el acceso al cargo

- 3.7 Conforme a lo indicado en el Informe Legal N° 426-2010-SERVIR/GG-OAJ (disponible en el portal institucional: www.servir.gob.pe), el Decreto Supremo N° 043-2004-PCM, que aprueba los lineamientos y pautas para la elaboración y aprobación del Cuadro para Asignación de

¹ Artículo 34 del Reglamento de la Carrera Administrativa, aprobado por Decreto Supremo N° 005-90-PCM.

² Artículo 77 del Reglamento de la Carrera Administrativa.

³ Numeral 3.1.1 del Manual Normativo de Personal N° 002-92-DNP "Desplazamiento de Personal", aprobado por Resolución Directoral N° 013-92-INAP-DNP.

⁴ Cabe anotar que la LMEP establece límites respecto al porcentaje de empleados de confianza y directivos que pueden existir en la entidad. Así en el caso de los primeros señala que éstos no pueden exceder del 5% de los servidores públicos existentes en la entidad; y con relación a los segundos, su porcentaje no puede ser mayor del 10% del total de empleados de la entidad, y de dicho porcentaje solo una quinta parte (es decir, 2%) puede ser designada o removida libremente por el titular de la entidad.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Gerencia
de Políticas de Gestión
de Recursos Humanos

"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la Integración Nacional y el Reconocimiento de Nuestra Diversidad"

Personal (CAP) de las entidades de la Administración Pública, dispone en su artículo 9, que los cargos contenidos en el CAP deben ser clasificados y aprobados por la propia entidad. Y en su artículo 7 inciso b) establece que las entidades deben realizar una adecuada clasificación y calificación de sus órganos y sus funciones, así como de sus cargos y sus requisitos, evaluando de forma permanente su actualización.

3.8 De igual manera, los Manuales de Organización y Funciones (MOF) de las entidades generalmente incluyen los requisitos de cada cargo, el cual es aprobado según las necesidades, especialidades, funciones asignadas por ley y criterios uniformes que cada entidad establece.

3.9 Por lo tanto, corresponde a las entidades, en función a sus necesidades, establecer a través de sus documentos de gestión interna, los requisitos mínimos para el acceso a los cargos previstos en el CAP. Así, las personas que sean designadas en cargos de confianza, así como aquellos que ingresen por nombramiento a la carrera administrativa, deben cumplir con el perfil (requisitos mínimos) que establezcan los documentos de gestión interna de la entidad.

IV. Conclusiones

4.1 La distinción entre el nombramiento y la designación se encuentra en que, mientras que el nombramiento implica el ingreso a la carrera administrativa, previo concurso público de méritos, con los derechos y obligaciones que dicho régimen establece, entre ellos, la estabilidad laboral a partir del nombramiento; por el contrario, la designación es la acción que permite el ingreso a un cargo directivo o de confianza, de manera temporal y sin necesidad de concurso público.

4.2 Corresponde a las entidades, en función a sus necesidades, establecer a través de sus documentos de gestión interna, los requisitos mínimos para el acceso a los cargos previstos en el CAP. Así, las personas que sean designadas en cargos de confianza, así como aquellos que ingresen por nombramiento a la carrera administrativa, deben cumplir con el perfil que establezcan dichos documentos de gestión.

Lo expuesto es cuanto informo a su Despacho para los fines pertinentes, a cuyo efecto adjunto el proyecto de oficio respectivo.

Atentamente,

MARIANA BALLENTALLADA
Gerente de Políticas de Gestión de
Recursos Humanos
AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

MBT/mro
D:/Documentos Servir/mrivera/2012/Informes/IL- Distinción entre nombramiento y designación

CARGO



PERÚ

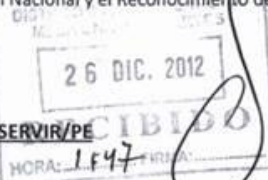
Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Presidencia
Ejecutiva

"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la Integración Nacional y el Reconocimiento de Nuestra Diversidad"

Lima, 14 DIC 2012



OFICIO N° 414 -2012-SERVIR/PE

COMREG 0 - 007408 - 5 19/12/2012

ALBERTA GIOVANNA SALAS CONDORI
CALLE HIPOLITO UANANUE 301

1914-2012- TACNA



Señora
ALBERTA GIOVANNA SALAS CONDORI
Fiscal Provincial
Primer Despacho Investigación FPPC-T
Presente.-

Referencia : Oficio N° 03-2323-2012-1DI-FPPC-T/ASC

Tengo el agrado de dirigirme a usted con relación al documento de la referencia, mediante el cual consulta sobre la distinción entre nombramiento y designación.

Al respecto, le remito el Informe Legal N° 384-2012-SERVIR/GPGRH, de la Gerencia de Políticas de Gestión de Recursos Humanos.

- Sin otro particular, quedo de usted.

Atentamente,

JUAN CARLOS CORTÉS BARCELÉN
Presidente Ejecutivo
AUTORIDAD NACIONAL DEL
SERVICIO CIVIL



JCC/MBT/mro
Reg. 36127-2012

JOSE CISNEROS ALARCON
DNI: 09774014
NOTIFICADOR

www.servir.gob.pe

Pasaje Francisco de Zela 150
Piso 10, Jesús María
Lima 11, Perú
T: 51-1-2063370