



UNIVERSIDAD NACIONAL DE TRUJILLO
UNT

ISSN: 2961-2632 (En línea)

LEY Y GOBIERNO

Revista Electrónica de Derecho y Ciencia Política

Número 01

Año 2023, mayo-octubre.



LEY Y GOBIERNO

Revista Electrónica de Derecho y Ciencia Política

Número 01 - Año 2023, mayo-octubre.

Página web: <https://revistas.unitru.edu.pe/index.php/facderccpp/index>

Ley y Gobierno es una revista electrónica de publicación semestral. Está editada por la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional de Trujillo, Perú. Sirve como medio de divulgación de investigaciones científicas de dos grandes disciplinas: el Derecho y la Ciencia Política. En cuanto al Derecho, las áreas que se priorizan son Derecho Constitucional, Derecho Administrativo, Derecho Penal, Derecho Civil, Derecho Internacional, Derechos Humanos, Teoría del Derecho y Filosofía del Derecho. En lo referido a la Ciencia Política, las áreas preferentes son Gobernabilidad, Políticas Públicas, Teoría del Poder, Sistemas Electorales y de Gobierno, Participación Política, Partidos Políticos.

Edición: Mayo 2023

Depósito Legal N° 2023- 05240

ISSN: 2961-2632 (En línea)

© Universidad Nacional de Trujillo
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Dirección:
Av. Juan Pablo II S/N Urb. San Andrés – Trujillo - Perú
Cod. Postal: 13011
Teléf. 044-233472

Editor en Jefe:

Oswaldo Zavala Blas (Perú, Universidad Nacional de Trujillo)

Editores Asociados:

Leyli Aguilar Ventura (Perú, Universidad Nacional de Trujillo)

Michele Zezza (Chile, Universidad Central de Chile)

Comité Consultivo:

Roberto Romboli (Italia, Universidad de Pisa)

Jaime Rodríguez Arana (España, Universidad de la Coruña)

Oscar Pérez de la Fuente (España, Universidad Carlos III de Madrid)

Fernando Barrientos del Monte (México, Universidad de Guanajuato)

Azul Aguiar-Aguilar (México, Universidad de Guadalajara)

Liliana Estupiñán Achury (Colombia, Universidad Libre)

Ramsis Ghazzaoui (Venezuela, Universidad Católica Andrés Bello)

Gorki Gonzales Mantilla (Perú, Pontificia Universidad Católica)

Iván Meini Méndez (Perú, Pontificia Universidad Católica)

Eulogio Pisfil Chavesta (Perú, Universidad Nacional de Trujillo)

Ena Carnero Arroyo (Perú, Universidad Nacional de Trujillo)

ÍNDICE

Presentación	5
Derecho	
<i>El derecho de libre determinación: de figura colonial a derecho ius cogens a favor de los pueblos indígenas</i> Raúl Rangel González	9
<i>La elección de los miembros del Tribunal Constitucional: análisis, comparación y propuesta</i> Julio César Rojas Canales	20
<i>La validez de las declaraciones provenientes de un juicio interrumpido</i> Carlos Alberto Vásquez Boyer	42
<i>El control de la acción como criterio para determinar la consumación del delito de conducción en estado de ebriedad</i> Edilberto Luis Martínez Castro	55
Ciencia Política	
<i>La violencia obstétrica en la ciudad de Trujillo, Perú</i> María Alejandra Guerra Gómez	69

PRESENTACIÓN

Uno de los rasgos fundamentales que suele atribuirse a toda institución universitaria, es el desarrollo de la investigación científica. No basta con la formación profesional, ni con la divulgación del conocimiento preexistente. La obtención de nuevo conocimiento, es pues, una premisa imperativa. Pero, ese conocimiento no solo puede provenir de la actividad científica, sino también de la reflexión filosófica. Aunque a menudo ciencia y filosofía son presentadas como antagónicas, no cabe duda que ambas se relacionan de manera complementaria. La historia de la humanidad, desde la Grecia clásica al día de hoy, da cuenta de ello. Entonces, la universidad debe tener un fin que rebase las fronteras de la ciencia, debe tener un fin más trascendente. Gustavo Bueno (1961), con acierto, considera que la esencia de la universidad es el cultivo de la verdad.

En ese orden de ideas, la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Trujillo, consciente de su misión y su compromiso histórico; ha impulsado la creación de la revista electrónica *Ley y Gobierno*, para que, desde el punto de vista científico permita conocer, explicar, entender y predecir la realidad jurídica y política; y, también, para que, desde el punto de vista filosófico, sea un espacio de crítica y reflexión permanente de todo paradigma preestablecido y de verdades absolutas. En aras de garantizar el dicho objetivo, hemos establecido como política editorial la observancia estricta de principios rectores como la objetividad, la imparcialidad, la rigurosidad, la independencia, la transparencia, el sentido crítico, el acceso abierto y cumplimiento de normas éticas en las publicaciones.

En cuanto a los campos objeto de estudio de *Ley y Gobierno*, tenemos al Derecho y la Ciencia Política. Ambas disciplinas vienen siendo cultivadas en nuestra universidad. En el caso del Derecho, ya han transcurrido 192 años desde que empezó a impartirse como una cátedra, lo que evidencia un desarrollo continuo de la Ciencia Jurídica que es reconocido en todo el Perú. En el caso de la Ciencia Política, la impartición de esta disciplina, tiene un camino recorrido de más de una década, que viene consolidándose y es una referencia en el norte del país. Lo anterior, junto a la importancia del Derecho y la Ciencia Política como aspectos complementarios para impulsar el desarrollo democrático y pacífico de la comunidad, han sido las razones de avocarnos a investigar y reflexionar sobre estas dos áreas a partir de una única revista que suma los esfuerzos de los miembros de nuestra Facultad.

Como no podría ser de otro modo, la revista espera ser un topos de académicos y de expertos en las distintas subáreas del Derecho y la Ciencia Política; pero, no solamente está pensada en este universo de personas, sino que pretende incentivar el interés del público en general, tanto de la ciudadanía, asociaciones, gremios, grupos de interés, así como de las autoridades locales y nacionales, a efectos que puedan acceder sin ninguna limitación a su contenido y utilizar el conocimiento divulgado.

Ahora bien, en este primer número, que además simboliza un acto de presentación, se ha elegido una temática abierta que invita a reflexionar de manera general sobre el Derecho y la Ciencia Política. Empieza la revista con el área del Derecho, en específico con el artículo *El derecho de libre determinación: de figura colonial a derecho ius cogens a favor de los pueblos indígenas*, del jurista mexicano Dr. Raúl Rangel González, cuyo trabajo realiza un repaso histórico de la situación de los pueblos indígenas en el contexto de la conquista y la colonización, precisando que han sufrido opresión en sus formas de vida, de organización política, económica, social y cultural. Más adelante, argumenta, que, hasta mediados del siglo XX, se empezó a debatir en el ámbito internacional la importancia de integrar a dichos pueblos al Estado nación, luego, con el reconocimiento e interpretación convencional del derecho de libre determinación a favor de los pueblos indígenas, conllevó al reconocimiento internacional de su derecho a la autonomía y la obligación de los Estados de respetar los derechos sociales, políticos, económicos y culturales de los pueblos indígenas.

También en el campo del Derecho Constitucional y los derechos humanos, se encuentra el artículo titulado *La elección de los magistrados del Tribunal Constitucional peruano: análisis, comparación y propuesta*, de la autoría del abogado Julio César Rojas Canales, en el cual ha realizado un estudio de los sucesos más relevantes acontecidos en los diferentes procesos de elección de magistrados del Tribunal Constitucional peruano, con la finalidad de identificar las principales falencias del actual modelo de elección. En tal sentido, examina el modelo de elección basado en la exclusividad del Poder Legislativo que le fue configurado al Tribunal Constitucional actual. Asimismo, realiza un análisis comparativo con los procesos de elección de los distintos tribunales o cortes constitucionales del mundo. Finalmente, plantea una propuesta de cómo seleccionar a los miembros del Tribunal Constitucional.

El siguiente artículo titulado *La validez de las declaraciones provenientes de un juicio interrumpido*, corre a cargo del profesor universitario, Dr. Carlos Vásquez Boyer. Su trabajo se centra en la problemática del Derecho Procesal Penal peruano, consistente en indagar si es posible admitir al acusado y al Fiscal, confrontar el dicho de los justiciables y otros sujetos procesales (testigos y peritos) en un juicio oral, con sus versiones dadas previamente en un juicio interrumpido y declarado nulo en el que el hecho objeto de juzgamiento es el mismo. Sostiene el autor, que, a partir de una adecuada interpretación de la norma procesal penal, a la luz de disposiciones constitucionales, convencionales y del conocimiento filosófico, el acusado y el fiscal están permitidos a ejercer el derecho a ofrecer la confrontación de una versión dada por un sujeto procesal, con su propia versión dada contradictoriamente en un juicio declarado nulo.

En el ámbito del Derecho Penal y Procesal Penal, también encontramos el artículo titulado *El control de la acción como criterio para determinar la consumación del delito de conducción en estado de ebriedad*, de la autoría del profesor Dr. Edilberto Martínez Castro. Su trabajo analiza el tipo penal del delito de conducción en estado de ebriedad, tipificado en el artículo 274 del Código Penal Peruano y lo cuestiona a partir de la idea del control de la acción que debe tener el sujeto agente al momento de conducir su vehículo. Considera básicamente que no basta con el criterio cuantitativo

de encontrar 0.5 gramos – litro de alcohol en la sangre. Basándose en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, así como información médica especializada, concluye que se debe de analizar la acción del sujeto, si esta se encuentra sometida o no a los efectos de la ebriedad, para determinar si se configura el tipo penal en mención.

En relación a la Ciencia Política, tenemos la investigación titulada *La violencia obstétrica en la ciudad de Trujillo, Perú*, llevada a cabo por María Alejandra Guerra Gómez. Este trabajo le permitió obtener el título de Licenciada en Ciencia Política y Gobernabilidad. Su investigación buscó determinar si existe violencia obstétrica en la ciudad de Trujillo, para lo cual empleó el enfoque cualitativo, diseño de investigación narrativo–analítico; centrándose en estudiar una muestra de usuarias que dieron a luz de manera natural o por cesárea en hospitales de la ciudad de Trujillo. Asimismo, solicitó información pública a los principales hospitales de la ciudad de Trujillo con la finalidad de obtener información sobre las herramientas con las que cuentan para tratar casos como estos, así como las diferentes políticas públicas que de cierta manera se encuentren relacionadas. De este modo, concluye que existe violencia obstétrica en Trujillo y no hay una correcta regulación ni política ni jurídica del tema.

En tales términos y después de las diversas y complicadas gestiones burocráticas, ha visto la luz el primer número de la revista electrónica *Ley y Gobierno*. De alguna manera, se ha cumplido aquel desafío de incentivar la academia, que un día nos planteamos con el maestro Hugo Aldave. Aunque él ya no está con nosotros, esta revista encarna lo que alguna vez denominó “el culto al concepto”. Sin él, tal vez esto no hubiera sido posible. Tampoco, hubiera sido posible sin la confianza y el apoyo del rector de la universidad, del decano y los docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, y, por supuesto, tampoco hubiera sido posible sin el apoyo del equipo editorial.

Finalmente, no se puede dejar de mencionar que esta empresa académica tiene un largo camino por recorrer; no obstante, los objetivos y la meta están definidos con claridad. La revista está de camino a la continuidad y la indexación, pero con la vista puesta en ser útil a la sociedad. No queda más, estimados lectores, que continuar con la revisión de los artículos.

Oswaldo Zavala Blas

Editor en Jefe

Referencia:

- Bueno, G. (1961). *¿Qué es la universidad?* Madrid, España: Fundación Gustavo Bueno. Recuperado de <https://www.fgbueno.es/gbm/gb1961un.htm>

LEY Y GOBIERNO:

“TEMA LIBRE SOBRE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA”

El derecho de libre determinación: de figura colonial a derecho *ius cogens* a favor de los pueblos indígenas

The right to self-determination: from colonial figure to jus cogens right in favor of indigenous peoples

Autor: Raúl Rangel González*

Recepción: 28 de agosto de 2022.

Aceptación: 20 de enero de 2023.

Resumen: En este artículo se realiza un análisis histórico del reconocimiento de la libre determinación de los pueblos indígenas, mostrando la evolución de su regulación en el derecho internacional. En principio, se analizará la fase de la conquista y la colonización, evidenciando que los pueblos indígenas, han sido objeto de sometimiento en sus formas de organización social, económica, política, y cultural, lo que los ha orillado a la marginación y que subyace en su relación jurídica con el Estado. Luego, se precisará, que, a pesar del sometimiento que padecieron, será recién hasta mediados del siglo XX, que se empezó a debatir en el ámbito internacional la importancia de integrar a dichos pueblos al Estado nación; para arribar al reconocimiento e interpretación convencional del derecho de libre determinación a favor de los pueblos indígenas. Tal evolución ha implicado la obligación de los Estados de respetar los derechos sociales, políticos, económicos y culturales de los pueblos indígenas, reconocidos actualmente en los postulados de derechos humanos del sistema de las Naciones Unidas, de ahí la importancia de realizar una revisión histórica y jurídica de la evolución de ese reconocimiento a nivel internacional y constitucional en Latinoamérica.

* Licenciado en derecho por la Universidad Autónoma “Benito Juárez” de Oaxaca. Doctor en Estudios Avanzados en Derechos Humanos con mención Cum Laude, por la Universidad Carlos III de Madrid. ORCID: 0000-0001-5129-3753, correo electrónico: raulranglz@gmail.com

Palabras clave: Derechos indígenas; multiculturalismo; autodeterminación; Estado plurinacional; autonomía.

Abstract: *In this article, a historical analysis of the recognition of the self-determination of indigenous peoples is carried out, showing the evolution of its regulation in international law. In principle, the phase of the conquest and colonization will be analyzed, evidencing that the indigenous peoples have been subjected to submission in their forms of social, economic, political, and cultural organization, which has led them to marginalization and that underlies in its legal relationship with the State. Then, it will be specified that, despite the submission they suffered, it was not until the middle of the 20th century that the importance of integrating these peoples into the nation State began to be debated in the international arena; to arrive at the conventional recognition and interpretation of the right of self-determination in favor of indigenous peoples. This evolution has implied the obligation of States to respect the social, political, economic and cultural rights of indigenous peoples, currently recognized in the human rights postulates of the United Nations system, hence the importance of carrying out a historical and of the evolution of this recognition at the international and constitutional level in Latin America.*

Keywords: *Indigenous rights; multiculturalism; self-determination; plurinational state; autonomy.*

SUMARIO: *I. La situación de los indígenas en la conquista, colonización e independencia. II. El derecho de libre determinación de los pueblos indígenas en el ámbito internacional. III. Conclusiones. IV. Referencias*

I. La situación de los indígenas en la conquista, colonización e independencia

En la conquista, la colonia y en el proceso de independencia de los Estados en América Latina, los pueblos indígenas fueron sometidos y reconocidos constitucionalmente para atenderlos como entidades de interés público y no como sujetos de derecho, como lo explica cronológicamente Yrigoyen Fajardo (2006), en el siglo XVI, se disolvió la organización de dichos pueblos debido a la ocupación militar y sometimiento político por parte del conquistador; luego los pueblos indígenas sufrieron la subordinación y segregación desde el siglo XVI hasta principios del siglo XIX; posteriormente, fueron asimilados en los nuevos estados republicanos en la etapa de independencia que val del siglo XIX al siglo XX; hasta que en el siglo XX se les reconoció algunos derechos en el derecho internacional; por lo que, en pleno siglo XXI, los pueblos indígenas aún siguen reivindicando y exigiendo su implementación en el marco del pluralismo jurídico.

Asimismo, Anaya (2005) precisa que en la época de la colonización del continente americano, desde el enfoque iusnaturalista europeo del renacimiento, se consideró que los pueblos indígenas tenían autodeterminación; no obstante, ello iría cambiando de manera gradual, en la medida que el derecho internacional convirtió dicho enfoque en dependiente, generando una mayor justificación que facilitara la colonización (pp.38-39).

Complementa, Pérez Luño (1992) indicando que América fue motivo de reflexión teórica de los iusnaturalistas clásicos españoles, por un lado, *Las Relecciones* de Francisco de Vitoria generaron el debate doctrinal, por el otro lado, Bartolomé de Las Casas, sostenía la teoría de la igualdad de los hombres y pueblos indígenas, frente a la postura de Juan Ginés de Sepúlveda, el que basado en la doctrina aristotélica defendía la tesis tradicional del imperio cristiano para legitimar el dominio y sometimiento de los pueblos, ideas expuestas en la junta convocada por Calos V, realizada en Valladolid en el año de 1550 (p.9).

En aquel tiempo, la discusión sobre los fundamentos de la autoridad no estaba determinados de manera unánime. Incluso los fundamentos del Derecho, dependía si este se sustentaba en Dios o en la razón; lo que trajo como consecuencia el debate referido a si la racionalidad de los nativos americanos. Francisco de Vitoria defendía la tesis que eran racionales; y, por tanto, poseían derechos dentro de los cuales estaba el derecho al dominio de sus tierras, resaltando que ninguna autoridad ni eclesiástica ni estatal tenían derechos absolutos sobre el mundo (Anaya, 2005, pp.42-43).

Lo último indicado en el párrafo precedentes, tiene que ver con las Bulas papales, en la medida que estas otorgaban a los monarcas pleno el dominio sobre las tierras de los indígenas, incluso autorizaban la imposición de costumbres y el adoctrinamiento de los pueblos originarios (Morales, 2008, pp.165-180). De esta manera se intentó justificar la colonización.

En ese contexto, es interesante el debate sobre la interpretación del contenido de las bulas. Resalta la posición de Vitoria en el sentido de considerar que las Bulas de Alejandro VI únicamente disponían una acción misional de llevar el mensaje de Dios y no la conquista y sometimiento de los pueblos indígenas. Asimismo, Vitoria, precisa que los territorios descubiertos en el continente americano no podían considerarse como tierras sin dueño, entendiendo que los verdaderos titulares eran los indígenas (Ibíd, pp.395-403).

Aún cuando Vitoria interpretó las bulas de modo que reconocía la autonomía de los indígenas, continuo vigente la concepción que restringía sus derechos. Al respecto, resaltan las posturas provenientes del pensamiento positivista, quienes planteaban que los pueblos indígenas carecían de estatuto o derechos sujetos al derecho internacional. Esto puede comprenderse en la medida que la concepción positivista del derecho tenía como objetivo mantener un vínculo jurídico entre estados, especialmente europeos (Anaya, Op.Cit. p.67).

Como consecuencia de dicha concepción imperante, cuando se realizó la exploración europea (siglo XV y XVI) en las indias occidentales, los Estados asumieron que los indígenas no tenían dominio ni derechos sobre su propio territorio, es más desde la óptica del derecho internacional, las tierras de los nativos fueron consideradas desocupadas (Ibíd, p.67). La

finalidad fue permitir que el colonizador puede realizar el trabajo de conquista. Es más, al establecer que las tierras descubiertas eran tierra de nadie, se podía dejar de lado los reclamos sobre la posesión de las tierras indígenas, incluso se podría argumentar que no existía colonización. En esa línea, Anaya explica que el derecho al autogobierno de los pueblos indígenas y su derecho a no ser conquistado, fueron simplemente omitidos del ámbito de estudio del derecho internacional (Ibíd, p.68).

Clavero afirma que, a ese conglomerado de nación, Estado y Constitución, no cualquiera podía ingresar, sino que existía una diferenciación entre quienes compartían la cultura europea y quienes no lo hacían. La consecuencia de lo anterior, era que, en términos de equivalencia jurídica y política, había una población (la indígena), que tenía un estatus inferior. (2000, pp.45-47). Esto a su vez, se traducía, en una asignación desigualdad de derechos.

Por su parte, Kymlicka refiere que el Estado-nación europeo, se implantaba en los territorios conquistados, aplicando una serie de estrategias como la adopción de una lengua oficial, de un sistema educativo, la concentración del poder, el uso de símbolos que preservan ciertas visiones históricas, conmemoran a los héroes, el uso nombres de las calles, edificios y lugares, en general se pretendía la imposición y preservación de la cultura dominante. Así también, se dieron otras estrategias como la adopción de un ordenamiento jurídico basado en la lengua y cultura jurídica del grupo dominante, ello implicaba la eliminación de los sistemas legales previos usados por los nativos, el despojo del territorio, bosques y áreas de caza, pesca, que tradicionalmente fueron de los grupos indígenas (2009, pp.76-77).

Ahora bien, lo antes descrito como parte del contexto de la conquista y colonización de los pueblos indígenas, tiene relación con que luego del proceso de independencia, se dejó en el olvido la lucha de muchas minorías, incluida la población indígena y afrodescendiente, quienes no solamente sufrieron el trato desigual y el despojo de sus bienes, sino que entregaron sus vidas apoyar la independencia. Incluso, aún después de la independencia, los nuevos estados autónomos y soberanos, continuaron manteniendo estrechas relaciones económicas con la Corona Española. Por eso, Chávez Herrera plantea que tanto la conquista, la colonia y la independencia, no son estadios que hayan terminado o en todo caso que sus consecuencias se hayan diluido, sino que aún están presentes hasta el día hoy en América Latina (2011, p.XI). En efecto, dichos patrones de la conquista y la colonia, que partieron de concepciones que no les reconocían la condición de personas a los pueblos indígenas, continúan presentes en el olvido, segregación, exclusión y el racismo que padecen en las nuevas repúblicas latinoamericanas.

II. El derecho de libre determinación de los pueblos indígenas en el ámbito internacional

Resulta interesante lo que manifiesta Anaya, en el sentido que las ideas del pensamiento positivista de finales del siglo XIX, hicieron posible que el derecho internacional sea el

sustento formal para legitimar la colonización y el imperialismo, lejos de cumplir una función de defensa de los derechos y de propiciar la libertad de los pueblos indígenas (Op.Cit. pp.71-72). Tal circunstancia se dio, en parte porque el derecho internacional estaba centrado en los derechos y deberes de los Estados y en particular centrado en la defensa de la soberanía estatal ante cualquier injerencia. Como se sabe, el derecho internacional se concebía como un derecho entre estados, lo que implicaba que difícilmente asumiría un enfoque en pro de los pueblos indígenas.

Por su parte, Oliva precisa que era inexistente la participación de los indígenas en el proceso mediante el cual se debatió y reconoció sus propios derechos en el derecho internacional; no obstante, las personas e instituciones no indígenas comprometidas con el desarrollo político de dichos pueblos, posibilitaban los espacios para la participación política real, pero que a veces era silenciada, invisibilizada, menospreciada o manipulada por los que detentaban el poder (2012, p.447).

Configurado de ese modo el derecho internacional, los pueblos indígenas no existían para dicha disciplina, en términos prácticos, fueron excluidos al no tener las características de un Estado; en consecuencia, no participaron en la determinación del derecho en mención, lo que implicó que los Estados tuvieran libertad para crear teorías que les atribuyeran autoridad sobre el territorio, los bienes y demás recursos de los pueblos indígenas. Por otra parte, en cuanto al trato sobre los indígenas, los Estados establecieron políticas fundadas en su derecho interno, el cual era creado y modificado de acuerdo a sus intereses, sirviendo, en consecuencia, como un instrumento de opresión en contra del otro.

Al respecto, como ejemplo, se tiene el caso *Johnson vs. McIntosh*, asunto en el que dos ciudadanos controvierten la propiedad aparentemente sobre la misma tierra con diferencia en los años de adquisición, en ese contexto, los herederos de Johnson demandan a McIntosh ante el Tribunal de Distrito, alegando tener mejor derecho sobre las tierras que McIntosh ocupaba, sin embargo, el Tribunal consideró que no procedía la demanda de desahucio aduciendo que los indígenas no tenían potestad para transmitir la propiedad de las tierras, esto es porque los herederos de Johnson argumentaban que las tierras que se les heredó se habían adquirido directamente de los indígenas en 1773 y 1775, Grau Gómez, expone que el Tribunal Supremo ya había conocido de otros casos parecidos, *Fletcher v. Peck*, del año 1810 y *New Jersey v. Wilson*, del año 1812, sin embargo, el juicio de *Johnson vs. McIntosh*, fue una cuestión que obligó al Tribunal Supremo a pronunciarse respecto de la potestad de los indígenas de vender o no las tierras que originalmente ocupaban antes de la colonia (Grau, 2012, pp. 240-241).

No obstante, en el siglo XX, aproximadamente, finalizando los años setenta, aparece la corriente del multiculturalismo, así Máiz, refiere que se originó a raíz de la revisión de la concepción sobre el Estado como Estado-nación, sus políticas, instituciones y la distribución del poder, pues en aquel entonces el Estado era monocultural, uninacional, centralista y uniformista, cuya política usual era la asimilación cultural. A decir de Máiz, parte del proceso que coadyuvó a reconocer el pluralismo sea cultural, lingüístico e identitario fueron las los

casos de países como Canadá, Bélgica y España, que discutieron e implementaron el federalismo multinacional; por otro lado, Nueva Zelanda, Australia, Suecia y otros países, se empezarían a aplicar políticas multiculturales, aceptando y permitiendo que los grupos minoritarios puedan conservar su propia cultura (Máiz, 2010, p.424).

Para Máiz, el precedente sobre la evolución teórica y política conllevó al desarrollo normativo de la sociedad y a una nueva teoría política a través de tres fases: La primera, en los años ochenta, se centró en el debate liberalismo frente al comunitarismo, es decir, se discutía si el sujeto se debía sujetar a las normas del Estado. La segunda, en los años noventa el debate se estableció al interior del liberalismo a fin de discutir sobre los derechos colectivos que exigía la corriente comunitarista, lo que abrió el debate sobre la posible vulneración de los derechos individuales al reconocer los derechos colectivos. La tercera, es la que está en vigor y apareció a finales de los años noventa, la cual se muestra más abiertamente al estudio de los procesos de la construcción nacional y a la igualdad de la ciudadanía en contextos de comunidades con diversidad cultural, intentando engarzar tales cuestiones con el modelo democrático, con el sistema republicano y con el proceso de deliberación (Ibíd, p.425).

Kymlicka considera que las sociedades modernas de forma gradual deben hacer frente a las minorías que reclaman el respeto de su identidad y la gestión de sus diferencias culturales, como un gran desafío para el multiculturalismo¹, el que, por cierto, abarca diferentes formas de pluralismo cultural, cada cual implica distintos desafíos. Además, existen diversas formas en que las minorías se incorporan a las comunidades políticas. Tales diferencias en la incorporación, tienen incidencia directa en la misma composición de los grupos minoritarios y determina sus relaciones con la sociedad receptora (Kymlicka, 1996, p.25).

Por su parte, Anaya, explica que en el ámbito internacional los principios y normas de derechos humanos recogidos en el seno de las Naciones Unidas y otras instituciones regionales, son relevantes en la reivindicación de los pueblos indígenas para desenvolverse en condiciones de igualdad. En ese orden, el mismo autor deduce que no estaría completo el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, sin el reconocimiento de su autodeterminación, término que ha sido utilizado en instrumentos internacionales como libre determinación de los pueblos, que además, es considerado como un fundamento filosófico, así como un principio de derecho internacional consuetudinario de *ius cogens* (Anaya, Op.Cit. pp.135-136).

En cuanto a la definición de la autodeterminación o la libre determinación, Forno (2003) lo considera como un derecho/principio de una colectividad, que además está por encima del propio estado. Resalta la libertad e igualdad de todo pueblo desde un punto de vista ético y fáctico son el fundamento de la libre determinación. También desarrolla el contenido de este

¹ Conceptualmente hablando, el multiculturalismo: “...designa el conjunto de políticas y arreglos institucionales que, a partir de la consideración no como un hecho, sino como un valor, del pluralismo cultural, religioso y de formas de vida de las sociedades contemporáneas, atienden a las demandas y luchas por el reconocimiento colectivo de grupos tan distintos como las minorías nacionales, los pueblos indígenas, los inmigrantes...” (Grau, Op.Cit., p. 447).

derecho en cuatro dimensiones, entre las cuales tenemos a la autoafirmación, la autodefinición, la autodelimitación y la autodeterminación (pp.108-111).

De otro lado, Anaya (2009) enfocado en los pueblos indígenas, entiende a la autodeterminación como un derecho base que permite la realización de los demás derechos de los pueblos indígenas, incluyendo los colectivos e individuales. Precisa, además, que es un derecho sustentado en el principio de soberanía popular y democracia (p.15-16).

La autodeterminación fue un término empleado en los discursos políticos internacionales de la primera guerra mundial. Fue usado tanto por demócratas liberales de Estados Unidos como por nacionalistas de Europa. También hicieron lo mismo, Lenin y Stalin, claro que dentro de su discurso de lucha de clases y liberación del proletariado. Luego, cuando finalizó la segunda guerra mundial, y con la creación de las Naciones Unidas (Anaya, Op.Cit. pp.137-138), la libre determinación de los pueblos fue uno de los principios rectores más resaltantes de la Carta de las Naciones Unidas².

Este principio también fue recogido en instrumentos internacionales, como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, así como el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en ambos casos en el Art. 1. Por otra parte, también se hizo presente en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Como se aprecia, en el siglo XX su regulación se ha extendido en el derecho internacional y constituye un tema de diversos debates académicos.

Siendo así, en el ámbito internacional el derecho de libre determinación pasó de ser un instrumento que servía a los Estados coloniales para legitimar el dominio del territorio y los bienes indígenas, a salvaguardar los derechos de toda persona entendida libre e igual por naturaleza, adquiriendo así un enfoque centrado en el ser humano, y no solo en los Estados; de ahí que, haya sido consagrado en los instrumentos internacionales antes precisados adquiriendo carácter de derecho humano.

Es interesante considerar el rol que tuvo la autodeterminación como una idea debatida en el ámbito internacional para generar la reestructuración de los estados, principalmente aquellos que tenía colonias, al punto que incluso ha ocasionado la eliminación de instituciones del Estado colonial, dando paso a un nuevo sistema jurídico y político que permite la libertad para autodirigirse de los pueblos otrora sometidos (Anaya, Op.Cit. p.140).

En ese contexto, después del intento de integración de los pueblos indígenas al Estado nación por medio del Convenio 107 de la OIT, la protección de los derechos de dichos pueblos fue cambiando con la adopción del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo

² Establece textualmente lo siguiente: “Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal.” Artículo 1. 2 de la Carta de las Naciones Unidas. Se firmó el 26 de junio de 1945 en San Francisco, al terminar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, y entró en vigor el 24 de octubre del mismo año. Recuperado de <https://www.un.org/es/charter-united-nations/index.html>

sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes;³ la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y recientemente, la Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas⁴ y la interpretación a favor de los pueblos indígenas de los principios de autodeterminación previstos tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵ como del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.⁶

Los instrumentos internacionales antes reseñados, tuvieron su influencia en todo el orbe, en particular, en los textos constitucionales y en las leyes internas de los estados que conforman las Naciones Unidas y la Organización de los Estados Americanos (OEA). Ello permite que, a nivel del derecho interno, se puede defender el derecho de autogobierno de los pueblos indígenas, tomando como sustento no solo el marco normativo que puede ser nacional e internacional, sino también, la misma praxis de los pueblos.

Así, el derecho de libre determinación de los pueblos indígenas, desde una dimensión prescriptiva o normativa, actualmente se lee en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)⁷ y en algunas constituciones del ámbito nacional como en la de Bolivia,⁸ Ecuador⁹ y México.¹⁰

Como se ha referido, en un inicio, el derecho de libre de terminación estaba pensado en los Estados, sin embargo, con el transcurso del tiempo y el reconocimiento específico de los derechos de los pueblos indígenas, ha permitido la interpretación del derecho de autodeterminación a la luz del principio *pro homine* de los derechos humanos en favor de los pueblos indígenas.

III. Conclusiones:

Aunque desde las corrientes iusnaturalistas, en el proceso de la conquista y colonización, se consideró que los pueblos indígenas tenían autodeterminación y derechos; no obstante, la posición positivista tuvo mayor influencia por lo que implicó la exclusión de los derechos

³ Adopción: Ginebra, 76ª reunión CIT (27 junio 1989). (Entrada en vigor: 05 septiembre 1991).

⁴ AG/RES. 2888 (XLVI-O/16) Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (Aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 14 de junio de 2016). Recuperado de <https://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>

⁵ Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49. Lista de los Estados que han ratificado el pacto. Recuperado de <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>

⁶ Entrada en vigor: 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27. Recuperado de <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>

⁷ Véase por ejemplo Pérez (2019).

⁸ Artículos 2, 30, 289 y 290 de Constitución Política del Estado de Bolivia. Recuperado de <https://diputados.gob.bo/wp-content/uploads/2022/02/cpe.pdf>

⁹ Artículos 56, 57, 58, 59 y 60 de la Constitución de la República de Ecuador. Recuperado de <https://biblioteca.defensoria.gob.ec/handle/37000/3390>

¹⁰ Artículo 2º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Congreso de la Unión. Recuperado de <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>

de los pueblos indígenas y su consecuente falta de reconocimiento en el derecho internacional. Tal argumentó justificaba que sean despojados de sus tierras y tratados en desiguales condiciones, todo para favorecer la misión de sometimiento y adoctrinamiento cultural que implicó la conquista.

No puede desconocerse, que los pueblos indígenas vienen sufriendo de manera continua y reiterada desde la conquista hasta la actualidad, el despojo de sus tierras y bienes; asimismo, vienen recibiendo tratos que implican no reconocer su condición humana. De ahí la importancia del reconocimiento y la necesidad de que los Estados respeten y garanticen los derechos intrínsecos de los pueblos indígenas relacionados a sus múltiples formas de organización social, cultural, económica y política, su historia, relaciones espirituales, su filosofía, etc., y de manera especial su derecho de libre determinación.

Tanto en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas como en la Declaración Americana sobre los Derechos de los pueblos indígenas, se reconocen explícitamente el derecho de libre determinación de dichos pueblos, en ese sentido, en esta última Declaración de referencia, resalta el reconocimiento del derecho de la personalidad jurídica de los pueblos indígenas, a efecto de que se respete sus formas de organización, así como para promover el ejercicio pleno de sus derechos.

En ese tenor, los pueblos indígenas amparados en los derechos reconocidos como es el de libre determinación y autonomía para decidir el desarrollo en distintas materias y niveles, se les debe garantizar el ejercicio pleno de sus derechos, a efecto de que puedan desarrollar, fortalecer y aplicarlos a sus propias formas de vida, principios y creencias, que les proporcione identidad y pertenencia cultural a la colectividad.

En consecuencia, considerando lo antes precisado, el Estado Constitucional debe establecer un marco regulatorio que permita el disfrute óptimo de los derechos de los pueblos indígenas, no solo desde el punto de vista jurídico, en el sentido de establecer normas, sino también desde un punto de vista político. Dicho cometido, debe tomar en cuenta aspectos básicos como el enfoque de derechos humanos y la diversidad étnica y cultural, armonizando las prácticas, costumbres, cosmovisión, autonomía de los pueblos indígenas con el derecho nacional y el derecho internacional, de tal manera que se respete la autonomía política, económica, jurídica y cultural de los pueblos indígenas; en otras palabras, otorgándoles la libertad que históricamente les ha sido arrebatada.

En ese marco, el solo reconocimiento normativo de los derechos de los pueblos indígenas no garantiza la promoción y protección de los derechos civiles y políticos de las personas y pueblos indígenas para ejercer libremente sus derechos específicos, sino lo que se requiere es, la puesta en marcha de mecanismos para la implementación de los derechos, así como la adecuación de las prácticas institucionales, sociales, jurídicas, económicas y culturales, en coherencia con el carácter pluricultural de la nación o la naturaleza del Estado plurinacional.

Lo anterior, es porque en la actualidad, como parte de los Estados democráticos, los pueblos indígenas deben tener garantizados sus derechos a la diferencia que les permita desarrollar

sus propias estructuras de poder, organización política, jurídica, económica, social y cultural.

IV. Referencias:

- Anaya, S. (2005). *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*. Madrid, España: Trotta.
- Chávez Herrera N. (2011). *Primeras Constituciones: Latinoamérica y el Caribe*. Caracas, Venezuela: Fundación Biblioteca Ayacucho y Banco Central de Venezuela.
- Clavero Salvador, B. (2000). *Ama llunku, abya yala: Constituyente indígena y código ladino por América*. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Grau Gómez, L. (2012). *Marshall vs. Taney, los primeros 75 años del Tribunal Supremo de los Estados Unidos*. Tesis doctoral. Universidad Carlos III de Madrid. Recuperado de <http://hdl.handle.net/10016/21507>
- Kymlicka, W. (1996). *Ciudadanía multicultural: Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Barcelona, España: Paidós.
- Kymlicka, W. (2009). *Las odiseas multiculturales. Las nuevas políticas internacionales de la diversidad*. Barcelona, España: Paidós.
- Máiz, R. (2010). Nacionalismo y multiculturalismo. *Teoría Política: Poder, moral, democracia*. Recuperado de <https://red.pucp.edu.pe/ridei/wp-content/uploads/biblioteca/081116.pdf>
- Morales Padrón, F. (2008). *Teoría y Leyes de La Conquista*. 2ª ed. Sevilla, España: Universidad de Sevilla.
- Oliva Martínez, J. D. (2012). *Los pueblos indígenas a la conquista de sus derechos. Fundamentos, contextos formativos y normas de Derecho Internacional*. Madrid, España: Universidad Carlos III de Madrid..
- Pérez Luño, A. (1992). Los iusnaturalistas clásicos hispanos y la polémica sobre el Nuevo Mundo. *Revista de Estudios Políticos*, (77), 7-31.
- Pérez de la Fuente, O. (2019). Derechos culturales y a los territorios ancestrales de los pueblos indígenas en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Análisis de los casos *Awas Tingni* [2001] y *Yakye Axa* [2005]. En L. Ríos (Dir.), I. Spigno (Dir.) y M. Robles (Coord.) *Estudios de casos líderes interamericanos*. Vol. II. (pp. 143–177). México: Tirant lo Blanch.

Yrigoyen Fajardo, R. (2006). Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino. En *Pueblos Indígenas y derechos humanos*. (pp. 537-567). Bilbao: Universidad de Deusto.

Normativa y jurisprudencia

Convenio 107 relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribuales y semitribuales en los países independientes. (1957) Organización Internacional del Trabajo OIT. (Entrada en vigor: 02 junio 1959). Disponible en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C107

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976). Naciones Unidas. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49. Disponible en <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>

Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, (1976). Naciones Unidas. Entrada en vigor: 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27. Disponible en <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>

Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales. (1989). Organización Internacional del Trabajo (OIT), (Entrada en vigor: 05 septiembre 1991. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C169

Declaración de la Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, (2007). Naciones Unidas (NN. UU.) Disponible en <https://www.ohchr.org/es/publications/reference-publications/united-nations-declaration-rights-indigenous-peoples>

Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, (2016). Organización de los Estados Americanos (OEA). AG/RES. 2888 (XLVI-O/16). Disponible en <https://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>

La elección de los miembros del Tribunal Constitucional peruano: análisis, comparación y propuesta

The election of the members of the Peruvian Constitutional Court: analysis, comparison and proposal

Autor: Julio Cesar Rojas Canales*

Recepción: 17 de junio de 2022.

Aceptación: 27 de octubre de 2022.

RESUMEN: El presente artículo ofrece una reflexión acerca de los sucesos más relevantes acontecidos en los diferentes procesos de elección de magistrados del Tribunal Constitucional peruano, con la finalidad de identificar las principales falencias en nuestro actual modelo de elección. Siendo así, se inicia evocando lo que fue el modelo implementado para la conformación del extinto Tribunal de Garantías Constitucionales, para luego examinar el surgimiento de nuestro vigente Tribunal Constitucional y el modelo de elección basado en la exclusividad del Poder Legislativo que le fue configurado. Asimismo, se realizará un análisis comparativo con los procesos de elección de los distintos tribunales o cortes constitucionales del mundo. Finalmente, se plantea una propuesta de selección de miembros del Tribunal Constitucional, basado en una nueva comisión seleccionadora caracterizada por su pluralidad.

PALABRAS CLAVE: Tribunal Constitucional; Congreso de la República; elección de magistrados; legitimidad democrática; Estado de Derecho.

ABSTRACT: *This article offers a reflection on the most relevant events that occurred in the different processes of election of magistrates of the Peruvian Constitutional Court, in order to identify the main shortcomings in our current election model. Thus, it begins by evoking what was the model implemented for the formation of the extinct*

* Abogado por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Con estudios de Maestría en Derecho Constitucional en la Universidad Privada Antenor Orrego. Trabajador independiente. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0973-8488>. Correo electrónico: rojascanalesjulio@gmail.com Este artículo se basa en la tesis del autor para obtener el título de abogado.

Court of Constitutional Guarantees, to then examine the emergence of our current Constitutional Court and the election model based on the exclusivity of the Legislative Power that was configured. Likewise, a comparative analysis will be carried out with the election processes of the different courts or constitutional courts of the world. Finally, a proposal for the selection of members of the Constitutional Court is proposed, based on a new selection commission characterized by its plurality.

KEYWORDS: *Constitutional Court, Parliament, election of magistrates, democratic legitimacy, Rule of Law.*

SUMARIO: *I. Introducción.- II. El Tribunal Constitucional peruano.- 2.1 Antecedentes: El Tribunal de Garantías Constitucionales.- 2.2 El Tribunal Constitucional actual.- 2.3 La importancia de un adecuado proceso de elección de sus miembros.- 2.4 Recuento de los procesos de elección en el Perú.- III. Análisis comparado.- IV. Recomendaciones: una nueva comisión seleccionadora.- V. Conclusiones.- VI. Referencias.*

I. Introducción

La elección de los magistrados del Tribunal Constitucional es un tema que actualmente genera apreciable expectativa y debate en la ciudadanía, ya que se trata nada menos que de la elección de quienes tendrán el poder supremo de interpretar nuestro ordenamiento constitucional mediante sus sentencias, es decir, serán los encargados de perfeccionar el contenido de la Constitución, resguardar los derechos fundamentales de las personas y optimizar los mecanismos procesales para su efectiva tutela, así como también, de resolver conflictos competenciales entre órganos estatales. Es por ello, que la normativa que regula la forma como se los elige y quien lo hace, es de suma importancia para garantizar la conformación de un colegiado constitucional idóneo e independiente.

En el Perú, lamentablemente, la mayoría de los procesos de elección han suscitado críticas por la forma como el órgano elector, el Congreso de la República, ha pretendido llevarlos a cabo. Sin ir muy lejos, recordemos como en el 2019 en un escenario de entrapamiento político entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, se planteó una cuestión de confianza para reformar las reglas establecidas para la selección de candidatos aptos al cargo de magistrado, conllevando a la disolución del Congreso; o, basta con recordar como a mediados del 2013 miles de jóvenes peruanos recorrían las calles del centro de Lima para manifestarse en contra de lo que fue catalogado como la “repartija”, en alusión a una difusión de audios que evidenciaron las negociaciones entre cuatro partidos políticos para repartirse las plazas vacantes del Tribunal Constitucional.

Así las cosas, resulta indudable que se trata de un tema que exige hoy más que nunca, ser estudiado e investigado crítica y reflexivamente, pues como bien analiza el profesor Gutiérrez (2021), resulta inaceptable que las renovaciones del cuerpo de magistrados se

hayan convertido en una suerte de componenda política y permanente manipulación partidista, toda vez que estamos hablando de la elección de los máximos intérpretes de la Constitución y defensores de derechos fundamentales del más alto grado (pp. 181-182). Quienes por supuesto, han de ser los más calificados para ejercer suntuosamente el cargo, dado que la labor interpretativa y sus sentencias deben ser el resultado de una tarea quirúrgica que amerita agudeza, prudencia y objetividad en la decisión final (Quiroga, 2002, p. 488). Y claro está, que dichas cualidades no se encuentran en magistrados condicionados, influenciados o sometidos a la voluntad de partidos políticos.

II. El Tribunal Constitucional peruano

2.1 Antecedentes: el Tribunal de Garantías Constitucionales

A partir de la década de 1920, el sistema constitucional peruano comenzó a incorporar métodos de control constitucional, los cuales aumentaron con el tiempo. La Constitución de 1933 implementó la acción popular para comprobar la constitucionalidad y legalidad de los decretos, reglamentos y resoluciones gubernamentales de amplio alcance. Posteriormente el Código Civil de 1936 incorporó el control difuso, en el que se instaba a los jueces a dar preferencia a la norma constitucional sobre la norma legal si entraban en conflicto. El control concentrado se incorporó durante la década de 1970, específicamente a través de la Constitución de 1979 que confirió la responsabilidad de velar por la constitucionalidad al TGC o Tribunal de Garantías Constitucionales.

El Poder Judicial alguna vez fue el único resguardo de la Constitución, sin embargo, ciertos grupos dentro de la Asamblea Constituyente (1978-1979) se preocuparon por esto durante la época histórica de la Constitución progresista de 1979. Fue entonces cuando surgió la necesidad de la integración de un tribunal constitucional supremo surgió por primera vez. Valle Riestra fue asambleísta y abogado del Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC). Manifestó desconfianza hacia los jueces del Poder Judicial, acusándolos de faltar a su deber de hacer respetar la Constitución por priorizar intereses personales. Riestra alegó que los jueces prefirieron los beneficios materialistas a sus responsabilidades profesionales y afirmó que eligieron, "la quincena sobre el cuento" y "la librea sobre la toga" (p. 62).

Un asunto de suma importancia fue la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC), según lo dicho anteriormente. El TGC tenía por objeto salvaguardar la Constitución de 1979, disminuir la dependencia de los poderes políticos y económicos y controlar las resoluciones del Poder Judicial que contradijeran dicha Constitución. Además, se consideró imperativo reevaluar la insuficiente jurisprudencia del Poder Judicial. Integrado por magistrados independientes, el TGC fue crucial en su libre y consciente interpretación del contenido constitucional (Morales, 2000, pp. 68-70). Por lo tanto, se hizo necesario establecer este organismo.

Surgió cierta preocupación entre los legisladores constituyentes cuando entró en vigor el Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC), lo que llevó a una asignación limitada de poderes. El TGC estaba facultado únicamente para conocer de las desestimaciones del Poder Judicial en los procesos de amparo y habeas corpus únicamente a través de la

casación. Sin embargo, también estaba facultado para proclamar la inconstitucionalidad total o parcial de las normas legales. La creación del TGC no fue una decisión considerada cuidadosamente por los constituyentes, ya que ciertas regulaciones limitaron sus capacidades y dificultaron el establecimiento de precedentes. Más bien fue una reacción ante los cuestionamientos al Poder Judicial sobre su función política y su papel en la separación de poderes (Landa, 2007, p. 83).

No se requirió mucho esfuerzo para asegurar que los magistrados del Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC) fueran independientes e imparciales en la toma de decisiones. Esto se debió principalmente al opaco proceso de selección realizado por los tres poderes del Estado que utilizaron para designar a los nueve magistrados. Apenas se publicitó dicho proceso carente de transparencia. De hecho, la Ley N° 23385, Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, estableció un protocolo general para la designación de magistrados. Esta ley proclamó que el Poder Ejecutivo puede nombrar jueces a través de una resolución suprema, permitiéndole al Congreso hacerlo a través de una resolución legislativa. La Corte Suprema, sin embargo, debe obtener el apoyo de la Sala Plena para cumplir la misma tarea. Desafortunadamente, no se establecieron regulaciones específicas, dejando todo el proceso de selección a la interpretación.

Si bien se establecieron requisitos para ser magistrado constitucional, entre ellos ser mayor de cincuenta años y tener veinte años de experiencia como juez de la Corte Suprema, abogado o profesor universitario de derecho, además de demostrar un compromiso probado con la democracia y defensa de los derechos humanos, estos requisitos eran meramente formalidades. No existía un sistema para garantizar que los candidatos poseyeran estas habilidades y destrezas, como un proceso de evaluación, listas de méritos basadas en puntajes u otras pautas. Se abre la posibilidad de que los magistrados sean elegidos por razones distintas a lo establecido en los requisitos.

El mandato de los magistrados del Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC) se fijó en seis años, con renovación de un tercio cada dos años y la opción de reelección. Algunos magistrados conservaron sus cargos al demostrar su lealtad a quienes los eligieron, como resultado de esta disposición. Esto se vio reflejado en la evaluación, revisión y anulación de las sentencias de la Corte Suprema por parte del TGC, lo que se hizo evidente en los procedimientos de hábeas corpus y amparo. Los magistrados designados por el Poder Judicial a veces se muestran vacilantes a la hora de cumplir con su deber, a pesar de que no existe ningún obstáculo tangible que se lo impida.

Tabla 1

Causas votadas en materia de acción de amparo y de habeas corpus - Tribunal de Garantías Constitucionales (1982- 1992).

	Casadas	No- Casadas	Pronunciamientos	Total
Amparos	89	377	27	493
Habeas Corpus	08	67	08	83
Total	97	444	35	576

Nota: Adaptado de Landa (1995).

Como hemos observado, hubo una marcada resistencia a anular las resoluciones de la Corte Suprema, lo cual evidencia una notable dependencia hacia el Poder Judicial. No hay dudas al respecto, tal como se concluye en el informe del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional Peruano (2018), que señala lo siguiente:

La fórmula de nombramiento y el contexto mismo favorecieron una primacía de los magistrados nombrados por el Poder Judicial; estos duraron más tiempo que los nombrados por los otros poderes. Este factor de dependencia frente el Poder Judicial afectó la independencia del TGC, de manera que resultaba difícil que dichos jueces pudieran cuestionar las resoluciones provenientes de la Corte Suprema. En no pocos casos, los magistrados preferían no efectuar el control de casación para no malquistarse con el colegiado supremo. (p. 34)

Durante el lapso de 1982 a 1992, el Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC) recibió más de 25 acciones de inconstitucionalidad, pero solo alrededor de quince fueron resueltas. Vale la pena señalar que durante esta misma época se introdujo una cantidad considerable de legislación, que va desde leyes y normas regionales generales hasta ordenanzas municipales. Para decirlo en palabras de Landa (citado por Blume en 1996, p. 163), esta proliferación fue abundante de leyes que debe ser destacada.

En su artículo "La razón principal del fracaso del TGC", el Dr. Aguirre Roca (1991), ex magistrado, atribuyó el amiguismo político y el favoritismo en el proceso de elección de magistrados como una de las principales causas del fracaso. Estas prácticas resultaron en manipulaciones e influencias no deseadas. En apoyo de su argumento, enfatizó que "no son todos los que están, ni están todos los que son" en la corte (p.7). La presencia de juristas inadecuados dentro de la institución resultó en la falta de personas idóneas para desempeñar el cargo. Por el contrario, algunos de los juristas más capaces estuvieron ausentes de la institución.

Durante casi una década, ha habido fuertes críticas dirigidas al Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC) por no cumplir con su papel vital en la salvaguarda de nuestra democracia. Sin embargo, se ha prestado poca atención al proceso de selección deficiente utilizado para nombrar magistrados, lo que resultó en un tribunal sin un

verdadero compromiso de proteger la constitución. Lamentablemente, la existencia del TGC se volvió superflua luego del autogolpe del ex presidente Alberto Fujimori el 5 de abril de 1992, ya que fue incapaz de prevenir las numerosas violaciones constitucionales que se produjeron. Todos los jueces del TGC fueron destituidos el 9 de abril de ese año mediante la publicación del Decreto Ley N° 25422.

2.2 El Tribunal Constitucional actual

En realidad, la experiencia del TGC no fue suficiente para abandonar la idea de establecer una jurisdicción constitucional efectiva. Sin embargo, nuestro actual Tribunal Constitucional fue creado en un contexto político complicado. Después del quiebre del orden constitucional y democrático perpetrado por el Fujimorismo, comenzó un período de gobierno de facto que no tenía intención de ser limitado por un tribunal constitucional supremo, como se evidencia en la emisión de decretos leyes para gobernar sin restricciones.

Establecido el 30 de diciembre de 1992, el Congreso Constituyente Democrático (CCD) que fue creado con el único propósito de redactar una nueva Constitución. Sin embargo, el CCD estuvo dominado por una mayoría oficialista que desconoció las leyes constitucionales, ignoró los procedimientos especiales y no respetó los límites objetivos fijados en la Constitución de 1979. En consecuencia, la Constitución de 1979 fue privada de su conjunto material, sistemático y normativo, y sus disposiciones fueron minimizadas por la mayoría parlamentaria. La presión de la comunidad nacional e internacional solo exacerbó la situación. El inicio de un lento y cuestionable proceso de restauración del Estado de Derecho estuvo marcado por la instalación del CCD.

El 31 de diciembre de 1993 entró en vigor la nueva Constitución Política luego de su aprobación y promulgación. El Título V, también conocido como "De las Garantías Constitucionales", creó el actual Tribunal Constitucional con la responsabilidad de realizar el control concentrado sobre la constitucionalidad de las leyes. En consecuencia, la Corte asumió el papel de árbitro final en casos relativos a resoluciones negativas de protección de derechos, incluyendo habeas corpus, amparo, habeas data y acción de cumplimiento. Desde entonces, estas medidas se han añadido a la jurisdicción de la Corte. Además, se le designó para tramitar el proceso competencial y facultado también para conocer de la acción de inconstitucionalidad en instancia única¹.

Sin embargo, a diferencia del tribunal anterior, el Tribunal Constitucional actual está compuesto por un menor número de magistrados y su mandato se ha reducido significativamente. En lugar de nueve magistrados, ahora se eligen siete, y su periodo de servicio se ha reducido de seis años a cinco, uno de los más cortos a nivel mundial.

¹ De acuerdo con el artículo 202 de la Constitución de 1993, son atribuciones del Tribunal Constitucional:

- 1- Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad.
- 2- Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de habeas corpus, amparo, habeas data, y acción de cumplimiento.
- 3- Conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley.

Estas condiciones han creado un ambiente propicio para influir en los magistrados, como señala Gutiérrez (2021) en su reflexión:

(...) la ampliación del número de miembros tiende a ser contraria a cualquier acuerdo parcializado en el entendido que al ser más los magistrados no solo se logra una decisión con mayor grado de razonamiento, sino que se dificulta apreciablemente cualquier riesgo de injerencia indebida. (p.196)

Se destacó la eliminación de la renovación de los magistrados cada dos años por un tercio, la abolición de la reelección y el requisito obligatorio de tener una trayectoria comprobada en democracia y defensa de los derechos humanos. Un nuevo Congreso de la República unicameral ahora tiene la facultad de elegir exclusivamente magistrados, exigiendo una mayoría calificada de dos tercios del número legal de congresistas.

En 1994, el Congreso Constituyente Democrático promulgó algunas leyes cuestionables, desconociendo su falta de constitucionalidad. El gobierno no vio la necesidad de implementar este órgano colegiado supremo constitucional en ese momento. Este es un claro ejemplo de inacción por su parte. Según Landa (1995, pp. 96-98), el gobierno ignoró la instalación de este supremo órgano constitucional colegiado. A pesar de las circunstancias, la CCD continuó funcionando hasta el 28 de julio de 1995. Antes de su finalización oficial, la Ley N° 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, fue publicada por la CCD el 10 de enero de 1995. El 26 de abril, la Resolución N. 031- 95-CCD, aprobó el Reglamento Especial de Elección de Magistrados de la Corte Constitucional.

En relación a este tema, ambas regulaciones establecieron un proceso previo de selección de candidatos calificados; no obstante, permitieron que la comisión parlamentaria encargada de la selección actuara con amplia discrecionalidad y sin la debida transparencia. Para brindar una mejor comprensión, analicemos el artículo 7 de la mencionada Ley Orgánica, el cual establece lo siguiente:

(...) Para tal efecto, el pleno del Congreso designa una Comisión Especial integrada por un mínimo de cinco y máximo de nueve Congresistas, respetando en lo posible la proporción de cada grupo parlamentario en el Congreso, para encargarse de recibir propuestas y seleccionar a los candidatos que a su juicio merecen ser declarados aptos para ser elegidos (...).

La fase inicial de selección de candidatos aptos para ser votados en el Congreso se basaba en el criterio de una comisión seleccionadora. Aunque el proceso comenzaba con la convocatoria publicada en el Diario Oficial "El Peruano" y la lista de postulantes para recibir objeciones durante diez días, la transparencia se limitaba a esta etapa inicial. Después de resolver las objeciones, la comisión tenía quince días para seleccionar a los candidatos que serían propuestos al Pleno. Sin embargo, la normativa carecía de disposiciones claras sobre las etapas de selección, los criterios de evaluación o la justificación de los puntajes asignados. En resumen, la normativa resultaba engañosa al no regular adecuadamente las condiciones y procedimientos de selección, lo que permitía a los congresistas actuar sin transparencia ni integridad.

Desafortunadamente, la metodología utilizada para la selección de candidatos no funcionó adecuadamente en su primer intento en 1995, debido a la falta de tolerancia y cooperación entre las diversas fuerzas parlamentarias en ese momento. Esto resultó en la incapacidad de elegir a todos los miembros del Tribunal Constitucional. Para abordar esta situación, el 14 de junio de 1996 se emitió la Ley N. 26622, que introdujo un artículo adicional a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Este artículo permitía una convocatoria complementaria por invitación, a solicitud de al menos el 20% de los congresistas, con el objetivo de evitar mayores retrasos y proponer candidatos adicionales de forma rápida después de que los propuestos inicialmente por la comisión no lograran cubrir todas las vacantes.

El Tribunal Constitucional finalmente logró establecerse el 24 de junio de 1996 con todos sus miembros, sin embargo, su capacidad para ejercer el control de constitucionalidad se vio prácticamente obstaculizada. Según el artículo 4 de su primera Ley Orgánica, se requerían seis votos de un total de siete para declarar la inconstitucionalidad de una norma, lo cual resultaba difícil de lograr en la práctica y parecía diseñado para frustrar sus acciones. A pesar de que se presentó una acción de inconstitucionalidad contra esta disposición, fue declarada infundada². Durante su complicada existencia, el 28 de mayo de 1997, el Congreso de la República destituyó arbitrariamente a tres de sus magistrados³, dejándolo completamente incapaz de cumplir su función vital para la democracia.

Hasta ahora hemos observado que la creación del Tribunal Constitucional y sus primeros años de existencia transcurrieron en un contexto caracterizado por la sumisión al poder político. Durante ese período, el tribunal funcionó de manera subordinada, como lo demuestra el famoso video en el que el Sr. Vladimiro Montesinos y el exmagistrado José García Marcelo⁴ conspiraron para favorecer los objetivos del régimen Fujimorista al evitar un referéndum popular. Después de esa etapa de nuestra historia, el Tribunal Constitucional pudo comenzar a construir y fortalecer su legitimidad frente a la ciudadanía.

2.3 La importancia de un adecuado proceso de elección de sus miembros

Este tipo de procesos, tanto en Perú como en cualquier otro país con un tribunal constitucional, generan controversias debido a la participación de partidos políticos en los distintos poderes del Estado. Durante su desarrollo, suelen surgir situaciones controvertidas al momento de proponer o seleccionar candidatos, llegar a acuerdos y lograr consensos para elegir a los magistrados.

² Los magistrados que votaron en contra de la acción de inconstitucionalidad fueron Ricardo Nugent, Francisco Acosta Sánchez, Guillermo Díaz Valverde y José García Marcelo, véase la sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N. 005-96-I/TC, de fecha 19 de diciembre de 1996.

³ Luego de la caída del régimen Fujimorista, los tres magistrados destituidos fueron repuestos en sus cargos mediante la Resolución Legislativa N°007-2000-CR, de fecha 17 de noviembre del 2000.

⁴ Esto conllevó a que dicho magistrado sea cesado del cargo el 7 de setiembre de 2001.

Es importante tener en cuenta, en primer lugar, que no puede haber democracia sin partidos políticos, y es la ciudadanía a través de votaciones libres y transparentes la que legitima a los representantes de los poderes políticos del Estado. En segundo lugar, las disposiciones constitucionales y legales establecen las formas de elección de los representantes de los demás órganos del Estado (Hakansson, 2020, p. 66), como los magistrados de un tribunal constitucional. Si bien estos magistrados están legitimados por su papel como defensores de la Constitución, también reciben una legitimidad reforzada o derivada de los representantes de los poderes legislativo, ejecutivo e incluso judicial que los eligen en diferentes partes del mundo.

Sin embargo, ninguna de estas circunstancias debe permitir que el proceso de elección se convierta en parte de un acuerdo político, ya que esto afectaría la protección de los derechos individuales y la confianza ciudadana en la independencia judicial, que es un pilar fundamental de la democracia y el Estado de Derecho. En este sentido, coincidimos con Gallo (2021) cuando afirma que "en nombre de la defensa de la Constitución, un tribunal debe intervenir de manera que la dignidad moral inherente a la consolidación de los principios de justicia no sea vulnerada en el juego político" (p. 182).

En este contexto, la manera en que se lleva a cabo la elección de los magistrados es de gran importancia, ya que tiene repercusiones en la percepción de la ciudadanía y en la legitimidad del tribunal constitucional. Esto es especialmente relevante debido a su naturaleza como un poder contramayoritario (Baamonde, 2019, p. 341). Por estas razones, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2013) en su informe "Garantías para la independencia de los Operadores de Justicia" ha destacado lo siguiente:

cualquier procedimiento de nombramiento y selección, lo más relevante, desde una perspectiva sustancial, es que los Estados aseguren que éstos no se realicen o se perciban por parte de la ciudadanía como decididos sobre la base de razones de carácter político afectando la convicción de actuar independiente. (p.47)

En este contexto, resulta innegable la necesidad de que cualquier proceso de elección de magistrados se lleve a cabo con criterios de publicidad, transparencia y participación. No hay duda alguna sobre la influencia que ejercen los partidos políticos para designar magistrados que favorezcan sus intereses y prever sus futuros pronunciamientos, ya que "la toma de decisiones judiciales tiende a convertirse en política hecha por otros medios" (Ferejhon, 2002, p. 43). Esta afirmación señala que las sentencias de un tribunal constitucional son una cuestión política que involucra la creación del derecho, lo cual genera interés por parte de las fuerzas que operan dentro de un Estado.

En este sentido, es crucial que cualquier proceso de elección garantice a la comunidad que los magistrados sean seleccionados en función de su idoneidad para el cargo, evitando cualquier favoritismo o afiliación a grupos específicos. Si esto no se cumple, la llamada Justicia Constitucional perdería su sentido, ya que los magistrados estarían condicionados o comprometidos. Como señaló Ely (citado en Arrimada, 2005, p. 236), en tal situación, es posible que "una Corte no tenga ni la espada ni la bolsa" y no pueda desviar permanentemente la voluntad de una sólida mayoría, limitándose a emitir decisiones que pueden ser relativizadas o retrasadas.

En esta línea de pensamiento, para que un tribunal constitucional pueda desempeñar eficazmente su papel como guardián de la Constitución, es necesario contar con una normativa que regule de manera precisa todas las etapas del proceso de selección de sus miembros, reduciendo al mínimo los márgenes de discrecionalidad de los órganos electorales. Además, es fundamental dotar a los magistrados de garantías sólidas en relación con su organización, funcionamiento, prerrogativas, deberes, sanciones y ética, ya que todos estos elementos conforman el estatuto del juez constitucional (Landa, 2020, pp. 102-126).

2.4 Recuento de los procesos de elección en el Perú

La atribución exclusiva del Congreso de la República en la selección de los candidatos y la elección final ha generado un creciente interés por parte de diversas organizaciones de la sociedad civil, medios de comunicación independientes y la comunidad en general en el desarrollo de este tipo de procesos. Sin embargo, esta atención se ha visto motivada principalmente por las actuaciones censurables de los parlamentarios, lo que ha generado un malestar significativo en la ciudadanía.

Entre los eventos que han causado gran preocupación se encuentra el nombramiento en 2007 del magistrado Javier Jesús Ríos Castillo, quien fue objeto de atención mediática debido a su participación en una reunión organizada por Agustín Mantilla, exministro aprista. En dicha reunión también estuvieron presentes Oscar López Meneses, directamente relacionado con Vladimiro Montesinos, así como el propio organizador, quien previamente había sido condenado por corrupción. Además, la presencia de dos jefes militares en actividad también suscitó inquietud entre la ciudadanía.

A continuación, se produjo un caso de "repartija" en el año 2013, donde en el contexto de un proceso de selección de candidatos por invitación directa, se filtraron grabaciones de audio que involucraban a cinco congresistas miembros de la comisión especial seleccionadora. Estas grabaciones evidenciaron el reparto político de las vacantes del Tribunal Constitucional. A pesar del escándalo generado, el Pleno del Congreso procedió con las elecciones, lo que generó protestas que finalmente lograron que las resoluciones legislativas de nombramiento fueran anuladas.

O, el incidente ocurrido en 2019, donde se revelaron grabaciones que demostraron un acuerdo entre los partidos Aprista y Fujimorista para obstaculizar al Tribunal Constitucional mediante su rápida renovación. Sin embargo, esta renovación no se basaba en la expiración del mandato de ciertos magistrados, sino en que habían emitido fallos que afectaron los intereses de ambos partidos⁵. A pesar de estas revelaciones, los miembros de la comisión seleccionadora implicados en el acuerdo no renunciaron a sus cargos.

⁵ Como la declaración de inconstitucionalidad de la Ley N. 30793, que prohibía la publicidad estatal en medios de comunicación privados; asimismo, la inconstitucionalidad parcial de la Resolución Legislativa N. 007-2016-2017-CR que buscaba impedir el transfuguismo de congresistas y que puedan formar nuevas bancadas; entre otros.

Como consecuencia de este suceso, junto con otros incidentes, como la falta de transparencia y la renuncia de candidatos, el proceso de selección fue ampliamente cuestionado. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en un comunicado emitido el 26 de septiembre de 2019, señaló que no se habían dado a conocer los criterios de selección utilizados por la comisión seleccionadora, no se brindaron oportunidades de participación a las organizaciones de la sociedad civil, y diversos medios de comunicación difundieron conversaciones telefónicas de algunos candidatos con personas investigadas por corrupción. En su comunicado, la CIDH expresó su opinión de que ⁶:

“los riesgos que conllevan en sí mismos los nombramientos a cargo de órganos políticos se incrementan por la falta de especificación de criterios objetivos de selección que garanticen que los operadores de justicia sean personas íntegras, las más idóneas, que cuenten con la formación y calificaciones jurídicas apropiadas, de acuerdo con la singularidad y especificidad de la función que van a desempeñar. Este requerimiento, como ya lo ha señalado la CIDH, resulta esencial para garantizar que la elección no se hace por motivos o razones políticas, sino solo basada en el mérito y la competencia profesional y que, además, la ciudadanía lo percibe así”.

Sin embargo, en el mismo año, el Congreso de la República se vio envuelto en un escándalo de significativa magnitud. La Dra. Marianella Ledesma, entonces magistrada del Tribunal Constitucional, acusó públicamente de influencia política en un intento de manipular las decisiones de la institución. Tal influencia tuvo como objetivo asegurar un veredicto positivo para Keiko Fujimori, líder política bajo custodia, en un recurso de hábeas corpus. El expresidente de la República, Martín Vizcarra Cornejo, planteó una cuestión de confianza en el Congreso tras una destacada denuncia. Esto inició un impacto considerable que finalmente condujo a la disolución del Congreso y la posterior organización de elecciones parlamentarias excepcionales al año siguiente. El motivo de la cuestión de confianza fue revisar las normas que regulan la selección de magistrados. Vizcarra emitió un mensaje público para informar a la nación.

A lo largo de los años, la conducta del parlamento ha obstaculizado, paradójicamente, el fortalecimiento y la solidificación de una institución democrática fundamental. Este patrón perdurable ha persistido de una sesión legislativa a la siguiente, debido a una noción errada de lo que constituye y debe defender una jurisdicción constitucional autónoma. La causa principal de esta tendencia nociva se puede atribuir principalmente a la estructura regulatoria anterior, que no logró garantizar la transparencia, la imparcialidad y la apertura en el procedimiento de nominación de candidatos. En cambio, dicho sistema otorgó al Congreso un poder arbitrario sobre nuestro Tribunal Constitucional hasta antes de 2020. Ha habido una falta de esfuerzos legislativos para

⁶ Comunicado de Prensa 2019/241, CIDH urge transparencia en el proceso de selección de seis magistrados del Tribunal Constitucional del Perú y hace un llamado a garantizar su independencia, Washington D.C., 26 de setiembre de 2019.

abordar y resolver este problema, lo que ha resultado en una falta de resultados positivos hasta el momento⁷.

Desde el año 2012 en adelante, el proceso de selección experimentó un mayor escrutinio y falta de transparencia como lo observaron las comisiones de selección. Esto finalmente afectó la selección de posibles candidatos. En particular, la distribución de espacios se inició durante la fase de selección que siguió a la introducción de la selección por invitación. Debido a las objeciones de los grupos de oposición, los candidatos nominados a menudo fueron rechazados de las sesiones plenarias. Las selecciones meritocráticas, que inicialmente fueron avaladas en algunos procesos de convocatoria pública, fueron eventualmente retiradas por el inadecuado respeto al orden de mérito. También se cuestionaron los criterios de evaluación y los métodos de asignación de puntajes.

En un intento por rectificar los lamentables eventos del 2019, se llevó a cabo una revisión importante en 2020, que implicó el establecimiento de nuevas directrices y la creación de un nuevo Reglamento. Esta importante renovación se centró en un concurso abierto, basado en valores de imparcialidad, transparencia y meritocracia, lo que innegablemente confirmó que no se contemplaría la discriminación. Sin embargo, en 2021, el proceso de selección meritocrático fue, lamentablemente, manipulado una vez más por algunos miembros de la comisión de selección. En nuestro Congreso subsiste una noción viciada que impide optimizar el proceso de selección de una de las instituciones más valiosas de nuestro país. Este evento subraya la ausencia de una cultura constitucional en el enfoque de nuestros legisladores para formar esta entidad crítica.

Finalmente, respecto al proceso reciente, es importante destacar que fue el desenlace de dos procesos fallidos, lo que resultó en que seis magistrados ocuparan sus cargos de manera extemporánea durante más de siete años. Sin embargo, es necesario mencionar que esta prórroga no se compara con la duración en el cargo del exmagistrado Juan Vergara Gotelli, quien estuvo en su puesto durante más de nueve años. Concluyendo, este año el Congreso ha finalizado una de sus tareas más arduas, que ha sido causa de muchas de sus crisis institucionales, y como era de esperar, la falta de transparencia ha sido una constante a lo largo del proceso.

Comenzando por la negativa de la Comisión seleccionadora a cumplir una solicitud de acceso a la información pública presentada por un ciudadano el 6 de enero de 2022, que requería las actas de las sesiones de los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2021 en formato PDF. Esta negativa se basó en que no todas las actas habían sido

⁷ La actual Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, la Ley N. 28301, publicada el 23 de julio de 2004, ha sido modificada hasta en cuatro oportunidades; mediante, el artículo único de la Ley N. 28764, publicada el 23 de junio de 2006; el artículo 2 de la Ley N. 29882 publicada el 07 de junio de 2012 por medio de la cual se añadió la modalidad de selección de candidatos por invitación; el artículo único de la Ley N. 29926 publicada el 30 de octubre de 2012; y el artículo único de la Ley N. 31031, publicada el 23 de julio de 2020, por medio del cual se viabilizó la creación de un Reglamento Especial y se mantiene vigente solo la selección de candidatos en base a un concurso público de méritos.

publicadas en el sitio web del Congreso, incumpliendo el principio de publicidad y transparencia establecido en el Reglamento actual. Esta controversia llegó al Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, que mediante una resolución emitida el 10 de marzo de 2022 (Resolución N.000585-2022), resolvió a favor del recurso impugnatorio, ordenando al órgano legislativo entregar la información solicitada en los términos requeridos.

Además, es importante mencionar la negativa de la Comisión seleccionadora a cumplir otra solicitud de acceso a la información pública presentada el 17 de febrero del mismo año. Esta solicitud buscaba obtener las copias en formato PDF de todos los informes enviados por la Contraloría a la Comisión sobre las declaraciones juradas de los candidatos respecto a sus ingresos, bienes, rentas y la gestión de conflictos de intereses, de acuerdo con lo establecido en el Reglamento y el cronograma del concurso. Esta controversia también fue llevada ante el Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, que emitió una resolución (Resolución N. 000938-2022) el 12 de abril de 2022, declarando fundada la apelación y rechazando los argumentos del Congreso para incumplir la solicitud, ordenando su cumplimiento en un plazo de diez días hábiles.

En relación a esta última controversia, el Congreso informó al Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública el 4 de mayo que no acataría la resolución y recurriría a la vía judicial. Sin embargo, un día antes de las votaciones, remitió la información solicitada, pero con más del 80% de las páginas censuradas. En este contexto, el 10 de mayo se eligieron en secreto y sin debate a los seis nuevos magistrados del Tribunal Constitucional peruano.

III. Análisis comparado

El marco kelseniano para la jurisdicción constitucional fue adoptado por la primera Corte Constitucional de la República de Austria durante 1920. Este evento inspiró solo a un puñado de otros países, incluidos España, Alemania e Italia, para establecer sus tribunales constitucionales únicos a lo largo del tiempo. Eventualmente, otras naciones tomaron medidas similares y establecieron sus propios tribunales constitucionales.

Inicialmente, la elección compartida de magistrados era exclusiva de las dos cámaras del Parlamento, según la opinión del creador de que los magistrados eran similares a legisladores negativos. Sin embargo, con el tiempo, el sistema judicial ha evolucionado. La jurisdicción del Tribunal fue de gran alcance⁸ y tuvo un impacto significativo en la conducta de la Administración, lo que generó desacuerdos sobre la autoridad de elección de los magistrados. A pesar de una reforma en 1929 que no alteró la jurisdicción de la

⁸ Al respecto, véase, Palomino Manchego, José. “El Tribunal Constitucional de Austria y su influjo en los ordenamientos iberoamericanos (los primeros pasos)”. en *La Constitución y sus garantías: A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917*. Instituto de Investigaciones jurídicas UNAM, 2017, pp. 649-662. Tenía competencia sobre: acciones de carácter patrimonial, conflictos de competencia administrativa, ilegalidad de decretos y ordenanzas, inconstitucionalidad de las leyes, inconstitucionalidad o ilegalidad de los tratados internacionales e infracciones al Derecho Internacional, control del procedimiento electoral, responsabilidad constitucional y penal de altos funcionarios públicos, y conflictos de los convenios entre la Federación y los Estatutos y entre los Estados.

corte, se otorgó al gobierno el poder de elección, lo que resultó en un poder judicial que en gran medida apoyaba su agenda. Este resultado jugó a favor de las ambiciones totalitarias de los nazis con respecto a Austria (Kelsen, 1993, p. 84).

El sistema de elección de magistrados será siempre utilizado para el beneficio político de las fuerzas del Estado, como lo afirma esta ilustración. Si bien la misión de los magistrados es hacer que el ejercicio político se ajuste a la Constitución, los actores políticos pueden intentar reducir el poder del Tribunal Constitucional mediante cambios en su proceso de selección o autoridad. Esto se debe a la importancia de una decisión o declaración de inconstitucionalidad en relación con sus intereses. Entre las diversas funciones de un tribunal constitucional se encuentra la facultad de anular leyes de cualquier poder del Estado, resolver conflictos de competencia y tomar acciones específicas dentro de los parámetros de las garantías constitucionales.

Kelsen (1994) defendió en su ensayo "La Garantía Jurisdiccional de la Constitución" un enfoque colaborativo en la selección de magistrados. Según él, un escenario ideal implicaría que el gobierno o el parlamento se hicieran cargo de la selección de candidatos mientras el otro realiza la elección. Además, Kelsen enfatizó la importancia de los juristas distinguidos y propuso que las facultades de derecho pudieran nominar candidatos para ciertos puestos, mientras que los propios tribunales podrían seleccionar reemplazos en caso de que quedara una vacante. (pp. 29-31).

Las ideas de Kelsen continúan dominando, aunque de una forma más refinada. La investigación de candidatos, el examen de propuestas y los procesos de votación se han transformado a lo largo de los años. En el derecho comparado se pueden observar diversos modelos de selección, y sus normas reflejan las dinámicas propias de cada nación. Si bien se han realizado intentos para categorizar estos modelos en función de los rasgos compartidos, la ausencia de una clasificación uniforme se deriva de los diferentes criterios utilizados por el autor.

En el siguiente cuadro podemos apreciar los distintos modelos vigentes en países del continente americano y europeo, de acuerdo con la participación de órganos políticos y no políticos en la elección de magistrados:

Tabla 2

Cuadro comparativo de Tribunales/Cortes Constitucionales de acuerdo con el país y los órganos del Estado que tienen la facultad de elección de sus magistrados.

País	Órganos del Estado que eligen
Austria	Nombrados por el presidente Federal a propuesta del Gobierno Federal (8), y de las dos cámaras del Parlamento Federal, el Nationalrat (3) y el Bundesrat (3).
Alemania	Elegidos por las dos cámaras del poder legislativo, el Bundestag (8) y Bundesrat (8).
Albania	Elegidos por el presidente (3), la Asamblea (3), y la Corte Suprema (3).
Colombia	Elegidos por el Senado de la República (9) a propuesta del presidente de la República, la Corte suprema y el Consejo de Estado.
Chile	Elegidos por el presidente de la República (3), el Congreso Nacional (4) y la Corte Suprema (3).
Croacia	Elegidos por el Parlamento (13).
Eslovaquia	Elegidos por el presidente de la República (13) a propuesta del Consejo Nacional.
Eslovenia	Elegidos por la Asamblea Nacional (9) a propuesta del presidente de la República.
España	Nombra el Rey, elige el Congreso (4), el Senado (4), el Gobierno (2), y el Consejo General del Poder Judicial (2).
Francia (Consejo Constitucional)	Elegidos por el presidente de la República (3), la Asamblea Nacional (3), y el presidente del Senado (3).
Hungría	Elegidos por la Asamblea Nacional (15).
Italia	Elegidos por el presidente de la República (5), el Parlamento (5) y las supremas magistraturas ordinarias y administrativas (5).
Perú	Elegidos por el Congreso de la República (7).
Polonia	Elegidos por la Cámara de Diputados (15) del Parlamento.
Portugal	Elegidos por la Asamblea de la República (10), y los diez magistrados electos (3).
República Checa	Nombrados por el presidente de la República con el consentimiento del Senado (15).
Rusia	Nombrados por el Consejo de la Federación (Senado) a propuesta del presidente de la Federación (11).

Hay casos adicionales que difieren significativamente de los anteriores. El Tribunal Constitucional de la República Dominicana, por ejemplo, tiene un proceso electoral inusual donde el Consejo Nacional de la Magistratura, compuesto por ocho funcionarios de varios poderes gubernamentales, lleva a cabo la elección. De igual forma, Ecuador cuenta con una comisión calificadora distinta, integrada por seis autoridades del Ejecutivo, Legislativo y del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, que es la encargada de la selección. En Bolivia, los candidatos son elegidos por el Poder Legislativo y luego votados por el pueblo, lo cual es un caso bastante raro.

De ninguna manera pretendemos abarcar todos los métodos posibles, sino ampliar nuestra perspectiva sobre el tema. Para lograr esto, sugerimos una nueva forma de categorizar los modelos electorales basados en la autoridad de la toma de decisiones final. Nuestras clasificaciones propuestas incluyen: 1) exclusividad del poder legislativo, 2) participación colectiva de varios poderes públicos, 3) selección por un órgano constitucional o comisión especializada, y 4) elección por sufragio.

Con base en el artículo 201 de la Constitución peruana, el poder legislativo se restringe a un determinado modelo. La Ley N° 28301, que incluye reformas a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, mantiene esta exclusividad a través del proceso de selección de candidatos calificados. Con la orientación de una comisión especial de selección compuesta por un parlamentario de cada grupo, se pueden elegir los siete magistrados de la Corte. Con base en el mérito, un concurso público lleva a cabo la primera etapa de selección de candidatos, tarea que está bajo la responsabilidad de esta comisión. Después de la selección viene la etapa final de la elección, que requiere la aprobación de las dos terceras partes del número legal de congresistas en el Pleno del Congreso.

En ciertos modelos, el poder legislativo tiene el poder exclusivo de elegir con la excepción de algún aporte público durante las primeras etapas de la votación. Alemania utiliza este enfoque para fomentar un fuerte acuerdo entre los representantes estatales antes de la selección de los dieciséis magistrados que componen el Tribunal Constitucional Federal. Para iniciar el proceso electoral, el Ministerio de Justicia y Protección al Consumidor elabora una lista adicional. Para ampliar el alcance de los candidatos potenciales para el Bundestag y el Bundesrat, se ha elaborado una recopilación de sugerencias. Estas recomendaciones provienen de varias fuentes, incluidos los gobiernos estatales individuales y el Poder Legislativo.

En medio de los procesos gubernamentales, se puede observar la participación tanto del Poder Ejecutivo como del Judicial, además de propuestas del Ministerio de Justicia y Gobiernos Federales. Un ejemplo de esto último es Alemania, donde los jueces de los más altos Tribunales Federales tienen reserva exclusiva de tres plazas en ambas salas del Tribunal Constitucional Federal. Con esto los tres poderes convergen para dejar la decisión final en las cámaras legislativas.

El método utilizado en Colombia para seleccionar a sus magistrados de la Corte Constitucional es comparable, ya que son elegidos exclusivamente por el Senado de la República. El Presidente, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado presentan

un total de tres listas especializadas de candidatos al Senado⁹, quien supervisa la elección después de un examen individualizado. Montoya (2013, p. 160) señala el objetivo de potenciar la credibilidad política de la Corte a través de un método que potencie su representatividad democrática. La realización exitosa de las elecciones es supervisada por senadores que son elegidos directamente por sufragio nacional.

Considerando lo anterior, afirmamos que otorgar la exclusividad absoluta al Parlamento como poder político tiende a distorsionar o politizar el proceso de selección. Esto se puede observar en casos como Polonia y Croacia, donde la falta de participación de otras entidades en la selección de candidatos, así como la falta de diligencia institucional y control por parte de los parlamentarios, ha generado graves crisis (Chmielarz-Grochal, Laskowska y Sulkowski, 2018, pp. 517-518).

En Perú, proponemos restringir la facultad del Congreso a elegir únicamente magistrados y eliminar el proceso de selección de precandidatos. Este enfoque es mejor que dividir el poder de elección entre diferentes entidades, como se vio con el ex Tribunal de Garantías Constitucionales. En cambio, un solo grupo debería tener el poder exclusivo de elegir, pero con aportes de varias autoridades y la sociedad civil durante las etapas anteriores. Esta conclusión se basa en la discusión anterior y en lo que exploraremos en el subcapítulo subsiguiente.

IV. Recomendaciones: una nueva comisión seleccionadora

En medio de las discusiones sobre los beneficios de la nueva reforma 2020, se ha planteado como medida imperativa la creación de una comisión de selección con miembros de diversas organizaciones públicas. Sin embargo, creemos que los especialistas deberían asumir este esfuerzo, en lugar de un panel de congresistas de varios campos sin la experiencia técnica adecuada. Curiosamente, vale la pena señalar que las comisiones legislativas nunca estuvieron compuestas por expertos legales.

Al tener motivaciones políticas, es importante recordar que una comisión parlamentaria es esencialmente solo una fachada técnica. En cambio, deberíamos confiar en que la nueva comisión actúe como un filtro que seleccione a los candidatos más adecuados. Esto no solo mejorará la eficacia del Congreso, sino que también servirá como plataforma para buscar negociaciones y acuerdos entre varios grupos parlamentarios. Como afirman García y Sánchez (2002, p. 9), este comité sería una excelente manera de generar un cambio positivo.

El establecimiento de una comisión especial con un representante de cada bancada parlamentaria promueve la creación de un grupo de trabajo de negociación y concertación en función de intereses específicos. Sin embargo, esto prioriza las consideraciones políticas sobre el necesario enfoque técnico de los procesos de selección por méritos, según lo establezca la normativa. El carácter estrictamente político de las comisiones creadas para supervisar los concursos públicos de méritos les impide asegurar un juicio imparcial y transparente. La objetividad y la imparcialidad

⁹ El Senado colombiano es constituido mediante elecciones en circunscripción nacional a diferencia de la Cámara de Representantes elegida en circunscripción territorial.

siguen siendo esquivas debido a los objetivos del grupo, que legitiman cualquier método utilizado para lograrlos.

Si bien se realizan esfuerzos a través de negociaciones y acuerdos para disminuir los conflictos entre los grupos parlamentarios y obtener la aprobación mayoritaria para el nombramiento de nuevos magistrados, las comisiones creadas en su mayoría no han logrado cumplir con este objetivo. Muchas veces, los candidatos previamente acordados por estos grupos han sido rechazados en el Pleno del Congreso.

Estos eventos no solo han llevado a la renuncia de candidatos en proceso, sino que también han generado un claro desincentivo para que los juristas más reconocidos de nuestro país se postulen, ya que temen ser maltratados. Además, estos sucesos han puesto de manifiesto la incapacidad institucional del Congreso para realizar elecciones oportunas. Como resultado, muchos magistrados han permanecido en sus cargos durante años, excediendo el tiempo de su mandato y yendo en contra del mandato constitucional que establece un periodo determinado.

Fomentar conflictos e ir en contra de los principios meritocráticos son dos resultados de permitir que los partidos políticos influyan en el proceso de selección de candidatos a través de comisiones parlamentarias compuestas únicamente por congresistas. Por lo tanto, se propone que estas comisiones no sean parlamentarias o compuestas únicamente por congresistas si queremos evitar tales intromisiones. De esta manera, los grupos minoritarios y de oposición no enfrentarán la frustración de que sus candidatos no sean seleccionados o que la mayoría rechace los acuerdos.

En este sentido, nuestro modelo de elección de magistrados debe trascender los partidos políticos. Es necesario promover un pluralismo efectivo en la etapa previa de selección de candidatos. Por lo tanto, consideramos apropiado optar por una comisión de selección similar a la que se estableció anteriormente para elegir a los miembros de la Junta Nacional de Justicia¹⁰.

Dicho esto, se propone la creación de una comisión conformada por: 1) el/la presidente(a) del congreso, quien debe presidirla; 2) un(a) representante del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; 3) un(a) representante del Poder Judicial; 4) un(a) representante de la Junta Nacional de Justicia; 5) un(a) representante de la Defensoría del Pueblo; 6) un(a) representante de la Fiscalía de la Nación; y 7) un(a) representante del colegio de abogados.

El proceso de selección meritocrático se hace más confiable debido a la participación de grupos variados. El control mutuo se logra a través de su participación, lo que minimiza la posibilidad de acuerdos o negociaciones partidistas que puedan conducir a la distorsión. Adicionalmente, los evaluadores más calificados para el Tribunal Constitucional vienen en forma de representantes, con amplio conocimiento en el

¹⁰ Dicha comisión especial estuvo conformada por 1) el defensor del pueblo; 2) el presidente del Poder Judicial; 3) el fiscal de la nación; 4) el presidente del Tribunal Constitucional; 5) el Contralor General de la Republica; 6) un rector elegido en votación por los rectores de las universidades públicas licenciadas con más de cincuenta años de antigüedad; y, 7) un rector elegido en votación por los rectores de las universidades privadas licenciadas con más de cincuenta años de antigüedad.

campo de la Justicia y los Derechos Humanos. La inclusión del representante del Colegio de Abogados y cinco representantes del Estado como representantes de la sociedad civil otorga mayor credibilidad política y democrática al proceso, fortaleciendo también la posición de los magistrados electos.

Con el objetivo de garantizar un proceso de selección de alta calidad para la comunidad, la comisión propuesta tiene el mandato de adherirse a los principios de igualdad, meritocracia, transparencia, imparcialidad y no discriminación conforme a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. El Pleno del Congreso requerirá una comprensión clara de los perfiles de los candidatos, lo que hace imprescindible una visibilidad integral de la evaluación y las entrevistas.

Negar las nociones falsas a las que se aferran los grupos parlamentarios sobre las elecciones y manipular la selección de candidatos para engañar a la sociedad de una contienda justa y meritocrática del concurso. Pero es crucial reconocer que la implementación de cualquier propuesta exige dedicación, comportamiento ético y armonía política para elegir a los representantes de una institución como el Tribunal Constitucional, que defiendan la supremacía de la Constitución como máxima ley del país con autonomía y precisión, al tiempo que validen los Derechos Fundamentales.

V. Conclusiones

Llegados a este apartado, se advierte a partir del recuento de procesos de elección en el Perú que determinados momentos a lo largo de la historia de nuestro Tribunal Constitucional han sido de copamiento y de sometimiento al poder político, además que el modelo de exclusividad absoluta del Congreso de la República en torno a este tema es en definitiva un modelo problemático.

Sin perjuicio de ello, causa mayor preocupación el bajo nivel de institucionalidad que al 2022 siguen demostrando las agrupaciones parlamentarias que son incapaces de cumplir correctamente con las normas y principios que disciplinan la selección de candidatos. En ese sentido, a lo largo de generaciones no se ha podido difundir en la conciencia ciudadana que los procesos de elección se basen en la meritocracia, dejándose por sentada la idea según la cual las razones político-partidarias son el factor determinante en la toma de decisiones.

Por lo señalado, no cabe duda que nuestro modelo requiere de una reforma jurídica, algunos de los puntos a tratar deberían ser el de permitir la participación de diferentes entidades públicas y de la sociedad civil en la etapa previa de selección, así como también incentivar el debate ciudadano y mediático a través de la difusión con mayor compromiso sobre la forma como se eligen a los magistrados y los criterios utilizados para ello, la manera como plantear tachas, y la posibilidad de accionar el derecho de acceso a la información pública.

VI. Referencias

- Aguirre, M. (1991). La razón principal del fracaso del TGC. *THEMIS Revista De Derecho*, (20), 7-12.
- Arrimada, L. (2012). Sin frenos ni contrapesos, Mucho más allá del presidencialismo y parlamentarismo: democracia deliberativa y división de poderes en el siglo XXI. En Departamento de Publicaciones-Facultad de Derecho (Ed.), *Lecciones y Ensayos* (pp. 223-243). Buenos Aires, Argentina: Universidad de Buenos Aires.
- Baamonde, L. (2019). La dimensión orgánica de la Justicia Constitucional: apuntes para la reflexión a partir de la comparación de los casos italiano y español. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 23(2), 339-367.
- Blume, E. (1996). El tribunal constitucional peruano como supremo Intérprete de la constitución. *Derecho PUCP*, (50), 125-205.
- Chmielarz-Grochal, A., Laskowska, M., y Sutkowski, J. (2018). Selección de magistrados constitucionales. Aspectos legales y políticos de la crisis de nombramiento en algunos países europeos. *Estudios constitucionales*, 16(2), 481-526.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2013). *Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia. Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el estado de derecho en las Américas*. Recuperado de <http://www.cidh.org/>
- Ferejohn, J. (2002). Judicialización de la política, politización de la ley. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, (184), 13-49.
- García, M. y Sánchez, F. (2002). *Las comisiones legislativas en América Latina: una clasificación institucional y empírica*. Barcelona, España: Instituto de Ciencias Políticas y Sociales.
- Gutiérrez, C. (2021). *El Parlamento y la Elección de Jueces Constitucionales*. Lima, Perú: Centro de Estudios Constitucionales y Parlamentarios.
- Hakansson, C. (2020). El contenido del principio de separación de poderes. A propósito de la demanda competencial sobre la disolución parlamentaria. *Gaceta Constitucional*, (146), 63-74.
- Kelsen, H. (1993). El control de la constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las constituciones austriaca y norteamericana. *IUS ET VERITAS*, (6), 81-90.
- Kelsen, H. (1994). La Garantía Jurisdiccional de la Constitución. La Justicia Constitucional. *IUS ET VERITAS*, 5(9), 17-43.

- Landa, C. (1995). Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional: el caso peruano. *Pensamiento Constitucional*, (2), 73-114.
- Landa, C. (2007). *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Landa, C. (2020). Estatuto del Juez Constitucional en el Perú. *Pensamiento Constitucional*, (25), 101-127.
- Quiroga, A. (2002). El Derecho Procesal Constitucional Peruano. En J. Vega Gómez & E. Corzo Sosa (Ed.), *Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (471-503). UNAM, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Montoya, M. (2013). “Si no vas al Senado, no te eligen magistrado”. Instituciones informales y criterios de selección de los magistrados de la Corte Constitucional colombiana en el Senado (1992-2009). *Colombia Internacional*, (79), 155-190.
- Morales, J. (2000). Del Tribunal de Garantías Constitucionales al Tribunal Constitucional peruano. Análisis jurídico-político comparativo. *Derecho PUCP*, (53), 65-88.
- Restrepo, J. y Gallo, J. (2021). Razón pública y justicia democrática: Los fundamentos teóricos de la democracia constitucional en el pensamiento político de John Rawls. *Derecho Global. Estudios sobre derecho y justicia*, 6(18), 171-197.
- Themis, T. (1987). Entrevista a Javier Valle-Riestra Gonzales-Olaechea. *THEMIS Revista De Derecho*, (9), 59-66.
- Tribunal Constitucional del Perú (2018). *Jurisprudencia relevante del Tribunal de Garantías Constitucionales – Procesos de Inconstitucionalidad*. Lima, Perú: Centro de Estudios Constitucionales.

Normativa y jurisprudencia

- Constitución Política del Perú de 1979, Asamblea Constituyente, Diario Oficial El Peruano, 28 de julio de 1980.
- Constitución Política del Perú de 1993, Congreso Constituyente Democrático, Diario Oficial El Peruano, 29 de diciembre de 1993.
- Ley mediante la cual adicionan artículo a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Congreso de la República, Ley n.º 26622, Diario Oficial El Peruano, 14 de junio de 1996.
- Ley mediante la cual cesan a los miembros del Tribunal de Garantías Constitucionales, Presidencia de la República del Perú, Decreto Ley n.º 25422, Diario Oficial El Peruano, 09 de abril de 1992.

Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Congreso de la República del Perú, Ley n.º 26435, Diario Oficial El Peruano, 10 de enero de 1995.

Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, Congreso de la República del Perú, Ley n.º 23385, Diario Oficial El Peruano, 20 de mayo de 1982.

La validez de las declaraciones provenientes de un juicio interrumpido

The validity of statements from an interrupted trial

Carlos Alberto Vásquez Boyer*

Recepción: 17 de junio de 2022

Aceptación: 21 de noviembre de 2022

RESUMEN: El propósito de la presente investigación consiste en indagar si es posible admitir en el contexto del proceso penal peruano, que el acusado y el Fiscal, puedan confrontar el dicho de los justiciables y otros sujetos procesales (testigos y peritos) en un juicio oral, con sus versiones dadas previamente en un juicio interrumpido y declarado nulo en el que el hecho objeto de juzgamiento es el mismo. Se defiende la tesis que a partir de una adecuada interpretación de la norma procesal, a la luz de disposiciones constitucionales y convencionales (en las que se comprenden derechos fundamentales y garantías procesales) y el conocimiento filosófico básico, el acusado y el fiscal están permitidos a ejercer el derecho a ofrecer la confrontación de una versión dada por un sujeto procesal, con su propia versión dada contradictoriamente en un juicio declarado nulo, con lo que se materializa el ejercicio del derecho a la prueba y al contradictorio.

PALABRAS CLAVE: proceso penal; declaración previa contradictoria; juicio interrumpido; juicio dejado sin efecto.

ABSTRACT: *The purpose of this investigation is to contribute to the doctrinal debate in the field of criminal procedural law and contribute to solving a concern that is expressed especially by the technical defense in the Unipersonal or Collegiate Courts, regarding whether it is possible to admit the The accused and the Prosecutor confront the saying of the defendants and other procedural subjects (witnesses and experts) in an oral trial, with their versions previously given in an interrupted trial and declared null in which the fact*

* Doctor en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Nacional de Trujillo. Profesor principal de la Universidad Nacional de Trujillo, Perú. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5926-9248>. Correo electrónico: cvasquezb@unitru.edu.pe

object of the trial is the same. I will maintain that based on an adequate interpretation of the procedural norm, aligned with the constitutional and conventional norm (which includes fundamental rights and procedural guarantees) and basic philosophical knowledge, the accused and the prosecutor are allowed to exercise the right to offer the confrontation of a version given by a procedural subject, with its own version given contradictorily in a trial declared null, with which the exercise of the right to proof and to the contradictory materializes. The arguments that support the postulated position will be elaborated and systematized.

KEYWORDS: *criminal process; contradictory prior statement; trial interrupted; judgment voided.*

SUMARIO: *I. Introducción.- 1.1 Realidad problemática.- 1.2 Antecedentes.- 1.3 Justificación.- II. Análisis interpretativo de la norma procesal penal.- III. Análisis interpretativo de la Constitución y los tratados internacionales.- IV. Análisis ontológico.- V. Conclusiones.- VI. Recomendaciones.- VII. Referencias.*

I. Introducción

1.1 Realidad problemática

La administración de justicia penal es singular por el impacto que tiene en los derechos fundamentales de la persona, particularmente en el derecho a la libertad personal en su variable de libertad ambulatoria. Las decisiones tomadas por los jueces de la república, si bien son sustentadas en el arsenal probatorio esgrimido en su momento tanto por la parte acusadora como el Defensor del acusado, tienen que ver con el conocimiento ostentado por cada uno de ellos respecto, también, del contenido de cada una de las disciplinas que forman parte de la enciclopedia de las ciencias penales, así como de la intensidad con que dichos magistrados hayan sido influenciados por la constitucionalización del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal. No pocas veces un juicio oral ha sufrido suspensiones por más de ocho días hábiles por causas distintas determinándose la interrupción del debate dejándose sin efecto el juicio, sin perjuicio de señalarse nueva fecha para su realización. Así está preceptuado en el artículo 360 numeral 3 del Código Procesal Penal peruano (en adelante CPP):

La suspensión del juicio oral no podrá exceder de ocho días hábiles. Superado el impedimento, la audiencia continuará previa citación por el medio más rápido, al día siguiente siempre que éste no dure más del plazo fijado. Cuando la suspensión dure más de ese plazo, se producirá la interrupción del debate y se dejará sin efecto el juicio, sin perjuicio de señalarse nueva fecha para su realización.

Ocurre, sin embargo, que el juicio interrumpido avanzó hasta un momento tal en que no sólo el acusado había brindado su declaración, sino que también lo habían hecho los testigos de fiscalía como del defensor técnico, y hasta peritos ofrecidos por las partes. Esas declaraciones fueron brindadas sin coacción alguna, cumpliéndose el procedimiento de rigor (juramentos o promesas de decir la verdad, ratificación de pericias, etc.), presencia legitimada del operador jurisdiccional competente y del fiscal; en fin, sin observación alguna que pueda hacerse a dicha actuaciones.

Programado el nuevo juicio oral y actuadas las declaraciones antes indicadas se advierte que el sentido de algunas nuevas declaraciones son contradictorias con las brindadas en el juicio interrumpido, lo que servirá (no como dato contradictorio sino como dato fáctico) para formar criterio en el juzgador, que al final se expresará en el fallo de la sentencia. Probablemente, con el sentido de las declaraciones en el juicio interrumpido, de no haberse interrumpido, la sentencia habría tenido un fallo distinto al que se ha expedido con las declaraciones contradictorias.

Pues bien, algunas veces algún sujeto procesal ha pretendido, sin éxito, confrontar la nueva versión con la brindada en el juicio interrumpido bajo el argumento que el juicio oral anterior fue “declarado nulo” y “por tanto son nulas todas las actuaciones allí realizadas”, sin hacerse una mayor fundamentación al respecto ni reflexionar y/o esforzarse por interpretar lo que el legislador buscó con la norma procesal antes mencionada (Artículo 360, inciso 3 del CPP).

Si entendemos que el proceso penal busca la reconstrucción histórica de lo acontecido, además de aplicar la ley que corresponde, no vemos razón valedera para no admitir confrontar dos versiones contradictorias pertenecientes a una misma persona, tanto más si ello es precisamente lo que como se ha dicho, sustenta la decisión jurisdiccional en la sentencia. Con la presente investigación se busca, consecuentemente, establecer los fundamentos que justifican el derecho de los sujetos procesales para ejercer plenamente su derecho a probar y por tanto probar la falta de credibilidad de quien brinda versiones distintas sobre el hecho materia de juzgamiento. Si, finalmente, concebimos que el proceso penal es el espacio dentro del que debe acreditarse con pruebas la imputación que hace el Ministerio Público contra un individuo, esa carga de la prueba no es un mandato de alcance legal sino constitucional, con lo que podemos deducir la dimensión que dicha obligación tiene y su incidencia en la decisión final que luego del debate probatorio tomen los jueces de juzgamiento.

En ese sentido, la pregunta clave que orienta esta reflexión académica sería la siguiente: ¿qué fundamentos sustentan la admisión como prueba de una declaración brindada por los justiciables o los órganos de prueba, en un juicio interrumpido y declarado sin efecto, a fin de ser actuada y/o confrontada con la nueva declaración brindada en el nuevo juicio oral?

1.2 Antecedentes

El procesalista chileno Mauricio Duce (2014), Profesor de la Universidad Diego Portales de Chile, en su artículo titulado *El derecho a confrontación y uso de declaraciones emitidas en un juicio previo anulado*, analiza el sistema penal chileno y considera que no usar una declaración previa que proviene de un juicio anulado obedece:

a debates doctrinales muy abstractos y que no consideran los valores en juego o que se basan en una lectura formalista y parcial de las reglas que conforman nuestro sistema procesal penal. Si bien hay que reconocer que el CPP sería perfectible en esta materia, sus reglas actuales no impiden que una interpretación que, considerando cinco de las garantías fundamentales reguladas en los tratados internacionales, la Constitución y el propio CPP, permita un uso amplio de las declaraciones previas. (p.143)

Por su parte, Vial (2011), Profesor de Destrezas de Litigación de Chile, en su artículo titulado *El derecho a confrontación con declaraciones de un juicio anulado en el marco del proceso penal*, hace hincapié en que la declaración de invalidez de un acto no significa que este no exista:

la nulidad es un concepto o categoría jurídico, representativo de la declaración de invalidez de un acto para producir ciertos efectos jurídicos, y, por ende, no predica ni significa la inexistencia del acto (categoría perteneciente a otro mundo), como si en él no se hubiera realizado. (p. 471)

De otro lado, Lorenzo Bujosa (2020), Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca, en su artículo publicado bajo el título *La Prueba de Referencia en el Sistema Penal Acusatorio* precisa:

Como puede comprobarse, no es fácil la concreción en el ámbito probatorio de las exigencias del proceso justo o con todas las garantías –sea considerado más o menos acusatorio–. Pero lo que sí está claro es que es imprescindible hacerlo: es necesario, en todo caso, equilibrar una serie de intereses contrapuestos, atendiendo a los derechos fundamentales y a los valores superiores que informan el ordenamiento, para lo cual es fundamental tener en cuenta los parámetros de proporcionalidad y ponderación, para que en ningún caso haya restricciones excesivas –y por tanto injustas– a los elementos esenciales de nuestra convivencia. (p.79)

Aun cuando este último autor no abarca directamente la posibilidad del uso de declaraciones efectuadas en juicio que fueron declarados nulos, deja; sin embargo, expuesto criterios interpretativos vinculados a derechos fundamentales del procesado en

el proceso penal, fluyendo de los mismos que puede hacerse un análisis detallado de cada caso a fin de equilibrar intereses para llegar a un proceso justo.

1.3 Justificación

El presente trabajo queda justificado desde que un proceso penal puede concluir con una sentencia condenatoria o absolutoria que, obviamente, no concordaría con lo que realmente ocurrió; esto es, puede producirse un pronunciamiento que genera impunidad o que afecta injustamente derechos fundamentales de una persona –situaciones ajenas al quehacer de la justicia- si es que en dicho proceso se restringe el derecho a probar que le asiste a los sujetos procesales fiscal y defensor del acusado, impidiéndoles evaluar técnicamente la información proporcionada por aquellos que en un juicio oral interrumpido fueron sometidos a un examen (interrogatorio) o contra examen (contrainterrogatorio), habiendo brindado información que resulta contradictoria con la que proporcionan en un nuevo juicio. Siendo así, es necesario determinar si es posible o no, que aquellas versiones contradictorias puedan ser objeto de debate en el juicio oral, materializando fácticamente el ejercicio del derecho a la defensa, a probar y al contradictorio, en el marco general de la presunción de inocencia del que goza un procesado, derechos a los que el Estado está obligado a garantizar porque así lo establece el primer párrafo del artículo 44 de la Constitución.

Esa necesidad está vinculada con el derecho a probar reconocido como un derecho fundamental en el ordenamiento jurídico peruano. Y, además, está consagrado como derecho humano en los tratados internacionales tanto de carácter regional como universal. La investigación se justifica, además, porque resulta necesario revertir una decisión por demás subjetiva asumida por los jueces en el país, respecto a que jamás podría confrontarse al acusado, testigo o perito con una de sus declaraciones previas brindadas en un juicio que se declaró nulo (interrumpido), bajo el argumento acientífico que por haberse declarado nulo el juicio también lo es la información que brindó el perito o testigo. Tal consideración no sólo es acientífica sino que además no puede tener cabida en un Estado de Derecho en el que la ciencia, la lógica y la razón, han sido consideradas por el legislador nacional como las reglas delimitadoras de un contexto dentro del que el juez peruano debe hacer evaluación y ponderación de la prueba en que sustenta su decisión.

Desde la Ontología no puede desconocerse que una declaración previa se ha dado en una circunstancia determinada (un juicio realizado en un ambiente del Poder Judicial, ante un juez con presencia de un Fiscal, abogado defensor, un asistente judicial), siendo tal declaración un hecho entendido como tal, y que –por tanto- tiene existencia propia. Y, si por razones técnicas procesales debido a, por ejemplo, una indebida motivación o haberse afectado por otras razones el debido proceso, ello de ninguna manera desvanece ontológicamente la declaración brindada. El sentido de tal declaración debe servir, más bien, para valorar el comportamiento procesal de quien presta esa declaración y la incidencia de ese comportamiento en el proceso, particularmente en la intensidad con que impacta en el juzgador para generar la percepción de certeza de lo informado.

II. Análisis interpretativo de la norma procesal penal

Como lo han reconocido connotados autores nacionales, el proceso penal tiene por finalidad el esclarecimiento de un hecho que tiene connotación penal, identificando al autor o autores del mismo, a fin de aplicar la ley penal resarciendo el daño que se haya podido producir con la comisión de dicho hecho. Así, San Martín (1999) afirma que “el proceso penal busca proteger la integridad del ordenamiento jurídico penal, lo que implica imponer la pena o medida de seguridad, así como determinar conjuntamente las consecuencias civiles de los mismos hechos” (pp.31-32). Complementa Salas (2004), al indicar que “...el proceso tiene por fin inmediato, determinar la existencia del hecho punible y la responsabilidad respectiva. Y, como fin mediato, la búsqueda de la solución del conflicto derivado por el delito” (p.72). Esta finalidad del proceso penal está sujeta a determinadas reglas procedimentales consagradas en el CPP, cuyo cuerpo normativo contiene también preceptos con carácter de principios¹, ubicados en su Título Preliminar. Así, por ejemplo, que toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral, público y contradictorio; que las partes intervendrán en el proceso con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución y que los jueces preservarán el principio de igualdad procesal; que toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerado inocente mientras no se haya demostrado lo contrario, teniéndose que declarar su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada, para lo que se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales; todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido o incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo; que carecen de efecto legal las pruebas obtenidas directa o indirectamente con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona; que el derecho de defensa se expresa en el derecho a intervenir en plena igualdad en la actividad probatoria; entre otras garantías.

En síntesis, la concepción bajo la cual se estructura el CPP, no es otra que la de respeto pleno a la vigencia de los derechos fundamentales de la persona de allí que, por ejemplo, los sujetos procesales fiscal y acusado tienen y/o merecen la misma consideración de parte del operador jurisdiccional, quien está obligado a preservar el principio de igualdad procesal; y, si del derecho a probar se trata, también dichos sujetos procesales gozan plenamente de dicho derecho ya que se reconoce expresamente que las partes intervienen en el proceso con iguales posibilidades de ejercer los derechos previstos en la Constitución, ya que ese derecho tienen sustrato constitucional.

¹ Neyra (2010) sobre los principios precisa que: “son criterios de orden jurídico político que orientan el Proceso Penal en el marco de una política global del Estado en materia penal” (p.121). Véase también Coria (2006) quien indica que los principios en tanto garantías constitucionales en el marco de un proceso penal, “permiten que los culpables respondan ante la ley de un modo civilizado y que los inocentes, pesar a las deficiencias del sistema, puedan hallar una justa absolución” (p.1045).

Ahora bien, analizando de manera específica el interrogatorio y el contrainterrogatorio, según como están regulados en el Art. 170 numeral 5 y el Art. 378 numeral 8 del CPP, se aprecia que la finalidad de dichas actuaciones no es otra que obtener información de lo que conocen los órganos de prueba. Además, según lo precisado anteriormente sobre la concepción garantista del proceso penal, el interrogatorio y el contrainterrogatorio, deben realizarse en el marco del respeto de los derechos fundamentales; pero, sin perder su finalidad.

Sometidos al interrogatorio (examen) o contrainterrogatorio (contra examen), el acusado y los demás órganos de prueba tienen libertad plena para brindar la información que tienen en relación al hecho que se juzga; esto es, esa información no puede ser obtenida en base a coacción o medida alguna que afecte esa libertad ya que de lo contrario carecería de valor lo manifestado, conforme así está previsto en la parte in fine del artículo 1 inciso 24, párrafo “h” de la Constitución, el cual establece que carece de valor la declaración obtenida mediante violencia.

Asimismo, es importante precisar que la declaración dada en juicio oral, no tiene las mismas características entre la que corresponde al acusado y la que corresponde a otros órganos de prueba. Estos están obligados por la ley a informar lo que saben o les consta del hecho en juzgamiento, tal como lo prescribe el Art. 163 y el Art.173 del CPP, asumiendo responsabilidad penal si así no lo hicieran²; los otros, pueden dar la información que estimen conveniente sin asumir responsabilidad si dicha información no es real. En uno y en otro caso hacen uso de su libertad para responder brindando la información que se les ha pedido; esto es, esa libertad y el respeto del conjunto de garantías constitucionales determinan que es adecuado presumir que lo informado corresponde a lo ocurrido, salvo que cotejada la información con otras actuaciones probatorias se establezca que no lo es.

De otro lado, no podemos dejar de exponer que para la validez de lo acontecido en juicio oral debe estar presente el acusado y su defensor, así como los jueces y el fiscal, salvo que en el caso del acusado este tenga el permiso para alejarse del juicio tal como lo establece el Art. 359 numeral 3 del CPP. Ocurrido ello, nada podría ser objetado respecto a la validez de lo actuado en la audiencia. En consecuencia, de haberse actuado la prueba testimonial o pericial, o la declaración del acusado o la agraviada, la información que se haya podido obtener sería una realidad, un hecho fáctico demostrable, tanto más si conforme a la exigencia del Art. 361 numeral 2 del CPP, quedó registrado en acta o en un soporte tecnológico, con lo que se podría recrear lo ocurrido. Solo la omisión de alguna formalidad en el acta la privará de sus efectos, o tornará invalorable su contenido cuando ellas no puedan ser suplidas con certeza sobre la base de otros elementos de la misma actuación o actuaciones conexas, o no puedan ser reproducidas con posterioridad y siempre que

² Véase el Art. 409 del CPP, el cual consagra el delito de falso testimonio en juicio: “El testigo, perito...que en un procedimiento judicial, hace falsa declaración sobre los hechos de la causa o emite dictamen, traducción o interpretación falsos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años”.

provoquen un agravio específico e insubsanable a la defensa del imputado o de los demás sujetos procesales conforme lo establece el Art. 121 del CPP. De no mediar ello, todo lo actuado tiene validez para efectos del juzgamiento.

Establecido lo anterior, corresponde analizar desde la normativa procesal penal, si la declaración efectuada por un órgano de prueba en un juicio que fue declarado nulo, puede ser introducida como prueba en el nuevo juicio oral. Respecto de ello debe precisarse que el Art. 149 del CPP, prevé como norma rectora referida a la nulidad, que “La inobservancia de las disposiciones establecidas para las actuaciones procesales es causal de nulidad sólo en los casos previstos por la ley” significando ello que se haya contrariado normas exigibles para su realización, como en los casos del artículo 150 del acotado cuerpo normativo, a los que el legislador ha considerado como merecedores de nulidad absoluta, esto es sin valor para efecto alguno. En consecuencia, por ejemplo, de haberse realizado un juicio oral con jueces no competentes ni nombrados para conducirlo; o, sin que el acusado haya estado asesorado por un abogado de su libre elección o por un defensor de oficio; o, sin la participación del Fiscal, en cuyos casos dicho juicio tendría que ser declarado nulo y por tanto sin valor alguno lo actuado.

Otra es la situación de un juicio respecto del cual se declara la interrupción porque se mantuvo suspendido por más de ocho días hábiles, debiéndose dejar sin efecto el juicio tal como lo dispone el Art. 360 numeral 3 del CPP. En este caso no podemos afirmar que el acto realizado (por ejemplo, la declaración del testigo o el perito) en el juicio interrumpido sea nulo, por lo que, si bien es verdad que no podríamos trasladar todo lo realizado en el juicio interrumpido al nuevo juicio oral programado, si se podría utilizar esa declaración en este juicio, como una declaración previa si así conviniera a la parte correspondiente.

Dejar sin efecto el juicio no implica, entonces, que en rigor procesal se declare la nulidad o invalidez del acto procesal realizado con las formalidades establecidas, al menos eso no se establece de manera literal del Art. 360 numeral 3 del CPP. En todo caso, lo que esta norma significa es que ciertas circunstancias suscitadas influyeron en su interrupción y por tanto deba reiniciarse ya que, por ejemplo, se contrarió el principio de celeridad que aconseja que el debate probatorio deba ser realizado en un sólo día según lo indica el Art. 360 numeral 1 del CPP, o de no ser posible en los días consecutivos, sin que su suspensión pueda durar más de ocho días hábiles. Y, es que resulta razonablemente previsible advertir que una suspensión por mayor tiempo que el indicado impide que la información pueda ser retenida naturalmente por el juzgador que juzgará, aun cuando lo declarado quede registrado en acta o en algún soporte electrónico, pues la inmediación no puede ser suplida con ello, de lo contrario podría llegarse al extremo de pensarse en juicios en los que debiendo participar un colegiado (tres jueces) sólo participe un juez, pudiendo los otros dos recibir la información del que asistió o extraerla del soporte electrónico, y los tres elaborar el fallo de la sentencia. El mal uso de la expresión “nulidad”, al referirse a la consecuencia de una interrupción del juicio (dejar sin efecto el juicio), abona erróneamente a la consideración muy arraigada en el sentido que todo lo acontecido en el

juicio interrumpido es nulo y sin valor alguno, pues ya se ha dicho que la nulidad de un acto está expresamente consignada en los artículos 149 y 150 del CPP. Conduce también a la errónea consideración de no poder utilizar la declaración realizada en el juicio dejado sin efecto.

Si algo más refuerza la interpretación invocada en esta indagación es que el artículo 120 del CPP, prevé que todo cuanto acontece judicialmente queda registrado en un acta; consecuentemente, las actuaciones procesales consistentes en las declaraciones brindadas por los órganos de prueba en el juicio dejado sin efecto tienen existencia propia como tales, es decir tienen existencia fáctica, lo que permitiría verificar si éstas se actuaron con el rigor procesalmente exigido a fin de admitirlas en el nuevo juicio. No se trata de admitirlas como prueba en el juicio oral para reemplazar la versión que sobre lo mismo – y sobre la base del principio de inmediación- debe responder el sujeto en el nuevo juicio oral, sino de poder ser comparadas, confrontadas, con las que contradictoriamente han dado en el nuevo juicio.

III. Análisis interpretativo de la Constitución y los tratados internacionales

Los preceptos constitucionales que tienen incidencia en el proceso penal, y más precisamente en el procedimiento penal, se encuentran básicamente contenidos en el artículo 2 de la Constitución Política del Perú, considerados como derechos, y en el artículo 139, considerados como garantías de la función jurisdiccional. En este atado de normas constitucionales el principio de presunción de inocencia (Art. 2 numeral 24, literal “e”) cobra una gran relevancia y se convierte en base fundante del derecho a la defensa (Art. 139 numeral 14) para refutar la imputación que se le hace a la persona, pudiéndolo hacer a través del ofrecimiento de pruebas. Así, estos dos derechos (Presunción de inocencia y derecho a la defensa) se convierten en la fortaleza con que el acusado ingresa a un juicio oral a responder por lo que es acusado; y, en una circunstancia como esa es de admitir que lo menos que el Estado puede garantizarle al sujeto es precisamente el derecho a poderse defender en condiciones de igualdad frente a su acusador, ya que éste contando con agencias oficiales de estructuras sólidas y recursos abundantes, lo ha llevado a un juicio oral en que se encuentra en situación de ventaja frente al acusado. El marco constitucional, entonces, resulta ser a su vez la base fundante y justificadora del mecanismo que el legislador ha establecido para que el acusado, ejerciendo su derecho a la defensa, pueda contradecir la imputación que le hace el fiscal: el interrogatorio y el contra interrogatorio. Pero, a su vez, ese mecanismo puede también ser utilizado por el fiscal para fortalecer la acusación obteniendo información que corrobore la imputación, ya que, como ha quedado establecido líneas arriba, existe igualdad entre las partes para el ejercicio del derecho de cada uno. La prueba en el proceso penal no juega otro rol más que el de generar información necesaria para que el juez vaya formando criterio, convicción, respecto de la existencia del hecho y del responsable del mismo, de ahí que como derecho de alcance constitucional a ser ejercido en el juicio oral tiene una gran significación. Cuanta información fluya adecuada y legítimamente como consecuencia del interrogatorio y contra interrogatorio servirá para la determinación del fallo en la

sentencia, necesitándose que esa información sea valorada en el marco de un sistema de sana crítica e íntima convicción, esto es

la sana crítica racional se caracteriza por la posibilidad de que el magistrado logre sus conclusiones sobre los hechos de la causa, valorando la eficacia conviccional de la prueba con total libertad, pero respetando, al hacerlo, los principios de la recta razón, es decir, las normas de la lógica (constituidas por las leyes fundamentales de la coherencia y de la derivación, y por los principios lógicos de identidad, de y no contradicción, de tercero excluido y de razón suficiente), los principios incontrastables de las ciencias (no sólo de la psicología, utilizable para la valoración de dichos o actitudes) y la experiencia común (constituida por conocimientos vulgares indiscutibles por su raíz científica; v.gr, inercia, gravedad). (Cafferata, 2003, pp.47-48)

Es este el alcance de la lectura del precepto constitucional del derecho a probar y que exige del operador jurisdiccional una actitud amplia y responsable en su esfuerzo valorativo, que a nivel procedimental ha sido incorporada en el CPP, referida a la valoración de la prueba.

De otro lado, el Estado peruano está obligado a la aplicación de normas contenidas en los tratados internacionales que forman parte del sistema internacional de protección de los derechos humanos. En todos ellos se consagra, y por ende se reconoce, el derecho a la defensa que le asiste a las personas, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Artículo 11, inciso 11); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Artículo 14, inciso 3, parágrafo “d”), Convención Americana de los Derechos Humanos, (artículo 8, inciso 2, parágrafo “d”), Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Derechos Fundamentales (Artículo 6, inciso 3, parágrafo “c”). Conforme a lo dispuesto por el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados los estados privilegiarán la aplicación de lo previsto en los tratados a los que se han adherido. Y, siendo el Perú un país que se ha adherido a los instrumentos internacionales, está obligado a su cumplimiento, lo que tiene singular importancia porque derechos como el referido a la presunción de inocencia y el derecho a probar tienen una posición especial, como la de piedra angular de los derechos que deben ser tenidos en cuenta en un proceso penal.

IV. Análisis ontológico

Un juicio oral que se deja sin efecto porque se interrumpió de acuerdo a lo indicado en el artículo 360, inciso 3, del CPP, y cuyas actuaciones procesales se realizaron de acuerdo a las formalidades exigidas en dicho cuerpo normativo, no deja de haberse realizado en una determinada realidad objetiva, más aun si esas actuaciones quedaron registradas en actas o imágenes y sonidos de soportes tecnológicos susceptibles de reproducción para mantenerse en la citada realidad. No es que al volverse a realizar el juicio oral para proceder al juzgamiento correspondiente todo lo acontecido en el juicio interrumpido se

esfuma y pasa a formar parte de otra dimensión, de lo fantasioso, lo aparente, irreal, imaginario, pasando a existir en una realidad representativa y no objetiva. No es que realidad se refiera solo a cosas materiales ya que los sentimientos no lo son pero existen en una determinada realidad objetiva. Y, si se trata de expresiones verbales expuestas por un órgano de prueba en un juicio interrumpido, estas seguirán existiendo en la realidad aun cuando el hecho mismo de volver a escuchar la declaración no se produzca retrocediendo el tiempo para volver a lo acontecido. Se puede, auxiliándonos de la tecnología, reproducir o recrear lo acontecido. Si eso es así en un juicio, es decir si los jueces no necesitan que ante sus ojos se produzca el hecho materia de juzgamiento, éste puede ser reconstruido con lo que los órganos de prueba aportan como información, igualmente es posible reconstruir lo dicho en el juicio interrumpido.

Y, es que, desde la Ontología como rama de la filosofía, encontramos la respuesta para fortalecer nuestra tesis en el sentido que aun cuando erróneamente se diga que el juicio se anuló, lo acontecido sigue formando parte de la realidad. Al respecto, Posada (2014), precisa:

La ontología busca identificar y aclarar las condiciones esenciales que determinan la identidad y la existencia de las cosas. Como reza en los libros de texto, la ontología es la rama de la filosofía que estudia lo que hace que las cosas sean lo que son. Para ser un triángulo no se necesita ser ni de madera, ni de bronce, ni delimitar un área del océano Atlántico, pero sí estar conformado por tres ángulos; este es uno de sus rasgos esenciales. Así, ontológicamente hablando, y esto es, señalando las condiciones esenciales de existencia, algo es un triángulo si y solo si es una figura de tres ángulos. (p.72)

Partiendo de ello, al referirnos a actuaciones procesales en un juicio interrumpido, nos estamos refiriendo a hechos que ha tenido existencia, que han acontecido en la realidad. Si se afirma, que, ontológicamente la declaración brindada en un juicio interrumpido existe, ocupa además un espacio temporal-espacial y se trata de un hecho real, no puede el juzgador dejar de admitirla al ser ofrecida tanto para fortalecer la presunción de inocencia, que como derecho le asiste al acusado, como para fortalecer la tesis acusadora, que constitucionalmente es potestad del Fiscal.

V. Conclusiones

El legislador peruano ha dispuesto en el Código Procesal Penal las causas de nulidad de un juicio oral, las mismas que no son compatibles con el hecho de dejar sin efecto el juicio oral por la interrupción del mismo. Conforme a ello, no es adecuado que los operadores jurídicos al referirse a este segundo caso, se refieran como si el juicio hubiera sido declarado nulo. La denominación técnica de ese estatus es la de haberse dejado sin efecto para fines de reprogramación del juicio oral.

Las actuaciones procesales realizadas en un juicio oral interrumpido no son afectadas con causales de nulidad, como lo habrían sido en un juicio declarado nulo conforme a las causales de nulidad previstas formalmente en el Código Procesal Penal.

Los actos procesales referidos a las declaraciones previas (realizadas en el juicio dejado sin efecto) fueron realizados en el mundo objetivo y real, teniendo existencia propia aun cuando el juicio oral haya sido dejado sin efecto por causas formales previstas en el Código Procesal Penal. En tal sentido, ontológicamente forma parte de la realidad objetiva.

Si legal, constitucional y convencionalmente, el derecho a la defensa forma parte de una normatividad integrada en el sistema de protección de los derechos humanos, es importante establecer que ese derecho tenga prevalencia en el marco de la proporcionalidad normativa respecto de otros derechos y/o intereses en el contexto de un proceso penal. En consecuencia, nada puede justificar el no admitir como prueba la declaración de un órgano de prueba brindada en un juicio interrumpido y dejado sin efecto, a efecto de ser confrontado o actuado en el juicio que se está realizando, debiendo ser admitido siempre que con su actuación se contribuya a la dilucidación del caso generando información necesaria para que el juzgador resuelva conforme a derecho y justicia.

Finalmente, los fundamentos que sustentan la procedencia de la admisión de la declaración previa brindada en un juicio interrumpido y dejado sin efecto, son de orden legal, constitucional, convencional y filosófico (ontológico).

VI. Recomendaciones

Es recomendable que en las actividades de capacitación a los operadores jurídicos en general se indique la diferencia existente entre un juicio declarado nulo y un juicio oral dejado sin efecto por haberse interrumpido. Asimismo, es importante insistir entre los operadores jurídicos la prevalencia que tienen los derechos fundamentales, en especial el derecho a probar en un juicio, respecto de otros derechos y/o garantías constitucionales de orden procesal, difundiendo que la formalidad debe subyacer frente al contenido constitucional del derecho a probar.

VII. Referencias

Angulo, M. (2012). *El Derecho Probatorio en el Nuevo Proceso Penal Peruano*. Lima, Perú: Gaceta Penal.

Bujosa, L. (2008). La prueba de referencia en el sistema penal acusatorio. *Pensamiento Jurídico*, (21), 53-82.

Cafferata, J. (2003). José I. *La Prueba en el Proceso Penal*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones De Palma.

- Coria, D. (2006). Las garantías constitucionales del proceso penal. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Tomo II, 1027-1045. Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r08047-30.pdf>
- Duce, M. (2014). El derecho a confrontación y uso de declaraciones emitidas en un juicio previo anulado. *Política criminal*, 9(17), 118-146.
- Neyra, J. (2010) *Manual de Derecho Procesal Penal & de Litigación Oral*. Lima, Perú: IDEMSA.
- Posada, J. (2014). Ontología y Lenguaje de la Realidad Social. *Cinta moebio*, (50), 70-79. Recuperado de: <https://www.scielo.cl/pdf/politcrim/v9n17/art04.pdf>
- Salas, C. (2004) *El Proceso Penal Común*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- San Martín, C (1999). *Derecho Procesal Penal*. Lima, Perú: Editorial Grijley.
- Vial, P. (2011). El derecho a confrontación con declaraciones de un juicio anulado en el marco del proceso penal. *Política criminal*, 6(12), 448 – 473. Recuperado de: https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-33992011000200006&script=sci_abstract&tlng=pt

Normativa y jurisprudencia

- Código Procesal Penal, Poder Ejecutivo del Perú, Decreto Legislativo n.º957, Diario Oficial El Peruano, 29 de julio de 2004.
- Constitución Política del Perú de 1993, Congreso Constituyente Democrático, Diario Oficial El Peruano, 29 de diciembre de 1993.
- Convención Americana de los Derechos Humanos, 1969.
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969.
- Convenio Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Derechos Fundamentales, 1950.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966.

El control de la acción como criterio para determinar la consumación del delito de conducción en estado de ebriedad

The control of the action as a criterion to determine the consummation of the crime of drunk driving

Autor: Edilberto Luis Martínez Castro*

Recepción: 17 de junio de 2022.

Aceptación: 31 de octubre de 2022.

RESUMEN: El desarrollo de esta investigación está destinado al análisis del tipo penal del delito de conducción en estado de ebriedad tipificado en el artículo 274 del Código Penal Peruano. La problemática estriba en que dicho tipo penal presenta la expresión “El que encontrándose en estado de ebriedad”, la cual se examina en mérito al control de la acción que debe tener el sujeto agente al momento de conducir su vehículo y no únicamente bajo el criterio de encontrar 0.5 gramos – litro de alcohol en la sangre, porque puede ocurrir que una persona que no está acostumbrada a beber alcohol tenga dosis inferiores al 0.5% gramos – litro y no tenga control de su acción. Se tiene como principal conclusión que es necesario considerar como requisito “la acción del sujeto”, en concreto si esta se encuentra sometida o no a los efectos de la ebriedad, siendo este el fundamento para establecer que el delito en referencia es un delito de peligro abstracto, dado que su conducta en sí misma es peligrosa, idónea, capaz de generar un alto grado de probabilidad de la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos.

PALABRAS CLAVE: Control de la acción, estado de ebriedad, lesividad, peligro abstracto.

* Doctor en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Nacional de Trujillo. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Trujillo, Perú. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3871-627X>. Correo electrónico: emartinez@unitru.edu.pe.

ABSTRACT: *The development of this investigation is destined to the analysis of the criminal type of the crime of Drunk Driving, because the rates of commission of this crime indicate that it is a frequent one; therefore, it becomes a problem that must be studied even more when the analysis of article 274 of the Peruvian Penal Code 1991 presents with peculiarity "The one who is in a state of drunkenness", a phrase that corresponds to be analyzed in merit to the control of the action that the agent subject must have when driving his vehicle and not only under the criterion of 0.5 grams - liter of alcohol in the blood, because it can happen that a person who is not used to drinking alcohol has doses lower than 0.5% grams - liter and have no control of its action. The main conclusion is that the action of the subject must be analyzed, whether or not it is exposed to the effects of drunkenness, and that is the basis for establishing why article 274 of the CP is a crime of abstract danger, because its conduct in itself is dangerous, suitable, capable of generating a high degree of probability of injury or endangerment of legal assets.*

KEYWORDS: *Harm principle, drunk state, abstract endangerment.*

SUMARIO: *I. Introducción.- 1.1 Realidad problemática.- 1.2 Antecedentes.- 1.3 Objetivos y justificación.- II. Materiales y métodos.- III. Resultados y discusión.- 3.1 Las características de la acción en los delitos de peligro abstracto según la doctrina.- 3.2 El delito de conducción en estado de ebriedad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español.- 3.3 Criterios para el diagnóstico de intoxicación por alcohol.- IV. Conclusiones.- V. Referencias.*

I. Introducción

1.1 Realidad problemática.

En el Perú, en el año 2021 se comprobó que una de las causas más frecuentes de los accidentes de tránsito es el estado de embriaguez del conductor (Ministerio de Transportes y Comunicaciones, 2021). Esta condición es descubierta por lo general cuando se produce la comisión de un accidente o en operativos de prevención a cargo de los efectivos policiales, que cuando intervienen pueden percibir el aliento de alcohol al conductor practicándole a continuación el método del aire espirado, que de resultar positivo se trasladará al conductor a la oficina de la sanidad de la policía para que se pueda realizar el examen de sangre, y luego es llevado a la comisaría de la jurisdicción de la intervención en donde quedara detenido hasta que llegue el resultado en el certificado de dosaje etílico.

El tipo penal del artículo 274 del Código Penal peruano de 1991 establece que el sujeto que se encuentra con una proporción de 0.5 gramos/litro de alcohol en la sangre o que se

encuentre bajo los otros supuestos de sustancias, y aun así opera, conduce o maniobra un vehículo motorizado. En la práctica del sistema de justicia penal peruano basta que el resultado sea igual o superior a los 0.5 gramos/litro de alcohol encontrados en la sangre para determinar la consumación del delito de conducción en estado de ebriedad, por eso la doctrina peruana lo considera un delito de peligro abstracto.

El resultado del 0.5 gramos/litro de alcohol en la sangre, es trascendente para desde los albores del proceso penal, desvanecer o aceptar responsabilidad penal, en este último caso en sede fiscal los abogados y/o fiscales invocan el Principio de Oportunidad, en menor número estadístico en sede judicial se instaura el Proceso Inmediato (prescrito en el artículo 446 numeral 1 literal “a” del Código Procesal Penal), que termina cuando el acusado se acoge a un criterio de oportunidad o con una sentencia condenatoria suspendida.

Llama la atención la frase “encontrarse en estado de ebriedad”, por lo que se acudió a los manuales de la Organización Mundial de la Salud y de la Asociación Estadounidense de Psiquiatría para determinar cuáles son los efectos de la intoxicación por alcohol, así como la indagación de la posición que asumen sobre el tema los doctrinarios nacionales y extranjeros, también se han analizado sentencias del Tribunal Constitucional Español en relación al tema de investigación.

Este trabajo es relevante ya que el nuevo conocimiento obtenido permite que los operadores jurídicos logren comprender que para la consumación del delito de conducción en estado de ebriedad no basta únicamente el resultado del certificado de dosaje etílico supere el 0.5 gramos – litro de alcohol en la sangre, sino que se debe de tener en cuenta el criterio del control de la acción en el conductor durante su intervención hasta la obtención de dicho resultado. Se trata de brindar a todos los operadores jurídicos una guía interpretativa exacta de los conceptos estado de ebriedad y presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos – litro. Por lo cual, se considera destacable y trascendente el estudio de esta problemática, a fin de evitar posibles abusos por policías, fiscales y jueces que intervienen, acusan y sancionan por el resultado del certificado de dosaje etílico, obviando que está prohibido todo tipo de responsabilidad objetiva.

1.2 Antecedentes

Indagando si existen estudios anteriores que ofrezcan algún aporte sobre el tema de investigación, tenemos a García Caveró (2012) , en su libro de “Derecho Penal Parte General”, refiere que la existe una discrepancia doctrinal sobre el concepto de lo que es peligro en un primer momento sobre su naturaleza; así también la tesis objetiva y subjetiva la enmarcaban de manera distinta, mientras la primera la calificaba como un hecho real, la subjetiva señalaba al peligro como una representación del observador.

Villavicencio Terreros (2017), en su libro Derecho Penal Parte General precisa de manera concreta la función de la acción y como esta es la base del concepto de delito; tal es así que señala que la acción tiene una función básica y primordial donde las categorías del delito se

van a situar. Es así que Villavicencio ha señalado que la acción cumple con una función clasificatoria, fundante, positiva, entre otras. Es así que la acción tiene que ser considerada como el origen de las modalidades típicas que pueda señalar el legislador.

Alcocer Povis (2018), en su libro “Introducción al Derecho Penal. Parte General” se plantea la siguiente pregunta: ¿Se vulnera el principio de lesividad en los llamados delitos de peligro abstracto? El autor considera que sí, ya que en estos casos la norma no protege de manera real un bien jurídico sino lo que está generando es una sanción sobre la desobediencia a la disposición legal. Con ello se debilita lo que se denomina como efecto limitador del principio de lesividad. En ese sentido, no hay una sintonización entre la estructura de los llamados delitos de peligro abstracto con la función del principio de lesividad, ya que es innecesario probar el peligro real del bien jurídico. Lo único que interesaría en estos casos es la infracción de la disposición normativa por la conducta realizada, sin la necesidad de realizar ulteriores valoraciones. Por lo cual decimos que estamos ante presunciones iure et de iure de peligrosidad, que permiten la represión de comportamientos que no necesariamente perjudican bienes jurídicos. Consideramos que ello significa una afrenta al llamado principio de lesividad que precisamente, obra como límite del poder punitivo del Estado, ya que el establecimiento de delitos y faltas así como también de lo que son las penas y las medidas de seguridad tienen que ser generadas a razón de leyes penales preventivas o también previas que logren sustentar la existencia de un bien jurídico que haya sido lesionado o puesto bajo peligro -un peligro concreto. Entonces ¿cómo delimitar el uso de normas que sancionen penalmente el peligro abstracto? A partir de una adecuada interpretación de los casos. Así, el intérprete puede superar los defectos de una mala técnica legislativa exigencia que realmente el comportamiento haya puesto en riesgo efectivo un objeto material que represente al bien jurídico, de lo contrario, la conducta será- de ser el caso- una mera infracción administrativa.

De manera parecida Sierra (2021) hace un análisis sobre los delitos de peligro abstracto precisando que su crítica principal es la afectación al principio de lesividad, ya que el legislador plantearía castigar una conducta que no lesiona ni ha puesto en peligro inminente un bien jurídico. Así también, Hurtado Pozo (2005), en su libro “Manual de Derecho Penal”, ha señalado que el principio de lesividad sería vulnerado cuando el delito de peligro abstracto este previsto únicamente como una desobediencia de determinados mandatos de orden jurídico y no en una amenaza para el bien jurídico.

Fernandez Carrasquilla (2016), en su libro “Derecho Penal. Parte General”, ha señalado que podría valorarse o no como efectivo o en su defecto inefectivo el peligro abstracto, siempre de acuerdo a las circunstancias de cada caso. Así también, que los tipos penales de peligro abstracto se intenta proteger los bienes jurídicos ante acciones peligrosas, así pues, una acción que no sería peligrosa entonces no sería típica en el caso de estos tipos penales. Así pues, de acuerdo al análisis realizado por Calsin (2022) en estos tipos de delitos el sujeto a través de su conducta no ocasiona un daño concreto sino únicamente se estaría sancionado por haber realizado la conducta prohibida, es decir, un mero desobedecimiento.

En esa misma línea, Mañalich Juan (2021), a través de su artículo “Peligro concreto y peligro abstracto” detalla que desde la perspectiva de Kindhauser el paso decisivo es la reconcepción

del término de peligro como uno de carácter práctico y no teórico; es decir, una situación será peligrosa para determinado bien jurídico en razón a la impresión que tiene en las acciones posibles para poder prevenir o neutralizar una lesión del bien. Así también, ha sido señalado por Rusca (2022) al precisar que los delitos de peligro abstracto son sobre inclusivos, en razón a que un sujeto puede realizar la conducta descrita en la norma penal sin ocasionar el riesgo que precisamente da fundamento a esta norma, tal es así como en los casos de conducción en estado de ebriedad.

En similar sentido, Cáceres Julca Roberto y Luna Hernández (2017), en su libro “Delito de conducción en estado de ebriedad o drogadicción y delitos conexos. Aspectos sustantivos y procesales”, han señalado que los delitos de peligro abstracto castigan conductas que son típicamente peligrosas, sin que en el caso se haya producido algún resultado de puesta en peligro. Pero esta forma de clasificación delictiva, ha sido dada por el legislador con la finalidad de lograr sancionar conductas sin requerir que se afecte materialmente el bien jurídico señalado, por lo cual estaríamos ante el adelanto de la barrera de punibilidad, siendo así que la conducta sea pasiva de una pena por la única realización de la conducta prohibida. Así pues, los delitos de peligro abstracto carecen de un contenido exiguo de riesgo en la acción realizada valorado desde una perspectiva ex-ante (Bascur, 2020).

Gómez Pavón (2010), en su libro “El delito de conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes y análisis del artículo 383 del Código penal” señala que siguiendo una interpretación literal del art. 247 bastaría para la tipificación del delito la conducción en estado de ebriedad; sin embargo, el autor señala bajo una análisis desde la perspectiva de la imputación objetiva que si bien no se requiere un resultado lesivo de peligro, es necesario comprobar la peligrosidad de la conducta.

Castro Romero (2018), en su investigación señala de manera precisa que un sujeto estará bajo el estado de ebriedad cuando los actos exteriorizados como reflejos, se verán afectados por el alcohol y no son los mismos que tendría si no estuviera bajo esos efectos.

En esa misma línea, Alarcón et al. (2022) señala que este delito de conducción en estado de ebriedad es de un delito que no requiere de resultado, ya que únicamente la acción consumará el delito por lo cual simplemente bastaría el hecho de conducir en estado de ebriedad; sin embargo, hace una análisis en función a lo señalado por Peña (2010) que especifica que “la conducta prohibida” tiene que esta sujeta a otros elementos que puedan determinar el delito, como lo son la conducción, la máquina, las maniobras utilizadas, etc.

Por último, Rodríguez Fernández (2006) señala que existen dos elementos significativos del injusto de peligrosidad en los delitos de conducción en estado de ebriedad, los cuales son la idoneidad mínima de la conducción que ponga en peligro la seguridad de la colectividad, por lo cual tendría que ser en un espacio público, y además el decrecimiento de las capacidades psicotrópicas del sujeto conductor debido a los efectos de las sustancias alcohólicas, lo cual también pondría supondría peligrosidad.

1.3 Objetivo y justificación.

El objetivo fue analizar la correcta interpretación del art. 274 del Código Penal peruano, respecto a la consumación del delito de conducción en estado de ebriedad. Así también, el presente trabajo de investigación se justifica porque sus resultados permitirán establecer que no basta únicamente con satisfacer la cantidad de gramos – litro de alcohol en la sangre que exige el tipo penal de conducción en estado de ebriedad, sino que va a contribuir a establecer que se debe de comprobar los efectos de la ebriedad considerando el control de la acción del conductor, los cuales deberán ser descritos en la hoja de sintomatología al momento de la intervención de prevención o en la comisión de un delito, recordándoles a los operadores jurídicos que por tratarse la conducción en estado de ebriedad de un delito de peligro abstracto, la conducta peligrosa debe ser acreditada a fin de no vulnerar el Principio de Lesividad.

Por lo cual, se considera relevante y además trascendente el estudio de esta problemática, a razón de evitar posibles abusos por efectivos policiales, fiscales y jueces que únicamente se rigen por el resultado del certificado de dosaje étílico, sin valorar otros aspectos como el control de la acción del conductor o los síntomas de la intoxicación por alcohol que establecen los manuales de la Organización mundial de la salud.

II. Materiales y métodos

Se hizo, en principio un análisis de la doctrina nacional y extranjera sobre el delito de conducción en estado de ebriedad. Luego, se identificaron los pronunciamientos jurisprudenciales más relevantes del Tribunal Constitucional español sobre el delito de conducción en estado de ebriedad. Finalmente, se revisaron los manuales de la Asociación Americana de Psiquiatría y la Organización Mundial de la salud para identificar los criterios de dichas entidades sobre los signos de intoxicación por estado de ebriedad. Para recolectar los datos se han utilizado las siguientes técnicas: observación documental y el fichaje; elaborándose instrumentos como: las hojas de registro y fichas. Con la finalidad de analizar la información se han implementado los métodos analítico, hermenéutico, exegético y sistemático.

III. Resultados y discusión

3.1 Las características de la acción en los delitos de peligro abstracto según la doctrina

En la doctrina, la discusión sobre el concepto de “peligro” se inicia en el análisis de su naturaleza. Es así que la tesis objetiva señala al peligro como un hecho que es real, mientras que por otro lado la tesis subjetiva lo ve desde la perspectiva de la representación del

observador. Sin embargo, de acuerdo al análisis desarrollado por Kindhauser, ha consignado que estas dos tendencias son incorrectas, señalando que el peligro es un juicio práctico, es así que es un juicio desde la perspectiva normativa sobre la posible existencia o no del bien; por lo cual el objetivo -en este ámbito- de la imputación objetiva se centra en determinar los criterios normativos para poder confirmar la peligrosidad de una conducta (García, 2012, p. 437).

Es aquí que nos cuestionamos si se vulnera el principio de lesividad en los delitos de peligro abstracto; pues desde nuestra perspectiva sí se está vulnerando tal principio, ya que la norma analizada no busca una protección real de un bien jurídico, sino que únicamente sanciona la desobediencia a la norma.

Por tal motivo es evidente que los delitos de peligro abstracto no van de acuerdo al principio de lesividad, ya que probar el peligro real en estos delitos no es necesario. Lo único que interesa, como ya lo hemos precisado, es que se haya realizado la conducta prohibida.

Sabiendo que el principio de lesividad actúa como límite al poder punitivo del Estado y que es a través en concordancia a este que se señalan e imponen las penas o medidas de seguridad a razón de leyes que precisan la existencia de un bien jurídico protegido lesionado o puesto en un peligro concreto. Es este principio el que reafirma la mínima intervención del Derecho Penal, ya que cualquier respuesta por parte del Estado requiere que se haya dado una lesión o puesta en peligro de bienes protegidos por las disposiciones legales, siendo así que no solo se reconocen los delitos de lesión sino también los de peligro concreto. Pero en el caso de los delitos de peligro abstracto, se limitará el uso de las normas que los sancionen a través de una adecuada interpretación, es así que queda en el intérprete desvanecer y superar la mala técnica del legislador señalando y requiriendo que el comportamiento haya generado un peligro efectivo y real del bien jurídico, de lo contrario estaríamos ante un caso de infracción administrativa.

En esa línea, de acuerdo a lo señalado por Hurtado (2005), queda en el Juez determinar y comprobar que el comportamiento tiene los elementos necesarios y exigidos por ley para encontrarnos ante tal delito. Por lo cual no sería suficiente una simple vulneración a una obligación de obrar, sino que es necesario que exista una amenaza objetiva para el bien jurídico tutelado. Es así que el principio de lesividad sería transgredido si el delito de peligro abstracto este previsto como una mera desobediencia de la disposición legal, por ejemplo: el conducir en estado de ebriedad.

Consideramos que también el peligro abstracto puede o no valorarse como efectivo o inefectivo, según las circunstancias del caso, para efectos de decidir acerca de su tipicidad. Pero en los tipos de peligro abstracto está siempre presente el fin de proteger bienes jurídicos y se trata en ellos de acciones peligrosas para los mismos. Una acción que en el caso concreto no es peligrosa para nadie ni para nada, no puede ser típica. (Fernández, 2016, p. 288).

Una tendencia objetivadora del delito, para la que es suficiente o fundamental el grado de impregnación alcohólica en la sangre, parece no admitir esta posibilidad ya que cuanto más importancia se le dé al dato objetivo de la cantidad de alcohol contenida en el organismo, menos posibilidades existen para poder destruir la existencia del delito mediante prueba en contrario. De esta manera, una interpretación literal del artículo 247 del C.P., nos llevaría a concluir que para su configuración es suficiente conducir en un estado de ebriedad; sin embargo, desde la perspectiva de la imputación objetiva, nos lleva a otra solución, pues si bien no se requiere la concurrencia de una consecuencia lesiva o de peligro, también no es suficiente la infracción formal del tipo, en la medida que es principal verificar la peligrosidad de la acción (Gómez, 2010, p. 142).

Se considera que dos son los elementos determinantes del injusto de peligrosidad, en el delito de conducción bajo los efectos de alcohol: a) la mínima idoneidad de la conducción para hacer peligrar la seguridad de usuarios hipotéticos, por lo que bastaría que la conducta tenga lugar público, pues de otro modo faltaría el peligro para una colectividad indeterminada; y b) el decrecimiento de las capacidades psicotrópicas del conductor por efecto de las sustancias tóxicas, como elemento de incremento ilícito del peligro (Rodríguez, 2006, p.20).

Todo lo antes acotado se deriva de la doctrina nacional y extranjera, que, en concreto, precisan que en los delitos de peligro abstracto la acción debe ser peligrosa capaz de producir una lesión a los bienes jurídicos solo así se justificaría su aplicación sin que se tenga que vulnerar el Principio de lesividad que exige que para imponer una pena se debe lesionar o poner en riesgo un bien jurídico tutelado en la ley. El delito de conducción en estado de ebriedad es un delito de peligro abstracto, por lo tanto la acción que desencadene el conductor al conducir su vehículo automotor debe generar ese peligro a los bienes jurídicos, por lo tanto la peligrosidad de la acción no estará referida a un hecho real, ni a la representación del observador, sino como refiere García (2012) quien cita a Kindhauser ha señalado lo incorrecto de los planteamiento objetivo y subjetivo, por lo cual principalmente tendría que analizarse bajo la imputación objetiva los criterios por los cuales se va afirmar la existencia de una peligrosidad de la conducta; por lo tanto como refiere Fernández (2016), “Una acción que en el caso concreto no es peligrosa para nadie ni para nada, no puede ser típica” (p. 288), lo que implicaría determinar la acción que despliega el conductor bajo los efectos de la ebriedad como refiere Rodríguez (2006), “b) el decrecimiento de las capacidades psicotrópicas del conductor por efecto de las sustancias tóxicas, como elemento de incremento ilícito del peligro”(p.20). Por lo tanto, referir la comisión del delito de conducción en estado de ebriedad previsto en el artículo 274 del Código Penal peruano de 1991 vigente por superar solamente el grado de alcohol en la sangre implicaría como refiere Hurtado (2005) que el principio de lesividad sería vulnerado cuando únicamente el delito de peligro abstracto se abarque como la desobediencia de la disposición normativa.

3.2 El delito de conducción en estado de ebriedad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español

Tribunal Constitucional español en la sentencia 22/1988, de 18 de febrero, ha señalado que en los delitos de conducción bajo la influencia de alcohol, no solo se va a requerir que exista una concentración de alcohol determinada, sino que además que esta influya de manera determinante en la conducción del vehículo. Es así que se analizan las STC 145/1985 del 28 de octubre y la STC 148/1985 de 30 de octubre, donde se analizan el valor del test de alcohol y la valoración del Juez; es así que es necesario que el Juez compruebe que en el caso en concreto el conductor se haya visto afectado por el alcohol. Es así que lo resaltante de esta Sentencia es que no es suficiente que para adecuar el hecho al tipo penal comprobar si hay o no un grado o nivel de alcohol en la sangre del sujeto, sino que resulte acreditada que también es necesario que demuestre la influencia que tuvo esta en la conducción (*Don Jesús F.S. vs. Sección Segunda de la Audiencia Provincial de la Coruña*, f.j. 3).

Asimismo, en la sentencia 148/1985, de 30 de octubre, se analiza el resultado del Test alcoholimétrico que se ha obtenido, sin embargo, la actividad probatoria en el proceso penal únicamente se centró en este test y en las confesiones del imputado que durante el juicio no habría sido sobre el resultado de dicho test y en la que el recurrente había señalado que la Guardia Civil de Tráfico le permitió seguir conduciendo el vehículo. Es así que el Tribunal señala que el test realizado por la Guardia Civil de Tráfico no es suficiente para que constituya una prueba que sirva desvirtuar la presunción de inocencia; en ese sentido, el tribunal desestimó el fallo condenatorio que únicamente se había fundado en dicho test, debido a que se estaría vulnerando el principio de presunción de inocencia (*Don Francisco R.M. vs. Audiencia Provincial de Alicante*, f.j. 3-4).

En la sentencia 252/1994, de 19 de Setiembre, se ha señalado, que a pesar de lo que ha señalado el recurrente, se desprende que la prueba de impregnación alcohólica no ha sido determinante para la convicción del Juez ya que el Juez ha tenido en cuenta otros elementos probatorios además del Test para poder conducirse a una resolución condenatoria, como lo son las declaraciones y la forma de conducir del sujeto al estar bajo la sustancia alcohólica. Así también esta sentencia recoge el pronunciamiento de las SSTC 148/1985 y 22/1988 que señalan que el Juez deberá valorar el caso concreto y precisar si el conductor se encontraba afectado o no por el alcohol (*Don Ignacio I. B vs. Audiencia Provincial de Bilbao*, f.j. 5).

Por su parte, el Tribunal Constitucional español en la sentencia 111/1999, de 14 de junio, recoge y analiza la valoración del Test y la presunción de inocencia. Tal es así que el recurrente señala que el Juzgador únicamente habría valorado el Test sin valorar otros medios de prueba, lo que implicaría una vulneración a la presunción de inocencia; ya que, tal y como señala el mismo Tribunal en otras sentencias como STC 160/1988 se señala que para respetar la presunción de inocencia tiene que ser necesario la actividad probatoria respecto a los elementos que configuran el delito. En ese sentido, es necesario precisar que existiría una vulneración si en el caso el Juez únicamente por el un solo elemento del tipo -como lo es el Test- haya presumido los demás elementos del delito. Es así que el Tribunal en sus SSTC 145/1985, 145/1987, 22/1988, 5/1989, 222/1991 ya ha señalado que la presencia de alcohol en el organismo del sujeto no es determinante sino en la conducción misma del vehículo

motorizado, por lo cual no basta comprobar el grado de impregnación alcohólica sino también la influencia que tuvo esta en el conductor, por lo cual se señala que tendría que valorar cada caso en concreto con los medios de prueba necesarios (*Don Antonio M.V.H. vs. Sección Primera de la Audiencia Provincial de Zaragoza*, f.j. 3).

Finalmente, en la sentencia 68/2004, de 19 de abril, se hace referencia a que no se practicó ni intentó otras pruebas que demuestren que las facultades del conductor hayan sido seriamente afectadas por el consumo de alcohol, lo que implicaría que se afectó el derecho a la presunción de inocencia del recurrente de amparo (*Don Gonzalo T.I. vs. Sección Primera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca*, f.j.4). Tal argumento evidencia que resulta sumamente importante para el tribunal en comentario, la determinación de cómo se encontraban las facultades o qué síntomas tenía el sujeto agente del delito de conducción en estado de ebriedad.

Analizando los pronunciamientos del Tribunal Constitucional español antes descritos, se aprecia que la interpretación del delito de conducción bajo los efectos del alcohol, se hace de manera sistemática tomando en cuenta el principio de lesividad. Por ello, la jurisprudencia precedente es uniforme en establecer que conducir bajo la influencia de sustancias alcohólicas, no solo requiere la presencia de una concentración alcohólica de manera cuantitativa, sino que además de cualidades que influyan o se proyecten la conducción. Es así que en la STC 145/1985, de 28 de octubre, cuando se evalúa el valor del test alcoholométrico como determinante en el tipo delictivo, se precisó que este supuesto “no consisten en la presencia de un determinado grado de impregnación alcohólica, sino en la conducción de un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas”. En esa misma línea, la STC 148/1985, de 30 de octubre, se precisa que la influencia de las bebidas alcohólicas sí constituyen un elemento normativo del tipo penal que requerirá ser valorado por el Juez para determinar si el conductor se encontraba realmente afectado por el consumo de alcohol.

3.3 Criterios para el diagnóstico de intoxicación por alcohol

No es suficiente que para encajar el hecho en el tipo penal comprobar el nivel de alcohol en la sangre al momento de conducir, sino que, además, debe comprobarse la influencia que tiene en la conducción, esta comprobación tendrá que realizarse a través de diferentes medios de prueba. Entonces es necesario determinar cuáles serían los síntomas que debe tener un conductor para considerar una acción peligrosa. Al respecto, la Asociación Estadounidense de Psiquiatría (2014), ha precisado como la intoxicación por alcohol produce los siguientes signos:

- B. Una conducta problemática además de alteraciones psicológicas significativas, como lo son: cambios de humor, conducta sexual inadecuado, etc. Siendo estas su aparición durante o después de haber consumido alcohol.

C. Uno o más de los signos que aparecen durante o poco después del consumo de alcohol son: falta de coordinación, nistagmo, alteración de atención, estupor o coma, habla pastosa, marcha insegura (p.262).

La Asociación Estadounidense de Psiquiatría es una institución de gran prestigio e influencia en el campo psiquiátrico. La gran cantidad de sus miembros y las cualidades de quienes la integran la hacen un referente de carácter mundial. Incluso los manuales que publica son analizados y tomados en cuenta por especialistas de muchos países. En tal sentido, estos criterios antes mencionados no pueden dejar de tomarse en cuenta para la determinación de una persona que ha ingerido alcohol.

Por su parte, la Organización Mundial de la Salud, también plantea criterios para determinar la intoxicación aguda por consumo de alcohol:

A. Deben cumplirse los criterios generales de intoxicación aguda.

B. Debe existir un comportamiento alterado que se manifiesta por al menos uno de los siguientes: 1. Desinhibición. 2. Beligerancia verbal. 3. Agresividad. 4. Labilidad del humor. 5. Deterioro de la atención. 6. Juicio alterado. 7. Interferencia en el funcionamiento personal.

C. Debe estar presente al menos uno de los siguientes signos: 1. Marcha inestable. 2. Dificultad para mantenerse en pie. 3. Habla disártrica (farfullante). 4. Nistagmo. 5. Disminución del nivel de conciencia (por ejemplo, estupor, coma). 6. Enrojecimiento facial. 7. Inyección conjuntival. (1994, p.53)

De igual modo Organización Mundial de la Salud se trata de una institución de prestigio mundial y cuenta con especialistas destacados en el ámbito de salud, es por ello que, ha sido el organismo que ha liderado la lucha contra la pandemia emitiendo recomendaciones que han sido acatadas por la gran mayoría de países del orbe. En esa lógica, bien podría elaborarse un catálogo de síntomas ocasionados por consumo de alcohol, fusionando los dados por la OMS así como los brindados por la Asociación Estadounidense de Psiquiatría, de tal manera que todos esos criterios sirvan para determinar si la conducta de un conductor intoxicado por alcohol constituye un peligro.

IV. Conclusiones

La interpretación del artículo 274 del Código Penal peruano, según la práctica judicial habitual en el Perú, implica que para fundamentar responsabilidad penal la persona debe encontrarse en estado de ebriedad y con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos – litro, conduce, opera o maniobra vehículo motorizado para la consumación del delito.

Sin embargo, no comparto esta interpretación, porque puede ocurrir el caso en donde una persona que no está acostumbrada a beber alcohol sienta sus efectos de la embriaguez con

una dosis pequeña de alcohol en donde seguramente al practicársele los análisis de sangre los resultados serán menor de 0.5 gramos – litro, y por ello tendríamos que decir que su conducta es atípica o peor aún que no es peligrosa.

Por eso considero que lo importante del tipo penal es que se debe de analizar la acción del sujeto, si esta se encuentra sometida o no a los efectos de la ebriedad, y ese es el fundamento para establecer que el artículo 274 del C.P. es un delito de peligro abstracto, dado que su conducta en sí misma es peligrosa, idónea, capaz de generar un alto grado de probabilidad de la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos.

La constatación policial deberá de realizarse utilizándose cámaras de video para evitar el posible abuso policial, no se descarta la realización de la prueba por aire aspirado, ni el examen de dosaje etílico, lo que se deberá de acreditar es que la persona se encuentra bajo los efectos del estado de ebriedad, de esta manera se excluye la mala praxis fiscal y judicial de tener que someter la responsabilidad penal solo en mérito al resultado del certificado de dosaje etílico.

V. Referencias

- Alarcón, A., Bejarano, V., Castilla, J., Lujan, A., Valladares, Y. y Paz, M. (2022). Conducción en estado de ebriedad. Factores que influyen en su realización y la ineficacia disuasoria del tipo penal en Lima Norte entre el 2015 y 2020. *Sapientia & Iustitia*, (4), 101-130.
- Alcocer, E. (2018). *Introducción al Derecho Penal. Parte General*. Lima, Perú: Jurista Editores.
- Asmat, E. (2019). *El delito de conducción en estado de ebriedad, Perú 2019* (tesis de pregrado). Universidad Peruana de las Américas, Perú.
- Asociación Americana de Psiquiatría. (2014). *Guía de consulta de los criterios diagnósticos del DSM-5*. Recuperado de: <https://www.eafit.edu.co/ninos/reddelaspreguntas/Documents/dsm-v-guia-consulta-manual-diagnostico-estadistico-trastornos-mentales.pdf>
- Bascur, G. (2020). Delitos contra la ordenación del tráfico vial en Chile: Los tipos delictivos establecidos en la Ley 18.290 «sobre tránsito». *Revista de Estudios de La Justicia*, (32), 105–178.
- Cáceres, E. y Luna, L. (2017). *Delito de Conducción en estado de ebriedad o Drogadicción y delitos conexos. Aspectos Sustantivos y Procesales*. Lima, Perú: Jurista Editores.
- Calsin, J. (2022). Ausencia de fundamento en la determinación de la reparación civil en delitos de peligro abstracto, y su afectación al derecho a la debida motivación. *Revista de Derecho*, 7(1), 3-20.

- Castro, A. (2018). *La reincidencia en el delito de conducción en estado de ebriedad* (tesis de pregrado). Universidad San Pedro, Perú.
- Fernández, J. (2016). *Derecho Penal. Parte General*. Lima, Perú: IDEMSA.
- García, P. (2012). *Derecho Penal. Parte General*. Lima, Perú: Jurista Editores.
- Gómez, P. (2010). *El delito de conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes y análisis del artículo 383 del Código penal*. Barcelona: Bosch.
- Hurtado, J. (2005). *Manual de Derecho Penal*. Lima, Perú: Grijley.
- Mañalich R., (2021). Peligro concreto y peligro abstracto. Una contribución a la teoría general de la parte especial del derecho penal. *Revista Chilena De Derecho*, 48(2), 79–100.
- Ministerio de Transportes y Comunicaciones del Perú. (2021). Boletín Estadístico de Sinestrialidad Vial. Recuperado de: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2182705/Boleti%CC%81n%20Estadistico%20Sinestrialidad%20Vial%20I%20Semestre%202021.pdf?v=1631735568>
- Organización Mundial de la Salud. (1994). Guía de bolsillo de la clasificación CIE 10. Clasificación de los trastornos mentales y del comportamiento. Recuperado de: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/42326/8479034920_spa.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Rodríguez, I. (2006). *La conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*. Granada, España: Comares.
- Rusca, B. (2022). Los delitos de peligro abstracto como presunciones refutables. Nuevos argumentos en defensa de una teoría clásica. *Revista Chilena De Derecho*, 49(1), 101–126.
- Sierra Campos, C. (2021). El peligro a modo de desvinculación: Una perspectiva más allá del binomio abstracto/concreto en el artículo 318 del Código Penal chileno. *Revista Justicia & Derecho*, 4(3), 1–12.
- Villavicencio, F. (2017). *Derecho Penal. Parte General*. Lima, Perú: Grijley.

Normativa y jurisprudencia

Código Penal, Poder Ejecutivo del Perú, Decreto Legislativo n.º635, Diario Oficial El Peruano, 08 de abril de 1991.

- Caso Don Jesús F.S. vs. Sección Segunda de la Audiencia Provincial de la Coruña. Recurso de amparo. STC 22/1988 (TC [España], 18 de febrero de 1988). Recuperado de <https://vlex.es/vid/1-17-c-2-3-u-297-1-4-5-6-741-15033828>
- Caso Don Francisco R.M. vs. Audiencia Provincial de Alicante. Recurso de amparo. STC 148/1985 (TC [España], 30 de octubre de 1985). Recuperado de <https://vlex.es/vid/1-stc-15034423>
- Caso Don Ignacio I. B vs. Audiencia Provincial de Bilbao. Recurso de amparo. STC 252/1994 (TC [España], 19 de setiembre de 1994). Recuperado de <https://vlex.es/vid/41-lotc-fa-17-stc-5-1-p-sstc-15355698>
- Caso Don Antonio M.V.H. vs. Sección Primera de la Audiencia Provincial de Zaragoza. Recurso de amparo. STC 111/1999 (TC [España], 14 de junio de 1999). Recuperado de <https://vlex.es/vid/sstc-atc-j-117-lotc-fa-15354635>
- Caso Don Gonzalo T.I. vs. Sección Primera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca. Recurso de amparo. STC 68/2004 (TC [España], 19 de abril de 2004). Recuperado de <https://vlex.es/vid/2002-t-i-fa-212253>

La violencia obstétrica en la ciudad de Trujillo, Perú

The obstetric violence in Trujillo city, Peru

Autor: María Alejandra Guerra Gómez*

Recepción: 14 de marzo de 2023.

Aceptación: 20 de abril de 2023.

RESUMEN: La presente investigación tiene por objetivo determinar si existe violencia obstétrica en la ciudad de Trujillo, para lo cual empleó el enfoque cualitativo, diseño de investigación narrativo-analítico, centrándose en estudiar una muestra de usuarias que dieron a luz de manera natural o por cesárea en hospitales de la ciudad de Trujillo, identificando sus experiencias en relación a la violencia obstétrica. Asimismo, se solicitó información a los principales centros de salud de Trujillo, con el propósito de determinar si cuentan con normas, planes, procedimientos y/o instrumentos para evitar la violencia obstétrica. Se llega a la conclusión que existe violencia obstétrica en Trujillo y que no regulación ni política ni jurídica sobre el tema. Finalmente se resalta que es necesaria la creación de una normas y políticas públicas que estén orientada a la búsqueda de la disminución y erradicación de la violencia obstétrica.

PALABRAS CLAVES: Violencia obstétrica, violencia de género, derecho a la salud, políticas públicas.

* Licenciada en Ciencia Política y Gobernabilidad por la Universidad Nacional de Trujillo. Estudiante de Maestría en Docencia Universitaria en la Universidad César Vallejo. Trabajador independiente. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8974-2753>. Correo electrónico: male.magg@gmail.com. Este artículo se basa en la tesis de la autora para obtener el título de Licenciada en Ciencia Política.

ABSTRACT: *The objective of this investigation is to determine if there is obstetric violence in the city of Trujillo, for which it used the qualitative approach, narrative-analytical research design, focusing on studying a sample of users who gave birth naturally or by cesarean section in hospitals in the city of Trujillo, identifying their experiences in relation to obstetric violence. Likewise, information was requested from the main health centers of Trujillo, with the purpose of determining if they have norms, plans, procedures and/or instruments to avoid obstetric violence. The conclusion is reached that there is obstetric violence in Trujillo and that there is no political or legal regulation on the subject. Finally, it is highlighted that it is necessary to create norms and public policies that are oriented towards the search for the reduction and eradication of obstetric violence.*

KEYWORDS: *Obstetric violence, gender violence, right to health, public politics.*

SUMARIO: *I. Introducción.- II. Materiales y métodos.- III. Resultados.- 3.1 Encuestas realizadas a la unidad de análisis mujeres en edad fértil.- 3.2 Solicitudes de acceso a la información pública.- 3.3 Entrevistas realizadas a la unidad de análisis servidores de salud.- IV. Discusión.- V. Conclusiones.- VI. Referencias.*

I. Introducción

Hoy en día, la violencia obstétrica se ha convertido en un tema frecuente en foros, congresos académicos, incluso en el ámbito de la política. Se trata sin duda de un problema de alta gravedad y complejidad que incide en las mujeres e impide que estas puedan realizarse de manera libre y plena. Según el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables del Estado peruano (2016), se puede definir a la violencia de género como toda “acción basada en el género que ocasione muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a una persona. Generalmente ocurre como consecuencia de la discriminación sistemática contra la mujer y contra los que se oponen al sistema de género” (p.23).

Como se aprecia, la violencia de género no solo se relaciona con la violencia dirigida contra las mujeres, sino en general contra aquellos que confrontan el patrón del género establecido en una sociedad. Es una categoría mucho más compleja de lo que comúnmente se piensa. La violencia de género surge como resultado de las relaciones establecidas en la sociedad entre mujeres y hombres. Quienes cometen el maltrato son un efecto adicional del patriarcado, que perpetúa la desigualdad de género y los roles de género diferenciados para hombres y mujeres, tratando de sobreponer la superioridad de uno de estos grupos (García, 2018, p.40).

No basta con definirla, sino también hay que comprender las múltiples formas o situaciones en las que actúa, como la violencia sexual, económica, psicológica, política, entre otras.

En el caso particular de la violencia contra la mujer, siguiendo la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer, podemos entenderla como cualquier “acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que implique un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad”. Dentro de ella, hay tipo especial de violencia que sufren conocida como *violencia obstétrica*, aunque todavía se encuentra en investigación y análisis. Asumiendo una definición general, podemos entenderla como aquella que comprende un grupo de comportamientos que afectan negativamente, ya sea oprimiendo y amenazando a las mujeres en su salud reproductiva, particularmente desde que empieza el embarazo hasta incluso después del parto (García, 2018, p.42). En la misma línea, Arguedas (2014) ha definido a la violencia obstétrica como “un conglomerado de distintos mecanismos de control y opresión sobre los cuerpos/psiques de las mujeres y niñas que están embarazadas o que se encuentran en trabajo de parto” (p.159). A diferencia de la definición anterior, Arguedas resalta que esta violencia también puede ir contra las niñas.

De otro lado, también existen definiciones más específicas que identifican los elementos concretos de la violencia obstétrica. Por ejemplo, Bowser y Hill (2010) han identificado los elementos principales de la violencia obstétrica:

1. Abuso físico: que va en contra del derecho que tienen las mujeres a estar libres de malos tratos y de ser dañadas.
2. Atención no consentida: el derecho que vulnera es el que tiene toda mujer de acceder a información, a dar su consentimiento y a no recibir tratamiento no deseado, respetando sus opciones, lo que incluye estar acompañadas durante su atención en la maternidad.
3. Falta de confidencialidad durante la atención: atenta al derecho de las mujeres a la confidencialidad y la privacidad.
4. Atención no digna: vulnera el derecho de las mujeres a ser tratadas con respeto y dignidad ya que muchas veces se incluyen maltratos (tanto físicos, como verbales).
5. Discriminación basada en específicos atributos: va contra el derecho a la igualdad, a no sufrir discriminación.
6. Abandono o negación de atención: afecta el acceso a la salud.
7. Detención en centros de salud: afecta la libertad en sus distintas manifestaciones como libertad de tránsito, autodeterminación, etc. (Bowser & Hill, 2010, p.9)

En el campo de la enfermería, una reciente investigación realizada por Nascimento et al (2022) ha analizado una parte de la literatura sobre el tema y ha podido identificar los atributos más frecuentes del concepto de violencia obstétrica, los cuales se manifiestan en

cinco grupos de violencia. En su forma de violencia física, destacan como atributos la episiotomía, cesáreas injustificadas, uso de oxitocina, maniobra de Kristeller, intervenciones o procedimientos innecesarios y/o no consentidos, etc. Como violencia psicológica, resaltan las humillaciones, proporcionar información falsa, amenazas, gritos, abandono, etc. Como violencia institucional, no permitir la presencia de un acompañante, peregrinación en busca de ayuda, denegación de ingreso a las instituciones, retención de mujeres y recién nacidos, entre otros. Como violencia sexual, están los elementos del examen de tacto vaginal repetitivo, invasión de la intimidad de la mujer, abuso sexual, acoso sexual, etc. Finalmente, en el ámbito estructural, tenemos la falta de recursos humanos y materiales, infraestructura inadecuada, número insuficiente de camas, etc. (pp.14-15).

La violencia obstétrica es una problemática que no solo atañe al género, sino también a la salud. Es una práctica que ha estado presente por mucho tiempo, pero rara vez ha sido cuestionada y analizada desde sus circunstancias concomitantes. Muchas víctimas han llegado a aceptarla como una parte natural del proceso de dar a luz, lo que ha llevado a consecuencias negativas a largo plazo y les ha impedido desarrollarse adecuadamente. En relación a lo último, Ibone Olza Fernández cita el estudio de Cheryl Beck, en el cual se estudió los relatos de madres que tenían el síndrome de estrés postraumático con secuela obstétrica, identificando algunos patrones como “que a menudo recuerdan el parto, que están desconectadas de la realidad y no distinguen a sus bebés, que indagan de manera compulsiva información técnica sobre sus partes, que tienen una actitud de rechazo y molestia con los servidores del área de salud, que algunas rechazan volver a tener hijos” (2017, p.5). Como se aprecia, se trata de un problema que tiene serias consecuencias en las mujeres, pero no solo en ellas, también debe considerarse que esta violencia puede afectar la salud del recién nacido.

En la actualidad, muchas mujeres embarazadas son víctimas de tratos degradantes y abusos durante la atención médica, lo cual no solo afecta sus derechos a la salud e integridad, sino que vulnera su derecho a un trato con dignidad. En Latinoamérica, solo unos cuantos estados han adoptado normas para combatir este problema. Es el caso de Argentina, que mediante la Ley 25.929 del 25 de agosto de 2004 (B.O. 21/10/2004) “Ley de Parto Humanizado”, se establece el derecho de la madre a un parto adecuado, respetando sus tiempos psicológicos y biológicos, con el objetivo de evitar tratos degradantes, prácticas no consentidas o la injustificada medicalización para la madre y/o para su hijo recién nacido. Posteriormente, en 2009 se publicó la Ley 26.485, “Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales”, que en su art. 6° inc. 3, define la violencia obstétrica como “un tipo de violencia cometida por los servidores de salud y cualquier personal que participa durante el parto”.

En el caso de Venezuela, este país cuenta con una legislación que protege a las mujeres en el embarazo, parto y postparto. En 2007, mediante la Ley N° 38.668, Ley Orgánica sobre el

derecho de las mujeres a una vida libre de violencia”, se convirtió en el primer país en legislar específicamente sobre la violencia obstétrica. Esta norma en su Art. 15 inc. 13 entiende a la violencia obstétrica, como “la apropiación del cuerpo y de los procesos reproductivos de aquellas mujeres por los servidores de salud, que se manifiesta en un trato jerárquico deshumanizador, en un abuso de medicación y patologización de los procesos naturales”.

En México, en abril de 2014 se presentó una iniciativa para eliminar la violencia obstétrica, lo que trajo como resultado la modificación de la Ley de Igualdad entre Hombres y Mujeres. Incluso se estableció a la violencia obstétrica como un delito en el Código Penal del Estado de Chiapas, publicado en el año 2007. Este delito es entendido como cualquier acción u omisión por parte de los proveedores de atención médica que cause daño, lesión o incluso la muerte a la madre durante el embarazo, parto o postparto. Asimismo, se hace referencia a la negligencia médica como una forma de maltrato, ya sea por la prescripción innecesaria de medicamentos o procedimientos médicos como la cesárea, a pesar de que el parto natural es viable. Además, también se menciona la esterilización o uso de anticonceptivos sin el consentimiento de la mujer, y la negación del apego temprano del recién nacido con la madre, lo que impide la lactancia inmediata. A pesar de esto, muchos países de la región aún carecen de una legislación adecuada para abordar este problema.

En el caso del Perú, aunque hay algunos esfuerzos para estudiar y abordar este tema, todavía no hay una normativa directa ni investigaciones exhaustivas que reflejen la realidad de la violencia obstétrica. Sin embargo, es importante ser conscientes de la existencia de este problema. Entre las propuestas presentadas para combatir este problema está el proyecto de ley "Parto Humanizado" (Proyecto N° 1158/2011-CR¹), que busca proteger el derecho a un parto digno y natural. Además, sanciona no solo las intervenciones quirúrgicas innecesarias, sino cualquier violación relacionada con el "parto humanizado".

En Perú, como en muchos países de la región, la violencia obstétrica sigue siendo un problema muy preocupante. Un ejemplo claro de esto, es el caso de Melisa Jaramillo Reyes, quien, en enero de 2020, toda vez que se encontraba embarazada fue en busca de atención médica a una posta en Chao, Virú, La Libertad; sin embargo, no fue atendida y la remitieron al Hospital Belén, donde igualmente no la atendieron. Finalmente, su bebé nació muerto. Además, según informó El Grupo Radio Programas del Perú (2020), Melisa también habría sido víctima de malos tratos y comentarios despectivos por parte del personal médico. Este es solo uno de muchos casos de violencia obstétrica que sufren las mujeres en estas situaciones. No cabe duda que esta violencia es un problema latente que necesita ser regulado.

¹ Proyecto de dictamen recaído en el Proyecto de Ley 1158/2011-GR, que propone la Ley de Promoción y Protección del Derecho al Parto Humanizado y a la Salud de la Mujer Gestante y el Recién Nacido, elaborado por la Comisión de Salud y Población, en el periodo anual de sesiones 2014-2015

De otro lado, una cuestión a resaltar es que la violencia obstétrica afecta varios derechos de las mujeres. Además, del derecho a la vida, del derecho de acceso a la información, vulnera de un modo especial y en mayor medida el derecho fundamental a la salud. Este derecho ha sido comprendido como “la facultad de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación, lo que implica que el Estado debe fortalecer las instituciones prestadoras de salud, implementando políticas, planes y programas” (José Luis Correa Condori c. Ministerio de salud, 2004).

En efecto, el derecho a la salud se puede proteger de distintas maneras, tal como lo ha indicado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, en la medida que se pueden implementar distintos mecanismos desde un punto de vista preventivo y posterior como por ejemplo formular políticas públicas en materia de salud para evitar el contagio de enfermedades, fortalecimiento de hospitales e instituciones prestadoras de salud, cumplir los lineamientos y programas de salud recomendados por la OMS, etc. (2000, p.1).

Como se aprecia, claramente el derecho a la salud se trata de un derecho respecto del cual el Estado está obligado a cumplir ciertos requisitos indispensables, que no se agotan solo en infraestructura y medicamentos. La Observación General N° 14 ha precisado los elementos esenciales para garantizar el derecho a la salud, como son la disponibilidad, aceptabilidad, accesibilidad y calidad². Tales criterios plantean una serie de exigencias al Estado. En tal sentido, frente a problemas graves que se han constituido en prácticas institucionales difundidas a gran escala, como el caso de la violencia obstétrica, se requieren políticas públicas integrales, que debe partir primero por la identificación de la gravedad del problema.

En el Perú, existe una falta de información el estudio de violencia obstétrica, la cual es un problema que afecta a las madres y las coloca en una posición vulnerable. Además, no hay investigaciones con datos precisos ni legislación específica que combatan la violencia obstétrica, lo que implica la necesidad de estudiar el tema. Es evidente, el estudio de esta temática en el Perú sería una empresa demasiado amplia y compleja; por lo cual, esta investigación se ha centrado en la ciudad de Trujillo. En dichos términos se plantea la justificación de la presente investigación.

II. Materiales y métodos

Se utilizó una encuesta para conseguir información necesaria pertinente y necesaria relacionada con la forma de ver y vivir la violencia obstétrica por parte de mujeres que recientemente hayan dado a luz ya sea naturalmente o no. La primera parte se orientó a obtener datos personales (edad, condición, lugar de atención), teniendo presente la ética se vio reflejada en el respeto y confidencialidad de los datos brindados. El segundo apartado

² Para complementar la explicación de cada uno de estos elementos y las exigencias que se derivan de ellos, se puede revisar Parra (2003). Véase también Wallace y Enriquez-Haass (2001).

estuvo conformado por interrogantes específicas para conseguir datos sobre si en su parto vivieron un contexto de desconocimiento o desinformación de los principales partes del proceso, igualmente saber si sufrieron malos tratos que podrían ser deshumanizadores, por parte de los servidores de la salud, saber si percibieron una aplicación excesiva de medicinas o en la manera de actuar de este personal. Finalmente, dos preguntas para las madres a las que se les practicó una cesárea, con el objetivo de conocer si estuvieron informadas, si había una necesidad, o si fue un abuso por parte del personal médico.

La muestra fue no probabilística. Lo que se buscó fue determinar características y circunstancias relacionadas a la violencia obstétrica. Nos basamos en las perspectivas de las madres que han sido tratadas en Hospitales de Trujillo en La Libertad. Los datos obtenidos de las madres que tuvieron a su bebé, natural o por cesárea en un hospital de Trujillo en el 2019, se estudiaron a través de una guía de encuesta, con preguntas relacionadas a las variables, para tener la oportunidad de sistematizar la información.

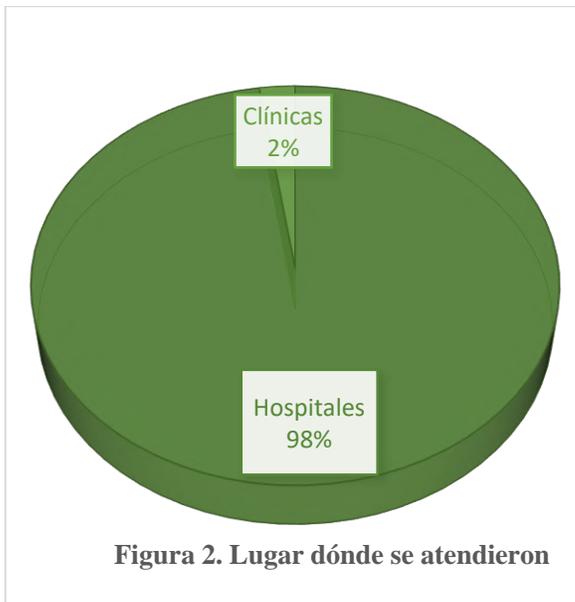
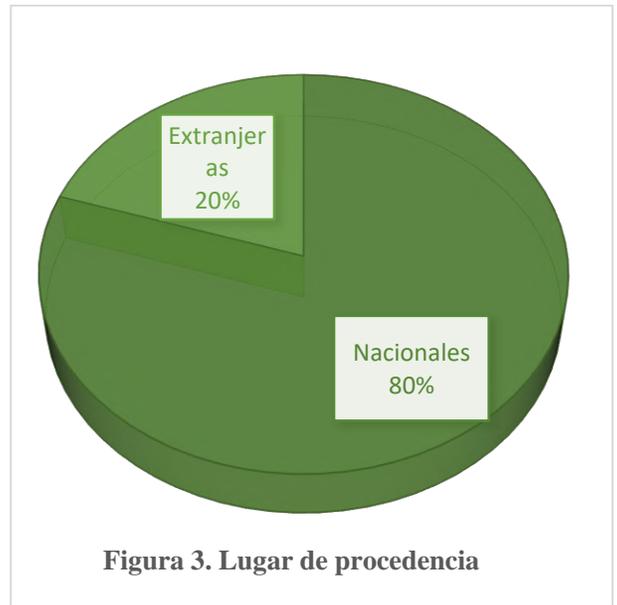
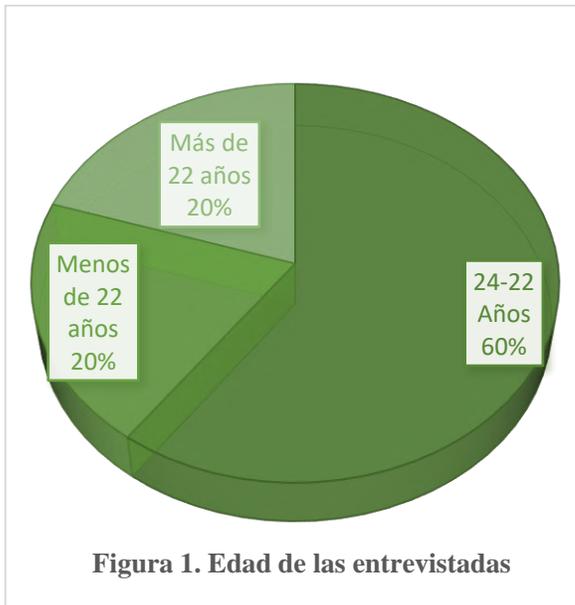
De otro lado, también se recopiló información de otro grupo de estudio. Al personal médico que labora en un hospital de Trujillo (obstetras, ginecólogos, enfermeros), se les practicó entrevistas, buscando información relacionada con su experiencia y vivencias profesionales con respecto a los hechos sobre la violencia obstétrica.

Asimismo, se recopiló información del Ministerio de Salud (MINSA) y El Seguro Social de Salud del Perú (ESSALUD), con la finalidad de conseguir datos sobre el número de partos dados en Trujillo en el año 2019, así como si hubo situaciones complejas en estos, saber si hay protocolos de acción concretos que tengan relación al servicio dado a las madres, especialmente en el embarazo, parto y post parto. Para ello se formularon solicitudes de acceso a la información pública. Se tuvo conocimiento de la cantidad de partes que se atendieron en la ciudad de Trujillo, los que sufrieron complicaciones, y saber si hay parámetros de acción en los que se evada cometer violencia obstétrica y corroborar la necesidad de regular la problemática.

III. Resultados:

3.1 Encuestas a la unidad de análisis mujeres en edad fértil

La muestra que se tuvo es una no probabilística, pues su objetivo es acercarnos a establecer características y situaciones parecidas o que puedan incurrir en de violencia obstétrica. Teniendo como base la percepción de las usuarias (mujeres en edad fértil) que hayan sido atendidas en Hospitales de nivel III en la ciudad de Trujillo - región La Libertad.



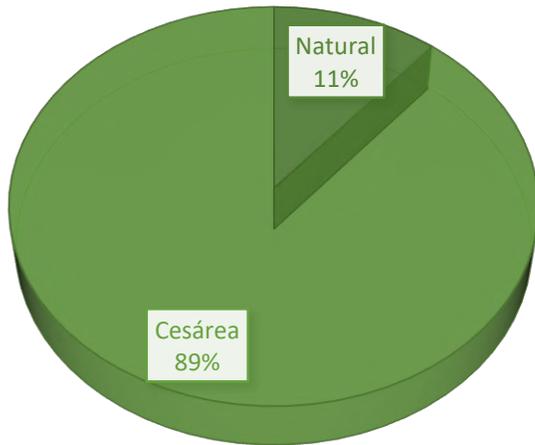


Figura 5. Forma del parto

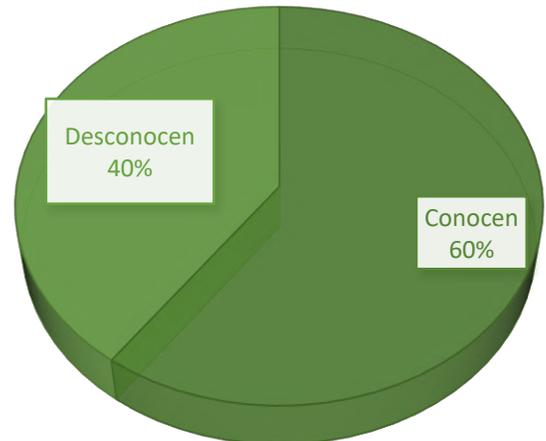


Figura 7. Conocimiento de violencia obstétrica

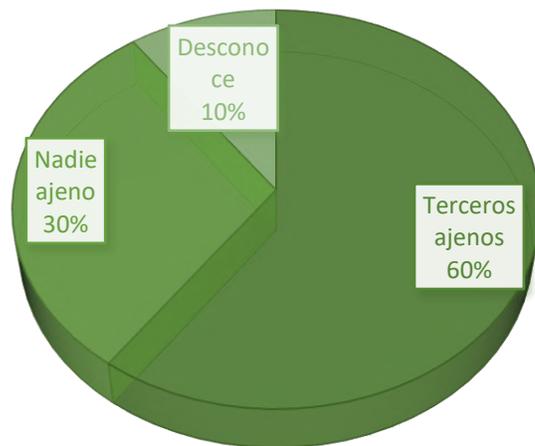


Figura 6. Personal de salud que intervino

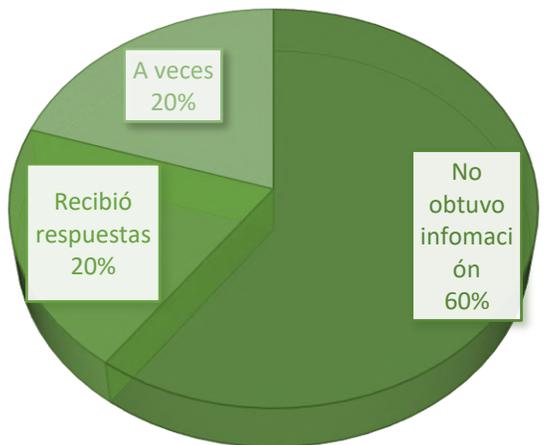
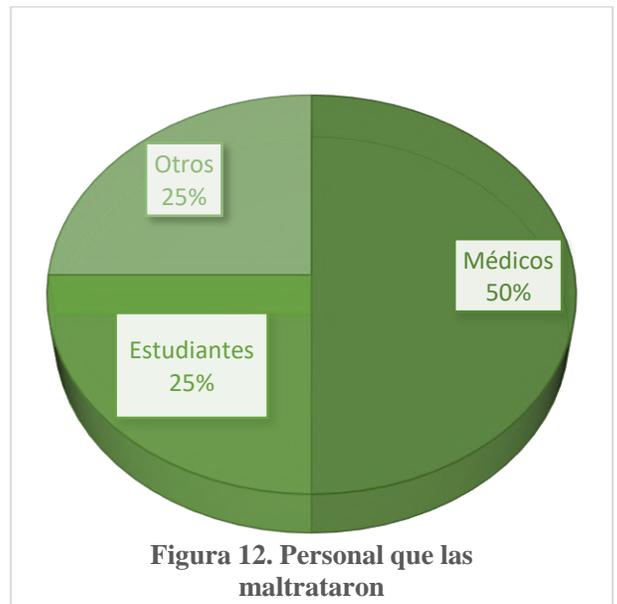
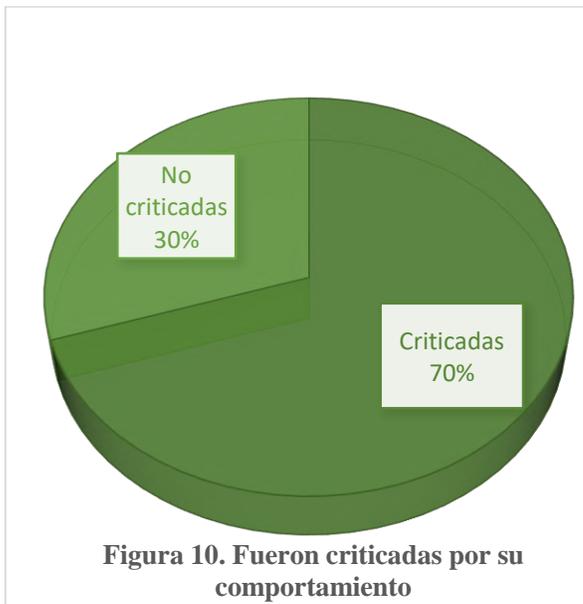
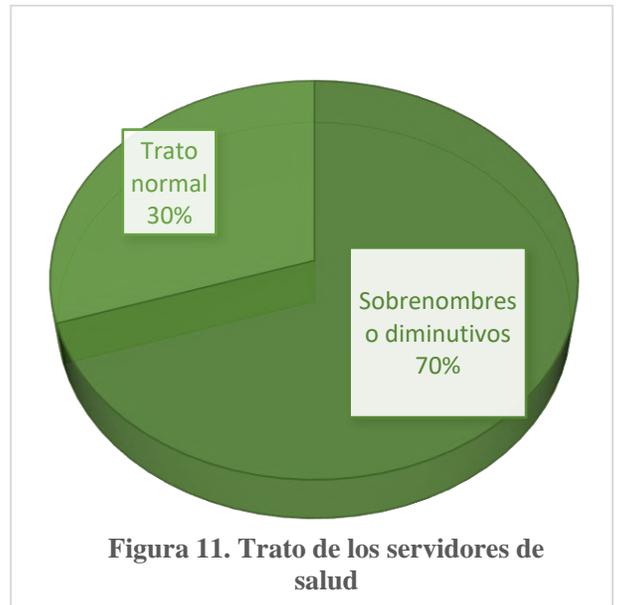
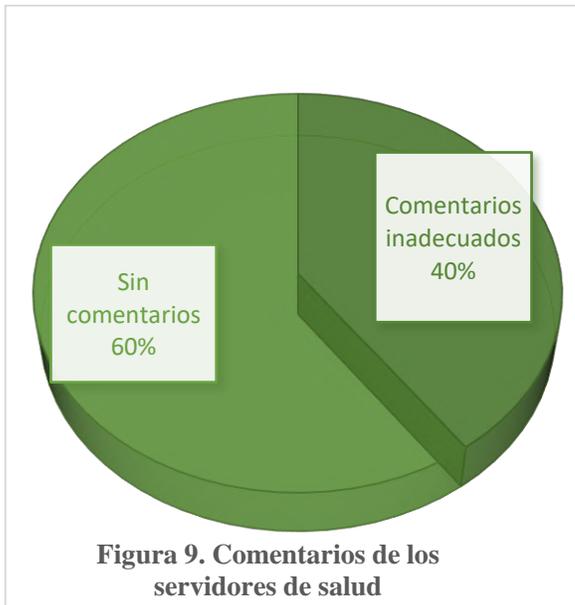


Figura 8. Información brindada



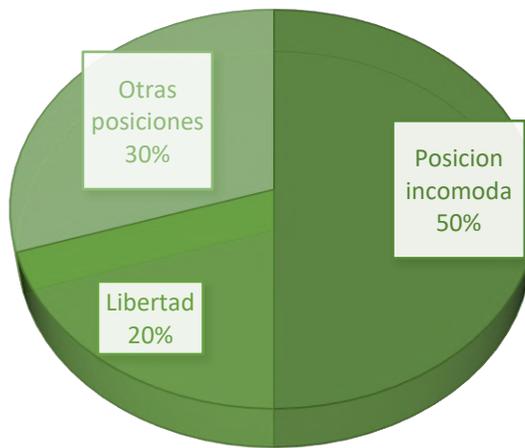


Figura 13. Postura durante el parto

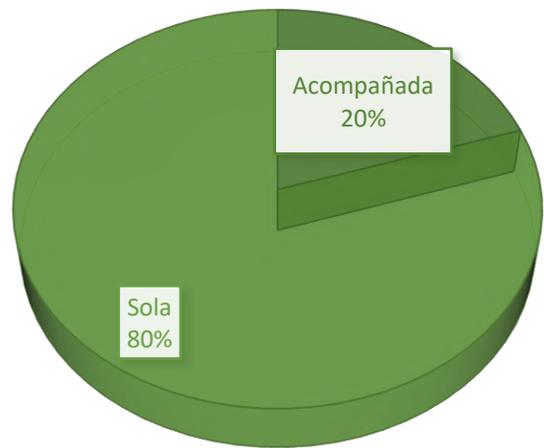


Figura 15. Le permitieron estar acompañada

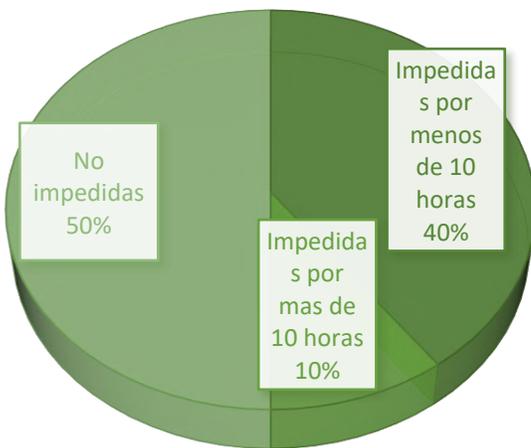


Figura 14. Sobre el apego precoz

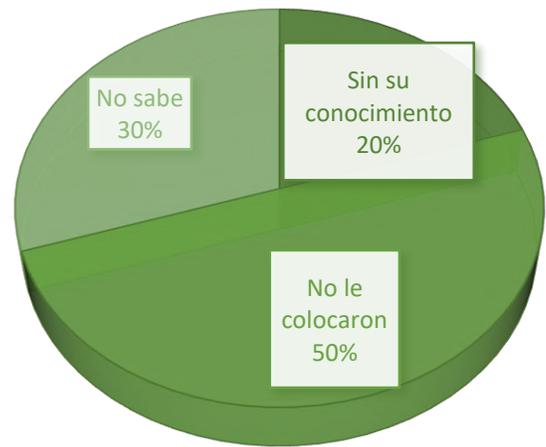


Figura 16. Medicación sin conocimiento

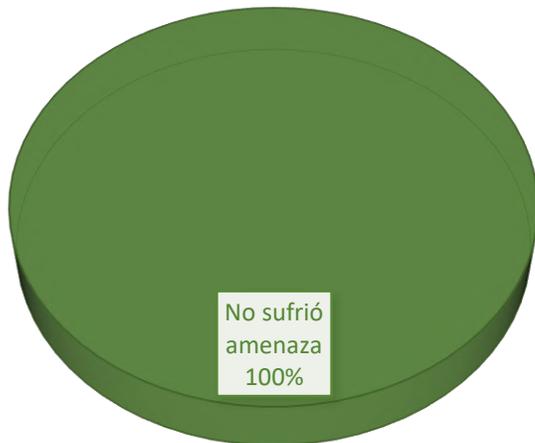


Figura 17. Amenazadas para firmar documentos



Figura 19. Percepción sobre su comportamiento

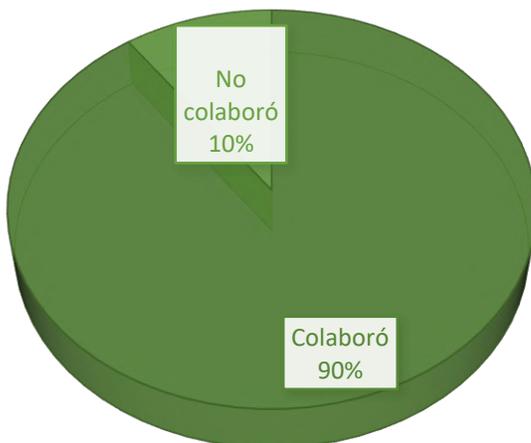


Figura 18. Percepción sobre su colaboración

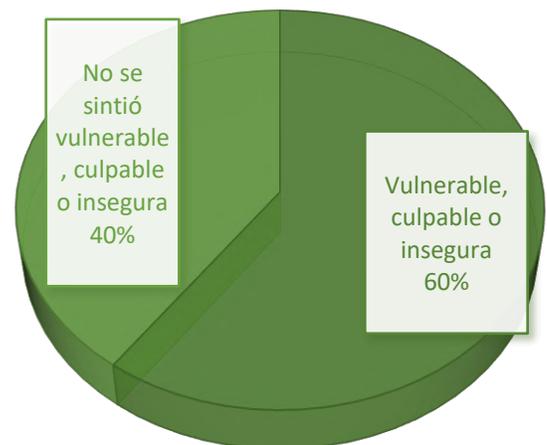


Figura 20. Durante el parto

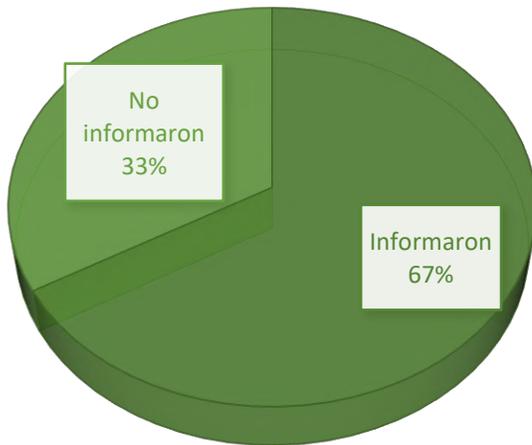


Figura 21. Le informaron la necesidad de cesárea

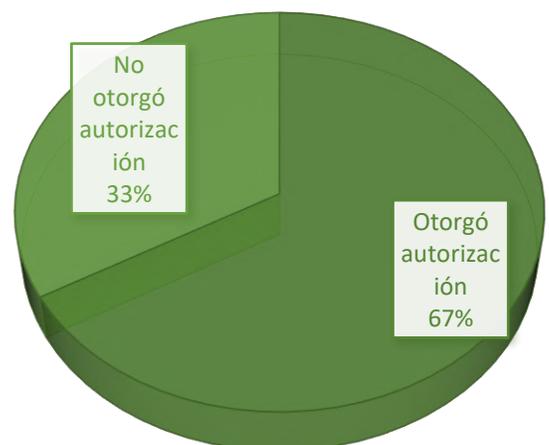


Figura 22. Sobre la autorización

3.2 Solicitudes de acceso a la información pública:

Tabla 1

Información brindada por MINSA Y ESSALUD (2019).

Número de partos atendidos en la ciudad de Trujillo en el año 2019 y sus condiciones:	
MINSA:	ESSALUD:
Total de partos: 13,627	Total de partos: 7,677
Cesáreas: 5,920	Cesáreas: 2,924
Espontáneos: 7,677	Naturales: 2,829
Instrumentados: 22	
Ignorados: 2	
Existencia de protocolos de actuación de atención en los partos	
MINSA:	ESSALUD:
No se nos brindó información sobre la existencia de protocolos de atención en los partos.	Se detalló las guías prácticas utilizadas para la atención de los partos.
Tienen guías prácticas, pero un mayor margen actuación discrecional.	De su revisión se evidencia principalmente la referencia a técnicas y herramientas utilizadas, en caso de complicaciones.
	No hay un protocolo que determine pasos obligatorios a seguir.
Con relación al parto humanizado, teniendo en cuenta el uso de herramientas (medicamentos, tecnología, etc.) para un parto sin dolor:	
MINSA:	ESSALUD:
No se brindó información sobre el uso de medicación o sobre un protocolo de actuación en caso de dolor en los partos, en cualquier forma.	El tema del parto con dolor o sin dolor (medicamentos utilizados) no se encuentra regulado; es decir, no hay ninguna norma específica que autorice a los servidores de salud administrar algún tipo de medicamentos en caso exista dolor durante el parto.

3.3 Entrevistas realizadas a la unidad de análisis servidores de salud:

Tabla 2

Entrevistas a servidores de la salud

<i>¿Qué es violencia obstétrica?</i>		
Enfermera	Obstetra	Ginecólogo
Maltrato hacia una gestante en trabajo de parto, luego del trabajo de parto en puerperio, o un parto.	Trauma durante el parto, malas maniobras, una fractura, por no saber sacar al niño, entonces puede ser violencia obstétrica.	Maltrato físico, moral, verbal, cualquiera de las modalidades que pudieran existir para dañar a la persona que está atendiendo.
<i>¿Qué información debe tener una mujer que tendrá un bebé?</i>		
Enfermera	Obstetra	Ginecólogo
Todo tipo de información acerca de cómo va a ser el cuidado del bebé, los cuidados de ella para su salud, que precauciones, que cuidados posteriores, algún método anticonceptivo para cuidarse, o si desea tener más hijos en cuanto tiempo podría estar lista para ello.	Concientizarlas de tener su parto en un establecimiento que cumpla con infraestructura y equipamiento con personal capacitado, no pueden dar a luz un establecimiento donde no cumplen con todo.	Todos los pormenores referentes al embarazo, los problemas que pueden surgir como consecuencia del mismo y deben asistir a sus controles prenatales, estrictamente de acuerdo a las normas para planificar, todo tipo de embarazo, de parto y de complicaciones que puedan surgir.
<i>¿Cuenta con algún protocolo de actuación en estas cosas?</i>		
Enfermera	Obstetra	Ginecólogo
Es diferente, en la ciudad llega la persona en trabajo de parto, pasa al médico quién la evalúa, y la deriva con la obstetra, se encarga de hacer el monitoreo fetal y luego se encarga de todo el proceso de dilatación, la deriva a la sala de partos, todo se encarga la obstetra, es un trabajo en conjunto, en la sierra llega la mujer en trabajo de parto mayormente no hay	Netamente para el tema de la violencia obstétrica no, para un manejo adecuado y para que tenga un parto feliz si tenemos protocolos como deben de ir, como, por ejemplo, para los controles prenatales, los exámenes de laboratorio, auxiliares, para que durante el proceso de embarazo no se complique en mayor medida el parto.	Los protocolos si existen, tenemos protocolos internacionales y nacionales, en cuanto a los nacionales hay sociedades de ginecología y obstetricia que son los que gobiernan este tema, la organización mundial de la salud, y las de ministerio de salud.

obstetra, entonces trabaja la enfermera y el técnico. Como enfermera no tenía un protocolo para actuar en ese tipo de situaciones.		
<i>¿Es importante el apego precoz?</i>		
Enfermera	Obstetra	Ginecólogo
Sí, ahora también el corte del cordón tardío, antes como tenían que cortar el cordón no acercaban al bebe, pero se ha demostrado que en el cordón queda la mayor cantidad de hemoglobina del bebe, entonces él bebe tiene que seguir con su cordón con la madre, por lo que el apego es importante ya que ayuda al bebe a tener mayor afectividad y tranquilidad.	Claro, el contacto precoz entre la madre y el niño es importante, desde el momento que el niño nace tú le colocas a la madre, siente ese contacto piel a piel, entonces hay un lazo de compenetración de confianza.	Por supuesto, en la actualidad se practica, los pediatras lo promueven, él bebe apenas nace esta con la mama, pero eso es a nivel de hospitales, por ejemplo, las clínicas lo hacen pocas veces.
<i>¿Cómo es el lenguaje que se utiliza para tratar a las mujeres en este estado?</i>		
Enfermera	Obstetra	Ginecólogo
Es un poco tedioso, hay maltrato por las enfermeras, más que las obstetras; la obstetra está en su campo, en cambio la enfermera viene a ponerte la vía, controla la oxitocina, para que empiece el proceso de dilatación, está encargada de eso, mayormente la obstetra está un poco más inclinada, siente más el dolor de la persona. En la sierra la persona es más aguerrida y estas a merced de ellos, en cambio en la ciudad el profesional se cree más, que la paciente.	Se tiene que utilizar un lenguaje con palabras adecuadas, la madre está en un momento que no entiende la manera o el lenguaje en que se le está hablando y puede aflorar su sensibilidad, pueden llegar a llorar, por ende, la finalidad es usar palabras adecuadas, hacerse llegar y hacerse entender sobre el trabajo de parto.	Es muy diverso, a veces existen mensajes no aprendidos que llegan a distorsionar la atención del parto y eso puede ser motivo de maltrato o violencia a la paciente.
<i>¿Es claro?</i>		
Enfermera	Obstetra	Ginecólogo

Se le tiene que saber hablar, para eso se hacen las entrevistas, le preguntas su nivel de estudios, tienes que explicarle de acuerdo al nivel que tiene el paciente, porque tiene que entender, no le puedes hablar con palabras técnicas si no, no va a entender.	No llega a ser claro, según el nivel de educación, por ende, existen términos que no entiende, somos los llamados a adecuar al lenguaje de esas mujeres.	El paciente no sabe muchas veces de su parto, no conocen las complicaciones y lo que pueda surgir como consecuencia de este desconocimiento, llegan a culpabilizar al médico por esas consecuencias.
<i>¿Puede llegar a ser agresivo?</i>		
Enfermera	Obstetra	Ginecólogo
Mayormente en los hospitales son muchos pacientes, está una dando a luz acá y la otra a su costado, al mismo tiempo, una gritando del dolor y la otra a lado mirando lo que le va a pasar, mayormente los bebés nacen en la madrugada, y eso hace que el personal muchas veces estresado pueda llegar a contestar mal.	No diría agresivo, puede ser que las mujeres presenten un entendimiento diferente y por su estado de vulnerabilidad podría llegar a malinterpretar las cosas.	Si, en algún momento, si pudiera llegar a ser agresivo, tanto de parte del paciente como también de parte del personal de salud, a veces se ha visto en algunos casos donde incluso han llegado a la parte física.
<i>¿De repente sin intención ha tenido un trato diferenciado con algunas mujeres?</i>		
Enfermera	Obstetra	Ginecólogo
Sí, cualquier profesional intenta decirle de la manera más bonita, anda cámbiate, aséate, pero no sabe que de alguna forma se le está hiriendo, ya que las mujeres están sensibles, y lo primero que hace el profesional que te recibe, te manda a bañar antes de pasar a sala de parto, para que supuestamente él bebe nazca bien limpio, o te dicen anda lávate por que ya va a empezar los dolores.	Si se puede dar, pero esto no debe de ser así, no se debe de tener en cuenta el tema socioeconómico, condiciones, etc. Por parte de los obstetras no debe de existir discriminación.	No, tuve la suerte de ser del grupo de médicos que nos han preparado con valores y responsabilidad y habilidades que puede tener un médico, creo que soy una de las últimas promociones que tuvieron esa oportunidad y la suerte de haber tenido profesores de altísimo nivel.
<i>¿Conoce sobre los hechos y políticas públicas de la violencia obstétrica en el Perú?</i>		

Enfermera	Obstetra	Ginecólogo
Sí existe violencia obstétrica en el Perú y no existen normas que lo regulen, ni sé que norma puede proteger estos casos, lo que, si sé que es violencia obstétrica porque ya se ha empezado a hablar de ello.	En el Perú sí existe violencia obstétrica, más en el ámbito público, aunque ese no debería ser lo correcto, cuando las mujeres en trabajo de parto llegan a los Hospitales nivel III. No existe política.	En el Perú si existe violencia obstétrica, hay ignorancia del paciente, que no se le comunica, hay reglas de juego que no son promovidas a nivel ni académico, ni asistencial ya que eso debería ser una promoción intensa a la población.
<i>¿Recomendaría la existencia de normas que regulen la violencia obstétrica?</i>		
Enfermera	Obstetra	Ginecólogo
Sí, porque de esta manera todos los profesionales de la salud tendrán un mayor cuidado al tratar a las pacientes que estén por dar a luz, porque podrían ser penados o sancionados, así pensarían la forma de tratar a las personas, a las mujeres.	Si, definitivamente debiera existir una política que regule este tema ya que los servidores de salud en estos casos no tienen una forma unánime de tratar a la paciente.	Qu se practique lo que ya está escrito, en los libros, en las normas, en las guías, eso falta y eso deben hacer en el hogar, en la universidad, y cuando los futuros servidores de la salud vayan a hacer sus prácticas, ahí es donde debe haber un impulso.

IV. Discusión

La encuesta realizada a la muestra (mujeres que tuvieron proceso de parto en Trujillo en el 2019), evidencian que la mayor parte de ellas fueron atendidas en Hospitales de nivel III. De esto se colige, que existe confianza hacia los centros de salud estatales.

Dentro de las circunstancias que son parte de la violencia obstétrica tenemos a la poca información, el trato deshumanizador, la medicación innecesaria y patologización de los procesos naturales. Muchas de las encuestadas no tuvieron información precisa sobre el procedimiento que les iban a practicar, tampoco se les brindó respuestas claras a sus interrogantes o dudas. Asimismo, algunas encuestadas indicaron que sí se les proporcionó información; no obstante, tuvieron la percepción que algunas cuestiones no eran explicadas por completo o con la precisión necesaria, lo que implica que de todos modos persistía una situación de desinformación sobre los procedimientos que se les iba a practicar.

En ese mismo sentido, debe considerarse que no todas las madres conocen sobre los procedimientos, algunas ni asisten a los controles, lo que hace más complicada el que puedan

dar su consentimiento informado, que haya una toma libre de decisiones, esto depende del personal médico de esta manera, quien debe dar información necesaria y adecuada a las madres, y hacer un correcto seguimiento.

Es importante resaltar, que algunas mujeres encuestadas señalaron que el personal que las atendió en los establecimientos de salud, profirió frases impertinentes sobre su actuación en el parto, situación que se repitió en diversas ocasiones. Algunas indican que se las trató con diminutivos o apodos, lo que evidencia el no cumplimiento de normas éticas hacia los pacientes. Otras manifestaron que fueron juzgadas por gritar o llorar manifestando sus sentimientos y emociones. Tales comentarios, frases o adjetivos muestran que el trato del personal de salud obedece a una creencia de superioridad de los especialistas de salud y de inferioridad del paciente.

La violencia obstétrica si bien es una nueva categoría dentro de la violencia de género, hay madres que tienen conocimiento sobre el tema, como lo demuestra la encuesta realizada. Se trata por tanto de un concepto que de manera gradual se está visibilizando en la comunidad. En tal sentido, resulta fundamental el rol de la academia para divulgar este tema invisibilizado y normalizado.

Tomando en cuenta la figura 6 y la figura 12, se aprecia que no se respetó su intimidad de las pacientes encuestadas, en la medida que en los procedimientos participó personal ajeno, o en todo caso que ellas, no pudieron identificar con claridad si se trataban de médicos o enfermeras. Además, y sustentando lo anterior, hay que resaltar como se aprecia en la figura 12, que las pacientes lograron determinar que algunas personas que las atendían eran estudiantes. Si bien la participación de los estudiantes de medicina o de disciplinas afines, es importante para su formación profesional; no obstante, tal participación debe implicar el consentimiento o autorización del paciente, quien debería expresar su conformidad en relación a si está de acuerdo o no.

Un gran número de madres no pudieron tomar una postura adecuada para ellas si no que las obligaban a quedar en una posición incómoda que solo les facilitaba la actuación a los servidores de salud. A un 20% de las encuestadas se les puso medicina sin su consentimiento, hay un 30% que no tiene conocimiento de las medicinas que recibió, esta medicación muchas veces se realiza con la finalidad de apresurar el parto y hacer de este proceso uno no natural, dejando de lado el aspecto humano.

En la misma línea las mujeres que tuvieron una cesárea, ninguna sintió que obtuvo una explicación correcta por su necesidad.

No menos importante, es mencionar que un porcentaje de las mujeres sintió no haber estado a la altura de lo que se esperaba de ellas en los procedimientos que se les practicó, lo que las lleva a tener ansiedad y dudas que les pueda ocasionar problemas más complicados,

circunstancia que no siempre se da de esta forma; pero que ya se genera cierto riesgo o posibilidad.

De otro lado, en lo que respecta a las solicitudes de información pública, tenemos que el MINSA no dio mayores detalles sobre la existencia de protocolos para atender partos, mencionaron la existencia de guías prácticas que buscan dar instrucciones a los servidores de la salud, pero que no son de obligatorio cumplimiento, si no que este personal puede actuar con libertad. Esta cuestión refleja que ese marco de libertad del personal de salud, es un factor que influye en la existencia de violencia obstétrica. En tal sentido, es necesario regular normativamente los procedimientos para la atención de mujeres embarazadas.

En los centros de salud del Ministerio de Salud, las cesáreas hechas en comparación con los partos espontáneos son en cantidad menor, hay partos realizados por cesárea o con herramientas como el fórceps, pero no existe una información sobre el tema, lo que nos llevó a creer que durante el 2019, no tenemos conocimiento de las que realmente se necesitan y no realizarlas por la comodidad de los servidores de salud.

A través de cesárea o con la ayuda de alguna herramienta como el fórceps, pero no hay más información sobre el tema, lo que nos lleva a pensar de las 5,920 cesáreas que se dieron en la ciudad de Trujillo durante el año 2019, no sabemos de estas cuantas realmente fueron necesarias y no realizadas para una mayor comodidad de los servidores de salud.

ESSALUD, por su parte, precisó que tiene guías prácticas en la atención de partos, que brindan técnicas y los instrumentos que el personal de salud debe de utilizar al atender los partos; pero no existe un protocolo que regule el procedimiento a seguir de forma estandarizada y con tome en cuenta la violencia obstétrica. Ello puede entenderse en la medida que la violencia obstétrica esta invisibilizada y aceptada en la práctica de salud, por ello no hay necesidad de evitarla.

En los hospitales de ESSALUD, se nos brindó información de que, del total de 5753 partos atendidos, 2924 fueron cesáreas, lo que refuerza lo ya mencionado. Se ha concluido que este lenguaje usado por los profesionales de salud debe ser adecuado y claro.

De otro lado, en relación a las entrevistas, el personal de salud entrevistado, explicó que que, si bien hay guías que proporcionan información y orientan la actuación, estos instrumentos son generales y no consideran casos especiales, y mucho menos hay información sobre la forma de actuar para evitar cometer violencia obstétrica. Los entrevistados mencionan protocolos internacionales, nacionales, pero generales. No hay evidencia de que tales documentos se hayan implementado de manera específica.

Los servidores de la salud, afirman que sí hay violencia obstétrica en nuestro país, de la misma manera no hay una correcta regulación sobre el tema, por el mismo desconocimiento

de los pacientes, el personal de salud y que existe poca regulación que no aporta mucho en la lucha contra este problema.

Asimismo, tomando en cuenta lo respondido por los profesionales de salud que fueron entrevistados, se puede conceptualizar a la violencia obstétrica como el maltrato sobre la madre gestante en etapa de parto, parto y postparto, por medio de acciones que pueden ocasionar traumas, malas maniobras, sea verbalmente o físicamente, en general lo que daña a las mujeres.

De la misma manera hay un bajo conocimiento sobre la idea de violencia obstétrica, lo que puede explicarse en la medida que existe una escasa a nula regulación, lo que se refleja en las respuestas brindadas por los servidores de salud. Es decir, estos servidores no tienen un marco de actuación que los oriente en relación a la violencia obstétrica, también se puede afirmar que, dado que no es un concepto regulado, no hay ninguna capacitación ni instrucción sobre el tema.

En nuestro país, el lenguaje usado debe de tener sensibilidad para que busque transmitir la información correctamente a las mujeres y puedan entender lo que está pasando, ya que al estar vulnerables no logran entender claramente lo que sucede.

El lenguaje mayormente se distorsiona y no logra llegar adecuadamente, ya que las mujeres somos diferentes, por distintas situaciones, como el contexto educativo, el lugar de donde provienen, lo que hace que el uso de un lenguaje estandarizado, existen paciente que no logran tener la información adecuada sobre los procesos que se les practicarán.

En lo que respecta a la regulación de la violencia obstétrica, a nivel del Estado peruano, ni a nivel de los centros de salud relevantes de Trujillo, no existe una norma específica que la combata. En su momento, a través del proyecto de ley -mencionado en la introducción- se intentó regular directa y detalladamente este problema. Este proyecto intentó garantizar el acceso a la información de la madre, en concreto que se le informe de las intervenciones a las que podría ser sometida. También buscaba proteger que no se le practique ningún acto o procedimiento sin su consentimiento previo e informado. Lamentablemente, solo fue un proyecto.

En el Perú, hay otras normas relevantes que se relacionan, pero de manera indirecta con la violencia obstétrica, como La Ley General de Salud, en su artículo 40°, hace referencia a la obligación de brindar información a los pacientes. También se tiene La Ley N°29414, que establece su artículo 15°, inciso 2, el derecho de los pacientes a ser informados de manera adecuada y oportuna, así como a que dicha información sea completa y comprensible, entre otros derechos.

Ante tales problemas expuestos en los resultados de la presente investigación, las principales alternativas de solución para evitar y buscar eliminar la violencia obstétrica en el Perú,

estarían dadas, de un lado, por la creación de normas que puedan regular por completo y de manera directa los vacíos legales; y, de otro lado, que por medio de políticas públicas educativas se pueda concientizar al personal de salud y a la población sobre este problema y evitar que siga dándose estas situaciones.

V. Conclusiones

La violencia obstétrica es una realidad que siempre ha estado presente, pero que en los últimos años se está identificando como un problema, que debe ser atendido. Algunos países de América Latina, ya iniciaron su regulación para erradicarla, por lo tanto, es importante que se haga lo mismo en el Perú, y en específico en la ciudad de Trujillo.

No hay informes de violencia obstétrica en la ciudad de Trujillo, ni conocimiento específico de sanciones o investigaciones realizadas sobre este tema. No existe data relevante sobre el y además existe un vacío legal a nivel nacional, regional y local en relación con esta problemática.

Se puede afirmar que hay violencia obstétrica en la ciudad de Trujillo, la cual se manifiesta de distintos modos y en diferentes intensidades, que, a menudo dependen del centro de atención, de los especialistas de salud y de la misma paciente. Una de las causas es que no todas las mujeres tienen el conocimiento necesario y adecuado sobre el embarazo y el parto. Esta falta de información se explica en parte debido a que el personal de salud no proporciona la información necesaria o cuando lo hace no es entendible. En relación a lo último, es importante mencionar que la información brindada por los servidores de salud, no es adecuada, ya que pueden usar términos técnicos de difícil comprensión por las usuarias. Asimismo, la manera de expresarse del personal de salud ha llegado a ser entendido como ofensivo e incluso agresivo en algunos casos. Esto se explica, ya sea porque se produce una incorrecta interpretación por parte de las usuarias, teniendo en cuenta que están en una situación de vulnerabilidad; o, también puede darse porque el personal se encuentra en una situación de estrés o porque perciben encontrarse en una situación de superioridad respecto a los pacientes.

Se puede identificar que el personal de salud que comete acciones que forman parte de la violencia obstétrica son enfermeros, obstetras, ginecólogos e incluso estudiantes.

La participación de estudiantes o personal ajeno o no identificado, vulnera el derecho a la intimidad de las mujeres. En relación a la intimidad, tiene mucho que ver la infraestructura de los establecimientos de salud, ya que en general no existen ambientes que garanticen la privacidad e intimidad de la mujer durante el parto.

Los servidores de salud a menudo impiden a las mujeres el consumo de alimentos y bebidas durante el parto, y también les impiden adoptar posturas que les resulten más cómodas. De este modo, se patologiza el proceso de dar a luz, convirtiendo al proveedor de salud en el protagonista en lugar de la mujer. Al parecer, los servidores de salud, ya sea queriendo (al sentirse superiores por su nivel de educación) o sin necesariamente quererlo (tienen ciertos prejuicios), y pueden llegar a cometer acciones que configuran violencia obstétrica.

Finalmente, se puede concluir que es evidente la necesidad de regular la violencia obstétrica y combatirla en los establecimientos de salud de Trujillo mediante una normativa que garantice la protección y el respeto de los derechos de las mujeres durante el parto.

VI. Referencias

- Arguedas Ramírez, G. (2014). La violencia obstétrica: propuesta conceptual a partir de la experiencia costarricense. *Cuadernos Inter.c.a.mbio Sobre Centroamérica y El Caribe*, 11(1), 145–169. Recuperado de <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/intercambio/article/view/14238/13530>
- Bowser, D., & Kathleen Hill, M. P. (2010). Exploring evidence for in facility-based childbirth. Harvard.edu. Recuperado de https://cdn2.sph.harvard.edu/wp-content/uploads/sites/32/2014/05/Exploring-Evidence-RMC_Bowser_rep_2010.pdf
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2000). *Observación general N.º 14 (2000). El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*. Recuperado de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf>
- García, E. (2018). *La violencia obstétrica como violencia de género*. Tesis doctoral. Universidad Autónoma de Madrid, España.
- Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. (2016). *Violencia basada en género. Marco conceptual para las políticas públicas y la acción del Estado*. Recuperado de <https://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dgcvg/mimp-marco-conceptual-violencia-basada-en-genero.pdf>
- Ministerio de Salud. (2004). *Guías Nacionales de Atención Integral de la Salud Sexual y Reproductiva*. Recuperado de http://bvs.minsa.gob.pe/local/dgsp/63_guiasnac.pdf
- Nascimento, G., Santos, V., Marcolino, E., Araújo-Monteiro, G., Dantas, A. y Santos-Rodríguez, R. Obstetric Violence: A Conceptual Analysis in the Nursing Context. *Aquichan*, 22 (4), 1-25. doi:10.5294/aqui.2022.22.4.8

Parra Vera, O. (2003). *El derecho a la salud*. Bogotá, Colombia: Defensoría del Pueblo.

Redacción RPP. (18 de enero de 2020). “Vas a saber lo que es dolor de parto”: Madre denuncia que su bebé nació muerto por violencia obstétrica. *Radio Programas del Perú*. Recuperado de <https://rpp.pe/peru/la-libertad/trujillo-madre-denuncia-que-su-bebe-nacio-muerto-por-violencia-obstetrica-noticia-1240239>

Wallace, S. y Enriquez-Haass, V. Disponibilidad, accesibilidad y aceptabilidad en el sistema de atención médica en vías de cambio para los adultos mayores en los Estados Unidos. *Revista Panamericana de Salud Pública*, 10(1), 18-28. Recuperado de <https://www.scielosp.org/article/rpsp/2001.v10n1/18-28>

Normativa y jurisprudencia

Caso José Luis Correa Condori vs. Ministerio de salud, sentencia Exp. n.º 2016-2004-AA/TC (Tribunal Constitucional [Perú], 05 de octubre de 2004).

Código Penal de Chiapas, Congreso del Estado de Chiapas, Decreto Número 139, Marco Normativo CNDH, 14 de marzo de 2007.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la mujer, Convención Belém do Para, Organización de los Estados Americanos, 09 de junio de 1994.

Declaración sobre la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer, Organización de las Naciones Unidas, 20 de diciembre de 1993.

Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, Congreso de la Nación Argentina, Ley n.º 26.485, Boletín Oficial de la República Argentina, 01 de abril de 2009.

Ley del Parto Humanizado, Congreso de la Nación Argentina, Ley n.º 25.929, Boletín Oficial de la República Argentina, 17 de septiembre de 2004.

Ley General de Acceso de las Mujeres a una vida Libre de Violencia, Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, Diario Oficial de la Federación, 01 de febrero de 2007.

Ley General de Salud, Congreso de la República del Perú, Ley n.º 2684, Diario Oficial El Peruano, 09 de julio 1997.

María Alejandra Guerra Gómez/La violencia obstétrica en la ciudad de Trujillo, Perú...

Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, Diario Oficial de la Federación, 02 de agosto de 2006.

Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, Asamblea Nacional, Ley n.º38.668, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 20 de abril de 2007.

Ley que Establece los Derechos de las Personas Usuarias de los Servicios de Salud, Congreso de la República del Perú, Ley n.º 29414, Diario Oficial El Peruano, 02 de octubre de 2009.

Plan Nacional de Igualdad de Género 2012-2017, Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, Decreto Supremo N° 004-2012-MIMP, Diario Oficial El Peruano, 18 de agosto de 2012.

Política Nacional de Igualdad de Género, Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, Decreto Supremo N°008-2019-MIMP, Diario Oficial El Peruano, 4 de abril de 2019.

Proyecto de dictamen recaído en el Proyecto de Ley 1158/2011-GR, que propone la Ley de Promoción y Protección del Derecho al Parto Humanizado y a la Salud de la Mujer Gestante y el Recién Nacido, Comisión de Salud y Población, marzo de 2015.