

ISSN 1997-6682



Revista Oficial del Poder Judicial

Corte Suprema de Justicia de la República

Vol. 2, n.º 2, 2007

Lima, Perú



JUSPER

Revista Oficial del Poder Judicial

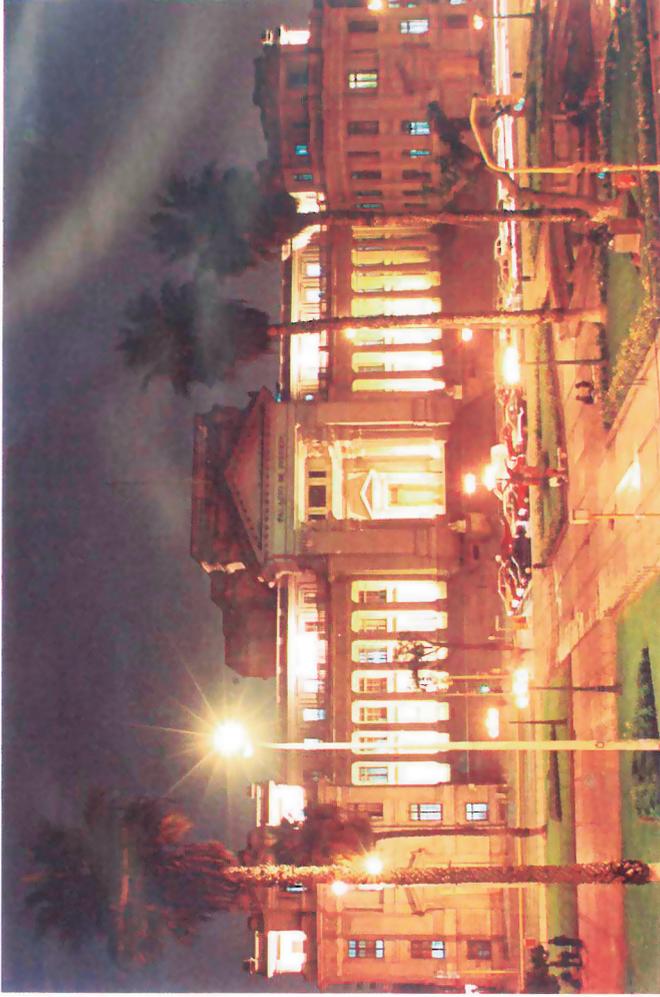
Corte Suprema de Justicia de la República

Vol. 2, n.º 2, 2007

Lima, Perú



JUSPER
Poder Judicial de la Unión Peruana
Sociedad Anónima de Derecho



Palacio Nacional de Justicia de noche
Lima - Perú

**SALA PLENA DE LA CORTE SUPREMA DE
JUSTICIA DE LA REPÚBLICA***

PRESIDENTE:

Francisco Artemio Távora Córdova

VOCALES:

Walter Vásquez Vejarano
Antonio Pajares Paredes
Roger Salas Gamboa
Manuel Sánchez-Palacios Paiva
Hugo Sivina Hurtado
Javier Román Santisteban
Elcira Vásquez Cortez
Robinson Gonzáles Campos
Víctor Ticona Postigo
César San Martín Castro
Javier Villa Stein
Víctor Roberto Prado Saldarriaga
Duberli Apolinar Rodríguez Tineo
Jorge Alfredo Solís Espinoza
Jacinto Julio Rodríguez Mendoza
José Luis Lecaros Cornejo

* El Dr. Enrique Javier Mendoza Ramírez, Vocal Supremo Titular, se encuentra con licencia constitucional, Preside el Jurado Nacional de Elecciones.



Sala Plena

Revista Oficial del Poder Judicial
Corte Suprema de Justicia de la República
Vol. 2, n.º 2, 2007 - ISSN 1997-6682

	Índice
Editorial	17
DOCTRINA NACIONAL	
MAGISTRADOS:	
Ticona Postigo, Víctor <i>El debido proceso y las líneas cardinales para un modelo procesal en el estado constitucional de derecho</i>	27
Vinatea Medina, Ricardo Guillermo <i>La carrera judicial en el modelo peruano</i>	51
Burgos Mariños, Víctor <i>El Nuevo Código Procesal Penal: Realidad o Ficción</i>	65
Castañeda Otsu, Susana <i>Análisis de la Contienda de Competencia N° 18-2004. Interpretación y Aplicación de la Ley conforme a la Constitución y Convención Americana sobre Derechos Humanos</i>	79
Toledo Toribio, Omar <i>Los principios ordenadores que rigen el sistema de inspección del trabajo</i>	103
Lama More, Héctor Enrique <i>Comentarios y reflexiones acerca de las tercerías de propiedades contra hipotecas y garantías reales inscritas</i>	117
Salas Villalobos, Sergio <i>El Asociacionismo Judicial en las sociedades democráticas contemporáneas</i>	141
Coaguila Valdivia, Jaime Francisco <i>La sentencia como un acto de amor. Aplicada contribución hacia una Poética de la Justicia</i>	149
Vargas Álvarez, Jenny Cecilia <i>El Derecho de Trabajo de los Menores</i>	155

Cueva Zavaleta, Jorge <i>Colisión de la ley penal y la costumbre en los delitos de violación sexual a menores de edad cometidos por los integrantes de las comunidades nativas de la cuenca del río Amazonas</i>	165
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

JURISTAS:

Cordero Rodríguez, Luis <i>Reflexiones socio-jurídicas sobre la separación Iglesia-Estado</i>	185
--------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Palomino Manchego, José Castillo Veintimilla, Harold <i>El proceso competencial: ¿Un nuevo recurso procesal para anular sentencias o dejarlas sin efecto?</i>	203
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

DOCTRINA INTERNACIONAL

Alcántara Sáez, Manuel (España) <i>Luces y sombras de la calidad de la democracia en América Latina</i>	233
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Mantilla Espinosa, Fabricio (Colombia) <i>La "constitucionalización" del derecho privado</i>	245
---------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Moisset De Espanés, Luis (Argentina) <i>El Hecho jurídico voluntario</i>	263
-------------------------------------------------------------------------------	-----

Tenera Barrios, Francisco (Colombia) <i>El concepto de justicia contractual</i>	287
--------------------------------------------------------------------------------------	-----

DOCUMENTOS

Segunda Reunión Preparatoria de la XIV Cumbre Iberoamericana Judicial <i>Conclusiones Cusco</i>	307
----------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Primer Congreso Nacional de Magistrados del Poder Judicial <i>Declaración de Trujillo</i>	317
----------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Guía para la presentación de artículos	323
----------------------------------------	-----

Editorial

Las líneas que vienen a continuación, no sólo quieren presentar una Revista, sino que, asimismo, dan cuenta de una nueva escena que empieza extenderse en la magistratura nacional: y es que hoy los magistrados no sólo dictan sentencias, como la expresión de un Derecho que une realidad y norma, en conjunto, con sus complejas y múltiples posibilidades. Hoy además, en el presente, los jueces escriben y cada vez son más sobre temas jurídicos con una actitud científica seria y rigurosa.

Por ello, esta publicación es motivo de gran beneplácito, porque además se trata de un logro que ha demandado mucho esfuerzo, dedicación y recursos para hacerla llegar a la familia judicial y a la comunidad jurídica. En este sentido, el Poder Judicial del Perú que hoy presido, honra y renueva el compromiso adquirido con la edición su primer número, dándole a nuestra revista la continuidad en el tiempo que por su naturaleza requiere.

Para el presente número han sido consignados distintos trabajos, aportados tanto por magistrados, así como por destacados juristas, donde se analizan diversos temas de interés doctrinal de alcance nacional como internacional. Entre ellos, aspectos cardinales

relacionados, por ejemplo, con el *"debido proceso"*, derecho central para el desarrollo del sistema democrático, requiriendo para su consolidación la promoción de la *tutela supraconstitucional del proceso* a través del reforzamiento de la legitimidad de los organismos internacionales, concepción de avanzada que es postulada por el doctor Víctor Ticona Postigo, Vocal Supremo Titular de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Por otro lado, la *"carrera judicial"*, según el modelo peruano, es estudiada por el doctor Ricardo Vinatea Medina, Vocal Supremo Provisional, materia de palpitante actualidad para la judicatura nacional. Por otro lado, temas como los de la aplicación de los principios procesales, el Nuevo Código Procesal Penal, el Asociacionismo Judicial, el Derecho de Trabajo de los Menores, el Control de Constitucionalidad, entre otros valiosos aportes, son abordados con meticulosa claridad, volcando los autores su saber y su experiencia, avalada por años de servicios en los Tribunales de Justicia, la defensa y la cátedra universitaria. Enhorabuena.

No menos destacado es el tratamiento que se hacen de temas tan actuales, como los artículos *"Reflexiones socio-jurídicos sobre la separación Iglesia-Estado"* de Luis Cordero Rodríguez, materia que sigue generando importantes debates aún hoy en día; igualmente *"El proceso competencial: ¿Un nuevo recurso procesal para anular sentencias o dejarlas sin efectos"*, de José Palomino Manchego, aspecto que es objeto de constante interés y discusión en las distintas sedes jurisdiccionales.

En lo que a la doctrina a nivel internacional se refiere, la democracia es objeto de un análisis siempre actual para nuestra Región a través del artículo *"Luces y sombras de la calidad de la democracia en América Latina"*, de Manuel Alcántara Sáez, se da cuenta de los avances y retrocesos en su proceso de evolución y en su lucha por consolidar la democracia como régimen para aquellas repúblicas que recién en el siglo diecinueve insurgieron en la vida política como estados independientes. Otro aspecto de palpitante interés es la *"constitucionalización"* del *"Derecho Privado"* de Fabricio Mantilla Espinosa, artículo que analiza la consagración, a nivel constitucional, de parcelas que tradicionalmente han sido materia del Derecho Privado.

No se puede dejar de mencionar la colaboración que para el presente número hace Luis Moisset De Espanés, quien estudia *"El Hecho jurídico voluntario"*, con su reconocida brillantez y erudición jurídica. Asimismo, en un artículo final, intitulado *"el concepto de justicia contractual"*, de Francisco Ternera Barrios, mediante el cual se señala el importante lugar que en nuestros días ocupa dicho concepto, que debe ser precisado con referentes concretos como la equidad, igualdad y equilibrio contractual; pautas que en dicho ámbito le permite al juez, mediante diversos mecanismos, controlar el ejercicio de ciertos derechos para evitar que se afecten intereses generales reconocidos por el ordenamiento jurídico.

Concluye el presente número anexando documentos de trascendental importancia para la vida jurídica nacional: La Declaración de Cusco, producto de la Segunda Reunión Preparatoria de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana; y la Declaración de Trujillo, correspondiente al Primer Congreso Nacional de Magistrados, hechos trascendentales para la historia de la judicatura peruana, se consigna también una guía para que los autores que colaboran con la Revista Oficial del Poder Judicial tengan a mano una herramienta metodológica que sin duda va a redundar en beneficio de los lectores, al garantizarse la rigurosidad de sus artículos, tanto en el contenido como en la forma.

Como palabras finales de esta presentación, me queda únicamente reiterar mi complacencia por que nuestra institución judicial está dando impulso al cometido de hacer llegar a los lectores lo mejor y lo más actual de la ciencia jurídica, a fin de que la interpretación y aplicación del Derecho cumpla su trascendental rol en la impartición de justicia.

Francisco Távara Córdova
Presidente del Poder Judicial



Francisco Távora Córdova
Presidente del Poder Judicial
2007 - 2008

EL DEBIDO PROCESO Y LAS LINEAS CARDINALES PARA UN MODELO PROCESAL EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

VÍCTOR TICONA POSTIGO*

Resumen:

El Estado de Derecho deviene del Estado Legislativo o Estado basado en la ley, cuyo elemento esencial, entre otros, es la tutela jurisdiccional efectiva de todos los derechos y libertades; en esta perspectiva el autor hace una reseña sobre la evolución de la denominación de Estado de Derecho; explica sobre la tutela jurisdiccional y debido proceso como derechos fundamentales; si ambos derechos tienen relación de identidad o son diferentes; expone también su propuesta al respecto; y finalmente trata del reconocimiento de estos dos derechos en el derecho positivo Peruano.

Palabras Clave: Tutela Jurisdiccional – Estado de Derecho – Debido Proceso.

Abstract:

The Government of laws comes from the Legislative State, whose essential element, among others, is the effective jurisdictional custody of all the rights and liberties; in this perspective the author inspects the evolution of the denomination of Government of laws; he explains the jurisdictional custody and the due process like fundamental rights; if both rights have identity relation or are different; it also exposes his proposal on the matter; and finally it deals with the recognition of these two rights in the Peruvian Law.

Key words: Effective Jurisdictional Custody – Government of law – Due process.

Sumario:

1. Un modelo procesal eficaz y eficiente. 2. Estado de Derecho y Estado Constitucional de Derecho. 3. Los elementos cardinales de un modelo procesal para una tutela jurisdiccional efectiva. 4. Conclusiones.

* Vocal Supremo Titular. Presidente de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República y profesor de la Universidad de Lima.

En el marco de un Estado Constitucional de Derecho, como el que proclama nuestra Carta Política, se exige un modelo procesal que de modo efectivo haga realidad los derechos fundamentales y materiales, los valores y fines prometidos por las Constitución. Este modelo procesal debe apuntar a asegurar, entre otras cosas, un mínimo de garantías procesales de rango constitucionales así como la realización de aquellos derechos, valores y fines, particularmente el valor justicia, que viene a configurar el valor supremo del derecho.¹

1. UN MODELO PROCESAL EFICAZ Y EFICIENTE

Las urgentes exigencias de justicia eficaz y eficiente de nuestra comunidad imponen la necesidad no solamente de reconocer en el sistema jurídico procesal sino de formular un modelo procesal que responda a tales exigencias y urgencias.

Un modelo procesal tiene una operatividad en un espacio y en un tiempo determinado. Por ello es necesario reconocer que, en el presente y para nuestra sociedad, debe buscarse una fórmula procesal que se ubique en el contexto de un sistema jurídico-político, por lo menos reconocido formalmente por nuestra Constitución y proyectando los tipos de tutela básicos que debe proveer.

A este efecto, será necesario, primeramente precisar si nuestro sistema constitucional responde o no a las características básicas de lo que se denomina un Estado Constitucional de Derecho.

Por otra parte, un modelo procesal será eficaz y eficiente según el tipo de tutela que debe concretar. En este sentido es necesario distinguir, la Tutela Ordinaria de la Tutela Diferenciada, y cómo es que el modelo procesal debe variar en atención al tipo de tutela a cual debe servir de instrumento y, como consecuencia de ello, podemos transitar de un modelo “plenamente garantista” a un modelo “mínimamente garantista”.

Finalmente, será necesario responder a la pregunta ¿qué tipo de modelo procesal puede ser el más eficiente y eficaz desde la perspectiva constitucional? Aquí será necesario revisar los conceptos tutela jurisdiccional efectiva, debido proceso, tutela procesal efectiva, entre otros.

En resumen, consideramos que es necesario, entre otros, aspectos, relacionar y conjugar categorías como: Estado de Derecho y Estado Constitucional de Derecho; Tutela Jurisdiccional Ordinaria y Tutela Jurisdiccional Diferenciada; Debido Proceso, Tutela Jurisdiccional Efectiva y Tutela Procesal Efectiva. Como resultado de todo ello concluir cuáles serían las características esenciales que podría tener un modelo procesal en un Estado de Derecho como el nuestro. Por último, en esta primera parte, y desde ahora es pertinente preguntarse ¿Es el debido proceso, el modelo procesal que corresponde al Estado Constitucional de Derecho?

2. ESTADO DE DERECHO Y ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

La denominación Estado de Derecho, ha tenido una evolución en la doctrina y en los sistemas jurídico-políticos.

En una primera concepción Estado de Derecho significa vinculatoridad a la ley, es decir que denota la sujeción a la ley de todos quienes ejercen autoridad y poder así como sujeción de los particulares en general. Se concibe como oposición al Estado absoluto, y como limitación y control del poder político "...la idea de un gobierno de leyes y no de hombres se sustancia a través de la sujeción a la Ley tanto de autoridades como de particulares; ciertamente ligado a ello, se mencionan otros elementos como los derechos fundamentales y la división de poderes, la primacía de la ley en el sistema de fuentes, la legalidad de la administración".²

En esta concepción se entiende a la ley en su sentido formal, esto es aquella norma jurídica expedida por el parlamento, depositaria de la voluntad del pueblo, siguiendo el procedimiento legislativo respectivo. Asimismo debe destacarse aquí que la ley ocupa el vértice superior de todo el sistema jurídico, por ello es válido afirmar que "...el Estado de Derecho deviene, más bien, en un Estado Legislativo o Estado basado en la Ley (formal). Resulta fuera de este contexto la Constitución, la inexistencia de mecanismos jurídicos (procesales) que tuvieran por objetivo directo proteger su supremacía en el sistema de fuentes, la excluyen de ser considerada un auténtico modo de producción del derecho, lo cual no supone desconocer, por una parte, la existencia de mecanismos políticos de tutela de la Constitución, ni por otra, la ubérrima experiencia norteamericana de la *judicial review* ya a partir de 1808; pues, ese no fue el contexto en el que el concepto de Estado de Derecho

recibió su tratamiento teórico, sino el ámbito germano donde tal concepto – el *Rechtsstaat*- lo adquirió y, allí, el centro de preocupación teórica y dogmática (y entonces jurisprudencial) no fue la protección jurídica de la Constitución sino de la Ley, a cuyo efecto se orientan técnicas como el principio de legalidad, la reserva de la ley, la legalidad de la administración”.³

En otra concepción encontramos que Estado de Derecho significa vinculatoriedad al Derecho por parte de quienes ejercen el poder político como de todos los particulares, entendiéndose aquí que derecho no se reduce a la Ley formal expedida por el Parlamento sino que comprende a la Constitución y demás normas infraconstitucionales, como la ley y normas con rango legal así como las demás normas del Ejecutivo y de otros órganos integrantes del sistema de fuentes. Aquí, la Constitución no solamente ocupa formalmente el vértice superior del ordenamiento jurídico sino que esencialmente tiene suprema fuerza normativa, que vincula a las autoridades y particulares. Por consiguiente, en esta concepción de habla de Estado Constitucional de Derecho.

En la doctrina se ha establecido algunas notas características de la Constitución del Estado Constitucional de Derecho:

- a. Es una *Constitución rígida o formal*, en donde las disposiciones constitucionales tienen una calidad suprallegal y su modificación no puede hacerse sino a través de un procedimiento especial y distinto a la de la norma legal ordinaria.
- b. La Constitución responde a las *pretensiones normativas del constitucionalismo político*: la limitación del poder político y la garantía de los derechos. El ejercicio del poder político debe hacerse de modo institucionalizado y desde ciertos valores y fines, los cuales además tienen un carácter regulativo; para ello incorpora forma básicas para la *acción jurídica* (medios y formas para erradicar la arbitrariedad en el ejercicio del poder, el autoritarismo), propias de un Estado de Derecho; y, así como para la *acción política* (medios y formas para erradicar la exclusión política y social) propias de un Estado Democrático y Social de Derecho.
- c. Esta Constitución formal además de responder a los lineamientos del constitucionalismo *tiene que ser practicada*, es decir que tiene que haberse

“...consolidado una práctica jurídica y política que permita afirmar que de hecho en torno a la Constitución formal se ha producido la estabilización de las conductas jurídicas y políticas de la comunidad de referencia, de forma que ella pueda ser considerada como norma fundamental y, en consecuencia, desempeña su papel en los problemas de identificación, de unidad y de continuidad del sistema jurídico-político”.⁴

Por otra parte también se ha considerado en la doctrina⁵ como elementos esenciales del postulado del Estado de Derecho: a) La justicia y seguridad jurídica, b) La constitución como norma suprema, c) La división de poderes, d) La protección de los derechos fundamentales, e) La vinculación de los poderes públicos al derecho, a la ley, f) La tutela judicial y vertiente procedimental de los derechos fundamentales. A los cuales se podría agregar, el control jurisdiccional de los actos de la administración, el control de la constitucionalidad de las leyes, entre otros.

Nuestra Constitución, más allá de los cuestionamientos formales que pueden razonablemente hacerse, puede ser reconocida como una Constitución que pretende proponernos un sistema político-jurídico que tiene características de un Estado Constitucional de Derecho⁶.

Encontramos que es una Constitución formal y rígida, que tiene pretensiones normativas ambiciosas del constitucionalismo político. Se puede sustentar la exigencia de derechos fundamentales implícitos a partir del Estado Democrático de Derecho (Art. 3º); quienes ejercen el poder lo hacen con “...la limitaciones y responsabilidades que la Constitución establecen (Art. 45º primer párrafo); todos, esto es autoridades y particulares, tienen el deber de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico (Art. 38º). El Estado garantiza la plena vigencia de los derechos humanos así como la protección de la población de amenazas contra su seguridad. El Congreso tiene la atribución de velar por “...el respeto de la Constitución y de las leyes, y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores” (Art. 102º inc. 2). Es atribución del Presidente de la República “Cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales” Art. 118º inc. 1). Por otra parte, con relación al capítulo del Poder Judicial se prevé que la función jurisdiccional se ejerce “con arreglo a la Constitución y a las leyes” (Art.138º, primer párrafo). Constituye atribución del Tribunal Constitucional el “control de la

Constitución” (Art. 201º, primera parte). Los altos funcionarios de la Nación pueden ser sometidos a acusación constitucional por infracción a la Constitución o por cualquier otro delito cometido en ejercicio de sus funciones (Art. 99º y 100º). Como principios y deberes de la función jurisdiccional se establecen una serie de normas en el Art. 139º, y dentro de ellas la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional (Art. 139º inc. 3). Así mismo, se establece el principio de jerarquía normativa (Art. 51º parte final, 138 párrafo final), entre otras normas.

Sin embargo, con relación a la tercera característica, la práctica jurídica y política en torno a la Constitución formal, podríamos afirmar, sin lugar a dudas, que no ha existido ni existe realmente dicha práctica casi permanente que permita concluir que se ha producido en la comunidad, y especialmente en los detentadores del poder público, una conducta y actitud sostenida y sincera de considerar a la Constitución como norma fundamental que le da unidad y continuidad a nuestro sistema jurídico-político.

Sabemos bien que nuestra vida republicana ha tenido periodos de vigencia relativa de una democracia formal y, en otros periodos, de quebrantamiento de ésta como resultado de rupturas del orden constitucional (los denominados golpes o autogolpes de Estado). En consecuencia, se ha intentado, por lo menos formalmente y en periodos cortos de nuestra historia, la propuesta y la vigencia de un Estado de Derecho, y en las últimas décadas (Cartas Políticas de 1979 y 1993) de un Estado Constitucional de Derecho.

Desde otra perspectiva, como se ha anotado, en la doctrina también se considera que un elemento esencial del Estado de Derecho es la tutela judicial de los derechos fundamentales. Nosotros diríamos que dicho elemento está configurado por la tutela jurisdiccional efectiva de todos los derechos y libertades, y dentro de ellos y especialmente de los derechos fundamentales.

Pero una tutela jurisdiccional efectiva requiere, entre otras cosas, un proceso con un “mínimo de garantías” que hagan posible un juzgamiento justo e imparcial. Si el proceso es un instrumento de tutela de los derechos materiales, y dentro de éstos los derechos fundamentales, podemos convenir que el proceso debe tener, a su vez, una protección o tutela reforzada y de carácter constitucional. Hay que dar seguridad y garantías al proceso para que éste no sea el sepulcro de la justicia. El legislador, mediante leyes ordinarias

procesales, puede hacer del proceso un instrumento ineficaz y frustrante de la tutela de los derechos, como cuando diseña un instrumento procesal que no garantiza a las partes una oportunidad para ser oído o para probar sus alegaciones. Así mismo, el juez, por su parte, también puede vulnerar el derecho a un proceso con “mínimo de garantías” cuando omite proveer un pedido del abogado del litigante para informar oralmente antes de resolver el fondo de la controversia. El mismo agente administrativo, cuando en un procedimiento administrativo sancionador impone una sanción disciplinaria a un administrado sin motivación alguna o con una motivación aparente.

Que, como consecuencia de los horrores producidos en la Segunda Guerra Mundial, los derechos fundamentales empezaron a tener un rol vital en los sistemas democráticos. No era suficiente la elaboración de leyes mediante un procedimiento formal como expresión de la voluntad de las mayorías, también era absolutamente necesario el respeto a las sustancias democráticas encarnadas por los derechos fundamentales. Establecidos por Convenciones Constituyentes elegidas democráticamente, instituían un límite a voluntad absoluta de las mayorías, las cuales no podían actuar violentando los derechos fundamentales. El derecho a la tutela judicial efectiva significa la potestad de acceder a los órganos jurisdiccionales con el fin de defender los derechos subjetivos y colectivos. El sujeto activo de este derecho es el justiciable, y el sujeto pasivo es el Estado mediante el Juez encargado de administrar justicia. Este derecho está relacionado con el principio pro accione el cual establece que el órgano judicial realice un juicio objetivo y fundado respecto a la verosimilitud de la pretensión solicitada y de la acción que la viabiliza, de forma que el exceso de rigor procesal asfixie el sistema de derechos⁷.

La definición de legitimidad del poder político y de las instituciones por las cuales se gobierna un Estado, son de gran importancia en la Ciencia Política contemporánea. Aunque el principio del debido proceso como tal no garantiza la rectitud de una norma, nos debemos remitir a los criterios materiales de legitimación como la idea de la justicia, para justificar el Estado de Derecho, pues si bien el criterio de legitimación formal constituido por ciertas garantías de orden procesal no es suficiente para la legitimación de un Estado, tiene un rol trascendente en la legitimación de la referida estructura de Estado⁸.

Como señala Arturo Hoyos, existen cuatro tipos de bienes que tienen una importancia esencial en el desarrollo de la democracia: los derechos políticos, los derechos humanos, la libertad de expresión y de prensa y el acceso a la educación superior. Entre los derechos humanos más generales se incluyen: el derecho a la libertad frente al arresto arbitrario y la posibilidad de accionar el hábeas corpus, el derecho a la no discriminación y la libertad de no sufrir abusos físicos; todo ello se encuentra directamente relacionado con la posibilidad de que las personas tengan *acceso a la justicia y garantía de un debido proceso*⁹.

Por tanto, en un Estado Constitucional de Derecho, en el que se inscribe nuestra vigente Constitución, la tutela jurisdiccional efectiva, requiere, entre otros, de un proceso con un mínimo de garantías. Este tipo de proceso, para que no sea violentado por quienes ejercen el poder público (legislador, juez y administrador) y sea respetado en su verdadera dimensión por la comunidad y los justiciables, requiere que sea diseñado a partir de normas constitucionales, por eso podemos compartir, en principio y en un primer momento, la propuesta de Couture: hay que tutelar el proceso para que él a su vez pueda tutelar el derecho, a través de la “Tutela Constitucional del Proceso”.¹⁰

Empero, nuestra propuesta va dirigida a postular una *Tutela Supraconstitucional del Proceso*, es decir, que el proceso como instrumento de realización de todos los derechos y dentro de ellos, claro está, los derechos fundamentales, sea a su vez protegidos a través de normas procesales cardinales, no solamente de carácter constitucional sino también, y finalmente, de carácter supraestadal, como los Convenios, Tratados, Pactos, Declaraciones sobre Derechos Humanos, en los cuales nuestro Estado sea parte y, por consiguiente, con vigencia efectiva y plena en territorio nacional. Esto importa reconocer a estos instrumentos internacionales, en los cuales Perú es parte, con el carácter de normas de rango constitucional, tal como lo hacía la Constitución de 1979, pues la Constitución en vigencia solamente reconoce la jerarquía de norma legal a dichos instrumentos internacionales (Arts. 55° y 200° inc. 4).

Como venimos advirtiendo, para que sea efectiva la tutela jurisdiccional, se requiere de un proceso con garantías mínimas. Esta necesidad no lleva a buscar y postular un modelo procesal que responda a estas exigencias, pues sería vano reconocer derechos en la Constitución cuando ellos no pueden

hacerse efectivos en un proceso jurisdiccional; por mucha razón Piero Calamandrei nos recordaba con preocupación: todas las libertades son vanas sino se les puede reivindicar y defender en proceso, si el individuo no encuentra ante sí jueces independientes, responsables y capaces.

Este modelo procesal, diseñado sólo en sus líneas cardinales, debe ser formulado y reconocido en la Constitución Política del Estado y en las leyes de desarrollo constitucional correspondientes.

3. LOS ELEMENTOS CARDINALES DE UN MODELO PROCESAL PARA UNA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA

Nuestra Carta Política (Art. 139° inc. 3) ha reconocido el derecho a la tutela jurisdiccional y el debido proceso. Es entonces por demás pertinente preguntarse ¿se trata de dos derechos fundamentales o de un sólo derecho con distintas manifestaciones?

3.1. CORRELACIÓN DE ESTOS DOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA DOCTRINA NACIONAL

En la doctrina y el derecho comparado no existe consenso sobre la relación entre estos dos derechos fundamentales. Para unos, son derechos de contenido idéntico, para otros, son derechos de ejercicio sucesivo y, finalmente para otro sector de la doctrina existe entre tales derechos una relación de interferencia de contenidos. Puede también sostenerse que son derechos que tienen su origen y vigencia en sistemas jurídicos distintos: el derecho a la tutela jurisdiccional tiene su origen en el derecho eurocontinental mientras que el debido proceso legal de origen en el derecho anglosajón y, por tanto, serían derechos distintos, con propios contenidos y alcances.

La Tutela Judicial Efectiva tiene sus orígenes en la redacción del art. 24° de la Constitución Italiana de 1947 y en la elaboración de los artículos 19.4 y 103.1 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, siendo recogida también en el art. 24° de la Constitución española de 1978, que dio mayor difusión a esta institución. La mayor distinción entre Tutela Judicial española con los derechos constitucionales alemanes e italianos citados, es que no pone tanto énfasis en garantizar la actividad impulsora o reaccional del ciudadano,

sino que busca principalmente asegurar el tipo de respuesta que se obtiene del órgano judicial¹¹.

En todo caso, en nuestro sistema jurídico nacional, ambos derechos son reconocidos explícitamente como derechos fundamentales, existiendo discrepancia sobre el contenido y alcances de cada uno de ellos. Veamos el planteamiento de estas posiciones.

A. RELACIÓN DE IDENTIDAD O CONTENIDO UNÍVOCO

Algunos autores sostienen que el debido proceso es la expresión concreta del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, por cuanto este es un derecho abstracto pero que su concreción se plasma a través de aquel derecho fundamental. Sería algo así como que el derecho a la tutela jurisdiccional es la anatomía o la forma estática de ese derecho fundamental y el debido proceso como la fisiología o forma dinámica de aquel derecho. En consecuencia, según esta primera posición, se trataría de un solo derecho que se expresa en forma estática y en forma dinámica; o bien, un mismo derecho fundamental que su expresión abstracta es denominada tutela jurisdiccional efectiva mientras que su expresión concreta es denominada debido proceso. En suma, el debido proceso sería instrumento para lograr una tutela jurisdiccional efectiva.

En esta línea de pensamiento se inscribe Aníbal Quiroga León¹², cuando afirma que “Vemos pues que el proceso judicial, en tanto *Debido Proceso*, es el instrumento necesario para la obtención de la tutela judicial a partir del cumplimiento de sus principales finalidades: el acceso al ideal humano de justicia, el otorgamiento de la necesaria paz social para el gobierno de los hombres en un Estado Democrático de Derecho y la solución concreta de las controversias intersubjetivas de los particulares dándose a cada uno lo que en derecho le corresponde(..)- y citando a Couture agrega – Por ello, el debido proceso (que ha de garantizar la correcta aplicación y vigencia del proceso judicial), es a su vez garantía de una tutela judicial y ello, por su parte, elemento indispensable para la consecución de la finalidad del propio proceso judicial (...) es en esa virtud, que refuerza el concepto sosteniendo que el Debido Proceso, o derecho de Audiencia en juicio según la tradición española, comprende en sus aspectos procesales, numerosas instituciones relacionadas tanto

con las partes como con la jurisdicción que han de preservar la certeza, obtención de una efectiva tutela judicial a partir del proceso”.

Esta Relación de identidad también es compartida por Marcial Rubio Correa cuando sostiene que “De manera que lo más razonable en vista de la cercanía de los conceptos, es decir que el debido proceso y tutela jurisdiccional parecen ser en sustancia el mismo cuerpo de derechos que tiene dos nombres distintos por haber tenido dos procedencias distintas, tanto de naciones como de familias del Derecho. Desde el punto de vista de la Constitución debiera haber bastado con una de las alternativas en este inciso y, en tal caso, debería haberse elegido la de debido proceso que tiene mayor reconocimiento en el Derecho contemporáneo”.¹³

Para Juan Monroy Gálvez¹⁴ el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es el derecho fundamental, del cual es titular cualquier persona por el solo hecho de serlo y que lo faculta para exigir que el Estado cumpla su función jurisdiccional. Ese derecho tiene dos planos de existencia: antes y durante el proceso. Antes del proceso, el derecho a la tutela jurisdiccional es la potestad que permite exigir al Estado provea a la sociedad de los presupuestos o elementos necesarios, materiales y jurídicos para el desarrollo de un proceso judicial, como también afirma Horacio Rosatti¹⁵ por este derecho es posible exigir al Estado la existencia de una órgano público encargada de la resolución de los conflictos y que el mismo tenga una infraestructura adecuada y normas procesales que aseguren un tratamiento sencillo, didáctico y expeditivo al conflicto.

Durante el proceso, sostiene Monroy Gálvez¹⁶ el derecho a la tutela jurisdiccional contiene un haz de derechos esenciales que el Estado debe proveer a todo justiciable que participe en todo proceso judicial y comprende dos derechos: derecho al proceso, en virtud del cual nadie puede ser condenado sin proceso judicial previo, y el derecho en el proceso, que sería el derecho al debido proceso; por tanto para Monroy el derecho a la tutela jurisdiccional es un derecho abstracto (anatomía del derecho) a partir de los derechos de acción y de contradicción; es decir, que el primero como dimensión abstracta del derecho fundamental y, el segundo, como dimensión concreta, en su ejercicio, del mismo derecho. Aquéllos se tratarían de un mismo derecho, pero expresado en dos aspectos: uno estático y otro dinámico.

En esta misma vertiente se halla Fix Zamudio para quien el debido proceso es el conjunto de principios y presupuestos procesales mínimos que debe reunir todo proceso judicial para asegurar el justiciable la certeza, justicia y legitimidad de su resultado, por consiguiente el debido proceso sería la plasmación de la tutela jurisdiccional efectiva.

B. DERECHOS DISTINTOS Y DE EJERCICIO SUCESIVO

Algunos autores consideran que el derecho a la tutela jurisdiccional y el debido proceso son derechos distintos pero que se ejercitan en forma sucesiva. En esta postura encontramos a Sáenz Dávalos quien sostiene que el derecho a la tutela jurisdiccional consiste en el derecho que tiene toda persona de acceder al órgano jurisdiccional por medio de la vía procesal correspondiente, por lo que su primordial manifestación es el derecho de acción; de tal forma que una vez iniciado el proceso lo que suceda en él o posteriormente incumbe al debido proceso legal. Y según Juan Montero Aroca, derecho de acción es previo al proceso, abstracto y público pues su destinatario es el Estado que activa la maquinaria judicial con *imperium*.

En consecuencia, según esta postura, el derecho a la tutela jurisdiccional que se manifiesta principalmente por el derecho de acción, es previo al proceso y lo activa, en tanto que el debido proceso tiene lugar como un plexo de derechos que tiene existencia y su ejercicio se da en el desarrollo mismo del proceso. Por tanto, serían derechos de existencia y ejercicio sucesivo, primero el derecho a la tutela jurisdiccional, y ya dentro del proceso, el derecho al debido proceso legal. O como bien expone Ricardo Herrera Vásquez refiriéndose a esta posición " Así, estaríamos ante dos principios de ocurrencia sucesiva: la tutela judicial efectiva se da antes de iniciarse el proceso, más aún lo activa, mientras que el debido proceso legal interviene en el desarrollo del proceso mismo".

C. NUESTRA PROPUESTA: RELACIÓN DIALÉCTICA O DE MUTUA RELACIÓN

En otra vertiente consideramos que los derechos a la tutela jurisdiccional y al debido proceso se relacionan mutuamente, en el sentido de que una parte del debido proceso tiene su vigencia dentro del ámbito

jurisdiccional y, a su vez, una parte del derecho a la tutela jurisdiccional tiene su vigencia conjuntamente con el debido proceso.

Como se ha reconocido ampliamente en la doctrina, el debido proceso tiene aplicación en los ámbitos jurisdiccional, administrativo y en el corporativo-particular; por consiguiente, solo una parte del debido proceso, o mejor aún, una de sus varias expresiones tiene lugar en el ámbito del proceso jurisdiccional.

Por otro lado, convenimos en Rosatti y Monroy que el derecho a la tutela jurisdiccional tiene lugar antes y durante el proceso judicial. Como ha quedado plenamente establecido en la doctrina, la jurisdicción, además de ser un derecho y un *imperium*, es un deber del Estado. Y como correlato a este deber se encuentra el derecho que tiene toda persona a la tutela jurisdiccional efectiva. Juan Monroy Gálvez, citando además al profesor argentino Horacio D. Rosatti, opiniones que compartimos, conviene en que es factible ubicar el derecho a la tutela jurisdiccional *antes y durante* el proceso. “En el primer caso- nos dice Monroy Gálvez¹⁷- *el derecho a la tutela jurisdiccional antes de proceso* consiste en aquel derecho que tiene toda persona, en tanto es sujeto de derechos, de exigir al Estado provea a la sociedad de los requisitos o presupuestos materiales y judiciales indispensables para solventar un proceso judicial en condiciones satisfactorias. Resulta absolutamente irrelevante si esa estructura material y jurídica que debe sostener el Estado va a ser usada o no. Lo trascendente es única y exclusivamente, que ese andamiaje destinado a solucionar conflictos aplicando el derecho que corresponde al caso concreto debe estar siempre en aptitud de conceder a los ciudadanos la posibilidad de un tratamiento certero, eficaz y homogéneo a su exigencia de justicia”.

En el mismo sentido, Germán J. Bidart Campos¹⁸ afirma la existencia del derecho a la tutela jurisdiccional antes del proceso, como una etapa previa al proceso cuando expresa que el derecho a la jurisdicción es un supuesto de la actividad procesal que, en su primera etapa, aparece como se desenvuelve al hilo del proceso hasta la sentencia firme.

En el segundo caso, el derecho a la tutela jurisdiccional durante el proceso consiste en el derecho que tiene toda persona de acceder a un proceso, a un juicio previo, con garantías mínimas que aseguren un juzgamiento imparcial y justo.

Monroy Gálvez certeramente postula que el derecho a la tutela jurisdiccional durante el proceso se puede desdoblar, teniendo en cuenta su contenido y momento de su exigibilidad, en derecho al proceso y derecho en el proceso. El primero es el derecho a juicio previo y, el segundo, es el denominado derecho al debido proceso legal o *due process of law* o proceso justo.

Cuando el Juez, en forma arbitraria e ilegal, rechaza liminarmente una demanda, evidentemente esta vulnerando el derecho a la tutela jurisdiccional, en su modalidad de derecho al proceso. En cambio, si el Juez sin motivo razonable, niega la oportunidad probatoria a cualquiera de las partes, esta lesionando el derecho a la tutela jurisdiccional, en su modalidad derecho en el proceso.

Durante el proceso judicial, el derecho a la tutela jurisdiccional se expresa conjunta, paralela o simultáneamente, con el debido proceso. Por ello pensamos que el para los efectos del proceso judicial, el derecho a la tutela jurisdiccional es un derecho fundamental género u omnicomprensivo que contiene, a su vez, los derechos también fundamentales: de acción, que corresponde al accionante (demandante, Ministerio Público, etc.); el derecho de contradicción, que corresponde al emplazado (o imputado en su caso); y el derecho al debido proceso, cuyos titulares son el accionando y el demandado o imputado, lo mismo que todos los terceros legitimados.

En resumen, nuestra propuesta radica en sostener que una parte del derecho a la tutela jurisdiccional tiene lugar durante el proceso judicial; y, así mismo una parte del debido proceso tiene presencia durante el referido proceso judicial, de tal forma que ambos derechos tienen una mutua relación, y dentro de esta mutua relación aún podemos distinguir que el derecho a la tutela jurisdiccional, dentro del proceso judicial despliega sus efectos en tres momentos sucesivos: el derecho de acceso al proceso y jurisdicción, el derecho al debido proceso y el derecho a la efectividad o eficacia de las sentencias y resoluciones homologatorias.

Aún más, creemos que el proceso justo, de manera integral y eficiente, comprende el debido proceso formal y el debido proceso sustantivo; puesto que, si el proceso judicial, cumpliendo ese mínimo de garantías procesales, tiene como epílogo una decisión o sentencia arbitraria y por

tanto injusta, no hay debido proceso; así mismo, si la decisión es objetiva y materialmente justa, pero no se ha llegado a esta decisión cumpliendo ese mínimo de garantías, tampoco podrá sostenerse que se ha configurado un debido proceso.

Reynaldo Bustamante¹⁹ sostiene que el derecho fundamental a un proceso justo supone la vigencia efectiva de los derechos al debido proceso adjetivo procesal conjuntamente con el denominado debido proceso sustancial o sustantivo, pues sólo la concurrencia de ambos otorga a los justiciables una verdadera oportunidad para formular sus pretensiones, exponer su defensa, impugnar, probar y obtener una decisión justa en forma oportuna, efectiva y diferenciada dentro de un plazo razonable, criterio con el cual compartimos.

En las Bases Constitucionales mínimas del Proceso Civil “Justo” para América Latina²⁰, se define la relación entre jurisdicción y proceso del modo siguiente:

“1) Definición. La jurisdicción se ejerce y actúa mediante un proceso “justo” (o equitativo). Se considera “justo” todo tipo de proceso cuya garantías fundamentales sean reguladas por la ley, en el respeto pleno de los derechos inviolables del hombre y de conformidad con los principios establecidos en las siguientes normas”, “5) Derecho a un juicio justo y público. Todos tienen derecho a que su asunto sea tratado, discutido y decidido equitativa y públicamente, en un plazo razonable de tiempo, frente a un juez independiente e imparcial, preconstituido por ley”.

El debido proceso como instituto jurídico, de antiguo cuño, ha tenido una evolución en el tiempo y en los distintos sistemas jurídicos en donde fue acogido y adaptado; este instituto tiene proyecciones tanto en los sistemas internos como en los ordenamientos de carácter internacional. Ya es doctrina sentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que toda persona tiene derecho a un recurso efectivo para hacer valer los derechos reconocidos en la Convención. La negación o inexistencia de este derecho constituye una omisión por el Estado parte. En consecuencia la Corte ha establecido la doctrina del derecho a un proceso con todas las garantías como expresión del debido proceso al que están obligados a brindar los Estados parte.²¹

Finalmente cabe concluir que el modelo procesal eficaz y eficiente en un Estado Constitucional de Derecho, puede concebirse de dos maneras: a) en sentido estricto, cuando la Constitución Política reconoce elementos del debido proceso comunes a todo tipo de procesos, como el civil, penal, laboral, contencioso-administrativo, de familia, etc; b) en sentido amplio, cuando la Constitución además de reconocer aquellos elementos comunes del debido proceso exigibles en todo tipo de proceso jurisdiccional, también reconoce elementos particulares para algunos procesos como es el caso del proceso penal en donde generalmente se reconoce elementos propios como el derecho a no autoinculparse o el derecho a no declarar o guardar silencio, etc. Nuestra Constitución Política vigente se adhiere a una concepción en sentido amplio del debido proceso como modelo procesal de raigambre constitucional. En esta última perspectiva se ubica David Vallespín Pérez, que postula:

“De ahí que el modelo constitucional de proceso contenga, por una parte, un núcleo interrelacionado de elementos constantes e insuprimibles en todo procedimiento jurisdiccional establecido en el ordenamiento jurídico; y, por otra, un conjunto de características móviles y espacios vacíos destinados a ser variados y colmados por el legislador ordinario con el fin de alcanzar los objetivos por él perseguidos. Surge así, lo que se ha dado en denominar, tanto a nivel nacional como supranacional, modelo de proceso justo”²².

3.2. RECONOCIMIENTO DE ESTOS DOS DERECHOS EN EL DERECHO POSITIVO NACIONAL

Como ya se ha visto, nuestra Carta Política (Art. 139° inc. 3) reconoce a la tutela jurisdiccional y el debido proceso como principios de la función jurisdiccional. En esta norma constitucional no se establece si es un solo derecho o dos derechos, y en éste último caso, cuál sería el tipo de correlación entre ambos derechos.

La vigente Ley Orgánica del Poder Judicial reconoce (Art. 7°, primer párrafo) que “En el ejercicio y defensa de sus derechos, toda persona goza de la plena *tutela jurisdiccional efectiva*, con la garantías de un *debido proceso*”. Encontramos que se establece un tipo de relación, aunque en términos muy generales; pues se reconoce que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva debe concederse con todas las garantías de un debido proceso.

El Código Procesal Civil, en el Art. I del Tít Prel. reconoce estos dos derechos y los relaciona del siguiente modo: “Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.- Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso”. Este mismo cuerpo legal también habilita el recurso de casación cuando se ha contravenido las normas que garantizan el derecho a un debido proceso (Art. 386° inc. 3), y, por otro lado, regula el proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta y lo habilita para el supuesto en que se alegue que “...el proceso que se origina ha sido seguido con fraude o colusión, afectando el derecho a un debido proceso, cometido por una, o ambas partes, o por el juez o por éste y aquéllas...”.

La Ley del Procedimiento General (Ley 27444) en el Art. IV, numeral 1.2. reconoce como principio del procedimiento administrativo en denominado “*Principio del debido procedimiento*” y establece que los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, el cual comprende al derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho.

La ley sobre el Proceso Contencioso Administrativo en Art. 1°, cuando regula la finalidad, previene que la acción contencioso administrativa tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo así como la *efectiva tutela* de los derechos e intereses de los administrados.

Por otra parte, el Código Procesal Constitucional prevé (Art. 4°) que procede el amparo contra resoluciones judiciales firmes con manifiesto agravio a la *tutela procesal efectiva*, el que a su vez comprende el derecho de acceso a la justicia y el *debido proceso*. El mismo cuerpo legal dispone (Art. 37° inc. 16) que el amparo procede en defensa del derecho de tutela procesal efectiva.

La Ley Procesal del Trabajo -Ley 26636- también reconoce el derecho a un debido proceso, en el art. I de su Título Preliminar, señalando que el proceso se realiza procurando que en desarrollo ocurra en el menor número de actos procesales, y que el Juez podrá reducir su número sin afectar la obligatoriedad de los actos que aseguren el *debido proceso*.

3.3. LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA Y EL DEBIDO PROCESO EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

Recordemos que la ley 23506, denominada ley de habeas corpus y amparo, disponía (Art. 5º) que es pertinente la acción de garantía si una autoridad judicial, fuera de un procedimiento que es de su competencia, emite una resolución judicial o cualquier disposición que lesiones un derecho constitucional; y así mismo, se establecía (Art. 6º inc.2) que es improcedente de las acción de garantía contra resolución judicial emanada de un procedimiento regular.

El llamado Tribunal de Garantías Constitucionales interpretando estas normas estableció que el procedimiento "*irregular*" no era otro que aquel proceso en donde se había contravenido el debido proceso.

El *Tribunal Constitucional* consideró igualmente que el proceso irregular es aquél en donde se infringió las normas del debido proceso, así en la sentencia emitida en el Exp. N° 613-2003-AA/TC de fecha 21-04-03 estimó que el proceso que se encuentra *viciado de una absoluta irregularidad*, pues el proceso de reivindicación se *torció en irregular* desde mucho antes de la etapa de ejecución de sentencia.

Definiendo el debido proceso, el TC sostuvo que:

“El debido proceso está concebido como el cumplimiento de todas las garantías y normas de orden público que deban aplicarse a todos los casos y procedimientos existentes en el Derecho” (Sentencia de 16-10-02 emitida en el Exp.0751-2002-AA-TC).

En resoluciones sumamente claras el mismo TC estableció que el debido proceso forma parte del derecho a la tutela jurisdiccional, además del derecho de acceso a la justicia y al derecho de efectividad de las resoluciones judiciales:

“(…) el derecho a la tutela jurisdiccional no sólo implica el derecho de acceso a la justicia y el derecho al debido proceso sino también el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales” (Sentencia de 06-12-02 emitida en el Exp. 1042-2002-AA-TC, acción de amparo iniciado por Miguel Cabrera León en contra de la Municipalidad Distrital del Rímac.

“...En nuestro ordenamiento constitucional el derecho fundamental al debido proceso goza de una doble protección en lo que se refiere a los procesos constitucionales. En efecto, por un lado es pasible de ser tutelado a través del proceso constitucional de amparo, pero también a través del proceso constitucional de hábeas corpus. En el primer caso, es decir en el proceso de amparo, la tutela procesal efectiva no exige necesariamente conexión con otro derecho fundamental a efectos de su protección, en el sentido del artículo 37º inciso 16, del Código Procesal Constitucional. En el segundo, por el contrario, el derecho fundamental a la tutela procesal efectiva precisa de su vinculación con el derecho fundamental a la libertad personal, en cuyo caso, el hábeas corpus, tal como dispone el artículo 25º inciso 17, del Código Procesal Constitucional, es el proceso constitucional idóneo para su protección...” (Sentencia del 29-08-2007 emitida en el exp. 02492-2007-HC/TC, Habeas Corpus interpuesta por Lupe Cevallos Gonzáles en contra del Fiscal Provincial Titular especializado en Delitos de Tráfico Ilícito de drogas)

La Corte Suprema en forma progresiva ha ido perfilando una concepción sobre la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso e igualmente identificando una serie de elementos. Recogiendo toda esta evolución, ha establecido y fijado los elementos del debido proceso:

“(...) el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva tiene un contenido complejo y onmicomprensivo y que está integrado por el derecho de acceso a la jurisdicción y al proceso, el derecho al debido proceso y a la efectividad de las decisiones judiciales finales” “(...) “El debido proceso, en esta perspectiva, tiene dos dimensiones: una dimensión procesal, adjetiva o formal; y otra sustantiva o material. La dimensión procesal, a su vez, comprende otros derechos específicos, igualmente de carácter fundamental, como son: a) al procedimiento legal y previamente establecido; b) al juez determinado por la Constitución y predeterminado por la ley (Juez natural); c) a un emplazamiento válido en el ámbito del proceso civil, o a ser informado de la imputación o acusación en el ámbito del derecho penal; d) a ser oído o de audiencia en lo civil, y a no ser condenado en ausencia en lo penal; e) a la defensa y asistencia de letrado; f) el derecho a la prueba; g) al uso del propio idioma y, en caso necesario, a intérprete; h) a no declarar contra sí

mismo y a no confesarse culpable; i) a un proceso de duración razonable, sin dilaciones indebidas; j) a la presunción de inocencia; k) a la publicidad del proceso, salvo casos excepcionales; l) a que el juez que instruya o investiga sea distinto al que juzga o sentencia en lo penal; m) a una sentencia congruente, motivada en forma adecuada y suficiente; n) a la instancia plural y control constitucional del proceso; o) a la prohibición de la reforma peyorativa, reforma en peor o "*reformatio in peius*"; p) a la cosa juzgada con un mínimo contenido de justicia con carácter inmutable; q) a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho: *Ne bis in idem*. En tanto, el debido proceso, en su dimensión material o sustantiva, exige que la decisión jurisdiccional sea razonable; y no obstante esto, en atención a la característica de los Derechos Fundamentales que se ha venido en denominar de especificidad, progresividad y expansividad, debe interpretarse que el debido proceso en su dimensión material exige una sentencia jurisdiccional objetiva y materialmente justa, en conjunción con los otros valores y principios reconocidos por la Constitución Política del Estado, de tal manera que la sentencia concrete tales valores y principios, esencialmente el valor superior del ordenamiento jurídico, como es la justicia" (Casación N° 864-2007 Huaura, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, sentencia del 22-10-07).

La Corte Suprema También ha reconocido al debido proceso como un derecho humano y fundamental que comporta un juzgamiento imparcial y justo con un mínimo de garantías procesales de jerarquía constitucional:

"Que, en la doctrina se ha conceptualizado el debido proceso o proceso justo como un derecho humano o fundamental que tiene toda persona por el sólo hecho de serlo, y que le faculta a exigir al Estado un juzgamiento imparcial y justo ante un Juez responsable, competente e independiente, toda vez que el Estado no sólo está en el deber de proveer la prestación jurisdiccional a las partes o terceros legitimados, sino a proveerla bajo determinadas garantías mínimas que le aseguren tal juzgamiento imparcial y justo." (CAS. 2544-2005 (JUNÍN) Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema).

En consecuencia, el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, como se advierte de las resoluciones anotadas han establecido que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva comprende derechos específicos como el

derecho de acceso a la justicia y al proceso, el derecho al debido proceso y el derecho a la efectividad y eficacia de las sentencias y resoluciones homologatorias.

No está demás recordar que el Tribunal Constitucional ha reconocido el debido proceso en sede administrativa y al interior de las corporaciones particulares; en este último caso como expresión de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Así mismo, ha reconocido el debido proceso sustantivo o material, cuyo contenido básicamente de refiere al principio de razonabilidad; el cual también es exigible a todos los poderes públicos como a los particulares²³.

4. CONCLUSIONES

Como corolario de las líneas que anteceden podemos concluir que:

- A. Nuestro sistema jurídico-político, por lo menos formalmente, responde a las características de un Estado Constitucional de Derecho por cuanto contamos con una Constitución rígida, se regula y limita el ejercicio del poder público y se reconoce y garantiza los derechos fundamentales, a través de cierto tipo de “garantías” que van desde las garantías judiciales a las institucionales.
- B. Uno de los elementos esenciales del Estado de Derecho es la Tutela Jurisdiccional y la vertiente procedimental de los derechos fundamentales.
- C. Así mismo la efectividad del debido proceso es un factor que promueve el sistema democrático y para su consolidación debe promoverse la tutela supraconstitucional del proceso a través del reforzamiento de la legitimidad de los organismos internacionales.
- D. El debido proceso y la Tutela Jurisdiccional efectiva están reconocidos por nuestra Constitución Política, por consiguiente, sin desconocer su origen, debe compatibilizarse y conjugarse su configuración y ejercicio, de tal modo que el ejercicio de uno no excluya el del otro y, en tal sentido, que siendo derechos que tienen una relación dialéctica, se optimizan en el ejercicio armónico de ellos. El debido proceso, en sede judicial, está contenido dentro del Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva.

- E. El debido proceso formal y el debido proceso sustancial no son 2 derechos sino 2 aspectos del debido proceso, o mejor dicho aún, dos aspectos del proceso justo.
- F. Que nuestra normatividad de desarrollo cortinal ha reconocido el debido proceso en diversas normas procesales. Excepcionalmente se ha reconocido en el Código Procesal Constitucional el derecho a la Tutela Procesal Efectiva, derecho que comprendería el acceso a la justifica y el derecho del proceso.
- G. La Corte Suprema a reconocido en forma amplia los elementos del debido proceso, tanto en su dimensión procesal como en su dimensión material. En esta última postula que la que la decisión a recaer en un proceso debe ser objetiva y materialmente justa. El Tribunal Constitucional reconoció también el debido proceso, con elementos de carácter procesal y en su dimensión sustantiva, configurando esta última dimensión como un contenido esencial: el derecho a una decisión razonable , criterio con el cual no compartimos.
- H. Un modelo constitucional sobre el Debido Proceso, puede ser concebido en dos sentidos : 1) en el sentido estricto, cuando la Constitución reconoce solamente elementos comunes del debido proceso aplicables a todo tipo de proceso jurisdiccional; 2) en el sentido amplio, si la Constitución además de reconocer estos elementos comunes también reconoce otros elementos aplicables solamente en ciertos procesos, como es el caso del proceso penal, en donde hay unos elementos que le son propios, como el derecho a no autoinculparse, el derecho a guardar silencio, entre otros.

¹ La Constitución española reconoce los llamados valores superiores del derecho y en Art. 1.1. precisa: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”. Por otra partes, compartimos la propuesta de Miguel Ángel Villalobos Caballero, que con relación a los valores jurídicos afirma “Consideramos que existen varios valores en el Derecho como ya lo hemos anotado, pero sólo existe un valor supremo que es la justicia”, *La Finalidad del Derecho*, Lima, Editora RAO Jurídica S.R.L. 2004, p. 100.

² Lucas Verdú, P. *Curso de Derecho Político*, Vol. II, 3ra edición Tecnos S.A. Madrid 1986, pp.238 y ss. citado por Mendoza Escalante, Mijail, *Los Principios Fundamentales del Derecho Constitucional Peruano*, Lima, 2000, p.179.

Víctor Ticona Postigo – El debido proceso y las líneas cardinales para un modelo procesal en el Estado Constitucional de Derecho

-
- ³ Mendoza Escalante, M., *Ob. Cit....* p.180.
- ⁴ Aguiló Regla, J. *La Constitución del Estado Constitucional*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2004 p. 53.
- ⁵ Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde, *Manual de Derecho Constitucional*, segunda edición, Madrid – Barcelona, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. 2001. pp. 493 y ss.
- ⁶ Cfr. Mendoza Escalante, Ob. Cit., ...p. 180 y ss.
- ⁷ Gil Domínguez, A., *Tutela Judicial efectiva y Agotamiento de la vía administrativa*, 1era. Edición-Buenos Aires, editorial Ad Hoc 2007, p. 31 y 36.
- ⁸ Hoyos, Arturo, *Debido Proceso y Democracia*, 1era edición, México, editorial Porrúa, 2006, p. 31 y ss.
- ⁹ Ob. Cit. P. 163
- ¹⁰ *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 4ta edición, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2002, p. 120, 122.
- ¹¹ El término tutela jurisdiccional efectiva al parecer no tiene su origen en el Derecho Español con el artículo 24º de la Constitución de 1978, por ser la norma que dio difusión a esta institución de mucha importancia actualmente en el Derecho Procesal, no obstante Peyrano citando a Rafael Ortiz señala que la locución preañada de significados “tutela judicial efectiva” no nació con la promulgación del siempre citado artículo 24º de la Constitución española de 1978 ni con la sanción del artículo 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos, sino con la redacción del art. 24º de la Constitución Italiana de 1947 y con la confección de los artículos 19.4 y 103.1 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949. Hurtado Reyes, Martín, *Tutela Jurisdiccional Diferenciada*, 1era. edición, Lima, Palestra editores, 2006, p. 36, 37 y 38.
- ¹² *Los Derechos Humanos, el Debido Proceso y las Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia*, en: *La Constitución Peruana de 1979 y sus Problemas de Aplicación*, Director Egiguren Praeli, Francisco, Lima Editorial Cuzco S.A. Editores, 1995, pp. 110-112.
- ¹³ *Estudios de la Constitución Política de 1993*, Tomo V, Pontificia Universidad Católica del Perú Fondo Editorial 1999, p. 65.
- ¹⁴ Cfr. *Introducción al Proceso Civil*, tomo I, Santa Fe de Bogotá Colombia, Temis – De Belaunde & Monroy, 1996 pp. 245 y 247.
- ¹⁵ *El Derecho a la Jurisdicción antes del Proceso*, Buenos Aires, Ediciones Desalma, 1984 p.47.
- ¹⁶ Ob. Cit. p. 247.
- ¹⁷ Ob. Cit. pp. 245 y 246.
- ¹⁸ *Régimen Legal y Jurisprudencia del Amparo*, Buenos Aires, Editorial Ediar, 1969, p. 17.
- ¹⁹ Bustamante Alarcón, R., *Derechos Fundamentales*, 1era. edición Lima, Ara editores, 2001
- ²⁰ L.P. Comoglio y A. M. Morello, Presidencias del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal: Dr. Omar Berizonce La Plata, Argentina, 2000-2004); Pairo Parra Quijano (Bogotá, Colombia, 2004) en: Augusto M. Morello, *El Proceso Justo*, Librería Editora La Plata y LexisNexis Abeledo-Perrot, segunda edición, p. 785.
- ²¹ Gozaini, Osvaldo Alfredo. *Derecho Procesal Constitucional, El Debido Proceso*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, pp. 40 y 41. En el mismo texto se cita parte de la resolución en donde la Corte ha sostenido que el derecho a un recurso efectivo resulta ilusorio cuando en la realidad resulta inútil por la ausencia o defectos en las garantías constitucionales que todo proceso debe tener: “La Corte amplía los mínimos involucrados en este aspecto, al sostener que los recursos son ilusorios cuando se demuestra su inutilidad práctica, el Poder Judicial carece de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o faltan los medios para ejecutar las decisiones que se dictan en ellos. A esto puede agregarse la denegación de justicia, el retardo injustificado de la decisión y el impedimento del acceso del presunto lesionado al recurso judicial (caso Ivcher Bronstein, sentencia del 06.02.2001)”.
- ²² El modelo Constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil, Barcelona, editorial Atelier, 2002, p. 66.
- ²³ Encontrándonos en *vías de reforma constitucional*, en el tema de Justicia, sería la oportunidad para reafirmar el reconocimiento explícito del derecho al debido proceso en sus dos dimensiones: el formal y el sustantivo o material, con el contenido y alcances que se ha establecido en la jurisprudencia ya anotada del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema.

LA CARRERA JUDICIAL EN EL MODELO PERUANO

RICARDO GUILLERMO VINATEA MEDINA*

Resumen:

Partiendo de la hipótesis que en el Perú no existe la carrera judicial como tal, se emprende un estudio de la legislación nacional vigente, antecedentes y proyectos, para luego presentar una visión de cómo se desarrolla ésta en diversos países y concluir exponiendo algunas propuestas que deben tenerse en cuenta en una futura ley sobre el tema.

Palabras Clave: Carrera Judicial – Sistema cerrado, abierto o mixto.

Abstract:

Starting from the hypothesis that in Peru does not exist the Judicial career itself, it is necessary to begin a study of the current national legislation, antecedents and projects, to display a vision of how it is developed in different countries. Finalizes with some proposals that should be consider un future laws on this affair.

Key words: Judicial career – Closed, opened and mixed systems.

Sumario:

1. La Carrera Judicial. 2. Carrera Judicial en la Legislación. 3. La Carrera Judicial en la Reforma de la Administración de Justicia. 4. Proyecto de Ley de Carrera Judicial. 5. La Realidad Nacional y la Carrera Judicial. 6. Conclusiones.

* Vocal Provisional de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN

Es conocido por todos que la sociedad actual exige magistrados con principios y valores, poseedores de claros dotes de honestidad, idoneidad, debidamente capacitados y conocedores del entorno social, cultural, económico y político, sin embargo, también se requiere magistrados de experiencia, verdaderos expertos en actividad jurisdiccional, que conozcan la realidad del sistema de justicia y en especial la del sistema judicial, como complemento de su conocimiento de la realidad nacional; reunir estas virtudes y atributos resulta bastante difícil dentro de la normativa nacional vigente, en la cual la carrera judicial no existe.

En efecto, tanto la Constitución Política del Perú como la Ley Orgánica del Poder Judicial si bien es cierto asientan las bases para un Estatuto del juez, también lo es que carecen de orden sistemático en su concepción, una cosa es el reclutamiento o ingreso a la carrera judicial y otra muy distinta la promoción y ascenso de los magistrados, es en tal desorden donde se confunden ingreso, ascenso, conclusión de la carrera judicial, con el desarrollo de la misma y derechos de los jueces; no se ha concebido la existencia de una auténtica carrera judicial ni mucho menos se busca promoverla.

No es posible concebir un modelo como el nuestro sin la existencia de incentivos para desarrollar la carrera judicial, quien ya es juez no tiene la viabilidad legal para ascender en forma directa gracias a sus méritos y buen desempeño. No se trata de establecer premios, pero si de incentivar al buen magistrado para que continúe redoblando esfuerzos, se desempeñe con eficiencia y eficacia, procure capacitarse más y mejor con miras a optimizar el servicio de justicia, pero con el aliciente de que será promovido al cargo jerárquico superior hasta llegar a la máxima jerarquía judicial.

Lo que tenemos en el escenario nacional es un modelo totalmente abierto tanto para el ingreso (con esto concordamos). como para el ascenso, no obstante ser dos cosas totalmente distintas, eso es prueba de que aún no se define el perfil de magistrado adecuado a nuestra realidad nacional, a esto agregamos que recorrer los cargos jerárquicos de abajo hacia arriba fomentará magistrados con mejor formación jurisdiccional. No negamos que se condice con el Estado constitucional y la democracia que se permita una apertura hacia abogados ajenos al Poder Judicial y a la actividad jurisdiccional, pero opinamos que no es adecuado en todos los niveles jerárquicos, sino que

debe limitarse al ingreso a la carrera; no debemos olvidar que a la magistratura se debe ingresar por vocación, con el afán de prestar un servicio –en este caso de justicia- además de satisfacer las aspiraciones personales del postulante, consecuentemente, solo el profesional que tenga una verdadera inclinación por la judicatura se esmerará en su función y estará dispuesto a empezar la carrera desde abajo es decir desde el grado jerárquico inferior.

Este problema se percibe claramente en las normas relativas al Consejo Nacional de la Magistratura, institución autónoma consagrada constitucionalmente y dotada de una ley orgánica, donde se le otorga competencia para seleccionar, nombrar, ratificar y destituir a jueces y fiscales de todos los niveles, salvo los provenientes de elección popular. Aunque la normatividad no hace referencia al ascenso de jueces y fiscales, el señalar expresamente que selecciona a jueces y fiscales de todos los niveles implica un sistema abierto para el ingreso y ascenso, situación que cuestionamos severamente pues, lejos de fortalecer debilita al Poder Judicial y al magistrado, en especial al permitir el ingreso de abogados que no conocen el desarrollo de la actividad jurisdiccional en los niveles jerárquicos inferiores; entonces, atendiendo a ello, cómo podrá resolver acertadamente sobre grados que no conoce.

Desde luego que estos problemas pertenecen a todo el sistema de justicia, por ello es preciso realizar una reforma constitucional más allá de elaborar una Ley de Carrera Judicial bastante defectuosa que tan solo persigue reglamentar al juez, rodeándolo de múltiples exigencias –lo que de por sí no es malo pues se debe rendir cuentas- pero no se debe soslayar que también se requiere modificar profundamente el sistema procesal; por ejemplo, tendiendo a la oralidad, dotándolo de tecnología y reducirlo estrictamente a lo jurisdiccional, el marco que de ello resulte será propicio para los resultados, control y exigencias que se pretenden en la propuesta legislativa sobre la mal llamada carrera judicial.

CAPÍTULO I

1. LA CARRERA JUDICIAL

1.1 Carrera judicial. Características

Primero debemos establecer en que consiste la carrera judicial, ya hemos referido que en el modelo peruano, no existe carrera judicial, además se

confunde en un solo todo el ingreso y el ascenso. Guarneri¹ expone acerca del reclutamiento como relevante para el funcionamiento del sistema jurídico y para la calidad global de la justicia, refiere tres clases de mecanismos: designación por parte del ejecutivo o legislativo, elección ciudadana directa y concurso público, modalidades que dependen del sistema jurídico de cada país sean del civil law o common law, el primero tiende al reclutamiento burocrático y el segundo al profesional. A nuestro parecer, el reclutamiento no solo significa el ingreso sino también el inicio de la carrera judicial, por otro lado, el ascenso es escalar posiciones de acuerdo al orden jerárquico e implica la consolidación de la carrera judicial. Por su parte, Gonzáles Mantilla² distingue claramente al sistema de ingreso, régimen de ascensos y terminación en el cargo, como presupuestos básicos de la carrera judicial, asimismo, con mucho acierto, concibe la diferencia entre ambos, al definir al primero como un componente estructural que es punto de partida de la carrera judicial, al segundo como una sucesión ascendente de niveles ordenados jerárquicamente y al tercero como conclusión de la carrera. Para el presente trabajo el presupuesto que más interesa es el del ascenso, como desenlace y cristalización de la carrera judicial.

1.2 Carrera judicial e independencia

Sin lugar a dudas la carrera judicial es un componente esencial que contribuye a consolidar la independencia judicial. Guarneri³ citando a Di Federico señala que el reclutamiento de jueces es relevante para la calidad global del servicio de justicia y el desempeño de los jueces depende de su competencia profesional y la forma en que son elegidos. A nuestro parecer, estas inferencias son correctas, por lo que una adecuada selección de magistrados contribuirá a la independencia e imparcialidad fortaleciéndola frente a cualquier influencia de las partes, de terceros o aún ante grupos de poder oficial o privado. Por ello, es necesario seleccionar a los profesionales con mayores cualidades y eliminar las interferencias políticas. Estos caracteres se reproducen en lo que respecta al ascenso como presupuesto o garantía de independencia del operador de justicia.

1.3 Estatuto del juez

El ordenamiento constitucional y legal vigente regula en forma inadecuada y genérica el estatuto del juez, además, lamentablemente omite consagrar la promoción de la carrera judicial, no obstante constituir presupuesto

importante para el propio estatuto. Comparando el modelo peruano con otros modelos de carrera judicial González Mantilla⁴ expresa que el ordenamiento peruano no contiene la carrera judicial, sino un conjunto de normas que rigen desordenadamente el estatuto del magistrado e impiden identificar su rol en el sistema político.

Esto resulta contradictorio, pues el estatuto debe contener la carrera judicial, además de su desarrollo, los derechos del juez, responsabilidad disciplinaria, así como los principios y valores que consagran su desempeño, con arreglo a los principios y valores consagrados en la Constitución y las leyes.

CAPÍTULO II

2. CARRERA JUDICIAL EN LA LEGISLACIÓN

2.1 La carrera judicial en la Constitución Política del Perú

La carrera judicial se deriva tácitamente de los artículos 138°, 143° y 150° en cuanto establece la función jurisdiccional ejercida por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos jurisdiccionales (Corte Suprema, Cortes Superiores, Juzgados), y encarga la selección y nombramiento de jueces de todos los niveles al Consejo Nacional de la Magistratura. Sin embargo, no consagra expresamente la promoción de la carrera judicial como garantía de independencia e imparcialidad.

2.2 La carrera judicial en la Ley Orgánica del Poder Judicial

Regula en forma inadecuada e insuficiente la llamada carrera judicial, sus artículos 224° y 225° establecen un sistema de acceso y ascenso abierto, lo cual constituye una negación al ascenso directo; según González Mantilla⁵ no señala los principios que deben regirla, no la clasifica por fases, ni señala las características de cada grado ni fija los diversos regímenes de los magistrados, tampoco desarrolla cada uno de los presupuestos de la carrera judicial –ingreso, ascenso, terminación– por el contrario, incorpora aspectos ajenos a ella como los requisitos para ser magistrado, régimen laboral, disciplinario, estabilidad, etc.; crítica que de hecho compartimos por ser una prueba más de la ausencia de carrera judicial en el modelo peruano.

2.3 La carrera judicial en la Legislación Comparada

En Inglaterra la selección de jueces es de carácter profesional, se efectúa entre los abogados más destacados (barrister). En los Estados Unidos el proceso de selección de los jueces federales está a cargo del ejecutivo, la asociación de abogados (American Bar Association) y los partidos políticos; la elección es de orden profesional, directa y vitalicia, no existe uniformidad en la selección a nivel estatal. En España se selecciona a los jueces entre los abogados postulantes que cumplan los requisitos correspondientes y de acuerdo al orden de mérito, los elegidos deberán aprobar un curso de capacitación en la Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial; la selección para plazas de magistrados (jueces superiores y supremos) se cubre por el sistema de cuotas (ascenso directo, concurso cerrado, abogados en ejercicio y secretarios judiciales). En Francia, igual que en España, la organización judicial está integrada por jueces de carrera, la selección se realiza entre los letrados que aprueben el examen general para incorporarse a cursos especializados entre cuyos alumnos aprobados se nombrará a los jueces, se toma en cuenta antigüedad y aptitud.

Según Fix Fierro⁶, en México los jueces son servidores públicos y la carrera judicial es jerárquicamente estructurada, los letrados que ingresan reciben capacitación y entrenamiento específicos, el ascenso depende de los méritos y antigüedad requisitos que tornan en cerrada la carrera judicial en la justicia federal mexicana. Los vocales supremos en Guatemala participan en el proceso de nominación las altas cortes y universidades que formulan ternas para que elija el Congreso. En cuanto al órgano seleccionador en Argentina, el Consejo de la Judicatura previo concurso público presenta ternas al Ejecutivo; en Bolivia el Consejo de la Judicatura propone listas al Congreso para el nombramiento de jueces de apelaciones y primera instancia; similar es en Paraguay donde el Consejo de la Judicatura proporciona ternas al Senado para candidatos a la Corte Suprema y Tribunales Superiores nombran los jueces inferiores. En Costa Rica, Ecuador, El Salvador, México, el Consejo de la Judicatura selecciona y nombra a los jueces. Finalmente, Nicaragua cuenta con una Comisión de Carrera Judicial conformada por la Corte Suprema, eleva a la Sala Plena las ternas de candidatos para las plazas vacantes de magistrados de tribunales de apelaciones y jueces.

En Colombia, al igual que en Perú, se ingresa a la carrera judicial en cualquier nivel jerárquico mediante proceso abierto. Por su parte, en Chile e Italia de juez a magistrado superior el ascenso es directo mediante proceso cerrado y nuevamente abierto para magistrado del Tribunal Supremo.

CAPÍTULO III

3. LA CARRERA JUDICIAL EN LA REFORMA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

3.1 Comisión de Magistrados para la Reestructuración Judicial

Instaurada por Resolución Administrativa N° 035-2003-P-PJ publicada en el diario oficial “El Peruano” el 14 de febrero de 2003, fue una reacción al interior del Poder Judicial, planteó la necesidad de contar con una ley de carrera judicial, desafortunadamente sus iniciativas y propuestas tuvieron escaso efecto.

3.2 Acuerdo Nacional por la Justicia

Este programa fue creado por Resolución Administrativa de la Presidencia del Poder Judicial N° 191-2003-P-PJ de 22 de octubre de 2003, también fue iniciativa del Poder Judicial, planteó elaborar el Pacto Social por la Justicia con objetivos a mediano y largo plazo, así como lineamientos generales de la política judicial para veinte años, conformó un grupo impulsor para la conducción del acuerdo. Mediante Resolución Administrativa de la Presidencia del Poder Judicial N° 205-2003-P-PJ de 19 de noviembre de 2003 fueron señaladas las actividades a cumplir con el objeto de elaborar propuestas de políticas para el Poder Judicial y presentarlas al CERIAJUS.

El informe final, en forma consensuada con la sociedad civil, propuso políticas de Estado para el cambio estructural del Poder Judicial, en cuanto a la política de fortalecimiento de la autonomía e independencia se decidió promover la estabilidad de los magistrados y otros mecanismos que garanticen su independencia e imparcialidad, así como la titularidad plena de los magistrados, en los lineamientos operativos respectivos incluyó la aprobación de una nueva Ley Orgánica del Poder Judicial y de un Estatuto Nacional del Juez conforme a estándares internacionales, así como la formulación de sistemas de evaluación del juez. Respecto a la política de

personal y recursos humanos, propuso impulsar la incorporación al Poder Judicial de magistrados idóneos y honestos con sólida formación académica y profesional e imbuidos de valores y ética, para ello plantearon promover un perfil del magistrado acorde con las necesidades institucionales, la selección y nombramiento de magistrados honestos e idóneos de acuerdo al mérito personal y profesional, para cuyo efecto estableció entre otros lineamientos operativos la promulgación de una ley de carrera judicial.

En consecuencia, se aprecia que lograron consensos para impulsar y garantizar la carrera judicial.

3.3 Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia

Creada por Ley N° 28083, publicada el 04 de octubre de 2003, el 24 de abril de 2004 entregó al Ejecutivo el Plan Nacional para la Reforma Integral del Sistema de Justicia elaborado en forma concertada con representantes de la sociedad civil, en cuanto a las áreas temáticas incluyó la carrera judicial, selección, nombramiento y formación de jueces, gran partes de las propuestas de la CERIAJUS no se han llevado a efecto por falta de decisión política.

CAPÍTULO IV

4. PROYECTO DE LEY DE CARRERA JUDICIAL

4.1 Aspectos principales

Se han presentado diversas iniciativas como el Proyecto de Ley N° 176/2006-CR del congresista Raúl Castro Stagnaro su fecha 31 de agosto de 2006 que sustituye las Secciones Cuarta y Quinta del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial referentes al régimen de los magistrados y a la carrera judicial.

Con fecha 21 de junio de 2007 la Comisión de Justicia y Derechos Humanos expidió dictamen respecto a las observaciones del Poder Ejecutivo a la autógrafa de la Ley de Carrera Judicial (Proyectos N° 176/2006-CR, 229/2006-PE, 268/20066-CR, 304/2006-PE, 469/2006-CR, 1169/2006-CR ingresados a la Comisión el 27 de abril de 2007).

Por último, el 08 de noviembre de 2007 se expidió el Texto Sustitutorio de la Ley de Carrera Judicial (Proyectos N° 176/2006-CR, 229/2006-PE, 268/2006-CR, 287/2006, 304/2006-PE, 469/2006-CR, 549/2006).

Como aspectos principales del Proyecto de Ley de Carrera Judicial debemos destacar la existencia de principios rectores de la misma tales, como la independencia e imparcialidad, ética y honestidad; el reconocimiento de los méritos logrados por el juez como presupuesto para permanencia y promoción en la carrera; el debido proceso en los procesos disciplinarios, Se plantean, en el Proyecto, objetivos claros para la carrera; se esboza un perfil ideal del juez; se establecen las fases y etapas del proceso de ingreso a la carrera judicial, se establecen parámetros para la evaluación curricular, evaluación psicológica y entrevista personal y su peso calificadorio; muy importante es el establecimiento de la formación y capacitación permanente; asienta el derecho a la evaluación de desempeño y a la especialidad; formula un régimen disciplinario graduado y exigente; incorpora los jueces supernumerarios y candidatos en reserva; desarrolla la evaluación de desempeño y le otorga dicho rol al Consejo Nacional de la Magistratura, crea la Comisión de Evaluación del Desempeño como órgano ejecutivo, a la cual autoriza a recurrir a órganos de apoyo, auxiliares y colaboradores. Por vez primera se contempla el otorgamiento de beneficios e incentivos por buen desempeño de los jueces de carrera, contempla cuota del 30% para los ascensos directos de los jueces al grado jerárquico inmediato superior.

4.2 Modalidad de selección y ascenso adoptado en el Texto Sustitutorio del Proyecto Ley de Carrera Judicial

En primer lugar, admite que los abogados puedan postular a todos los niveles de la carrera judicial, esto se desprende de los requisitos especiales para el ingreso a la carrera judicial fijados en el Capítulo II del Título II; en segundo lugar, por el hecho de establecer cuotas para el ascenso directo de los jueces, interpretamos que el texto sustitutorio adopta un sistema mixto de selección y ascenso respecto a jueces de paz letrados y jueces especializados o mixtos, vale decir, para la postulación de jueces de paz letrados a juez especializado o mixto y de estos últimos a juez superior; tercero, para la selección y ascenso de juez superior a juez supremo el sistema es totalmente abierto.

4.3 Críticas a la propuesta legislativa

Nuestra crítica la centramos desde el punto de vista de la hipótesis inicial formulada en el plan de trabajo, así consideramos que el modelo de ingreso y ascenso a la judicatura adoptado por la ley comentada no es consecuente con una carrera judicial apropiada para las necesidades y objetivos de la reforma judicial; en tal sentido, si en los principios rectores se estima el mérito como presupuesto para el ingreso, permanencia y promoción en la carrera judicial, igualmente, en las disposiciones generales se establece que la carrera judicial regula el ingreso, permanencia, ascenso y terminación en el cargo de juez, resulta incongruente que se adopte un modelo que debilita la carrera judicial.

En efecto, el tratamiento legal conferido a los objetivos de la carrera judicial no es consecuente con lo desarrollado para cada presupuesto, no se regula como un todo el ingreso y el ascenso, por el contrario, se les trata como aspectos distintos; asimismo, el ingreso merece mayor desarrollo en la ley y el ascenso apenas es enunciativo y casi aislado (artículo 99° del texto sustitutorio).

Tampoco es acorde el referido tratamiento con el sistema de concurso adoptado. Así, no es posible promover la carrera judicial si permite tímidamente (solo por cuotas) el ascenso directo hasta juez superior. Por qué no adoptar el sistema de promoción por mérito a través de concurso reservado a jueces y magistrados (jueces superiores) de grados inferiores a la vacante, como es el caso de Chile; o, en todo caso, si se invoca mayor apertura u oxigenación del Poder Judicial, por qué no se toma el sistema de promoción por turnos utilizado en España con parte de las vacantes para juristas de reconocida competencia y con un mínimo de años en el ejercicio profesional. Sobre el particular opinamos que estos dos sistemas -el uno en mayor grado que el otro- propugnan una auténtica carrera judicial y fortalecen el estatuto del juez en general.

Un sistema abierto es definitivamente incoherente con la carrera judicial debido a que por un lado minimiza tan importante presupuesto como es la vocación para ser juez y por otro permite que profesionales ajenos a la organización judicial puedan postular directamente a los grados de mayor jerarquía eludiendo los grados jurisdiccionales inferiores, lo que obviamente constituye una discriminación y atenta contra el derecho de igualdad ante

la ley de los jueces que están sujetos a su grado jerárquico y solo pueden escalar al inmediato superior.

CAPÍTULO V

5. LA REALIDAD NACIONAL Y LA CARRERA JUDICIAL

5.1 La realidad de la carrera judicial en el Perú

A la luz de lo expuesto, considerando el sistema legal vigente y la propuesta legislativa en cuestión, sin lugar a dudas reiteramos que no existe carrera judicial en el modelo peruano.

Si analizamos que se pretende con la reforma judicial, podemos afirmar que entre los fines generales están mejorar la administración de justicia, contando para ello con magistrados de inquebrantable vocación, premunidos de principios y valores, debidamente capacitados y con sólida experiencia, por consiguiente, se debe formar jueces con tales calidades, lo que imprescindiblemente requiere un prolongado proceso primero de inducción y después de capacitación permanente, para así esperar que los mejores vayan escalando posiciones, de modo tal que al llegar a la máxima instancia se encuentren preparados para contribuir a la consolidación del estado constitucional y democrático, salvaguardar los derechos fundamentales, la estabilidad jurídica y orientar las políticas jurisdiccionales.

En consecuencia, el sistema de carrera judicial adoptado jamás alcanzará tales metas, por tal motivo la reforma debe recorrer otro camino más acorde con la realidad nacional.

5.2 Modalidad de selección y ascenso adecuada a nuestra realidad nacional: procesos abierto, cerrado o mixto

En posición acorde con lo expuesto en los capítulos precedentes, tenemos que desembocar en la elección entre el sistema cerrado o mixto. El primero más definido y consecuente con la carrera judicial, aunque satanizado por voceros o juristas ajenos al Poder Judicial con una visión parcial del problema (solo desde afuera), sistema que únicamente concede acceso abierto por el nivel jerárquico inferior, para luego impulsar el ascenso de los jueces gradualmente de acuerdo a los méritos logrados y buen desempeño. El

segundo sistema, con cierta flexibilidad, establece por un lado el sistema cerrado exclusivo para jueces y por otro, cuotas de acceso abierto en todos los niveles para abogados calificados –aunque considero que estas cuotas deben ser en menor porcentaje- en aras de la apertura democrática e igualdad de oportunidades, este es un sistema bastante aceptable. Sin embargo, particularmente nos inclinamos por el sistema cerrado.

5.3 Carrera judicial como expectativa individual y social

No debemos olvidar que en la carrera judicial, como en todo orden de cosas, al lado de las expectativas de la sociedad se encuentran implícitas las expectativas individuales identificadas como la vocación a la judicatura, la necesidad de incentivos para colmar tales pretensiones personales a efectos de tener un desempeño premunido de condiciones de trabajo adecuadas a las exigencias laborales y a la mayor o menor dificultad del cargo, de modo que se esté en condiciones de responder con acierto y oportunidad.

Tales conceptos difícilmente se reflejan en la normatividad vigente o propuesta de la carrera judicial, el juez es un ser humano que espera satisfacciones por el esfuerzo desplegado, por consiguiente el sistema adoptado debe otorgárselas como garantía del éxito alcanzado.

5.4 Nuestra propuesta

Proponemos se realicen las reformas constitucionales y legales pertinentes a fin de lograr un escenario apropiado en el cual sea posible plasmar la propuesta siguiente:

El Consejo Nacional de la Magistratura debe encargarse de la selección y nombramiento de los jueces de paz letrados y de promover la carrera judicial, a efectos de que quien tiene inclinación por la judicatura se inicie a partir del grado jerárquico inferior, esto causará que postulen los abogados que tengan una verdadera vocación para ser juez y estén dispuestos a recorrer gradualmente todos los niveles de jerarquía.

Con arreglo a su nuevo rol, el Consejo Nacional de la Magistratura será el encargado de, en virtud a los informes que recabe por parte de la Comisión de Evaluación del Desempeño respecto a los méritos, mejor capacitación y buen desempeño de los jueces, decidir quienes son los que deben ascender

directamente al grado inmediatamente superior; o en caso necesario, previo concurso, si existe pluralidad de candidatos seleccionados con aspiraciones a la misma vacante.

6. CONCLUSIONES

1. Según la forma como está estructurada la normatividad constitucional y legal en el Perú, no se propicia la carrera judicial debido a la incongruencia del tratamiento de los presupuestos en su diseño.
2. El ingreso a la carrera judicial debe ser por concurso abierto en su base, es decir, se debe iniciar desde grado jerárquico inferior.
3. A fin de fortalecer la administración de justicia, la independencia e imparcialidad de los jueces y su estatuto es necesario optar por el sistema de promoción por mérito a través de concurso cerrado.
4. Los ascensos deberán ser del grado inferior al inmediato superior a fin de conseguir jueces con vasta experiencia y capacidad.
5. Constituye presupuesto importante para la evaluación correspondiente la vocación por el servicio de justicia que posea el postulante.
6. Así diseñada, la carrera judicial constituirá un incentivo para el juez para continuar con la misma hasta su conclusión, en el entendido de que sus esfuerzos, calidades y correcto desempeño serán reconocidos mediante el ascenso directo.

¹ Guarneri, C. El acceso a la función judicial. Estudio comparado. Material de Estudio, Organización de la Jurisdicción, págs. 1 a 13.

² Gonzáles Mantilla, G. Pensamiento constitucional. La organización de la jurisdicción en el Perú. Material de estudio, Organización de la Jurisdicción, págs. 4 a 6.

³ Guarneri, C. Op cit, pág. 5.

⁴ Gonzáles Mantilla, G. Op cit, pág. 23.

⁵ Gonzáles Mantilla, G. Op cit, pág. 35.

⁶ Fix Fierro, H. “Los consejos de la judicatura entre profesión y organización”, Coloquio internacional sobre el Consejo de la Judicatura, México, 1995. En Jurisdicción Federal y Carrera Judicial en México, Cossío Díaz, José Ramón.

EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL: REALIDAD O FICCIÓN

VÍCTOR BURGOS MARIÑO*

Resumen:

Todo cambio importa retos y éstos sólo se superarán si en el contexto de dicho cambio los sujetos actores que intervienen en él cumplen a cabalidad el papel que les corresponde desempeñar, de no ser así, no se conseguirán los objetivos trazados y la responsabilidad de ello no le será atribuida a tal o cual actor, sino a todos.

El actual proceso de Reforma Procesal Penal, implementado a raíz de la entrada en vigencia en el Distrito Judicial de La Libertad del Nuevo Código Procesal Penal (NCP), no es la excepción a lo anteriormente manifestado; dicha implementación no resulta sencilla pues más allá del cambio de un cuerpo normativo importa el cambio de una profunda cultura inquisitiva arraigada en la mente de todos los actores de la justicia penal, así como el aporte y contribución de quienes indirectamente intervienen en ella. Siendo esto así, el éxito de la reforma puesta en marcha trasciende el mero aspecto normativo y exige de todos sus actores una participación activa y decidida a fin de alcanzar los objetivos propuestos, por ende, aquel no está sólo en manos de uno u otro actor, sino de todos.

Palabras Clave: Proceso Penal – Oralidad – Ministerio Público.

Abstract:

All changes implies challenges, and them will be only surpassed if in the context of this changes the actors in that play fulfill the expectation, otherwise, we wont reach the goals, and the blame will not be attributed to one person, all of us will be blame for it.

The current Penal Procedural Reformation, implemented as a result of the application of the New Procedural Criminal Code in the Judicial District of La Libertad, is not the exception for what was previously showed; this implementation is not that simple, since beyond the change of a normative body which is important is the change of a deep inquisitive culture rooted in the mind of all the actors of criminal justice, as well as the contribution of those who indirectly take part in it. Being this thus, the success of the beginning of the reform extends the mere normative aspect and demands from all its actors an active

* Presidente de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de La Libertad y profesor de la Academia de la Magistratura.

participation in order to reach the proposed goals, therefore, that it is not only some people's responsibility, it is all of us.

Key words: Criminal Process - Oral Trial - State Attorney's General Office.

Sumario:

1. El punto de partida: Una realidad ya conocida y la fé perdida de la población en la justicia 2. El Nuevo Código Procesal Penal y la oralidad del proceso: Tal vez la última oportunidad para recuperar la credibilidad en la justicia en el Perú. 3. La implementación del Nuevo Código Procesal Penal en La Libertad a un año de vigencia: Realidad o ficción. 4. Ideas centrales.

1. EL PUNTO DE PARTIDA: UNA REALIDAD YA CONOCIDA Y LA FE PERDIDA DE LA POBLACIÓN EN LA JUSTICIA

Cuando un ciudadano sencillo y común tiene un problema de carácter penal, ya sea como imputado o como agraviado, muchas veces es víctima de los mayores agravios y frustraciones que pueden suceder en un proceso penal, cuando paradójicamente es en éste escenario, donde según la Constitución, sus derechos deben estar garantizados y tutelados.

A veces mis colegas magistrados liquidadores se sienten mal cuando afirmó que el modelo mixto-inquisitivo ha sido el principal causante de la gran desconfianza que existe hoy en la justicia penal, sin embargo, ellos también entienden claramente, que la crítica no va hacia ellos sino hacia el modelo, y que además, ello nos sirve como elemento motivador para dejar atrás dicho modelo e impulsar la reforma hacia el nuevo modelo acusatorio, que tiene por finalidad devolver la credibilidad en la justicia y recuperar la fe de la población¹.

Veamos que es lo que pasa con aquél ciudadano -imputado o agraviado- que tiene que afrontar un proceso penal con el modelo antiguo².

En primer lugar, hay que advertir la imagen que el Juez refleja en el viejo modelo por el lugar donde trabaja resolviendo los casos, y sin duda a equivocarnos, el ciudadano lo que observa es un edificio con muchas oficinas y muchos empleados, donde la cultura inquisitiva y secretista de varios siglos atrás-, ha diseñado una imagen del Juez como si fuera el señor feudal que se encierra en su castillo, se rodea de una muralla infranqueable y se

aleja del pueblo y de los justiciables. Por eso es común observar hoy en día que el juez trabaja encerrado en su despacho, ubicado generalmente, en la última oficina de un Juzgado, rodeado de auxiliares y rumbas de expedientes que hacen de guardianes y de muralla infranqueable de los justiciables, para quienes resulta realmente muy difícil hablar con ellos y mucho más, conocer y observar como resuelve su caso.

En segundo lugar, el procedimiento escrito ha creado muchos ritos y formalidades que han convertido al proceso penal en un proceso muy dilatado, con un lenguaje complicado en las sentencias y escritos de los abogados, que no hacen sino, alejar mucho más a los ciudadanos del conocimiento de sus casos, y hacen más complicado y sombrío el panorama de la justicia penal, se hace mayor la incertidumbre del imputado y el drama angustiante de la víctima. Y, lo peor de todo, el sistema parece alimentarse y vivir de ello.

En tercer lugar, el proceso escrito ha generado una subcultura de la corrupción y la mediocridad, como la forma “más práctica” de litigar los casos por parte de los abogados, y que involucra a todo el sistema desde el nivel policial. Es muy frecuente escuchar a algunos malos abogados³, decir a sus clientes “el policía me ha pedido dinero”, “el fiscal me ha pedido dinero”, y “también el juez”; ciudadanos que debido a su desconocimiento del proceso y su lejanía del Juez acceden a esa forma de defensa, la que se reduce a “pagar dichos requerimientos”, lo cual innegablemente significa una baja calidad en la defensa legal (mediocridad).

Sea que la corrupción se origine en el mal funcionario judicial o en el mal abogado, lo cierto es, que el procedimiento escrito crea las condiciones ideales para la corrupción y una práctica mediocre del derecho, que atenta contra los intereses del imputado, de la víctima y de la recta administración de justicia.

El expediente judicial, que recoge todas las pretensiones y actuaciones de las partes, tiene la característica de ser reservado y esquivo al control público, por lo que hay desconfianza en el Juez, pero también en el Fiscal y en el Abogado, y sin que nadie se de cuenta, de que sólo se mide el trabajo en estadísticas de producción y no en calidad. De este modo, en estas practicas, no se privilegia la calidad profesional, sino la discrecionalidad de la justicia, lo que permite corrupción y mediocridad, además, como ya lo mencionamos

anteriormente, de que muchos abogados soliciten dinero a sus clientes para poder ganar el caso, resultando para estos la forma “más práctica” de llevar un juicio, y si por casualidad dicho abogado pierde el caso, la respuesta que le da a su cliente, es que perdió el caso porque la otra parte pagó más. Dado este contexto, el ciudadano común y corriente queda atrapado en el desconcierto y desconfianza que le impone el modelo procesal cuestionado, del que no comprende su lenguaje y sus ritos, y donde no puede ver al juez que resuelve su caso. Al final de lo descrito, resulta justificado el descontento de la sociedad peruana y el clamor generalizado porque se reforme la justicia, en especial la justicia penal.

2. EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL Y LA ORALIDAD DEL PROCESO: TAL VEZ LA ÚLTIMA OPORTUNIDAD PARA RECUPERAR LA CREDIBILIDAD EN LA JUSTICIA EN EL PERÚ

El NCPP propone al país, una nueva forma de hacer justicia penal, basado en la oralidad y en el sistema de audiencias. Propone un proceso penal más rápido y con alternativas de solución inmediata, expresado en un lenguaje sencillo, con jueces más imparciales, en suma, una justicia de mayor calidad y más confiable.

Con el Nuevo Código Procesal Penal, el Juez saldrá de su encierro en la última oficina del juzgado donde trabajaba resolviendo casos, a la Sala de Audiencias, para en adelante llevar a cabo los juicios de forma pública, permitiendo con ello, que los ciudadanos puedan observar de forma directa como se hace un juicio penal, y con ello observar como trabaja el Juez, el Fiscal y el Abogado, y verificar si es que trabajan eficientemente o no.

Ahora, con el NCPP, tanto el imputado como la víctima, también podrán observar directamente la labor de sus abogados y así, comprobar si los defienden bien o no en la audiencia. El sistema oral exige ahora mayor preparación y profesionalismo del abogado, no se puede ir a una audiencia sin que previamente haya preparado el caso, pues el abogado que improvisa puede perder su caso en los tribunales y además quedar públicamente ante el público y su cliente, como un profesional poco competente, generándose desprestigio.

Otra de las características que tiene el NCPP en materia de garantía del debido proceso, es la garantía de imparcialidad. El Tribunal Contitucional

ha señalado en reiterada jurisprudencia, la importancia de esta garantía, reconocida en la doctrina como la mayor de las garantías⁴. Además, el TC ha señalado que todos los ciudadanos tenemos el derecho a contar con jueces imparciales⁵. Y, esto también tiene que reflejarse en una mayor cultura de la población, donde ella se despoje de aquel concepto inquisitivo que tenía del Juez, por el que el Juez debía ser también fiscal, policía y carcelero a la vez. En el NCPP existe una clara división de roles, pues al ser un modelo acusatorio adversarial, el debate contradictorio se da entre las partes, por un lado, el Fiscal y la Policía serán los responsables de probar el delito y la responsabilidad del autor, mientras que de otro lado, la Defensa tratará de probar lo contrario, y finalmente el Juez será el que decida cual de las partes tuvo la razón de su lado, en base a las pruebas discutidas en audiencia pública. Un complemento importante para garantizar la imparcialidad es que el Juez no conocerá del caso sino hasta el mismo día de la audiencia.

Este modelo, al ser público, genera que el nivel profesional de abogados, fiscales y jueces se incremente y se haga más competitivo, exista por tanto, una mejor calidad en el servicio de justicia; que al resolverse los casos bajo el sistema de audiencias genere un cambio profundo en las prácticas procesales y genere una justicia más transparente que erradique la corrupción y la mediocridad; que una vez realizada la audiencia exista la obligación de dictar de inmediato la resolución, generando con ello una justicia más rápida y con carga cero. En suma, el Nuevo Código Procesal Penal propone una justicia penal más transparente, rápida y eficiente, capaz de poder devolver la fe de la población en la justicia.

En el Distrito Judicial de La Libertad, a cerca de un año de vigencia del NCPP, se ha logrado importantes avances en materia de justicia penal, por ejemplo, en materia del nuevo código, se ha consolidado la audiencia como el principal valor de toda la organización judicial y de todo el sistema, pues tanto jueces como personal administrativo, trabajan en función a la gestión de audiencias; también los abogados y litigantes ya han asumido la idea que las pruebas y argumentos se presentan en la audiencia de forma pública. También se ha logrado avances en celeridad procesal, pues audiencia realizada es caso resuelto, por ello el criterio de la carga cero introducida mediante Ley 28994⁶, no sólo significa que el nuevo modelo empieza a funcionar con carga cero, sino que la carga cero se mantiene en todo momento, lo que sumado a la rapidez del sistema, se ha logrado dictar sentencias condenatorias a pocas horas de haber sido capturado el imputado, y que procesos penales que antes

duraban años, ahora se resuelven en meses, incluida la sentencia de segunda instancia. Sin embargo, todavía no se llega aun a completar la implementación del NCPP en provincias, e incluso en el propio centro penal, a escasos 20 minutos del centro de la ciudad, por lo que aún no se puede contar con Salas de Audiencias óptimas para la aplicación del NCPP, ello refleja sin duda que la Administración central aún no incorpora a la audiencia como el principal valor del servicio de justicia, situación que se debe revertir para que no se repita en otros distritos judiciales donde está por entrar en vigencia.

En cuanto a la liquidación de procesos penales del modelo antiguo, debe señalarse que en función a la estrategia aplicada en la Libertad, “Para facilitar el proceso de liquidación, se podrá usar un conjunto de características propias del modelo escrito mixto inquisitivo, como la delegación de funciones, el principio inquisitivo y la inactividad procesal de las partes, la propia escrituralidad, la observancia de los plazos formales y la dirección judicial del proceso, entre otras, que sumada a las herramientas de celeridad del NCPP, puedan contribuir a la más pronta liquidación de procesos bajo el CdPP...”, ello permitió que un Juzgado Liquidador cuente con 5 secretarios en lugar de 3, así como una Sala Penal para conocer a exclusividad los procesos sumarios y 3 Salas Penales para conocer a exclusividad los juicios orales de procesos ordinarios, con lo que hemos obtenido en este primer año que la carga procesal de los juzgados penales liquidadores concluya, lo que permitirá a su vez la conversión de dichos juzgados al NCPP. Y, que en el segundo año, las Salas de Procesos Ordinarios y Sumarios, concluyan definitivamente su carga procesal.

Pese a los numerosos problemas que hemos tenido en el proceso de implementación, y que se detallan en los informes de seguimiento (ver página web del Poder Judicial), confiamos en que en menos de dos años de vigencia del NCPP, habremos consolidado las nuevas prácticas, y acabado con las viejas del modelo escrito. Pero ello no es solo trabajo de los jueces, si no de un conjunto de actores vinculados al sistema de justicia, del gobierno y de la propia sociedad peruana, de lo contrario, lo que estamos viviendo no será la realidad de la reforma procesal penal, sino tan solo una ficción.

3. LA IMPLEMENTACIÓN DEL NCPP EN LA LIBERTAD A UN AÑO DE VIGENCIA: REALIDAD O FICCIÓN

Lamentablemente en nuestro país aún se sigue pensando en la ilusoria idea de que a través de leyes se van a cambiar las viejas prácticas procesales

de un procedimiento penal que por siglos ha imperado en nuestro país. La reforma del proceso penal requiere de un consenso amplio y de un compromiso político de todos los sectores vinculados a la Justicia y de la propia sociedad civil, que los comprometa a compartir y aceptar los cambios que implica el nuevo modelo de Justicia penal, que exista igualmente consenso para realizar las reformas constitucionales y legislativas que ello conlleva, que cuente con un presupuesto idóneo, entre otras exigencias, que demuestran que la tarea de la reforma de la justicia no solo es responsabilidad de los jueces, sino de todos los que realmente queremos mejorarla.

El primer deber corresponde al Gobierno⁷, pues es quien debe brindar el presupuesto necesario para la correcta implementación del NCPP. La dotación de presupuesto debe ser otorgado de forma oportuna y planificada⁸. Por ejemplo, la responsabilidad en la persecución del delito lo tienen ahora la Fiscalía y la Policía, sin embargo, de las dos instituciones, la Policía no ha recibido presupuesto para el acondicionamiento de laboratorios de criminalística, tampoco se les ha dado una sostenida capacitación, en lo que respecta a las orientaciones del NCPP, y no cuenta con equipamiento y logística para una moderna persecución del delito, razón por la cual en nuestra Región, ésta institución no aprovecha el máximo las facultades que el NCPP le da en la lucha contra la criminalidad.

El segundo deber corresponde al Congreso, quien debe legislar las reformas constitucionales y legales que requiere el NCPP. Se hace necesario reformar la Constitución para viabilizar el modelo acusatorio y principalmente el rol del Ministerio Público y su relación con la Policía. Se hace necesario reformar las leyes orgánicas de la Policía Nacional, del Ministerio Público y del Poder Judicial, también se requiere una organización independiente y autónoma de la Defensoría de Oficio, entre otras reformas. También la aprobación de un presupuesto compatible con las necesidades que demanda este nuevo modelo procesal.

El tercer deber corresponde a la Policía, quien debe cambiar sustancialmente sus prácticas de investigación y ser más profesional. El sistema no admite que la Policía, como el primer funcionario interviniente en la escena del delito, se desprestigie como testigo, o dañe la evidencia obtenida. Con el NCPP la policía tendrá que defender la legalidad de su intervención en el Juicio oral, y debe tener en cuenta, *que de ello dependerá que se sancione al*

responsable de un delito. Aisladas posturas de oposición al Nuevo CPP, deben de ser dejadas de lado, así como reminiscencias hacia el viejo atestado policial, y comprender que con el NCPP se ingresa a la modernidad en materia de lucha contra la criminalidad, con investigación estratégica preventiva e investigación científica. Creemos que también se necesita de un liderazgo institucional que se identifique plenamente con la reforma procesal penal y permita así, realmente a la Policía, recuperar la credibilidad y el prestigio que se merece, tan igual como ocurre con otras policías en países donde opera con éxito el Nuevo Modelo Procesal.

El cuarto deber es del Ministerio Público⁹, institución llamada a liderar la reforma procesal penal, y ser en la realidad, la encargada de dirigir la investigación de los delitos. Para ello es necesario que el Ministerio Público construya una nueva identidad, basada en el fortalecimiento de su función persecutora, la inserción de políticas de selectividad y el acercamiento a las víctimas. Repasemos lo que ocurre aun con el Código de Procedimientos Penales, cuando la Policía informa al MP de la comisión de un delito y la detención de su presunto autor. El Fiscal, debe dejar su oficina y trasladarse hasta la delegación policial respectiva¹⁰, lo que genera costos en dinero y tiempo¹¹ para el MP. Una vez en la estación policial, su principal preocupación está en participar en la declaración del imputado, como si realmente, dicha actuación tuviera valor probatorio definitivo para establecer la culpabilidad¹², y se descuida a la víctima, ya que no se le da el consejo que ella necesita y menos se participa en su declaración policial, perdiendo así la oportunidad de brindar “legalidad”¹³ a su declaración – que muchas veces es la única que presta en todo el proceso-, y donde reconoce al detenido como el autor del delito, el mismo que luego es absuelto por la ausencia del Ministerio Público en la declaración de la víctima a nivel policial. Luego el Fiscal, una vez concluida la declaración policial del imputado regresa a su despacho, y el imputado se queda en la delegación policial, supuestamente para que prosigan las investigaciones, en tanto la víctima queda desorientada, sin consejo y sin protección, expuesta a las acciones intimidatorias de los imputados y sus familiares, quienes al final, logran que las víctimas ya no concurren a “ratificarse” de su denuncia en sede judicial, o en el “peor” de los casos, se retracten. Esta es la situación actual, y la responsabilidad es enteramente atribuible a la Policía y al MP, quienes actúan así durante la mal llamada etapa de investigación policial. Ello es así, por que el MP ve en la víctima a un “particular” que ha sido afectado por el delito, y que por tanto debe buscarse

su abogado, cuando lo que debe hacer el MP es rescatar en la víctima al ciudadano que en la realidad concreta de la persecución penal, puede ser el testigo de cargo que el Fiscal necesita para demostrar el delito y la responsabilidad penal del autor del hecho. En suma, el MP no puede lograr su función constitucional de persecución penal, sin que previamente no satisfaga el interés de la víctima a la justicia de su caso. Es tiempo que el MP se acerque a la víctima, le brinde protección, asesoría, tutele sus intereses, solicite medidas coercitivas, y que la víctima sienta que ahí está el MP dispuesto a velar por sus intereses. En la medida que las víctimas vean que existe un MP que las valora y defiende, mayor será la sensación de seguridad que tenga la sociedad que se identifica con ellas, y si ello es así, no cabe duda que el MP tendrá mayor confianza y legitimidad en sus actuaciones, lo que favorecerá la aceptación de las decisiones discrecionales que adopte el MP en el marco de la selectividad. Es más, el acercamiento a las víctimas, permitirá la realización de las facultades discrecionales, en especial del principio de oportunidad, y otros acuerdos, que tienden a optimizar el funcionamiento del nuevo modelo procesal.

El quinto deber corresponde a los Jueces, quienes deberán abandonar la fuerte cultura inquisitiva que los hace dueños del proceso y dar paso al mayor protagonismo de las partes. La garantía de la imparcialidad debe ser la rectora de toda su actuación judicial. Convertir a los juicios en un debate sobre hechos y no sobre complejas articulaciones jurídicas, a fin de hacerlo accesible al entendimiento del ciudadano común. Ser defensor de las garantías de los justiciables y al mismo tiempo garantizador de la tutela a las víctimas, con sentencias justas y ejecutables realmente.

El sexto deber corresponde a la sociedad y a todos los ciudadanos en general, a quienes corresponde asumir un mayor compromiso y participación en el nuevo modelo procesal, en primer lugar acudiendo a presenciar las audiencias a fin de observar como trabajan los jueces, y también los abogados y fiscales. Ahora como el nuevo modelo abre las puertas a la sociedad para que todos sin excepción observen directamente como el juez aplica el derecho, y como ya no hay paredes que alejen a los ciudadanos del Juez, podrán ir asumiendo el rol fiscalizador de la conducta funcional, profesional y ética de abogados, fiscales y jueces, lo que permitirá elevar la cultura jurídica de los ciudadanos legos. En segundo lugar, en tanto los ciudadanos vayan interiorizando los valores de la imparcialidad judicial, la presunción de inocencia, la credibilidad de las partes y testigos,

así como los demás principios que rigen el nuevo CPP, se podrá gestar la cultura de la participación de los ciudadanos legos en la administración de justicia penal, a través del Jurado Mixto o Escabinado. Esta forma de participación directa de los ciudadanos, terminará por consolidar la legitimación social del Nuevo Modelo Procesal y la recuperación de la fe en la justicia, con una mayor garantía como lo es la participación del pueblo en la Justicia Penal¹⁴.

El Séptimo deber corresponde a los medios de comunicación. Al respecto creo no hay mucho que fundamentar, dado que la prensa ha dado cuenta de los graves problemas que afronta el sistema de justicia penal en nuestro país, y ha reclamado a nombre de la víctima, el imputado y la sociedad en su conjunto, una urgente reforma. Ahora que ya se encuentra vigente el NCPP, corresponde el deber de difundir las importantes innovaciones que trae el nuevo modelo procesal, pero a su vez también, en ser formador de opinión sobre los valores que propone el NCPP y así contribuir en el mejoramiento de la cultura jurídica de nuestro país y a la formación de los jueces ciudadanos. Para ello, como es obvio, también tiene el deber de cambiar las viejas prácticas noticiosas. Un juicio con el NCPP no se gana a través de titulares que cuestionan o ponen en duda la capacidad o idoneidad del magistrado, o cuando se da cobertura publicitaria a la versión de la parte que ha perdido el juicio y que hace público y cuestionamiento hacia la justicia, sino que ahora, el periodismo puede asistir a una audiencia y tomar la noticia en el mismo escenario, y sacar sus conclusiones con objetividad, y dar cuenta si el juicio se desarrolló de acuerdo a las reglas del debido proceso, si el abogado hizo una buena defensa o, si el fiscal hizo un mejor trabajo, en suma dar testimonio público de quien ganó o no el juicio,. Y si el Juez, dio la razón a quien en la audiencia demostró que tenía el derecho de su parte. Esta es la mejor forma de hacer periodismo con el NCPP, y por ello creemos necesario que los periodistas concurren a las audiencias que se realizan todos los días en la Corte Superior de Justicia de La Libertad, y así pongan su importante contribución en el mejoramiento del servicio de justicia penal.

Para concluir, solo quiero reafirmar que del cumplimiento de los deberes descritos líneas arriba por cada uno de sus actores dependerá, de que este proceso de reforma de la justicia penal sea una realidad o quede en una mera ficción.

4. IDEAS CENTRALES:

“Lamentablemente en nuestro país aun se sigue pensando en la ilusoria idea que a través de leyes se van a cambiar las viejas prácticas procesales de un procedimiento penal que por siglos ha imperado en nuestro país.”

“La reforma del proceso penal requiere de un consenso amplio y de un compromiso político de todos los sectores vinculados a la Justicia y de la propia sociedad civil, que los comprometa a compartir y aceptar los cambios que implica el nuevo modelo de Justicia penal, que exista igualmente consenso para realizar las reformas constitucionales y legislativas que ello conlleva, que cuente con un presupuesto idóneo.”

“...el Nuevo Código Procesal Penal propone una justicia penal más transparente, rápida y eficiente.”

El Ministerio Público es la “...institución llamada a liderar la reforma procesal penal, y ser en la realidad, la encargada de dirigir la investigación de los delitos”

“los Jueces, quienes deberán abandonar la fuerte cultura inquisitiva que los hace dueños del proceso y dar paso al mayor protagonismo de las partes. La garantía de la imparcialidad debe ser la rectora de toda su actuación judicial.”

“Ahora que ya se encuentra vigente el NCPP, corresponde (a los medios de comunicación) el deber de difundir las importantes innovaciones que trae el nuevo modelo procesal, pero a su vez también, en ser formador de opinión sobre los valores que propone el NCPP y así contribuir en el mejoramiento de la cultura jurídica de nuestro país y a la formación de los jueces ciudadanos”

¹ Basta recordar que la población tiene un alto índice de desaprobación en la justicia, según dan cuenta las encuestas publicadas por ejemplo en el Diario El Comercio “El Congreso y el Poder Judicial tampoco salen bien parados, pues apenas alcanzan el 16% y 17% de aprobación” (Ver publicación de 21/10/2007), lo que significa un 83% de desaprobación. Según una encuesta elaborada por el Grupo de Opinión Pública de la Universidad de Lima y publicada en el Comercio el 20/11/2007 los encuestados “...que confían en

-
- el Poder Judicial solo alcanzan el 15,5%, mientras que los que no lo hacen llegaron al 81,4%. El nivel de aprobación no varió técnicamente respecto a la medición realizada a fines del año pasado, que fue de 15,2%". Tenemos el reto de recuperar la fe en la justicia.
- ² Con la expresión de "modelo antiguo" queremos aludir al modelo mixto inquisitivo recogido en el Código de Procedimientos Penales, vigente desde el año 1940 en nuestro país.
 - ³ Según el Decano del Colegio de Abogados de La Libertad, "El año pasado tuvimos entre 80 y 100 **quejas contra abogados**. Este año tenemos en el primer trimestre sólo ocho quejas; del año pasado hemos resuelto 40 casos de los cuales hay 15 sancionados en primera instancia, es decir que aún pueden apelar, precisó. El decano de los *abogados* declaró que las *denuncias* son por inconducta funcional, cobros excesivos supuestamente para hacer pagos indebidos, la no voluntad de devolver algunos medios de prueba, ofensa al cliente y cobro adelantado por no hacer nada". (Ver diario solido norte, trujillos, publicado el 13 de marzo 2008).
 - ⁴ Según Pedro Aragonese, por lo "...fundamental de esta garantía para los sistemas procesales ha sido denominada como el principio supremo del proceso".
 - ⁵ En el caso Yujra Mamani, Exp. N° 1934-2003-HC/TC, el TC considera que "la imparcialidad judicial tiene una doble dimensión. Por un lado, se trata de una exigencia mínima que se predica del órgano llamado a resolver los conflictos y controversias jurídicas entre partes. Por otro, constituye un derecho subjetivo de los justiciables, por medio del cual se garantiza a todos ...a ser juzgados por un juez no parcializado, es decir, uno que no tenga prejuicios sobre las partes e, incluso, sobre la materia o la causa confiada para dirimir..."
 - ⁶ Con la Ley N° 28994, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01 de abril de 2007, conocida como ley de "carga cero", se ha puesto en práctica una nueva metodología de implementación del NCPP en el país, acorde con la metodología más exitosa en Latinoamérica. Respecto a la "carga cero" resulta de vital importancia para la correcta y eficaz implementación del NCPP, que cuando entre en vigencia, exista una organización judicial exclusivamente diseñada para el conocimiento y aplicación del nuevo modelo, a fin de ir consolidando la nueva práctica y cultura procesal acusatoria adversarial. Pero además también es necesario que exista una segunda organización judicial diferente a la primera, que se encargue de la conclusión o liquidación de los procesos bajo el modelo antiguo. Lo central en este tema es que el sistema de carga cero o a dos aguas, permite con mayor eficiencia, que las nuevas practicas del modelo adversarial se vayan instalando y consolidando, mientras el modelo antiguo va desapareciendo en la medida que la organización judicial encargada de la liquidación de procesos, va concluyendo su carga procesal, para luego pasar a formar parte de la organización del nuevo proceso penal (Ver Informe a 6 meses de vigencia del NCPP, web: Poder Judicial). Cabe reconocer que la iniciativa en esta Ley la tuvo la Sala Plena de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, la que mediante acuerdo unánime la aprobó en octubre del 2006. También cabe reconocer la obtención de esta Ley al Equipo Técnico Institucional del Poder Judicial y a la ex Ministra de Justicia Dra. María Zavala Valladares por su apoyo.
 - ⁷ La mayoría de países en Latinoamérica, han entendido que una justicia penal que garantice el libre contacto entre sus conciudadanos, genera no sólo confianza en las víctimas sino que crea el ambiente necesario para un política económica sostenida, de modo que la opciones de inversión aumentan, posibilitando progreso y desarrollo.
 - ⁸ El papel del gobierno en la reforma procesal es fundamental, de ahí que se exija en este mayor atención a las actividades que se vienen desarrollando en la implementación del Nuevo Código Procesal Penal, situación que así ha sido entendida por diversos países en Latinoamérica que integran el proceso de reforma en la Justicia Penal en la Región. Ver: Juan Enrique Vargas y Otro, Informe sobre Reforma a la Justicia Criminal en Latinoamérica, CEJA, Santiago de Chile, Junio, 2003.
 - ⁹ Tomando en cuenta las características del sistema Adversarial - Acusatorio, tenemos que éste se consolida en la clara distribución de funciones entre los agentes que intervienen en el proceso penal, el Ministerio Público se encarga de la persecución del delito, el Juez exclusivamente de juzgar, y la defensa de hacer la defensa que corresponda.
 - ¹⁰ El modelo inquisitivo y su fracaso en el actual sistema de persecución penal, ha generado el surgimiento de políticas de seguridad ciudadana, por la cual se ha creído -erradamente- que la solución a este problema está en otorgarle a la Policía mayores poderes, y en esa lógica debe entenderse por qué la Policía al detener a un ciudadano en nuestro país deba de conducirlo a la estación policial, y no ante el Juez o ante el Físcal como ocurre en otros países de la región. En esa misma lógica debe comprenderse la razón por la cual nuestra Constitución le confiere a la Policía la facultad de detener hasta por 24 horas en delitos comunes y hasta 15 días en delitos especiales. Si estas facultades se dieron en razón a las dudas que se tenía sobre

la eficacia del proceso penal inquisitivo colapsado e ineficiente, consideramos que el nuevo modelo procesal acusatorio, al ofrecer mayor garantía y ser más eficiente, dejará sin fundamento las actuales facultades policiales, y en lugar que el ciudadano sea llevado a la delegación policial, deberá ser conducido ante el MP para que se decida el inicio o no de un proceso penal.

- ¹¹ Ambos recursos muy escasos actualmente, por el bajo presupuesto y la excesiva carga procesal.
- ¹² La declaración del imputado no es prueba, sino un medio por el cual éste ejerce su derecho de defensa. Además, la autoinculpación por sí sola no es prueba, y si ésta es obtenida con violencia, carece de valor probatorio. Y por último, acaso no es cierto que el detenido luego de aceptar su responsabilidad ante la policía, en sede judicial niega su responsabilidad acusando a la Policía de haberlo golpeado y torturado, y que el Fiscal no estuvo durante su declaración. Esto ya no se daría, si la Policía una vez que detiene al imputado lo conduce a sede Fiscal, donde se le tomará su declaración en un contexto de mayores garantías.
- ¹³ El artículo 62 del Código de Procedimientos Penales vigente aún, señala que “la investigación policial previa que se hubiera llevado a cabo con intervención del Ministerio Público, constituye elemento probatorio que deberá ser apreciado en su oportunidad, por los Jueces y Tribunales...”. La Jurisprudencia desarrollada a partir de esta norma ha establecido uniformemente, que si una actuación policial no cuenta con la participación del MP, ella no tendrá valor. La mayoría de declaraciones de testigos y víctimas prestadas durante la investigación policial, no cuentan con la participación del MP.
- ¹⁴ Un grupo de profesores e investigadores de las ciencias penales, liderados por Florencio Mixan Mass y Alberto Binder, elaboraron el Proyecto Huanchaco en el año 2003, un Proyecto Alternativo al CPP de 2004, donde se propuso la inclusión del Jurado Escabinado, lamentablemente el legislador no admitió este proyecto, pero ello no deja de ser un buen argumento para garantizar la credibilidad de la justicia en el Perú.

ANÁLISIS DE LA CONTIENDA DE COMPETENCIA N° 18-2004. INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LA LEY CONFORME A LA CONSTITUCIÓN Y CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

SUSANA YNES CASTAÑEDA OTSU*

Resumen:

El presente artículo analiza e interpreta la Contienda de Competencia recaída en el Expediente N° 18-2004, explicando sus extremos con carácter normativo, referido a los alcances de la jurisdicción militar y la noción de delito de función de los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú.

Palabras Clave: Contienda de competencia - Convención Americana sobre Derechos Humanos - Jurisdicción Militar.

Abstract:

The present article analyzes and interprets the Litigation of Competition relapse in the N° 18-2004 File, explaining its ends with normative character, referred to the reaches of the military jurisdiction and the notion of function of the members of the Armed Forces and the National Police of Peru.

Key words: Litigation of Competition - American Convention of Human Rights - Military Court Jurisdiction.

Sumario:

1. Introducción. 2. Resumen del caso Indalecio Pomatanta Albarrán. 3. Extremos de la sentencia con efecto normativo según el Artículo 301-A del Código de Procedimientos Penales. 4. Análisis de la Contienda de Competencia N° 18-2004.- Interpretación y aplicación de la Ley conforme a la Constitución. 5. Análisis de la Contienda de Competencia N° 18-2004.- Interpretación y aplicación de la Ley conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. 6. Otros aspectos importantes de la Contienda de Competencia. 7. Reflexión final.

* Vocal Titular de la Corte Superior de Justicia de Lima, Ex miembro del Consejo Consultivo del Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial y profesora de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Pontificia Universidad Católica y San Martín de Porres. En la actualidad Magistrada del Órgano de Control de la Magistratura.

1. INTRODUCCIÓN

El 17 de noviembre de 2004, los señores Vocales de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República, por unanimidad, emitieron una importante sentencia recaída en la Contienda de Competencia No. 18-2004¹, efectuando una interpretación restrictiva de los alcances de la jurisdicción militar y la noción del delito de función, tomando como parámetro la interpretación que sobre dichos temas ha efectuado el Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a los que otorga la calidad de “supremos intérpretes de la Constitución y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, respectivamente.

La citada contienda además, fue emitida bajo los alcances del artículo 301- A del Código de Procedimientos Penales,² disposición que considero es de singular importancia en aras de garantizar el cumplimiento de los principios de igualdad en la aplicación de la ley y predecibilidad jurídica, pues otorga a las sentencias de la Sala Penal de la Corte Suprema (en adelante Sala Penal Suprema) efectos normativos cuando así lo expresen las mismas. Conforme a esta disposición, cuando el máximo órgano jurisdiccional en materia penal resuelva apartarse de su sentencia con precedente vinculante, deberá expresar los fundamentos de hecho y de derecho que la sustentan e indicar las razones por las cuales se aparta del precedente³.

El análisis que abordaré se encuentra en estrecha conexión con los efectos normativos que la Sala Penal Suprema establece en la contienda de competencia, manifestando mi total adhesión con lo resuelto, pues instaura un modo distinto de abordar la interpretación y aplicación de una norma penal procesal, que no sólo se rige por el Código de Procedimientos Penales, Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante Ley Orgánica) y textos legales afines, sino que el parámetro es el que siempre debe tener un Juez en un Estado social y democrático de Derecho: La Constitución, como la Norma primera del ordenamiento jurídico, que es la depositaria de los principios y derechos, y cuyos postulados deben ser los que informen todas las ramas del Derecho, en especial el Derecho penal, teniendo en cuenta los bienes jurídicos que tutela.

Interpretación que se enriquece cuando se acude a los postulados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en especial a la doctrina

sentada por el órgano supranacional que interpreta sus postulados, la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2. RESUMEN DEL CASO INDALECIO POMATANTA ALBARRÁN

Los hechos ocurrieron a las 05.30 horas del 2 de abril de 1995, en el Centro Poblado de San Alejandro, distrito de Irazola, provincia de Padre Abad, departamento de Ucayali, fecha en que una patrulla de la Marina de Guerra del Perú conformada por aproximadamente 15 miembros llegaron al domicilio de Indalecio Pomatanta Albarrán, encontrando a Juan Francisco Pomatanta y sus dos menores hijos. Éstos últimos, bajo violencia física fueron interrogados por el paradero de su hermano mayor, el citado Indalecio Pomatanta de apenas 17 años de edad, trasladándolos al otro lado de la carretera donde quedaron bajo custodia de dos efectivos, después de veinte minutos los militares se retiraron del domicilio y cuando retornaron Juan Francisco y sus dos hijos vieron que Indalecio se arrastraba con su cuerpo quemado.

Luego del acto cruel cometido en su contra, Indalecio Pomatanta mencionó que el teniente y otro oficial de La Marina, miembros de la Base Contra subversiva de San Alejandro, lo golpearon brutalmente para conocer la ubicación de unas armas, y al contestarles que desconocía le rosecaron gasolina y le prendieron fuego, falleciendo después de tres días en el Hospital Regional de Pucallpa.

El 15 de agosto de 2003, la Comisión de la Verdad y Reconciliación recomendó al Ministerio Público denunciar estos graves hechos, los que fueron imputados a: Jorge Luis Rabanal Calderón, Mario Peña Ramírez, José Spencer Guido Dávalos y Pedro Rodríguez Rivera. Los citados miembros de La Marina, fueron procesados paralelamente ante el Segundo Juzgado Penal de Coronel Portillo, por el delito de Lesiones graves seguidas de muerte, previsto en el artículo 121° del Código Penal; y ante la Vocalía de Instrucción del Consejo Supremo de Justicia Militar por el delito ya mencionado; y contra la Administración de Justicia, previstos en el citado artículo 121° inc. 3 del Código Penal y 322 inc. 2 del Código de Justicia Militar, respectivamente.

El 20 de julio de 2004, la Fiscalía Suprema en lo Penal propuso dirimir la competencia a favor de la jurisdicción común, al considerar que si bien los hechos se suscitaron con ocasión de un operativo militar, el hecho de que el militar esté en servicio no significa que todos los actos que realiza son de

servicio. Que en este caso, un civil resultó con quemaduras, por lo que se trata de un delito común y no de un delito de función, como lo establece el artículo 173° de la Constitución Política.

La Sala Penal Suprema dirimió la contienda de competencia a favor de la jurisdicción penal ordinaria, al considerar que según la imputación se atentó contra la integridad corporal de una persona en condiciones particularmente graves y reprochables; que los miembros de La Marina se aprovecharon del cargo que ostentaban; y que la zona había sido declarada en estado de emergencia.

En efecto, se tuvo en cuenta que en el caso no se dieron los tres factores que concurrentemente deben estar presentes para definir el delito de función: a) bien jurídico institucional; pues en este caso se afectaron dos derechos fundamentales, la integridad personal y la vida de una persona; y, b) las circunstancias externas del hecho, radicadas en la comisión del delito con ocasión del acto del servicio militar; pues los maltratos, las torturas y el prender fuego a una persona no tiene relación con una labor de patrullaje e intervención de presuntos agentes subversivos.

Concluyen que sólo se presentó la condición de militar en actividad de los sujetos activos del delito imputado.

3. EXTREMOS DE LA SENTENCIA CON EFECTO NORMATIVO SEGÚN EL ARTÍCULO 301-A DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES

En la contienda de competencia, los Vocales de la Sala Penal Suprema, establecen los siguientes extremos con efecto normativo:

1. La interpretación vinculante por parte de los jueces de la jurisdicción penal ordinaria respecto del ámbito competencial objetivo-material de la jurisdicción militar, a partir de la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional y Corte Interamericana de Derechos Humanos, en calidad de supremos intérpretes de la Constitución y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (*FJ Tercero*).
2. A partir de la interpretación del Tribunal Constitucional recaída en la demanda de inconstitucionalidad contra diversos artículos de la Ley No. 24150, tiene en cuenta las tres notas características en relación a los

elementos objetivos del delito de función: a) el objeto material, está constituido por las conductas que afectan bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional; b) el círculo de autores, queda delimitado al militar que realiza la conducta cuando se encuentre en situación de actividad; c) la acción típica debe perpetrarse en acto del servicio, son las denominadas “circunstancias externas del hecho” (*FJ Quinto*).

3. El desarrollo del concepto de delito de función desde el Derecho penal, a partir de las siguientes consideraciones: a) el delito de función, es una noción subjetivo-objetivo, en tanto protege un interés militar o policial del Estado ligado necesariamente a un sujeto activo cualificado determinado; b) se trata de un delito de infracción del deber, derivado del ámbito estrictamente militar o policial, radicada en las finalidades, organización y/o funciones de la institución militar o policial. El sujeto activo sólo puede ser quien lesiona un deber especial, cuyo origen se encuentra en el Derecho administrativo, y que se muestra a través del tipo penal; c) es un delito especial propio, en tanto el elemento especial de la autoría: condición de militar o policía que vulnera bienes jurídicos institucionales, opera fundamentando la pena; d) si el criterio material es el idóneo para construir los delitos de función, en base al Código de Justicia Militar, cuando el deber sea vulnerable por cualquier ciudadano ajeno a las Fuerzas Armadas o a la Policía Nacional no se tratará de un delito de función, en tanto que el deber es propio, inherente y exclusivo de ambas instituciones, sujeto pasivo de la infracción penal (*FJ Sexto*).
4. La comisión de crímenes horrendos y los atentados graves a los derechos humanos, tal como han sido definidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Penal, nunca puede considerarse “acto de servicio” (*último extremo del FJ séptimo*).

4. ANÁLISIS DE LA CONTIENDA DE COMPETENCIA N° 18-2004: INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LA LEY CONFORME A LA CONSTITUCIÓN

4.1. El antecedente del Caso La Cantuta

Según el artículo 34° de la Ley Orgánica, corresponde a las Salas Penales de la Corte Suprema el conocimiento de las contiendas y transferencia de

competencia conforme a ley, debiendo precisarse que el artículo 29° permite además la creación de Salas Especializadas Transitorias, por lo que eventualmente no siempre la Sala Penal Especializada Permanente será la que resuelva una contienda de competencia entre los tribunales militares y los jueces penales ordinarios.

La disposición contenida en el artículo 34° de la Ley Orgánica debe ser concordada con el artículo 28° del Código de Procedimientos Penales, que otorga competencia a la Corte Suprema si se entabla competencia entre Jueces penales de diverso Distrito Judicial o de competencias entabladas a la misma Sala Penal Superior. De este modo, en relación a las contiendas de competencia promovidas por los tribunales militares ante los tribunales de la jurisdicción penal ordinaria o viceversa, dirimen finalmente las Salas Penales de la Corte Suprema.

En esta tarea, las Salas Penales de la Corte Suprema han estado sometidas a constantes críticas por el modo en que venían resolviendo las contiendas de competencia promovidas entre los tribunales militares y los de la jurisdicción penal ordinaria, porque no obstante que los bienes jurídicos afectados por el sujeto activo del delito – militar o Policía Nacional en función- no tenían vinculación con los bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas o de la PNP, se resolvía a favor de los primeros, pese a tratarse de afectaciones a bienes jurídicos como la vida o la integridad personal, cuyo conocimiento es de competencia exclusiva de la jurisdicción penal ordinaria.

Y entiendo que esto ocurría y viene ocurriendo en otros temas, porque lamentablemente en el ámbito de la jurisdicción penal ordinaria, la interpretación y aplicación de las normas penales – sustantivas, procesales o de ejecución- no tienen como parámetro de validez y de interpretación las disposiciones pertinentes de la Constitución Política y también las de los tratados internacionales de Derechos Humanos, que en algunos casos contienen normas más precisas acerca de los derechos de las personas sometidas a proceso penal; entre ellas los artículos 5°, 7°, 8° y 9° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴, y artículos 7°, 9°, 10°, 14° y 15° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵.

Situación que se viene presentando, pese a que la Norma Fundamental otorga a los Jueces del Poder Judicial el control judicial de constitucionalidad

de las normas, en base a los principios de supremacía de la Constitución y jerarquía de las normas.⁶

Un claro ejemplo de estas críticas lo constituye el discutible fallo en mayoría emitido en la contienda de competencia en el caso conocido como La Cantuta⁷, en el cual tres de los Vocales Supremos se pronunciaron a favor del tribunal militar; y dos de ellos, los Magistrados Luis Felipe Almenara Bryson y Hugo Sivina Hurtado, a favor de la jurisdicción ordinaria, lo que evidentemente generó la discordia, pues conforme al artículo 141° de la Ley Orgánica se requería alcanzar cuatro votos conformes. Antes de que emitiera su voto el vocal dirimente, en una clara interferencia a la autonomía del Poder Judicial y a la independencia de los Magistrados Supremos, el Congreso de la República aprobó la Ley N° 26291, destinada a regular la solución de contiendas de competencia entre los tribunales militares y el Poder Judicial, la que entró en vigencia el 11 de febrero de 1994, el mismo día en que la Sala Penal Suprema debía resolver definitivamente la contienda de competencia.

La citada Ley dispuso que las contiendas se resolverían por mayoría simple de votos (tres de los Vocales Supremos ya habían votado a favor); y su aplicación inmediata a todos los procedimientos que se encontraran en trámite, sin requerir nueva votación. El fallo, es bastante conocido y hasta ahora criticado, los tres magistrados que se habían pronunciado porque la Jurisdicción Militar era la competente para conocer el juzgamiento de hechos graves como la desaparición y ejecución de nueve estudiantes y un profesor de la Universidad Nacional Enrique Guzmán y Valle, "La Cantuta", se pronunciaron por la aplicación inmediata de la Ley N° 26291, lo que implicó que la votación inicial permanecía y se hizo resolución sin necesidad de recurrir al voto del Vocal dirimente.

Interesa destacar los fundamentos del voto singular, al que consideramos un antecedente muy importante a lo establecido en la Contienda de competencia que se analiza, pues de los aspectos relevantes que se anotarán, se advierte que los planteamientos se mantienen pero complementados a la luz de la interpretación que luego efectuaría el Tribunal Constitucional respecto a los alcances del denominado fuero militar y los elementos del delito de función, tomando como sustento el artículo 173° de la Constitución. Órgano Constitucional que a su vez siguió la interpretación en relación al alcance restrictivo y excepcional de los

tribunales militares, establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el voto singular se establece que conforme a los artículos 139° inciso 1 y 173 de la Constitución, los tribunales militares sólo son una instancia que ejerce la función jurisdiccional en un ámbito estrictamente funcional, para lo cual tuvieron en consideración el rol que el Poder constituyente ha asignado a las Fuerzas Armadas y Policiales, en relación a su existencia: “garantizar la disciplina militar”. Que la Constitución establece un concepto restringido del delito de función, el que a su vez determina la extensión de la competencia de los tribunales militares, fijando sus tres elementos: a) el delito debe tener relación directa con el ámbito funcional de las instituciones militares y policiales, a su criterio se debe afectar bienes jurídicos castrenses, y en el caso sometido a su conocimiento, los bienes jurídicos no tenían relación con el ámbito funcional de los institutos armados; b) la conducta debe estar tipificada en el Código de Justicia Militar, y en el caso La Cantuta, los hechos se encontraban subsumidos en delitos tipificados en el Código penal, entre ellos, secuestro, desaparición forzada de personas y asesinato; c) la existencia del nexo causal entre el delito cometido y la función encomendada al sujeto activo, que en el caso específico era notorio que no se dio, más aun si las autoridades militares nunca reconocieron como acto de servicio los hechos ocurridos en el interior de una Universidad, que como sabemos goza de autonomía según la Constitución.

El voto contiene otras consideraciones de especial relevancia teniendo en cuenta el contexto político, histórico y social que atravesaba el país, sumido en una grave crisis de seguridad ciudadana por los horribles atentados por parte de dos grupos terroristas: Sendero Luminoso y Movimiento Revolucionario Túpac Amaru, año en el cual además ya se encontraban detenidos los cabecillas de ambos grupos y la población exigía sanciones duras de acuerdo a las violaciones a los derechos sufridos por los integrantes de la sociedad. Sin embargo, es precisamente, en los momentos difíciles donde los Jueces deben imponer los mandatos de la Constitución, por eso es necesario relevar que en el voto singular incluso se planteó el control judicial de constitucionalidad del artículo 10° de la Ley N° 24150.

4.2. La interpretación del artículo 10° de la Ley N° 24150

La contienda de competencia, tiene como uno de sus parámetros de interpretación, la sentencia del Tribunal Constitucional del *16 de marzo de*

2004, emitida en el EXP. N° 0017-2003-AI/TC, con motivo de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Defensoría del Pueblo contra diversos artículos de la Ley N° 24150, Ley de los Comandos Políticos Militares.⁸

Se trata del control concentrado que efectúa el Tribunal Constitucional, en mérito a la facultad atribuida por los artículos 200.4 y 202.1 de la Constitución Política, que establece el control de constitucionalidad de las leyes y normas con rango de ley⁹. En este tipo de control, exclusivo del Tribunal Constitucional, las sentencias fundadas dejan sin efecto las normas sobre las cuales se pronuncian, tienen alcances generales y autoridad de cosa juzgada, vinculando a todos los poderes públicos. Así lo disponen los artículos 81° y 82° del Código Procesal Constitucional.

Interesa para el análisis el artículo 10° de la Ley N° 24150, pues el caso Indalecio Pomatanta Albarrán ocurrió en una zona declarada bajo estado de emergencia¹⁰ y porque al momento de emitirse la contienda de competencia, el 2do. párrafo de este dispositivo, había pasado la prueba de constitucionalidad, como bien se afirma en el fallo de la Sala Penal Suprema. En efecto, antes que se emitiera la contienda de competencia el artículo 10° de la Ley N° 24150 tenía el siguiente texto:

“Los miembros de las Fuerzas Armadas o Fuerzas Policiales, así como todos aquellos que estén sujetos al Código de Justicia Militar que se encuentren prestando servicios en las zonas declaradas en estado de excepción, quedan sujetos a la aplicación del mencionado código. Las infracciones tipificadas en el Código de Justicia Militar que cometan en el ejercicio de sus funciones son de competencia del fuero privativo militar, salvo aquellas que no tengan vinculación con el servicio”.

A criterio de la Defensoría del Pueblo, este artículo violaba el artículo 173° de la Constitución, al establecer como criterio para determinar la competencia de la justicia militar el lugar de la comisión del delito y la calidad de policía o militar del agente, obviando la naturaleza institucional del bien jurídico afectado.

El Tribunal Constitucional, declaró inconstitucional el 1er. párrafo del artículo 10° de la referida Ley N° 24150, emitiendo una sentencia interpretativa, subsistiendo con el siguiente texto:

“Art. 10. Las infracciones tipificadas en el Código de Justicia Militar que cometan en el ejercicio de sus funciones son de competencia del fuero privativo militar, salvo aquellas que no tengan vinculación con el servicio”.

Para llegar a esta conclusión, planteó temas que en ese momento eran necesario analizar, entre ellos, el de los principios de unidad y exclusividad jurisdiccional, previstos en el inciso 1 del artículo 139° de la Constitución, los que a criterio del Tribunal Constitucional no niegan la existencia de “jurisdicciones especializadas”, como las confiadas al Tribunal Constitucional o al Jurado Nacional de Elecciones, y desde esta perspectiva el ámbito de la jurisdicción ordinaria es de naturaleza global o totalizadora, mientras que el que corresponde a las jurisdicciones especializadas es de naturaleza restringida, determinable a partir de la competencia que la Constitución les ha asignado.

En relación a los tribunales militares y citados principios, interpretó el artículo 173° de la Constitución¹¹, concluyendo que el concepto que delimita materialmente el ámbito de actuación competencial de estos tribunales es el de *delito de función*, en los que incurran los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, excluyendo la sola condición de militar o policía, pues la justicia militar se constituye en un “fuero privativo” centrado en el conocimiento de las infracciones cometidas por sus miembros a los bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional¹². Concluye como la doctrina ya lo había precisado, que no sólo es necesario que el delito se cometa en acto de servicio, con ocasión de él o en lugar militar, sino que debe afectar por su índole a las Fuerzas Armadas como tales¹³.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional efectúa una interpretación del delito de función de conformidad con el texto constitucional y el rol que el Poder Constituyente asignó a las Fuerzas Armadas y Policía Nacional. Lo define, como *“aquella acción tipificada expresamente en la Ley de la materia, que es realizada por un militar o policía en acto de servicio o con ocasión de él, y respecto de sus funciones profesionales”*, precisando que la acción u omisión, debe afectar necesariamente un bien jurídico “privativo” de la institución a la que pertenece el imputado. De este modo, la naturaleza del delito de función no depende de las circunstancias de hecho, sino del carácter de interés institucionalmente vital, que se ve afectado mediante un acto perpetrado por un efectivo militar o policial en actividad.

Para emitir la sentencia interpretativa en relación al artículo 10° de la Ley N° 24150, el Tribunal Constitucional consideró que de la redacción de esta disposición podían extraerse dos sentidos interpretativos manifiestamente inconstitucionales. El primero, porque condicionaba la aplicación del Código de Justicia Militar y habilitaba la competencia del fuero privativo, por el simple hecho de tener la condición de miembro de las Fuerzas Armadas o las Fuerzas Policiales [*ratione personae*]. Y el segundo, porque además de la calidad del agente, habilitaba la competencia del fuero privativo en atención al lugar en que se cometa el delito [*ratione loci*]. Bajo estos criterios un miembro de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional estaría sometido al fuero militar y le será aplicable el referido Código, si es que se encontraba prestando servicios en las zonas declaradas en estado de excepción, sentidos interpretativos manifiestamente incompatibles con la naturaleza de la justicia militar.

De los dos sentidos interpretativos inconstitucionales extrae una norma compatible con las disposiciones de la Constitución, dejando subsistente el 2do. párrafo del citado artículo, considerando que no es inconstitucional que se establezca, de modo general, que será de competencia del fuero privativo militar el juzgamiento y la sanción por las infracciones que se encuentren previstas en dicho Código, *salvo aquellas que no tengan vinculación con el servicio.*

Es en base a esta interpretación, que el Tribunal Constitucional precisó que la conducta considerada como antijurídica debe encontrarse prevista en el Código de Justicia Militar, por tal motivo conforme la Sala Penal Suprema hace notar en el fundamento cuarto de la contienda de competencia, en el estado actual no se permite utilizar de modo aislado los criterios de *ratione personae* y *ratione loci*, pues la Justicia militar penal sólo cabe en la medida que se configure en un fuero real o de causa, “ ... esto es, en función a la naturaleza del hecho delictivo imputado y siempre que se encuentre previsto y sancionado expresa e inequívocamente en el Código de Justicia Militar...”

En la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional, también fue muy importante la conclusión a la que arribó en el sentido de que no se configura como infracción al deber militar o policial, la negativa al cumplimiento de órdenes destinadas a afectar el orden constitucional o los derechos fundamentales de la persona; de este modo, *queda delimitado los alcances de la obediencia debida*, pues para el Tribunal Constitucional no cabe

aceptar la existencia de deberes que resulten manifiestamente contrarios a los derechos fundamentales o a los fines constitucionalmente legítimos perseguidos por el ordenamiento jurídico. Quien exige el cumplimiento de una orden ilícita, como quien la acata, quebrantan el ordenamiento jurídico, en mayor o menor gravedad, y en proporción directa a la relevancia del bien jurídico mellado a consecuencia de la ejecución del acto¹⁴.

Es evidente que tanto el antecedente del Caso La Cantuta como la interpretación del Tribunal Constitucional en la sentencia de inconstitucionalidad antes referida, fueron analizadas y considerados al emitirse la contienda de competencia materia del presente artículo, aún cuando el efecto normativo sólo mencione a la sentencia del Tribunal Constitucional, lo cual es atendible dada la posición que finalmente asumió la Sala Penal Suprema, de establecer el carácter vinculante de la interpretación del citado órgano constitucional.

Pero lo que interesa dejar en claro, *es la interacción que se da entre la jurisdicción penal ordinaria y la jurisdicción constitucional*, en este fallo se nota claramente que la primera no puede ser una isla, sino que se encuentra inmersa dentro de un ordenamiento jurídico que reclama coherencia y una interpretación en la cual las disposiciones de la Constitución se interpreten sistemáticamente y adquieran toda su fuerza normativa. Sólo de este modo es posible articular un sistema penal compatible con un Estado social y democrático de derecho como formalmente lo establecen los artículos 3° y 43° de la Constitución; interpretación de un Derecho Penal constitucional al que el Tribunal Constitucional aspira cuando concluye: *“En el Estado Constitucional, el Derecho Penal, el Derecho Procesal Penal y el Derecho de Ejecución Penal, vienen redimensionados por la influencia de los principios, valores y derechos constitucionales. Tanto el Derecho Penal, el Derecho Procesal Penal y el Derecho de Ejecución Penal, sólo pueden ser entendidos hoy en el marco de la Constitución”*¹⁵.

Una manifestación de la interacción entre ambas jurisdicciones, se evidenció con posterioridad a la contienda de competencia que se analiza, cuando el Tribunal Constitucional vuelve a reiterar su doctrina jurisprudencial sobre el contenido constitucional de la disposición que consagra el delito de función, Se trata de la sentencia del 15 de diciembre de 2006, recaída en el Exp. N° 0012-2006-PI/TC¹⁶ en la cual tuvo en cuenta los fundamentos Cuarto y Sexto de la contienda de competencia dictada por la Sala Penal Suprema, conforme se advierte del párrafo 37.

En esta sentencia, tal como lo hizo la Sala Penal Suprema, al precisar la noción del delito de función desde el Derecho Penal, el Tribunal Constitucional efectúa las siguientes precisiones:

1. En la interpretación que realicen tanto el Legislador Penal como los jueces sobre si una determinada conducta debe ser considerada como un delito de función militar o policial, o un delito ordinario, debe emplearse un criterio restrictivo, limitado o ceñido exclusivamente a aquellas *conductas que claramente tengan una índole militar o policial debido a que afectan bienes jurídicos institucionales de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional.*
2. De existir dudas en cuanto a la tipificación de una determinada conducta como delito de función (en el caso del Legislador Penal), tales dudas deben resolverse a favor de consagrar esta conducta en la legislación penal ordinaria.
3. De existir dudas en cuanto a la interpretación de si una determinada conducta constituye o no delito de función (en el caso del juzgador), tales dudas deben resolverse a favor de su reconocimiento como delito ordinario y por lo tanto susceptible de ser conocido por la jurisdicción ordinaria.
4. Existen escasos bienes jurídicos, como algunos contenidos de la defensa nacional (que tiene también un ámbito militar conforme se desprende de los artículos 163° y 165° de la Constitución), que pueden ser afectados tanto por civiles como por militares, por lo que son susceptibles de ser protegidos tanto en el Código Penal (en el caso de los civiles) como en el Código de Justicia Militar (en el caso de los militares). En este último caso, la afectación de aquel contenido del bien jurídico defensa nacional debe haberse producido en ejercicio de funciones exclusivamente militares.
5. Debe descartarse de plano, por inconstitucional, que un bien jurídico como la «vida» pueda ser susceptible de protección mediante el Código de Justicia Militar, pues no constituye un bien institucional, propio o particular de las Fuerzas Armadas. De este modo, el bien jurídico vida no puede ser protegido por el Código de Justicia Militar sino por la legislación ordinaria. Derechos fundamentales como la vida, la

integridad física, la igualdad, la libertad sexual¹⁷, el honor, la intimidad, entre otros, no constituyen bienes jurídicos propios de las Fuerzas Armadas, por lo que deben ser protegidos por la legislación ordinaria.

6. Por exigencia del artículo 173° de la Constitución, existe un ámbito de competencia material según el cual, únicamente los delitos de función pueden ser regulados en el Código de Justicia Militar. De esta disposición constitucional se desprende un sentido interpretativo según el cual códigos, como por ejemplo el Código Penal, no pueden regular los delitos de función de los miembros de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional.

5. ANÁLISIS DE LA CONTIENDA DE COMPETENCIA N° 18-2004.- INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LA LEY CONFORME A LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

El Estado peruano forma parte del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, habiendo suscrito y ratificado diversos instrumentos internacionales, entre ellos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como Pacto de San José. En ella se consagran los derechos civiles y políticos, motivo por el cual tratándose de procesos penales resulta ser el tratado genérico más importante del sistema.

Como sabemos los órganos encargados de la promoción y protección de los derechos humanos en el Sistema Interamericano, son la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ambos organismos, han tenido oportunidad de pronunciarse respecto de la responsabilidad internacional del Estado peruano, y en el caso de la Corte Interamericana, ha dictado a la fecha diversas sentencias contra Perú¹⁸.

La Contienda de competencia alude también a la interpretación que ha efectuado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, recurriendo a tres importantes sentencias dictadas por este Órgano jurisdiccional de carácter internacional que interpreta las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyos fallos según el artículo 67° de la citada Convención son definitivos e inapelables y que los Estados Partes se comprometen a cumplir (artículo 68°). Las sentencias a que recurre la Sala Penal Suprema son las recaídos en los Casos Castillo Petruzzi, Cesti Hurtado y Durand y Ugarte contra el Estado Peruano¹⁹.

El mayor número de sentencias emitidas por la Corte, se encuentran vinculados a afectaciones a los derechos humanos consagrados en la Convención Americana en relación a la legislación antiterrorista dictada al amparo del Decreto Ley 25475 y otros. El caso Cesti Hurtado es diferente, pues la violación de los artículos 7.6 y 25° de la Convención - referidos al hábeas corpus y el derecho de todo ciudadano a un recurso sencillo, preferente y eficaz-, se relacionan con la inejecución por parte de las autoridades de la jurisdicción militar de una resolución judicial favorable en un proceso de hábeas corpus dictado por la Sala Especializada de Derecho Público de Lima a favor de Cesti Hurtado, quien tenía la condición de militar retirado sin función castrense²⁰.

A criterio de la Comisión Interamericana someter a un militar en retiro a un proceso ante jueces militares constituye una interpretación extensiva del fuero militar, considerando que el deber estatal debió consistir en iniciar la correspondiente denuncia ante la jurisdicción penal común. La Corte Interamericana declaró que el Estado peruano es responsable de la violación del artículo 8.1 de la Convención, pues cuando se desarrolló el proceso Cesti Hurtado tenía la condición de militar en retiro. Es importante el párrafo 151 que establece:

“ En cuanto al proceso seguido en contra del señor Cesti Hurtado ante un órgano de Justicia Militar, la Corte observa que dicha persona tenía, al tiempo en que se abrió y desarrolló ese proceso, el carácter de militar en retiro, y por ello no podía ser juzgado por los tribunales militares. En consecuencia, el juicio al cual fue sometido el señor Cesti Hurtado constituye una violación al derecho a ser oído por un Tribunal competente, de acuerdo con el artículo ocho punto uno de la Convención”.

En la sentencia de inconstitucionalidad ya mencionada, el Tribunal Constitucional excluyó del ámbito de los tribunales militares a los miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales que se encuentran en situación de retiro, si es que el propósito es someterlos a un proceso penal-militar por hechos acaecidos con posterioridad a tal hecho, doctrina que la Corte Interamericana había establecido y que el Tribunal Constitucional hizo suya.

Por otro lado, en relación al caso Castillo Petruzzi la Corte declaró que el Estado peruano violó el art. 8.1 de la Convención Americana, en relación al Juez natural y al debido proceso. Así dejó establecido:

“La Corte considera que la jurisdicción militar ha sido establecida por diversas legislaciones con el fin de mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas. Inclusive, esta jurisdicción funcional reserva su aplicación a los militares que hayan incurrido en delito o falta dentro del ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias (...) Cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso, el cual, a su vez, encuéntrase íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia²¹ .

Afirmando además, que el traslado de competencias de la jurisdicción común a la justicia militar y el consiguiente procesamiento de civiles por el delito de traición a la patria en este fuero, supone excluir al juez natural para el conocimiento de estas causas (Párrafo 129)

En el caso Durand y Ugarte, la Corte Interamericana respecto a los tribunales militares reiteró su posición en el sentido de los alcances restrictivos y excepcionales de la jurisdicción militar, así sostiene:

“... en un Estado democrático de Derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Así, debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar”²²

Siguiendo este parámetro de interpretación, el Tribunal Constitucional ha establecido en reiterada jurisprudencia que la jurisdicción militar penal es excepcional, y como tal debe aplicarse en forma restrictiva a los militares en actividad que cometan delitos que afecten bienes jurídicos castrenses²³. Criterio interpretativo que amplió en la sentencia del 31 de enero del 2003, en la cual teniendo en cuenta los criterios de la Corte Interamericana sentó posición respecto al juzgamiento de civiles por los jueces militares²⁴, en los términos siguientes:

“El Tribunal Constitucional comparte tales preocupaciones. La autorización para que los tribunales militares juzguen a civiles por los delitos de traición a la patria y terrorismo, en efecto, son lesivas del derecho al juez natural” (Párrafo 102)

Interpretación a la que arriba, según consigna con el único propósito de hallarle un sentido hermenéutico que no sea incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denunciada por la Corte, entre tanto, el legislador adecua el artículo 173° de la Constitución a la referida Convención (Párrafo 107).

En base a la interpretación de la Corte Interamericana acogida en el orden interno por el Tribunal Constitucional, la Sala Penal Suprema, en el fundamento Cuarto de la contienda de competencia, además tiene en cuenta que en la noción de delito de función, “... *tampoco es criterio válido para definir la competencia judicial militar la sola referencia al sujeto pasivo o, con más precisión, por el hecho que el agraviado sea un militar, policía o la propia institución militar o policial...*”.

Y en el fundamento séptimo, tomando como base lo establecido por la Corte Interamericana en el párrafo 118 del caso Durand y Ugarte ya referido, adopta un criterio vinculante que evitará en el futuro impunidad: *La exclusión de la comisión de crímenes horribles y atentados graves a los derechos humanos, del concepto acto de servicio.*

En esa línea interpretativa, los hechos imputados constituían un grave atentado a los derechos a la integridad personal y la vida, garantizados en el orden interno y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Es más el prender fuego a la víctima por agentes del Estado con la finalidad de obtener información, constituye el delito de tortura tipificado como delito de lesa humanidad en el artículo 7° del Estatuto de Roma, es decir, constituye un delito en el Derecho Internacional Penal²⁵.

Las tres sentencias mencionadas han sentado los criterios hermenéuticos, para que en el orden interno, tanto el Tribunal Constitucional como algunos jueces de la jurisdicción ordinaria, efectúen una interpretación conforme a la Convención Americana en relación a los alcances de los tribunales militares - excluyendo a los militares en retiro de su competencia-; del delito de función; de las garantías de los derechos cuyo ejercicio se suspende durante la vigencia de los estados de emergencia, etc. De este modo, se evidencia *también la interacción entre la jurisdicción supranacional, la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria*, lo que cual resulta positivo para los sujetos procesales, y también para nosotros los Jueces, que al momento de resolver contamos con criterios de interpretación correctos, conformes a la

Norma Fundamental y a las del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Finalmente, se debe acotar que el Tribunal Constitucional, tanto en la sentencia de inconstitucionalidad como en los procesos de amparo y hábeas corpus, ha seguido y viene siguiendo los criterios interpretativos de la Corte Interamericana en su calidad de máximo intérprete de las disposiciones de la citada Convención, interpretación de la Corte a la que el Tribunal Constitucional constantemente recurre y a quien considera “*guardián último de los derechos en la Región*”.

6. OTROS ASPECTOS IMPORTANTES DE LA CONTIENDA DE COMPETENCIA

Se ha puesto énfasis en los efectos normativos de la sentencia que se analiza – la que constituye la segunda ejecutoria vinculante dictada por una Sala Penal Suprema bajo los alcances del artículo 301-A del Código de Procedimientos Penales-; sin embargo, es necesario precisar que si bien el fundamento cuarto no tiene efecto normativo, complementa el sentido de toda la resolución, resultando relevante lo que en ella se establece en relación al principio de legalidad penal.

En relación a este principio, constituye uno de los pilares de Derecho Penal, pues garantiza que *nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible*. Este principio, consagrado en el artículo 2º inciso 24 d) de la Constitución y en los principales instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos²⁶, ha merecido reiterados pronunciamientos del Tribunal Constitucional, el más importante emitido en la sentencia emitida el 3 de enero de 2003²⁷, en el cual se establece las tres exigencias de este principio: la existencia de una ley (*ley scripta*), que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex praevia*), y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*)²⁸.

6.1. Prohibición de recurrir a la Parte Especial del Código Penal: Respeto al principio de legalidad penal

Al haber considerado el Tribunal Constitucional, que los tribunales militares sólo son competentes para conocer de los tipos penales previstos en el Código

Penal Militar, es requisito fundamental que el tipo penal se encuentre previsto taxativamente en el Código respectivo. De este modo, se prohíbe recurrir a la Parte especial del Código penal de la jurisdicción ordinaria.

Del análisis de los hechos esbozados en la contienda de competencia, se advierte que en los dos procesos que paralelamente conocían la Vocalía de Instrucción del Consejo Supremo de Justicia Militar y el Segundo Juzgado Penal de Coronel Portillo, a los cuatro procesados se les imputaba la comisión del delito de Lesiones graves previsto en el artículo 121° del Código Penal, sin que este tipo penal estuviese tipificado en el Código de Justicia Militar. En realidad éste ha sido uno de los problemas renuentes de la jurisdicción militar, procesar materialmente sin tipo penal aplicable, recurriendo a la figura de la remisión en mérito al artículo 744° del Código de Justicia Militar²⁹, situación que ha sido largamente aceptada, pero que sin duda afectaba el principio de legalidad penal.

Resultaba necesario y constituye un acierto que la Sala Penal Suprema haya establecido que se puede acudir en vía supletoria a los principios del Derecho penal y las reglas de la Parte General del Derecho penal, lo cual es correcto teniendo en cuenta que el Derecho Penal Militar no es un Derecho autónomo, sino que sólo constituye un ámbito especializado del Derecho Penal, una subespecialidad del ejercicio de la función jurisdiccional.

Además era necesario que *se haya establecido la prohibición de recurrir a las reglas de la Parte Especial del Derecho penal*, conforme se precisa en la contienda de competencia *“nunca los Libros Segundo y tercero del Código Penal”*, pues en ellos se establecen las acciones u omisiones constitutivas de los delitos y las faltas, cuya prohibición por analogía viene impuesta por el artículo 139°, inciso 9 de la Constitución Política.

6.2. La participación de los Amigos de la Corte, “Amicus Curiae”

Quien ha leído la contienda de competencia habrá reparado que en los Vistos, se consigna *“...con el informe escrito que como “Amicus Curiae” han presentado la Defensoría del Pueblo y el ciudadano Ronald Gamarra Herrera...”*. Recurrir a estos informes no es usual en la jurisdicción ordinaria, aún cuando ya se acepta en la jurisdicción constitucional, y mayormente en la jurisdicción supranacional, en la cual diversas organizaciones no gubernamentales y personas naturales, que no son parte en el procedimiento presentan escritos en calidad de *amicus curiae* (amigos de la Corte).

Esta figura originaria del Derecho anglosajón, es aceptada en los procedimientos internacionales, en los cuales, a través del documento denominado *amicus brief*, quien se dirige al Órgano Internacional, expone los mejores argumentos doctrinarios sobre el tema y además ilustra sobre el sistema legal del Estado sometido a proceso³⁰.

En el caso de la Corte Interamericana, el sustento de la admisión y aceptación de estos documentos y de la participación de los amigos de la Corte, se encuentra en su Reglamento, que establece³¹ :

Artículo 45° inciso 1. *“En cualquier estado de la causa la Corte podrá:*

1. *Procurar de oficio toda prueba que considere útil. En particular, podrá oír en calidad de testigo, perito o por otro título a cualquier persona cuyo testimonio, declaración u opinión estime pertinente...”*

En base a esta disposición que es similar a la contienda en el artículo 34°, inciso 1 del Reglamento anterior, tanto la Comisión como la Corte Interamericana han aceptado la participación de diversos *amicus curiae*. Por ejemplo, en los casos contra el Estado peruano, la Fundación EcuMénica para el Desarrollo y la Paz (FEDEPAZ) y don Nicolás de Piérola Balta, presentaron ante la Corte escritos como *amicus curiae* sobre el principio *ne bis in idem*³²; en el Caso Cinco Pensionistas, la Defensoría del Pueblo presentó ante la Comisión un *amicus curiae*; y en el Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, lo hicieron los señores James Crawford y Simon Olleson³³.

En la jurisdicción constitucional, la Defensoría del Pueblo también presenta documentos en calidad de *amicus curiae*, lo que se justifica pues tiene estrecha vinculación con la función de defensa de los derechos que la Constitución le ha encargado y la naturaleza de los procesos que se tramitan en esta jurisdicción. Precisamente en la sentencia del Tribunal Constitucional cuya interpretación asume con criterio vinculante la Sala Penal Suprema, el Instituto de Defensa Legal puso a consideración del Tribunal Constitucional su Informe en calidad de *amicus curiae*, en relación a las acciones de inconstitucionalidad promovidas por la Defensoría del Pueblo contra la Ley No. 24150 y el Código de Justicia Militar.

Si bien es la primera vez que en una sentencia de una Sala Penal de la Corte Suprema se acogen informes escritos en calidad de *amicus curiae*, esta práctica

contribuye a enriquecer el debate sobre un tema jurídico determinado, y corresponderá a las Salas Penales Supremas decidir si acogen o no los planteamientos que se formulan.

Además, la Defensoría del Pueblo, conforme al inciso 2 del artículo 301° del Código de Procedimiento Penales, tiene legitimidad para solicitar al Pleno de los Vocales en lo Penal de la Corte Suprema dicte una sentencia plenaria si advierte criterios discrepantes sobre la interpretación o aplicación de determinada norma por parte de otra Sala Penal Suprema u otros integrantes de la respectiva Sala Penal.

7. REFLEXION FINAL

Como ya lo dije, me adhiero en su totalidad a la interpretación que la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema ha efectuado en la contienda de competencia que se analiza. Considero que constituye una de las mejores ejecutorias en relación a la competencia de los Tribunales Militares, y sobre todo ha recurrido a la interpretación del Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyos pronunciamientos en relación a los diversos temas de la justicia militar sin duda alguna han sido positivos en el ámbito interno.

Por lo demás, la contienda de competencia ha permitido establecer que sí es posible articular de modo sistemático y respetando las funciones propias de cada órgano, las disposiciones internas y las internacionales, al igual que los criterios de interpretación de la Sala Penal Suprema, Tribunal Constitucional y Corte Interamericana de Derechos Humanos.

§ Profesora de la Escuela de Postgrado de la U. Nacional Mayor de San Marcos, Pontificia Universidad Católica y San Martín de Porres. Autora de diversos libros y publicaciones en materia de Derecho Constitucional, Derechos Humanos, Derecho Procesal Constitucional y Procesal Penal. Vocal Superior del Distrito Judicial de Lima, en la actualidad Magistrada del Órgano de Control de la Magistratura. Miembro ordinario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y del Instituto Peruano de Ciencias Penales.

Susana Ynes Castañeda Otsu - Análisis de la contienda de Competencia N° 18-2004.
Interpretación y Aplicación de la Ley conforme a la Constitución y Convención
Americana sobre Derechos Humanos

- ¹ Promovida por la Vocalía de Instrucción del Consejo Supremo de Justicia Militar contra el Segundo Juzgado Penal de Coronel Portillo.
- ² Adicionado por el Decreto Legislativo N° 959, del 17 de agosto de 2004, que contiene diversas normas destinadas a facilitar el período de transición entre el Código de 1940 - vigente en la mayor parte del país-, y el Código Procesal Penal, promulgado mediante Decreto Legislativo N° 957 del 29 de julio de 2004.
- ³ La citada disposición además establece el mecanismo para buscar la unificación de criterios en la interpretación y aplicación de las normas, en cuyo caso se convocará al Pleno de los Vocales en lo Penal de la Corte Suprema para dictar una sentencia plenaria, la que se publicará en el Diario Oficial El Peruano y en el Portal o la Página Web del Poder Judicial.
- ⁴ Referidos al derecho a la integridad personal, en el cual se establecen reglas claras sobre el tratamiento de las personas privadas de libertad (art. 5°); libertad personal (art. 7°); debido proceso (art. 8°); principio de legalidad y de retroactividad (art. 9°); y derecho a indemnización por error judicial (art. 10°).
- ⁵ Que establecen el derecho a la integridad personal (art. 7°); libertad personal (art. 9°); tratamiento penitenciario de las personas privadas de libertad con el respeto debido a su dignidad (art. 10°); debido proceso (art. 14°) y principio de legalidad y de retroactividad penal benigna (art. 15°).
- ⁶ Artículos 138°, 2do. Párrafo y 51 de la Constitución Política. Control judicial de constitucionalidad que ha sido definido como un poder-deber de los Jueces, y que se encuentra desarrollado en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, donde se establecen los supuestos que se requieren para su aplicación.
- ⁷ Sobre este caso, ver: Cubas Villanueva, V. La Cantuta: crónica de la investigación fiscal, Lima, 1998. y Alvites Alvites, E. C. "Apuntes constitucionales sobre la competencia de los Tribunales Militares: comentarios a la resolución del conflicto de competencia en el Caso La Cantuta". En: La Reforma del Derecho Penal Militar, dirigido por José Hurtado Pozo y coordinado por Yolanda Doig Díaz. Anuario de Derecho Penal 2001-2002, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2002, págs. 263 a 284.
- ⁸ Ley que fue modificada por el Decreto Legislativo N° 749.
- ⁹ El inciso 4) del artículo 200° de la Constitución establece el listado de normas que tiene rango de ley; en el cual no figura los decretos leyes. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la compatibilidad constitucional de estos decretos, porque ha entendido, implícitamente, que las normas comprendidas en este dispositivo sólo tienen un carácter enunciativo y no taxativo de las normas que son susceptibles de ser sometidas al control en un proceso de inconstitucionalidad. Ver Exp. N° 007-96-I/TC, sentencia del 23 de abril de 1997 con relación al Decreto Ley N° 25967 y Exp. N° 010-2002-AI/TC, sentencia del 3 de enero de 2003, contra los Decretos Leyes N° 25475, 25659, 25708 y 25880, entre otros expedientes.
- ¹⁰ La Constitución contempla mecanismos de autodefensa, entre ellos, la denominada dictadura constitucional consagrando dos estados de excepción, el de emergencia y el de sitio, estableciendo el artículo 137° los motivos que se deben tener en cuenta para decretarlos. Nuestra historia constitucional da cuenta de sucesivos estados de emergencia, en su mayoría decretados por el accionar de los grupos terroristas Sendero Luminoso y MRTA, requiriéndose como motivos para su declaratoria, perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación, en cuyo caso se suspende el ejercicio de cuatro derechos fundamentales por el plazo de 60 días.
- ¹¹ Artículo 173° de la Constitución: "En caso de delito de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar. Las disposiciones de este no son aplicables a los civiles, salvo en el caso de los delitos de traición a la patria y de terrorismo que la ley determina. La casación a que se refiere el artículo 141° sólo es aplicable cuando se imponga la pena de muerte".
- ¹² Interpretación que ha continuado en diversas sentencias, especialmente en las recaídas en los procesos constitucionales de la libertad, como es el caso de la sentencia del 28 de diciembre de 2004, recaída en el Exp. N° 3194-2004-HC-TC, caso Carreño Castillo.
- ¹³ Palomino Manchego, José y Remotti, José Carlos. *Jurisdicción militar y Constitución en Iberoamérica*, Grijley, Lima 1997. San Martín Castro, C. *Derecho Procesal Penal*, Vól. I, Grijley, Lima, 1999. Hurtado Pozo, José (Director) y Doig Díaz, Yolanda (Coordinadora) *La Reforma del Derecho Penal Militar*, Anuario de Derecho Penal 2001-2002, Fondo editorial de la PUCP, Lima, 2002. Castañeda Otsu, Susana: "El Poder Judicial de Perú y el Proceso de Reforma Constitucional", En: *La Constitución y su Defensa (Penencias peruanas al VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sevilla, 2003)*, Coordinado por García Belaunde, Domingo, Grijley, Lima, 2003, págs. 279 a 309.
- ¹⁴ Sentencia del 30 de septiembre de 2005, Exp. N° 2446-2003-AA/TC, caso Chambilla Figueroa.
- ¹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional del 15 de diciembre de 2006, recaída en el Exp. N° 0012-2006-PI/TC, fundamento jurídico 5.

Susana Ynes Castañeda Otsu - Análisis de la contienda de Competencia N° 18-2004.
Interpretación y Aplicación de la Ley conforme a la Constitución y Convención
Americana sobre Derechos Humanos

-
- ¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional, emitida a mérito de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Decana del Colegio de Abogados de Lima contra determinadas normas del Decreto Legislativo N° 961, Código de Justicia Militar Policial.
- ¹⁷ Ya en la sentencia del 9 de junio de 2004, con motivo de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Defensoría del Pueblo contra diversos artículos del Decreto Ley N° 23214, Código de Justicia Militar y otras normas, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el artículo 269°. Esta disposición tipificaba como delito que un militar practique actos deshonestos o contra natura con persona del mismo sexo, dentro o fuera del lugar militar. El Tribunal Constitucional manteniendo su doctrina jurisprudencial, reiteró que lo que caracteriza al delito de función no es la condición de militar del agente activo, sino la infracción de bienes jurídicos propios de las instituciones castrenses; y que el bien protegido en la norma cuestionada no compromete ningún bien jurídico de dichos institutos castrenses sino, concretamente, la libertad sexual de quien padece contra su voluntad el acto sexual. Resultando inconstitucional, por ser desproporcionado (además de no constituir un delito de función), que se haya previsto como delito la práctica de un acto deshonesto.
- ¹⁸ Por citar algunas sentencias, Caso Castillo Paez; Caso Cantoral Benavides contra Perú; Caso de los Cinco pensionistas contra Perú; Caso de los Tres Magistrados del Tribunal Constitucional; Caso Loris Berenson, entre otros.
- ¹⁹ Caso Castillo Petruzzi, sentencia del 30 de mayo de 1999; Caso Cesti Hurtado, sentencia del 29 de septiembre de 1999 y Caso Durand y Ugarte, sentencia del 16 de agosto de 2000.
- ²⁰ Sobre el tema de la posición del Estado peruano ante la Corte Interamericana ver: Salado Osuna, A. Los casos peruanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Normas Legales, Lima, 2004.
- ²¹ Caso Castillo Petruzzi contra Perú, sentencia de fondo, párrafo 128. Caso Cantoral Benavides contra Perú, sentencia de fondo, párrafos 112 y 113.
- ²² Párrafo 117; criterio reiterado en el Caso Cantoral Benavides contra Perú.
- ²³ Por citar un caso, el Exp. N° 2302-2002-HC/TC, sentencia del 17 de octubre de 2002, Caso Rojas Rojas.
- ²⁴ Exp. N° 0010-2001-AI/TC, demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más de 5,000 ciudadanos contra los Decretos Leyes 25475, 25659, 25708 y 25880, así como sus normas complementarias y conexas. El Tribunal Constitucional estableció " ... los civiles no pueden ser sometidos al fuero militar, así éstos hayan cometido los delitos de traición a la patria o terrorismo, pues de la interpretación de la segunda parte del artículo 173° de la Norma Suprema sólo se desprende la posibilidad de que en su juzgamiento se apliquen las disposiciones del Código de Justicia Militar, siempre que la ley respectiva así lo determine, y, desde luego, que tales reglas procesales sean compatibles con las derechos constitucionales de orden procesal".
- ²⁵ Ver, Anello, C. S. Corte Penal Internacional, editorial Universidad, Buenos Aires, 2003.
- ²⁶ Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 11°, numeral 2; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 9° y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 15°.
- ²⁷ Expediente 010-2002-AI/TC, sobre la legislación antiterrorista
- ²⁸ Según José Luis Castillo, su vigencia no es exclusiva del Derecho penal, pero es en esta rama del Derecho donde mayor hegemonía y valor tiene, pues en él los delitos y las penas sólo se crean o agravan en virtud a una ley previa, anterior a la comisión del hecho. Cfr. Castillo Alva, J. L. Principios de Derecho Penal- Parte General. Gaceta Jurídica, Lima, 2002, págs. 21a 23.
- ²⁹ Artículo 744° del Decreto Ley N° 23214: "En todo lo que no esté previsto en el presente Código, los Jueces y Tribunales Militares aplicarán las disposiciones de los Códigos comunes, en cuanto sean pertinentes, siempre que se encuentre expedita la jurisdicción militar y se trate exclusivamente de suplir alguna omisión en sus disposiciones".
- ³⁰ Cfr. Castañeda Otsu, S. Derechos Constitucionales y Defensoría del Pueblo, editorial Alternativas, Lima, 2001.
- ³¹ Aprobado por la Corte en su LXI período ordinario de sesiones celebrado del 20 de noviembre al 4 de diciembre de 2003, durante las sesiones número 9 y 10 el día 25 de noviembre de 2003.
- ³² El 24 de agosto de 1995, en el Caso Loayza Tamayo.
- ³³ El 16 de mayo de 1996 y 14 de mayo de 2003, respectivamente.

LOS PRINCIPIOS ORDENADORES QUE RIGEN EL SISTEMA DE INSPECCIÓN DEL TRABAJO

OMAR TOLEDO TORIBIO*

Resumen:

El presente artículo hace un estudio detallado de los principios legalidad, primacía de la realidad, imparcialidad y objetividad, equidad, autonomía técnica y funcional, jerarquía, eficacia, unidad de función y de actuación, confidencialidad, lealtad, probidad, sigilo profesional, honestidad y celeridad, ello en mérito a que la Ley N° 28806, Ley General de Inspección de Trabajo, los ha previsto como principios ordenadores que rigen el Sistema de Inspección de Trabajo.

Palabras Clave: Principios de ordenamiento - Inspección de Trabajo - Inspector de Trabajo.

Abstract:

The present article studies the principles of legality, primacy of the reality, impartiality and objectivity, fairness, technical and functional autonomy, hierarchy, effectiveness, unit of function and performance, confidentiality, loyalty, professional probity, professional confidentiality, honesty and speed, all of it because of the Law N° 28806, General Law of Inspection of Work, has anticipated them like principles that govern the System of Inspection of Work.

Key words: Ordering principles -Work Inspection - Work Inspector.

Sumario:

1. Principio de legalidad. 2. Primacía de la realidad. 3. Imparcialidad y objetividad. 4. Equidad. 5. Autonomía técnica y funcional. 6. Jerarquía. 7. Eficiencia. 8. Unidad de función y actuación. 9. Confidencialidad. 10. Lealtad. 11. Probidad. 12. Sigilo profesional. 13. Honestidad. 14. Celeridad.

* Vocal Superior Titular de la Segunda Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima y profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas (Sección de pre y post grado) de la Universidad de San Martín de Porres.

La Ley General de Inspección del Trabajo, Ley N° 28806 (E.P. 22.07.2006), en adelante, la Ley, ha previsto lo que denomina los Principios Ordenadores que rigen el Sistema de Inspección del Trabajo. Estos principios constituyen una suerte de criterios orientadores o pautas de actuación que gobiernan el funcionamiento del Sistema de Inspección del Trabajo, así como de los servidores que lo integran.

En ese sentido, la propia ley se ha encargado de precisar que los Inspectores del Trabajo, además de observar todas las disposiciones legales que regulan la actividad inspectiva, deberán ejercer las funciones y cometidos que tienen atribuidos de conformidad con los principios que la ley prevé. Es más, se puntualiza que los servidores públicos que no ejerzan funciones de inspección y presten servicios en órganos y dependencias del Sistema de Inspección del Trabajo, estarán sujetos a los mismos principios, salvo los que afectan estrictamente al ejercicio de la función inspectiva.

De esta manera la Ley ha contemplado los principios de legalidad, primacía de la realidad, imparcialidad y objetividad, equidad, autonomía técnica y funcional, jerarquía, eficacia, unidad de función y de actuación, confidencialidad, lealtad, probidad, sigilo profesional, honestidad y celeridad. Veamos cada uno de los principios antes indicados y las implicancias de los mismos.

1. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Según la Ley este principio implica el sometimiento pleno a la Constitución Política del Estado, las leyes, reglamentos y demás normas vigentes.

La Ley del Procedimiento Administrativo General N° 27444, también hace referencia al principio de legalidad. Comentando esta ley en relación a este principio Oscar *Zegarra Guzman* citando a Jaime Vidal Perdomo señala que “En el derecho moderno se considera que la actividad de la administración debe estar preferentemente sujeta al ordenamiento jurídico, esto es, que las normas que ella expida y los actos que realice no vayan en contra de las reglas jurídicas superiores. Este fenómeno jurídico político se conoce con el nombre del principio de legalidad y esta última palabra que lo define se toma no en el sentido específico de acto del parlamento, sino del acto jurídico cuyo cumplimiento se impone a la autoridad administrativa cualquiera que sea su autor. La consecuencia se deriva de

la existencia de ese principio, es la de que la violación del orden jurídico por un acto jurídico, por un acto de la administración pueda dar lugar a su anulación por el juez que ejerce el control legal". Mas adelante, agrega Zegarra Guzmán que "Esta forma de sometimiento constante de la administración a la ley no sólo es garantía de los gobernados, sino que tal tipo de actuación permite establecer políticas administrativas definidas, contribuyendo con ello a realizar ese factor de seguridad que es tan importante para el derecho. Por el contrario, la actitud de la administración opuesta a las normas superiores, puede ser fuente de arbitrariedad e impedimento de la estructuración de las políticas administrativas. El principio de legalidad proclama la exigencia de que la actuación administrativa se someta las normas legales, y puede decirse que expresa la cualidad administrativa que es conforme a la ley. Así, la sumisión de la administración a los dictados de la ley no es sino la expresión más patente de la existencia del derecho administrativo"¹.

De esta forma conforme a este principio los actos de los inspectores y los funcionarios del sistema de inspección de trabajo necesitan ajustarse a la Constitución Política del Estado, las leyes, reglamentos y demás normas vigentes. Ello implica que en la actuación de estos agentes estatales resulta indispensable garantizar, por un lado, la vigencia plena de los derechos fundamentales de la persona como son, a guisa de ejemplo y por ser atinentes al tema en comento, la libertad, la dignidad y la inviolabilidad de domicilio y, por otro lado, la necesaria observancia de lo que se ha dado en llamar el *debido proceso administrativo*, esto es, de un estándar mínimo de condiciones que permitan llevar adelante un proceso y resolver un conflicto en un estado democrático de derecho².

2. PRIMACÍA DE LA REALIDAD

La Ley prescribe a este respecto que este principio significa que en caso de discordancia, entre los hechos constatados y los hechos reflejados en los documentos formales debe siempre privilegiarse los hechos constatados.

El principio de la primacía de la realidad es una de las herramientas más relevantes del Derecho del Trabajo que en el caso peruano no solamente tiene un arraigo en la jurisprudencia sino que incluso ya se encuentra positivizado en nuestro ordenamiento laboral.

Américo Pla Rodríguez señala que «El principio de la primacía de la realidad significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de los documentos y acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos»³

Se trata de evitar que en el ámbito de las relaciones laborales, con el objeto de burlar los derechos laborales, se disfrace una relación laboral y se haga aparecer como si se tratara de una relación de carácter civil o comercial, o para burlar a los acreedores o lograr algunas prestaciones de la Seguridad Social se trate de aparentar la existencia de una relación laboral.

Este principio se ha plasmado en numerosos pronunciamientos jurisprudenciales no sólo de la judicatura laboral sino del Tribunal Fiscal y del INDECOPI. Es así, que el Pleno Jurisdiccional Laboral realizado en la ciudad de Tarapoto en el año 2000 ha acordado que si el Juez constata la existencia de una relación laboral a pesar de la celebración de un contrato de servicios civil o mercantil, deberá preferir la aplicación de los principios de la primacía de la realidad y de irrenunciabilidad sobre el de buena fe contractual que preconiza el Código Civil, para reconocer los derechos laborales que correspondan.

Que, este reconocimiento a nivel doctrinal y jurisprudencial fue incorporado, por vez primera, en nuestra legislación laboral, mediante el Decreto Legislativo 910, cuyo artículo 5º inciso f) estableció que la inspección de trabajo se ejecuta a través de las acciones, entre otras:

«Aplicar el principio de primacía de la realidad que rige el derecho laboral, el cual determina que se deba privilegiar los hechos vinculados sustantivamente con el trabajo sobre los actos formales que difieran de la naturaleza de tales situaciones».

A este inicial reconocimiento legal del principio de la primacía de la realidad se agrega que en el artículo 54º del Anteproyecto de la Ley de Reforma de la Constitución se señala que el Estado está obligado a garantizar la prevención, eliminación y remedio de cualquier práctica que implique abuso en el campo Laboral, siendo que para ello se señala que en toda relación de trabajo se garantizaran principios mínimos, entre ellos el principio de la primacía de la realidad (inciso 4). Asimismo, el Art. XIV.6 del Anteproyecto de Ley General de Trabajo consagra como principios del ordenamiento

laboral, entre otros, a la *Primacía de la realidad para preferir los hechos sobre las formas y las apariencias*.

A ello, debemos agregar que la Ley General del Sistema Concursal (Ley 27809 -E.P. 8.8.02) ha incorporado la referencia a este importante principio del Derecho Laboral en lo relativo a la calificación de créditos laborales. En efecto, según esta ley para el reconocimiento de créditos de origen laboral y siempre que el acreedor lo haya invocado, la Comisión podrá aplicar el principio de la primacía de la realidad privilegiando los hechos verificados sobre las formas o apariencias contractuales que sustenten el crédito (Artículo 40°).

De manera pues que la aplicación del principio de la primacía de la realidad viene a constituir un importante vehículo a efectos de calificar debidamente los créditos laborales y evitar de esta manera la simulación de la existencia de contratos de otra naturaleza para encubrir verdaderos contratos laborales o la simulación de la existencia de créditos laborales con el objeto de beneficiarse, en este último caso, del carácter preferencial de los créditos laborales garantizado en el artículo 24° de la Constitución Política y el artículo 42.1 de la Ley del Sistema Concursal.

La Ley General de Inspección de Trabajo viene a ratificar pues la importancia de este principio al consagrarlo como un principio que guía la función inspectiva de trabajo el cual, no cabe duda, constituirá un valioso instrumento que permitirá combatir el fraude laboral.

3. IMPARCIALIDAD Y OBJETIVIDAD

Respecto a este principio la Ley refiere lo siguiente: imparcialidad y objetividad, sin que medie ningún tipo de interés directo o indirecto, personal o de terceros que pueda perjudicar a cualquiera de las partes involucradas en el conflicto o actividad inspectora.

Zegarra Guzmán, siempre refiriéndose a la Ley de Procedimiento Administrativo General señala respecto a este principio que “Lo que realmente contiene este principio son garantías. Se trata más bien de prerrogativas y derecho que la ley consagra a todos los ciudadanos tanto en el procedimiento administrativo como fuera de él. El derecho a no ser discriminado tiene rango constitucional por lo tanto el presente dispositivo

no hace sino reivindicar este derecho y manifestar expresamente que la autoridad administrativa debe actuar con un criterio de igualdad de trato ante los administrados. Demás está recordar casos muy conocidos donde ciertos petitorios son resueltos en tiempo récord, mientras que otros esperan en las diferentes instancias de estas entidades, en todo caso la mención expresa pretender evitar casos de discriminación a quienes acuden a la entidad a realizar algún procedimiento administrativo.⁴

Para Juan Francisco Rojas Leo el principio de imparcialidad “consagra el deber de neutralidad de la administración pública y la obligan a mantenerse exenta de la influencia de intereses subalternos a lo que es su única razón de ser: La búsqueda del bien común. En el ejercicio de sus funciones se espera de la administración pública trato igualitario para los ciudadanos y la reiteración de su proceder de manera sistemática cuando se trata de aplicar la ley”.⁵

Resulta evidente que siendo que el inspector de trabajo en su actividad diaria se encuentra ante dos partes, esto es, el empleador y el trabajador, la actuación imparcial del mismo constituye una garantía esencial para los administrados. En todo caso de presentarse alguna circunstancia que pueda afectar o perturbar la imparcialidad y objetividad con la que debe actuar el inspector o el funcionario del sistema de inspección se impone la necesidad de que el agente se abstenga de intervenir en la correspondiente actuación o procedimiento pues del deber de imparcialidad no solamente corresponde ser cautelado por la administración o los entes de control sino por el propio funcionario.

4. EQUIDAD

En virtud de este principio la Ley prescribe que se darse igual tratamiento a las partes, sin conceder a ninguna de ellas ningún privilegio, aplicando las normas establecidas con equidad.

Para la Enciclopedia Jurídica Omeba existen tres acepciones de la palabra Equidad. “Una de estas acepciones es equivalente a justicia. En este sentido se entiende por Equidad lo fundamentalmente justo. La palabra Equidad expresa una de las dimensiones de la idea de justicia, a saber el principio de igualdad o proporcionalidad. En tal sentido justicia y Equidad resultan sinónimos. Una segunda acepción, la más usada e importante, de la palabra

Equidad, es la de denotar una norma individualizada (sentencia judicial o resolución administrativa) que sea justa, es decir que resulte justa en el caso particular y concreto para el que se dictó. En este sentido se suele hablar de Equidad, como de aquello que el juez debe poner en práctica para lograr que resulte justa la conversión de la norma genérica y abstracta de la ley en la norma concreta e individualizada de la sentencia dictada. En tercer lugar, se habla también de Equidad para designar la norma o el criterio en que deben inspirarse las facultades discrecionales del juez o del funcionario administrativo. Ahora bien de las tres acepciones indicadas en que se usa la palabra “Equidad”, la más importante es la segunda. En efecto se entiende, ante todo y sobre por Equidad aquel modo de dictar sentencias judiciales y resoluciones administrativas mediante el cual se tome en cuenta las singulares características del caso particular, de suerte que en vista de estas se interprete y aplique con justicia la ley, la cual está siempre redactada en términos abstractos y generales. Este es el sentido de la palabra Equidad que ha suscitado innumerables estudios y el que todavía en el presente requiere de algunos esclarecimientos, pues en este tema se ha incurrido en graves confusiones por pocos autores.”⁶

La equidad ha sido considerada pues como la *justicia del caso concreto*, o *la justicia dulcificada*, esto es, el discernimiento de un conflicto mediante la aplicación de una norma teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso concreto.

Sin embargo, la Ley de Inspección del Trabajo al hacer mención a este principio lo entrelaza con un derecho constitucional como es la igualdad y la proscripción de todo trato diferenciado no basado en razones objetivas, lo cual, no obstante, resulta importante que se resalte en esta declaración de principios.

5. AUTONOMÍA TÉCNICA Y FUNCIONAL

En el numeral 5.2. la Ley considera como principio la autonomía técnica y funcional, de los servidores con funciones inspectivas en el ejercicio de sus competencias, garantizándose su independencia frente a cualquier influencia exterior indebida.

Mediante este principio se trata de destacar la necesidad de que quienes ejerciten funciones inspectivas cumplan su cometido al margen de cualquier

tipo de injerencia externa, interferencia que puede ser de tipo política o de otra naturaleza. De esta forma se trata de preservar una vez más la imparcialidad de la función inspectiva.

6. JERARQUÍA

Según la Ley implica la sujeción a las instrucciones y criterios técnicos interpretativos establecidos por la Autoridad Central del Sistema de Inspección del Trabajo para el desarrollo de la función inspectiva, así como cumpliendo las funciones encomendadas por los directivos y responsables de la Inspección del Trabajo, en atención a las competencias establecidas normativamente (a nivel nacional, regional o local).

Respecto a este principio se debe entender, en función al principio anterior, que la sujeción a las instrucciones y criterios técnicos establecidos por la autoridad central y el cumplimiento de las funciones encomendadas por los directivos no debe afectar en forma alguna la autonomía técnica y funcional que todo funcionario que ejercite funciones inspectivas debe tener.

7. EFICACIA

Conforme lo prevé la Ley la eficacia significa actuar con sujeción a los principios de concepción única e integral del Sistema de Inspección del Trabajo, especialización funcional, trabajo programado y en equipo.

Para Zegarra Guzmán, “Conforme a este principio en toda actuación administrativa, debe prevalecer el cumplimiento efectivo de los objetivos y fines del acto procedimental sobre aquellas formalidades no relevantes cuya presencia o realización no incida de ninguna manera en su validez, no sea importante para tomar una decisión por parte de la administración pública, es decir que no se perjudique, por razones intrascendentes, al administrado. Sin embargo, debemos tener en cuenta que de la definición gramatical de Eficacia se entiende que no es ni una regla jurídica ni una técnica administrativa sino que supone un ‘juicio sobre los resultados de la actuación administrativa’⁷, por la que esta eficacia sólo puede medirse por parte de los usuarios o administrados”⁸.

Por su parte Roberto Dromi, considera que “El principio de Eficacia en la actuación administrativa tiene como objeto inmediato hacer más eficiente la

actuación administrativa y la participación de los administrados. En virtud del principio de eficacia se imponen reglas de celeridad, sencillez y economía procesal (Art. 1, Inc. b, LNPA). La economía procedimental y el principio de simplicidad técnica (p. ej; simplificación de procedimientos, concentración de elementos de juicio, eliminación de plazos inútiles o de reenvíos administrativos innecesarios, flexibilidad probatoria, actuación de oficio, control jerárquico), posibilitan una tutela efectiva de derechos y poderes jurídicos. Se trata de poner fin al procedimentalismo o reglamentarismo anarquizante, pensando en la pronta solución que reclama el ejercicio del poder y el respeto del derecho”⁹.

En la inspección de trabajo resulta necesario que los objetivos propuestos sean efectivamente alcanzados en el menor tiempo posible y con el menor costo posible. De esta forma la eficacia como principio resulta importante su configuración en el sistema de inspección de trabajo.

8. UNIDAD DE FUNCIÓN Y DE ACTUACIÓN

Este principio esta especialmente orientado a los inspectores de trabajo. Según este principio los inspectores de trabajo desarrollaran la totalidad de las acciones que tienen comisionadas no obstante su posible especialización funcional.

9. CONFIDENCIALIDAD

Según la Ley en función a este principio se debe considerar absolutamente confidencial el origen de cualquier queja o denuncia que dé a conocer una infracción a las disposiciones legales, sin manifestar al empleador o a su representante que la visita de inspección se ha efectuado por denuncia.

La Ley ha contemplado este principio con el objeto de proteger especialmente al trabajador de las posibles represalias que pudieran establecerse en contra del mismo a propósito de alguna denuncia o reclamo que pudiera efectuar ante las autoridades de trabajo y que origine precisamente una inspección. De esta forma, los funcionarios del sistema de inspección están obligados a mantener reserva de los hechos que pudieran conocer en el ejercicio de sus funciones y especialmente de la identidad de los denunciantes.

10. LEALTAD

Conforme a la Ley uno de los principios ordenadores que rigen el sistema de inspección de trabajo es la lealtad a la Constitución, las leyes, los reglamentos, las resoluciones y a los objetivos de las políticas sociolaborales del Estado.

Resulta evidente que este principio está directamente vinculado con el principio de legalidad que ha sido materia de comentario en esta entrega. De esta forma se exige a los funcionarios del sistema un estricto apego y fidelidad no solo al ordenamiento constitucional y legal sino a los objetivos de las políticas sociolaborales del Estado.

11. PROBIDAD

Al hacer mención a este principio la Ley se expresa en los siguientes términos: “*Probidad*, debiendo respetar las disposiciones normativas que regulan la función inspectora y ajustarse estrictamente a los hechos constatados durante las actividades de inspección”.

En la forma en que ha sido formulado este principio el mismo se encuentra orientado a cautelar que los hechos que fueran constatados en el ejercicio de la actividad inspectiva no sean desvirtuados y las decisiones que se tomen deben reflejar exactamente las situaciones que realmente se han dado, todo lo cual requiere un recto proceder e integridad de quienes forman parte del sistema de inspección laboral.

12. SIGILO PROFESIONAL

Conforme a lo dispuesto en la Ley quienes forman parte del sistema de inspección de trabajo deben abstenerse de divulgar, aun después de haber dejado el servicio, la información, procedimientos, libros, documentación, datos o antecedentes conocidos con ocasión de las actividades inspectivas así como los secretos comerciales, de fabricación o métodos de producción que puedan conocerse en el desempeño de las funciones inspectoras.

Se trata no solamente de cautelar la reserva de las informaciones y de los datos contenidos en los documentos de quienes intervienen o han intervenido en un procedimiento de inspección de trabajo, lo cual está vinculado incluso con la necesidad de garantizar un derecho constitucional

contemplado en el inciso 10 del artículo 2º de la carta Política, esto es, a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados, sino también la necesidad de resguardar los secretos industriales, comerciales y métodos y sistemas de producción de las empresas involucradas en los procedimientos de inspección.

Resulta evidente que la infracción de este deber acarrea necesariamente responsabilidades civiles al margen de las consecuencias de carácter laboral. en caso de que el vínculo contractual del funcionario se encuentre en vigencia.

13. HONESTIDAD

Se trata más bien de una regla destinada a los agentes del sistema de inspección de trabajo según la cual los mismos deben actuar *honrando la función inspectora y absteniéndose de incurrir en actos que sean para beneficio propio o de terceros*.

Resulta importante que se infunda esta cualidad en los agentes del sistema de inspección como un principio orientador de su actividad, la cual aunada a la probidad que deben observar permitirán que los administrados tengan confianza en el sistema.

14. CELERIDAD

La celeridad resulta necesaria, conforme a al mandato de la Ley, para que las diligencias inspectivas sean lo más dinámicas posibles, evitando trámites o dilaciones innecesarias que dificulten su desarrollo.

Por su parte, respecto a este principio la Ley del Procedimiento Administrativo General N° 27444 en el artículo IV, apartado 1.9 prevé que quienes participan en el procedimiento deben ajustar su actuación de tal modo que se dote al trámite de la máxima dinámica posible, evitando actuaciones procesales que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, a fin de alcanzar una decisión en tiempo razonable, sin que ello releve a las autoridades del respeto al debido procedimiento o vulnere el ordenamiento.

Oscar Zegarra Guzmán comentando este principio señala que “lo que busca este principio es alcanzar una decisión administrativa en tiempo razonable. La celeridad procedimental está muy ligada a la realización de justicia. El

principio de celeridad tiende a que quienes participen en el procedimiento administrativo actúen de manera dinámica, con el objetivo de tener un pronunciamiento de la Entidad en el más breve plazo legal posible. Ello implica necesariamente una mayor responsabilidad por parte de las entidades Administrativas puesto que son ellas quienes expiden la resolución final”¹⁰.

Por su parte Juan Francisco Rojas Leo estima que la celeridad “sigue siendo un valor propio del procedimiento administrativo que no debiera perderse. Esto último lo decimos en el estricto cumplimiento de la existencia de procedimientos que por inexplicable negligencia de funcionarios públicos demoran en su solución años enteros. La celeridad ha sido un valor del procedimiento administrativo, muchas veces también un riesgo sobre la seriedad del contenido mismo del pronunciamiento. En realidad se trata de actuar bajo una dinámica y mística administrativa que permita garantizar la rapidez en la solución de las pretensiones de los ciudadanos, sin perder de vista la calidad”¹¹.

Teniendo en consideración que en los procedimientos de inspección son los trabajadores quienes formulan denuncia por afectación de sus derechos laborales urge que las respectivas diligencias se practiquen de manera fluida a efectos de que se culmine el trámite de manera mas rápida, rapidéz que en muchos casos implica la posibilidad de que el trabajador pueda hacer cobro inmediato de sus beneficios sociales que tienen carácter alimentario.

¹ Zegarra Guzman, O. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Análisis de la Ley N° 27444. Lima 2003. Editorial Praxis. Ministerio de Justicia, Lima –Junio, 2003, Págs. 39, 40.

² En realidad no existe en la doctrina una definición del debido proceso sino a partir de sus elementos conformantes. La doctrina y la jurisprudencia se han encargado de señalar cuales son los elementos conformantes del debido proceso pues, incluso, la Carta Política nuestra se refiere al mismo en forma genérica. De esta forma se considera como contenido del debido proceso el derecho de defensa, esto es la posibilidad de ser *oído y vencido en juicio* como reza el antiguo adagio, luego, el reconocimiento de toda persona de recurrir ante los órganos jurisdiccionales del estado, el derecho al Juez Natural, la observancia de principio de legalidad, etc. Es evidente que, dentro de los elementos mencionados, el derecho defensa reviste la mayor importancia pues implica la posibilidad de realizar ante un órgano judicial o administrativo todos los actos razonables encaminados a una cabal defensa de la persona y sus derechos en juicio, debiendo, por lo menos, ser oído y dársele la oportunidad de ofrecer y actuar las pruebas que convengan a su interés.

³ Pla Rodríguez, A.- Los Principios del Derecho del Trabajo, Depalma. Bs. As. 1998, Pág. 313).

⁴ Zegarra Guzman, O. Op.cit., pag. 43-44

Omar Toledo Toribio – Los principios ordenadores
que rigen el Sistema de inspección del trabajo

-
- ⁵ Rojas Leo, Juan Francisco. ¿HEMOS ENCONTRADO EL RUMBO DEL NUEVO DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL PERÚ?, Reflexiones en torno a la próxima entrada en vigencia de la Ley del Procedimiento Administrativo General. En Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, Jorge Danós Ordoñez, Jaime Vidal y otros, Ara Editores, Lima, Julio -2001, pág 123-125.
- ⁶ Enciclopedia Jurídica Omeba. Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L. Tomo X. Buenos Aires-Argentina, Págs. 427, 428.
- ⁷ Parejo Alfonso, L. (1989) “La eficacia como principio jurídico”. En revista Documentación Administrativa, N° 218-219, p.20., citado por Zegarra Guzman, O. Op.cit., pag. 48
- ⁸ Zegarra Guzman, O. Op.cit., pag. 47-48.
- ⁹ Dromi, Roberto. Derecho Administrativo. Gaceta Jurídica. 1era. Edición. Lima-2005. Tomo II, Págs. 458 y ss.
- ¹⁰ Zegarra Guzman, O. Op.cit., pag. 46.
- ¹¹ Rojas Leo, Juan Francisco. ¿HEMOS ENCONTRADO EL RUMBO DEL NUEVO DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL PERÚ?, Reflexiones en torno a la próxima entrada en vigencia de la Ley del Procedimiento Administrativo General. En Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, Jorge Danós Ordoñez, Jaime Vidal y otros, Ara Editores, Lima, Julio -2001, pág 123-125.

COMENTARIOS Y REFLEXIONES ACERCA DE LAS TERCERÍAS DE PROPIEDAD CONTRA HIPOTECAS Y GARANTÍAS REALES INSCRITAS

HÉCTOR ENRIQUE LAMA MORE*

Resumen:

Teniendo en cuenta que no existe en la actualidad respuesta uniforme en la jurisprudencia nacional respecto de la procedencia de las tercerías de propiedad o de dominio contra hipotecas o contra garantías mobiliarias inscritas, se analiza en el presente artículo la posibilidad de admitir a trámite la demanda de tercería de propiedad contra hipotecas; y si en el supuesto de admitirse, la resolución que así lo dispone puede ser objeto de apelación; explica también cual es el objeto y el caso excepcional de procedencia de ésta demanda y finaliza plasmando sus conclusiones.

Palabras Clave: Tercería - Hipoteca - Garantía mobiliaria.

Abstract:

Considering that does not exist at the present time uniform response in the national jurisprudence respect to the origin of the third party of the property or dominion against mortgages or moving guarantees registered, the possibility of admitting to proceeding the demand of third party of property against mortgages is analyzed in the present article; and if in the assumption to admit it, the judicial verdict that arranges it can be appealed; it also explains the object and the exceptional case of origin of this demand, finalizing shaping his conclusions.

Key words: Third party of the property - Mortgage - Moving guarantees.

Sumario:

1. Introducción. 2. Antecedentes de la jurisprudencia. 3. ¿Debe admitirse a trámite de la demanda de tercería de propiedad contra hipotecas? Sise admite, la resolución que así lo dispones ¿Puede ser objeto de apelación? 4. ¿Es el gravamen hipotecario o el proveniente de otra garantía real, un supuesto previsto en el artículo 533° del Código de Procedimientos Civiles para la interposición de la tercería de propiedad? 5. ¿Cuál es el objeto de la tercería de dominio? 6. La

* Vocal Titular de la Corte Superior de Justicia de Lima, miembro del Consejo Consultivo del Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial y profesor universitario de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Universidad de Lima y de la Academia de la Magistratura.

tercería de propiedad contra la hipoteca solo tiene por objeto la suspensión del remate del bien gravado. 7. Caso excepcional de procedencia. 8. Propuesta de modificación legislativa en esta materia. 8. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

No existe en la actualidad respuesta uniforme en la jurisprudencia nacional –en especial a nivel de las Salas Civiles de la Corte Suprema de la República-, respecto de la procedencia de las tercerías de propiedad o de dominio contra hipotecas o contra garantías mobiliarias –incluidas las prendas- inscritas.

En recientes pronunciamientos la *Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República*, apartándose de criterios jurisprudenciales expedidos con anterioridad, ha señalado que la demanda de tercería de propiedad contra hipotecas no contienen un imposible jurídico y deben ser admitidas a trámite; es el caso, por ejemplo: de lo decidido en la *Casación N° 5329-2006-LIMA*, de fecha 27 de marzo del 2007 –entre otras-; en dicha ejecutoria se establece como criterio interpretativo que cuando el Art. 533° del CPC señala que la tercería solo puede fundarse en la propiedad de los bienes afectados por medida cautelar o para su ejecución, debe entenderse, en este último caso que “para su ejecución” incluye la “ejecución de garantías reales”. En el sétimo considerando de la mencionada Casación, la Sala Civil señala: “ (...) cuando nuestro Ordenamiento Procesal, en su artículo 533° establece que la tercería de propiedad solo puede fundarse en la propiedad de los bienes afectados por medida cautelar o “PARA LA EJECUCION”, debe entenderse que la norma se está refiriendo a cualquier tipo de ejecución, incluyendo al proceso de ejecución de garantías; (...)” (sic).

Sin embargo en fecha coetánea, la *Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia*, ha mantenido, en diversas ejecutorias, la tendencia jurisprudencial originaria y compartida por la mayoría de los órganos jurisdiccionales de la República, jurisprudencialmente distinta a la señalada en el párrafo precedente. Así por ejemplo, tenemos la decisión contenida en la *CAS N° 2360-2006-LIMA*, de fecha 21 de Marzo del 2007; en ésta ejecutoria la citada Sala Civil Suprema establece –en su sétimo considerando- lo siguiente “se aprecia de la demanda que la demandante alega en todo momento la invalidez del contrato de hipoteca, la que incluso busca que sea apreciada por el juzgador y como

tal declarada, lo cual no resulta viable sea apreciado en un pedido concreto de tercería excluyente de propiedad, por tanto, el petitorio resulta jurídicamente imposible” –resaltado nuestro-.

Las diferencias saltan a la vista. La necesidad de un pronunciamiento uniforme es urgente. La Corte Suprema debe hacer uso de la facultad que la ley procesal le confiere y convocar a un *Pleno Casatorio* que ponga fin a esta discrepancia jurisprudencial.

2. ANTECEDENTES EN LA JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia contradictoria sobre este tema no es un asunto reciente, tiene ya algunos años.

A fines de la década pasada -1997 y 1998- a raíz de la interposición, casi masiva, de demandas de Tercerías de propiedad o de dominio contra hipotecas o garantías reales inscritas, cuyo objeto era paralizar los actos de ejecución –remate o subasta de los bienes gravados- en los procesos de ejecución de garantías reales, provocó entre los Jueces Especializados y luego entre Magistrados Superiores, un intenso debate acerca de la procedencia de dichas acciones judiciales, vale decir, si las mismas debían ser o no admitidas a trámite. La decisión resultaba relevante por el efecto que tiene la admisión a trámite de dicha demanda en el proceso de ejecución: detener la subasta¹.

Como se conoce, el tema fue incluido como punto de agenda al IV Pleno Jurisdiccional Civil realizado en la ciudad de Tacna entre el 23 al 26 de Agosto del año 2000 a la que concurrieron mas de medio centenar de Vocales Superiores de los 25 Distritos Judiciales de la República². En dicho pleno Jurisdiccional se acordó por mayoría (36 votos) que: *No procede la tercería de propiedad contra gravamen que proviene de garantía real*. Una minoría (14 votos) sostuvo que si resultaba procedente la Tercería contra gravamen proveniente de garantía real, independientemente que se declare fundada o infundada la pretensión contenida en la demanda³. Analizaremos mas adelante los argumentos que dieron base a cada posición.

Jurisprudencia reciente ha venido adoptando, de manera progresiva, la posición asumida en mayoría en el último Pleno Jurisdiccional Civil citado precedentemente, declarando *in limine* la improcedencia de la demanda de

tercería de propiedad cuando ésta se dirige contra un gravamen proveniente de una garantía real. Se puede decir que tal posición constituye en la Corte Superior de Justicia de Lima una tendencia mayoritaria en los Órganos Jurisdiccionales, y al parecer lo es también en otros Distritos Judiciales.

Hace unos años boletines editados por el diario Oficial El Peruano sobre Sentencias de Casación, informaban de diversas ejecutorias expedidas por las Salas Civiles de la Corte Suprema de la República donde se establecían una tendencia cada vez mayor a adoptar la posición de rechazo *in limine* de las demandas de tercerías de propiedad dirigidas contra Hipotecas, como es el caso de la *Casación No. 310-01, Lambayeque*, de fecha 31 de Julio del año 2001, publicada el 05 de Noviembre del mismo año; en esta Casación la Sala Civil Suprema declara infundado el recurso y establece que la tercería de propiedad dirigida contra una hipoteca es manifiestamente improcedente, por ser el petitorio jurídicamente imposible; así también tenemos la *Casación No. 1879-02, Lima*, de fecha veintidós de octubre del 2002, publicada el 31 de Enero del año 2003, que declara improcedente el recurso de casación dirigido contra una resolución expedida por la Sala Civil Superior de Lima que había declarado *in limine* improcedente la demanda de tercería de propiedad dirigida contra gravamen proveniente de hipoteca.

Por otro lado tenemos la *Casación No. - 1892-99, Ica*, de fecha 24 de Noviembre de 1999, publicada el 07 de enero del año 2000, y la *Casación No. 2703-2001, La Libertad*, de fecha 16 de agosto del año 2002, publicada el 31 de enero del año 2003; en estas Ejecutorias, como en otras, si bien la sala Civil Suprema actuando en sede de instancia y pronunciándose sobre el fondo del asunto se declaran infundadas las tercerías de propiedad dirigidas contra hipotecas, sin embargo se reconoce de modo implícito que la citada demanda de tercería puede ser admitida a trámite (no contendría un petitorio jurídicamente imposible) y obviamente, dentro de esta lógica, podría ser eventualmente amparada la pretensión del tercerista declarándose fundada dicha demanda, lo que sería un contrasentido.

La ausencia de un pronunciamiento uniforme a nivel de la Corte de Casación, respecto de esta materia, evidencia que el problema planteado no es tan simple como aparenta. Ello pone sobre el tapete la necesidad de profundizar nuestras reflexiones sobre el tema, promover el debate sobre diversos puntos relacionados con el problema planteado de tal manera que permita dar una respuesta uniforme e idónea.

En esta oportunidad abordaremos el tema comentando las siguientes preocupaciones:

- a. Si el artículo 533° del CPC⁴, cuando alude a los bienes afectados por medida cautelar o para la ejecución, incluye también a los bienes gravados por hipoteca o prenda o garantía mobiliaria inscrita;
- b. Si el objeto de la tercería es el levantamiento del gravamen o desafectación del bien, o la simple suspensión del proceso o, en su caso, de la subasta pública;
- c. Si puede o no debatirse en la Tercería de propiedad la validez de la hipoteca, es decir, si dicha vía procesal es la idónea para que el juez establezca que la hipoteca que grava el bien materia de ejecución, es inválida o carece de eficacia;
- d. Si se lesiona o no el derecho a la tutela judicial efectiva que le asiste al tercerista cuando se declara *in limine* improcedente la demanda.
- e. Si el auto que admite una demanda -por ejemplo, de tercería de propiedad- puede o no ser objeto de recurso de apelación;

Los justiciables que invocan ser propietarios de bienes gravados con hipotecas o prendas inscritas, que interponen demandas de tercerías de propiedad con el objeto de impedir la venta judicial de dichos bienes, requieren de una respuesta uniforme por parte de los Órganos Jurisdiccionales en esta materia, pues la admisión o rechazo *in limine* de dichas demandas podría producir en el Proceso de ejecución de garantías reales resultados que, en algunos casos, podrían ser irreversibles y por ello podrían causar innecesarios daños a las partes.

2. ¿DEBE ADMITIRSE A TRÁMITE LA DEMANDA DE TERCERÍA DE PROPIEDAD CONTRA HIPOTECAS? SI SE ADMITE, LA RESOLUCIÓN QUE ASÍ LO DISPONE ¿PUEDE SER OBJETO DE APELACIÓN?

Presentada la demanda de tercería de propiedad contra una hipoteca, el juez: ¿debe expedir el auto admitiendo a trámite la demanda o debe declararla *in limine* improcedente?; frente a ello aparece la primera interrogante ¿qué medio impugnatorio corresponde hacer uso válidamente a las partes en cada supuesto?.

Es oportuno precisar que la declaración liminar de improcedencia de una demanda, constituye un supuesto de excepción a la regla general que impone

el derecho a la tutela judicial efectiva; ésta grave declaración sólo resulta compatible con tal derecho fundamental cuando el juez, en aplicación de la norma adjetiva⁵, advierta de modo claro, evidente y manifiesto, que la demanda adolece –con carácter de insubsanable- de ausencia de alguno de los requisitos esenciales para hacer válido el proceso; para ello tal declaración requiere ser idóneamente motivada.

Ahora bien, respondiendo a la pregunta formulada diremos que no existe debate con relación a la impugnabilidad –vía recurso de apelación- del auto que dispone el rechazo liminar de la demanda, situación prevista en el segundo de los supuestos antes citados, pues la norma procesal prevé de modo expreso que en tal caso el afectado podrá interponer recurso de apelación; así lo establecen los artículos 365º –inc. 2º- y 371 del C.P.C., concordado con el último párrafo del artículo 427º del mismo cuerpo legal⁶; por lo demás la doctrina y la jurisprudencia tienen respuesta similar, pues se trata de un auto que pone fin al proceso.

Sin embargo, existe controversia en la doctrina y jurisprudencia acerca de la validez de la apelación que le correspondería formular al demandado *respecto del auto que admite a trámite la demanda*; el argumento central que expondrá el demandado en el citado recurso de apelación será, precisamente, que la demanda no debió admitirse a trámite por encontrarse dentro de los alcances del artículo 427º del CPC.

Alguna jurisprudencia, como veremos mas adelante, ha sostenido que, en general no procede interponer recurso de apelación contra los autos que admiten a trámite una demanda pues, refieren, entre otros argumentos, que con ello se estaría desconociendo el derecho a tutela que les asiste a los justiciables; otros pronunciamientos jurisprudenciales, por el contrario, al absolver el grado respecto de apelaciones interpuestas contra autos que admiten a trámite las demandas de tercerías de propiedad contra gravámenes provenientes de hipotecas, revocan tales decisiones y declaran la improcedencia *in limine* de la demanda; con tales pronunciamientos se admite de modo implícito que no se lesiona ningún derecho constitucional conocer en apelación las resoluciones que admiten a trámite este tipo de demandas.

Frente a la diversidad de pronunciamientos corresponde analizar el tema. Veamos.

En principio diremos que el recurso de apelación⁷ es el medio impugnatorio que hace uso la parte o tercero legitimado que considera que la resolución expedida por el juez adolece de error y que ello afecta su derecho o interés – sustantivo o procesal-, y tiene por objeto que el superior jerárquico – corrigiendo el error- revise la decisión en ella contenida a efecto de que la revoque o la invalide, total o parcialmente.

Se trata en realidad de un recurso ordinario, pues el superior no tiene otra limitación para conocer –en revisión-. Las cuestiones de hecho o de derecho que se hayan presentado en la instancia inferior, que las que el recurrente exprese en su recurso, en donde deberá señalar lo errores que habría incurrido el juez al expedir la resolución impugnada, el agravio producido y el sentido de su impugnación; por tratarse del ejercicio de un derecho dispositivo –y de naturaleza privada- el superior circunscribe su intervención a los términos del recurso y a los agravios expresados, evitando afectar el principio *tantum devolutum quantum appellatum*⁸; el superior afectará este principio – y el de congruencia- si expresa pronunciamiento sobre asuntos extraños a los que fueron consignados en el recurso interpuesto. Otra notable limitación del superior –al conocer vía apelación la resolución impugnada- es la prohibición de la *reformatio in peius*, que supone un pronunciamiento que no empeore la situación del apelante, salvo que el otro haya apelado o se haya adherido a la citada apelación.

Resulta importante resaltar en esta oportunidad que el recurso de apelación es una expresión del derecho –y garantía- constitucional a la pluralidad de instancias, previsto en el inciso 6º del artículo 139º de nuestra actual Constitución. Ello nos lleva a establecer como regla general que –salvo las resoluciones de mero trámite, como el caso de los decretos- las resoluciones judiciales que requieren motivación –como los autos y las sentencias- pueden ser objeto de apelación, siendo la inimpugnabilidad⁹ la excepción.

Lo expuesto supone que los autos y las sentencias siempre son recurribles vía apelación, salvo que la ley de modo expreso e indubitable establezca lo contrario; no cabe en este caso privar del derecho de apelación a una de las partes o terceros legitimados por “extensión” o por “analogía”, por tratarse de un asunto en el que se restringen derechos.

No existe en nuestro sistema procesal disposición alguna que establezca que el auto que admite a trámite la demanda no pueda ser objeto del recurso

de apelación. A diferencia del actual CPC peruano, la resolución que admitía a trámite una demanda expedida en los procesos tramitados bajo las reglas del antiguo Código de Procedimientos Civiles¹⁰, carecía de motivación; por ello resultaba evidente que contra tal proveído no resultaba idónea apelación alguna. Ello no sucede en el actual Código procesal Civil, que de modo expreso ha calificado la resolución que admite a trámite la demanda como un auto¹¹; ello supone que tal resolución requiere ser motivada.

Por ello se puede establecer, sin lugar a dudas, que la resolución que admite a trámite cualquier demanda, como la de “tercería de propiedad” que se interpone contra una hipoteca o gravamen inscrito proveniente de garantía real, puede ser impugnada con el recurso de apelación con el objeto de que el superior establezca si la calificación de la demanda que realizó el *a-quo* se llevó adelante con arreglo a ley.

¿Qué dice la jurisprudencia nacional sobre el tema?. Analizaremos algunas de ellas.

- a. *CAS. N° 3086-2003 LAMBAYEQUE*¹². *No procede impugnar el auto que admite a trámite la demanda de tercería de propiedad.*

En esta resolución la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República establece en su octavo fundamento que “*admitir la impugnabilidad importaría recortar el derecho de acudir al órgano jurisdiccional que tiene todo justiciable, puesto que el emplazamiento válido ya produjo los efectos que establece el artículo 438° del CPC ...*”; se sostiene en el citado fallo que lo único que el corresponde a la parte demandada es formular sus defensas previas o excepciones que prevé la ley; agregan los Sres. Magistrados de la mencionada Sala Civil Suprema que existen tres momentos –o filtros– para verificar los requisitos de admisibilidad y procedencia de la demanda, siendo el primero de ellos el de calificación de la demanda, el segundo al momento del saneamiento procesal y el tercero al expedir la sentencia; si bien en el presente caso la parte demandada no interpuso apelación sino recurso de nulidad contra la resolución que admite a trámite una demanda de tercería contra una hipoteca, los argumentos expuestos en la citada ejecutoria aluden a un concepto general de inimpugnabilidad del auto que admite a trámite la demanda.

Se advierte una evidente contradicción en la mencionada casación, pues si se admite que la calificación de la demanda es el primer filtro para verificar los requisitos de procedencia de ésta, resulta evidente que ante la posibilidad de error por el *a quo* en dicha calificación corresponde al *a quem* corregir tal error vía recurso de apelación; con ello no afecta derecho constitucional alguno del demandante, por el contrario no permitir la impugnación al demandado constituiría una franca afectación al derecho constitucional a la pluralidad de instancias¹³, que le asiste a toda persona en general, y al demandante en particular. Por otro lado, si la admisión a trámite de una demanda hace inimpugnable dicha resolución por haber surtido los efectos de un emplazamiento válido, tal argumento resultaría aplicable también al auto de saneamiento que considere que la demanda cumple con los requisitos de procedibilidad, lo que convertiría también dicho auto en inimpugnable, lo que obviamente resultaría un absurdo procesal.

Lo expuesto en la citada ejecutoria carece de fundamento válido, pues cuando el superior procede a revisar –vía apelación– si la demanda reúne o no los requisitos de procedibilidad lo hace no solo cuando el *a-quo* la rechaza *in limine* sino también cuando la admite a trámite; en ningún caso se vulnera derecho constitucional alguno –como el de tutela judicial efectiva–, pues como todo derecho fundamental éste no es absoluto, ni obliga al juez a su admisión solo por el hecho de su presentación. Se da por satisfecho el derecho a la tutela judicial efectiva no sólo cuando el *a-quo* al calificar la demanda la admite, sino también cuando declara su improcedencia de manera motivada y fundada en derecho; máxime si tal posibilidad se encuentra prevista en la ley procesal.

- b. CAS. N° 310-01-LAMBAYEQUE¹⁴. *No se afecta el derecho a la tutela cuando el Superior –revocando la apelada– expide el auto que declara improcedente la demanda de tercería de dominio contra hipoteca por contener un imposible jurídico.*

En el presente caso, el *a-quo* admitió a trámite la demanda de tercería de propiedad contra una hipoteca constituida a favor de una entidad bancaria, la que se encontraba en proceso de ejecución; la entidad demandada –acreedora garantizada– interpone apelación contra la resolución que admite a trámite la demanda; la apelación fue concedida –sin efecto suspensivo y con la calidad de diferida–; el Superior,

revocando la mencionada resolución, declara improcedente la demanda por considerar que la misma contiene –de modo manifiesto- un imposible jurídico; por su parte la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de la República, que conoce del proceso en virtud del recurso de casación interpuesto por la demandante, declara infundado el citado recurso, con el argumento que la demanda contenía un imposible jurídico, por lo que resultaba válida la declaración de improcedencia expedida –en revisión- por la Sala Civil Superior de Lambayeque.

Como se puede apreciar, según la casación expedida en el proceso antes referido, el Órgano Jurisdiccional Superior corrigió el error que incurrió el *a-quo*, por lo que de modo claro admitió –el Órgano Jurisdiccional Supremo- que la apelación interpuesta contra el auto que admite la demanda no afecta el derecho a un debido proceso o el de tutela judicial efectiva que invocó el demandante en su recurso de casación.

Similares pronunciamientos ha expedido el Supremo Tribunal peruano. Analicemos uno reciente.

- c. *CAS. N° 1898-2004-LA LIBERTAD*¹⁵ *Al declarar liminarmente improcedente la demanda de tercería de propiedad contra una hipoteca se ha actuado conforme a los principios de economía y celeridad procesales.*

La casación, en este caso, fue expedida en un proceso de tercería de propiedad dirigido contra una hipoteca inscrita. El juez de la causa declaró liminarmente improcedente la demanda; al haber sido apelada dicha resolución la segunda Sala Civil Superior de La Libertad, la confirmó; interpuesto el recurso de casación la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República declaró infundado el citado recurso.

La ejecutoria suprema sostiene válidamente que el ejercicio del derecho de acción es sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos procesales a que se refieren los artículos 424° y 427° del CPC; refiere además que en el caso concreto las instancias jurisdiccionales han expedido pronunciamiento motivado declarando improcedente liminarmente la demanda; agrega que con ello se ha actuado conforme a los principios de economía y celeridad procesales, no habiéndose configurado la causal de contravención al debido proceso.

Como se aprecia, la posición adoptada por el citado Tribunal Supremo resulta coherente con las propias reglas del sistema procesal civil peruano que, a diferencia de la norma procesal anterior, ha conferido al juez la facultad de calificar la demanda a efecto de que, liminarmente, determine la viabilidad del proceso a iniciarse, evitando con ello un proceso inútil; este principio publicístico establece que el juez no admitirá a trámite la demanda si advierte –de modo manifiesto- que el proceso que pudiera originarse carecerá –insubsanablemente- de requisitos esenciales de validez que impedirá, sin lugar a dudas, que se produzca un pronunciamiento de mérito, es decir, sobre el fondo del asunto controvertido.

El derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales –o el llamado derecho de acción- es una de las dimensiones del derecho a la tutela judicial efectiva; ello significa que en ejercicio de tal derecho fundamental toda persona debe obtener del órgano jurisdiccional una respuesta por escrito fundada en derecho. El pronunciamiento materia de comentario no lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante, pues en este caso el órgano jurisdiccional ha cumplido con dar respuesta al justiciable, expresando por escrito las razones –sustentadas en el derecho vigente- que dan sustento a su decisión liminar; ello, obviamente elimina la arbitrariedad e impide el coste que significa, no solo a las partes, sino al sistema judicial, el inicio de un proceso inútil, inhabilitado para resolver el conflicto.

En conclusión, se puede afirmar que el auto que admite a trámite una demanda –como la de tercería de propiedad contra hipoteca o garantía real inscrita- puede ser, válidamente, objeto de recurso de apelación; el superior jerárquico, puede –por esta vía-, de ser el caso, revocar o anular la recurrida.

3. ¿ES EL GRAVAMEN HIPOTECARIO O EL PROVENIENTE DE OTRA GARANTÍA REAL, UN SUPUESTO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 533° DEL C.P.C. PARA LA INTERPOSICIÓN DE LA TERCERÍA DE PROPIEDAD?

Históricamente la tercería de propiedad o excluyente de dominio ha sido pensada con el objeto de que juez que dispuso un embargo –o medida cautelar- sobre un bien que no es del demandado; y disponga su

levantamiento –o desafectación- si el tercero acredita la propiedad del referido bien; ello supone el dictado de una medida provisoria de suspensión del proceso –solo respecto del bien cuya propiedad invoca el tercero-, aún cuando éste se encuentre en la etapa de ejecución, con sentencia firme; el juez competente para conocer la tercería de propiedad es el mismo que dictó la citada medida cautelar.

El *artículo 533º* del C.P.C. establece que la tercería sólo puede fundarse en la propiedad de los bienes afectados por medida cautelar o para la ejecución; como se ha indicado líneas arriba, el efecto inicial de la tercería de propiedad se presenta cuando ésta es admitida y consiste en la suspensión del proceso, aun cuando éste se encuentre en la etapa de ejecución; el efecto final de dicha tercería se presenta con la sentencia, pues habiéndose acreditado por el tercero la propiedad del bien afectado el juez debe entregar los bienes al demandante y proceder a su desafectación.

De acuerdo a lo expuesto en el párrafo precedente, la afectación de los bienes debe provenir de un mandato judicial que dispone una medida cautelar o una medida para la ejecución. Así, por ejemplo, un embargo será una medida cautelar cuando tenga por objeto asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva¹⁶, es decir cuando el proceso no tiene aún sentencia firme que contenga una decisión consentida o ejecutoriada; sin embargo obtenida tal decisión la medida dejará de ser cautelar y se convertirá automáticamente en una medida para la ejecución¹⁷.

Como se ha indicado, con relación a la acción de tercería de propiedad, la norma procesal prevé que la misma puede fundarse en dos supuestos: a) en medida cautelar, que sólo puede ser dictada por el juez; y b) en medida para la ejecución; podemos estar frente a una misma medida pero en dos momentos procesales distintos; el primer momento es hasta que exista sentencia firme; y el segundo es desde que el demandante tiene decisión definitiva a su favor; en ambos casos estamos frente a medidas originadas en una decisión jurisdiccional.

Por ello resulta lógico que el juez competente para conocer la demanda de tercería de propiedad sea el mismo juez que tiene a cargo el proceso donde se dictó la medida cautelar o para la ejecución.

Una sana interpretación de la citada norma procesal no incluye en este supuesto, el gravamen originado en una garantía real, como es el caso de la

hipoteca –o una garantía mobiliaria inscrita-, pues tal afectación jurídica no tiene su origen en una decisión jurisdiccional, sino en una decisión voluntaria celebrada entre el acreedor y el constituyente de la garantía o en todo caso en una disposición legal –hipoteca legal-, pues aún cuando el tercero acredite la propiedad del bien afectado con hipoteca, tal afectación no podrá levantarse en dicho proceso abreviado de tercería, pues el título registral que da origen al gravamen hipotecario no se origina en una decisión judicial, como es el caso del embargo o medida cautelar; en tal caso el interesado deberá acudir con una demanda –distinta a la de tercería- donde el objeto del proceso sea la ineficacia o invalidez de la garantía real; invalidada la garantía o declarada la ineficacia de tal derecho, recién se podrá disponer el levantamiento de la hipoteca, lo que no es posible jurídicamente en el proceso de tercería.

En otras palabras, solo sería posible levantar –o cancelar- el gravamen hipotecario si se invalida o se priva los efectos del acto jurídico que contiene el título registral que dieron origen al citado gravamen, lo que será viable en un proceso judicial distinto de la tercería de propiedad.

Tratándose de gravamen hipotecario, normalmente el demandante en la tercería de propiedad carece de derecho inscrito anterior a la hipoteca, por lo que, en todo caso su derecho real de propiedad no puede serle opuesto –*prima facie*- al acreedor hipotecario que cuenta con un derecho real –de hipoteca- inscrito; en este supuesto resulta de aplicación lo previsto en el primer párrafo del artículo 2022º del C.C., que resume el principio *prior tempore potior jure*, salvo que se acredite la mala fe del acreedor hipotecario. Si bien éste es un argumento que guarda relación con el fondo del asunto controvertido, no obstante nos expresa lo inviable de la pretensión de tercería de propiedad cuando se trata de bienes sujetos a una ejecución de garantías reales.

Tutela del derecho de propiedad del tercero

Por lo demás, la experiencia judicial ha evidenciado que el derecho de propiedad del tercero, cuyo bien ha sido gravado con garantía real por quien ya no es propietario, y que se encuentra frente a un proceso donde se está ejecutando dicho bien, se encontraría asegurado con la medida cautelar de anotación de demanda dispuesta en el proceso de nulidad o ineficacia del acto jurídico de hipoteca o garantía mobiliaria inscrita. Debemos recordar

que en una eventual subasta del citado bien, la única afectación jurídica que no será cancelada por efecto de la adjudicación del bien en remate, es el de anotación de la demanda; en tal caso el adjudicatario se sujeta al resultado del juicio cuya demanda se ha anotado.

4. ¿CUÁL ES EL OBJETO DE LA TERCERÍA DE DOMINIO?

Los bienes del deudor responden por sus obligaciones. Este principio, vigente desde la Roma Imperial, impide al acreedor el “ataque” a los bienes que pertenecen a personas distintas a su deudor; ello se sustenta en la naturaleza relativa de la relación jurídica obligacional; es decir, del hecho cierto que el sujeto activo de dicha relación –acreedor- solo puede formular exigencia en el cumplimiento de determinada prestación –de dar, de hacer o de no hacer- al sujeto pasivo -deudor- de la misma relación; el incumplimiento de la obligación por el deudor, habilita al acreedor a formular ante el órgano jurisdiccional pretensiones tendientes a lograr el cumplimiento por el deudor de la obligación asumida; si la obligación es de aquellas que pueden ser apreciadas patrimonialmente, y que llegado el momento el cumplimiento de la obligación se reduce al abono de una determinada suma de dinero, corresponde al acreedor solicitar al juez la afectación jurídica o gravamen de los bienes que pertenecen al deudor a efecto de que, de alcanzar sentencia firme a su favor, puedan dichos bienes ser objeto de subasta o venta pública, con el objeto de recaudar el dinero que sirva para pagar al acreedor. Tales bienes, como se indica, tienen que ser necesariamente del deudor o en todo caso, de quienes, en virtud de la ley o del convenio, deban asumir la misma obligación que el deudor incumplió.

Si el bien afectado jurídicamente por el juez con medida cautelar o para su ejecución –por ejemplo embargo- no pertenece al deudor, sino a una persona ajena a la relación jurídica sustantiva existente entre el demandante - acreedor- y el demandado –deudor-; corresponde a ésta persona hacer valer su derecho de propiedad a efecto de que el juez, que dicto el gravamen, detenga la subasta pública, deje sin efecto tal medida y le entregue el bien libre del mencionado gravamen. La acción que éste tercero hace valer ante el órgano jurisdiccional se conoce como la *tercería excluyente de propiedad o tercería de dominio*; la doctrina y los sistemas procesales contemporáneos, han establecido que el juez que debe conocer de esta acción es el propio juez que dicto el embargo o medida cautelar; es decir, el juez que conoce del proceso principal.

En nuestro país el artículo 743° del Código de Procedimientos Civiles estableció que la acción de tercería podía ser *excluyente o de pago*; respecto de la excluyente señaló que ésta se presentaba *cuando el tercero alega la propiedad o algún otro derecho sobre los bienes embargados incompatible con el remate*. El numeral 744 de la misma norma procesal fijó la competencia del juez que conocía del juicio en que se trabó el embargo; por su parte el artículo 749° del mismo Código dispuso que en la tercería excluyente, si el tercero acreditaba la propiedad del bien embargado, *el juez debía mandar alzar el embargo y entregar los bienes al tercerista*.

Podetti¹⁸ sostiene que la sentencia en la tercería de dominio contiene dos pronunciamientos, ello en razón de que el tercerista hace valer en realidad dos acciones, una de ellas encaminada a obtener una declaración frente al demandado-embargante y otra a obtener una condena frente al demandado-embargado; en el primer caso, el juez, aparte del pronunciamiento sobre las costas, *debe levantar el embargo* y respecto del segundo habrá la declaración de que el bien pertenece al tercerista y la condena de entregarle el bien.

Es evidente que si el bien afectado por el juez pertenece a un tercero, ajeno a la relación material que subyace la proceso principal, no existe razón alguna para que, acreditada la propiedad por el tercero subsista el gravamen o embargo dictado por el juez.

Lo expuesto en los párrafos precedentes resulta de relevante importancia, pues cuando el tercerista interpone demanda de *tercería excluyente de propiedad*, no solo busca que el bien de su propiedad no sea subastado, sino –principalmente– que se le devuelva lo que le pertenece levantándose las medidas dispuestas por el juzgado.

Por ello creo que la demanda de tercería de dominio o excluyente de propiedad tiene por objeto no solo conseguir que el juzgado detenga la subasta –suspendiendo la ejecución respecto del bien cuya propiedad invoca el tercerista–, sino, además, que entregue el bien al tercerista en el mismo estado jurídico y fáctico que tenía al momento de producirse la afectación jurídica por el juez, es decir, levantando las medidas cautelares dispuestas por el órgano jurisdiccional.

Nuestro sistema procesal civil vigente ha previsto dos formas por las cuales el tercero puede hacer valer su derecho de propiedad respecto de bienes

afectados en un proceso donde no es parte; una de ellas prevé la posibilidad de que el tercero intervenga en el proceso donde se dictó la medida cautelar; y la otra habilitando al tercero para la interposición de una demanda de tercería de propiedad, emplazando al embargante y al embargado en un *proceso de cognición* que se tramita en la vía del proceso abreviado.

Efectivamente, el *artículo 539º* del actual Código Procesal Civil peruano prevé la intervención del tercero al proceso donde se dictó la medida cautelar, con el objeto de que se suspenda la medida cautelar –sin tercería-, en cuyo caso debe adjuntar título de propiedad registrado; en este caso se trata de bienes que se encuentran inscritos en el Registro Público.

Por su parte el *numeral 624* de la misma norma procesal establece que cuando se acredita fehacientemente que el bien afectado con medida cautelar pertenece a persona distinta del demandado, el juez ordenará su desafectación inmediata, incluso aun cuando la medida cautelar no se hubiera aun formalizado. Creo que ésta última norma resulta perfectamente aplicable para disponer la desafectación no solo en caso que –sin interponer la demanda de tercería de propiedad- el juez advierta que el bien afectado no pertenezca al deudor, sino incluso en el supuesto de que el tercero acredite la propiedad de los bienes afectado en un proceso judicial de tercería de propiedad.

Por ello estimo que, aun cuando el *artículo 536º* de nuestra norma procesal civil prevé la suspensión del proceso –una vez admitida la tercería de propiedad-, el efecto final de este tipo de tercería, *es la de levantar la medida cautelar* o, como lo dispone la norma procesal citada en el párrafo precedente, la de *disponer la desafectación del bien*. Tal efecto resulta coherente y razonable, atendiendo a que si el tercero acredita la propiedad del bien afectado, no resulta válido ni legítimo mantener dicha afectación, lo contrario significaría la directa afectación al derecho de propiedad del tercero.

5. ¿LA TERCERÍA DE PROPIEDAD CONTRA HIPOTECA SOLO TIENE POR OBJETO LA SUSPENSIÓN DEL REMATE DEL BIEN GRAVADO?

Como se ha indicado, cuando se afecta un bien que no pertenece al deudor, el propietario tiene el derecho a que se desafecte el bien y se levante el gravamen indebidamente trabado; ello solo puede lograrse mediante el proceso de tercería que se iniciará ante el juez que tiene a cargo la ejecución

del gravamen, siempre que la afectación y gravamen se haya originado en un mandato expedido por dicho juez, quien, corrigiendo el error procederá a dejar sin efecto su propio mandato.

Pues bien, cosa distinta es cuando el bien, materia de ejecución, se encuentra gravado con cautela material extrajudicial o es consecuencia de un acto jurídico celebrado entre particulares; en tal caso la controversia se desplaza a establecer si el acto jurídico que constituye la garantía real –que grava un bien de tercero- resulta válido o debe declararse su ineficacia; sólo si el órgano jurisdiccional declara su ineficacia o invalidez el juez puede privar de efectos jurídicos el asiento registral en el que aparece inscrita la garantía y podrá disponer en su oportunidad se levante dicho gravamen; tal declaración no es posible jurídicamente en un proceso como el de tercería de propiedad, donde el debate se centra en establecer si el bien afectado le pertenece o no al tercerista, sin entrar a la determinación de la validez de los actos jurídicos –celebrado entre particulares- que dieron origen al gravamen; como se sabe, en este proceso especial –a diferencia de cualquier otro proceso de cognición- la ley procesal le impone –de modo excepcional- al tercerista el requisito de la acreditación liminar de su legitimación, es decir la de hacer evidente con la demanda su condición de propietario acompañando documento de fecha cierta que acredite tal hecho, o en defecto de ello le impone la obligación –también excepcional- de constituir garantía suficiente por los eventuales perjuicios que ocasione su demanda; dicha exigencia se debe al grave efecto que prevé la norma procesal por el hecho de haberse admitido a trámite la demanda, que como se sabe es la suspensión del remate o subasta del bien materia de ejecución.

Siendo evidente que el proceso de tercería no es apto para levantar la garantía real que ha dado origen a la ejecución del bien, algunos sostienen – justificando la admisión a trámite de la demanda- que con tal proceso –de tercería de propiedad- lo único que se busca es el de “*suspender el remate*” y no la desafectación del bien o el levantamiento de la garantía real.

Sin embargo tal punto de vista adolece de algunos vacíos respecto de los cuales es necesario reflexionar:

- a. De admitirse a trámite la tercería –en este caso- la suspensión del remate continuará incluso luego de concluido este proceso –si el tercerista obtuviera sentencia favorable-, sin levantar el gravamen hipotecario o

mobiliario que en el proceso principal es objeto de ejecución. Dicha medida, que tiene la significación de una de carácter preventiva –similar a la de una cautelar-, se mantendría –extrañamente- de manera indefinida en el tiempo, luego de concluido el proceso -que le dio origen- con sentencia firme; mientras tanto en el proceso de ejecución de garantías reales, la ejecución del bien también se mantendría en suspenso; ¿hasta cuando?; la norma procesal no explica nada al respecto; sin embargo, siguiendo la lógica de este punto de vista, tal medida se mantendría hasta que otro juez, en un proceso distinto se pronuncie sobre la validez del acto jurídico que dio origen a la garantía real materia de ejecución.

- b. En este supuesto queda aun otra inquietud ¿podrá este último juez, si confirma la eficacia de la hipoteca o garantía mobiliaria inscrita, dejar sin efecto la suspensión del remate decreta por el juez de la tercería mediante sentencia con calidad de cosa juzgada?. Supongamos, sólo para seguir la lógica de quines optan por este camino, que ello sea posible. De inmediato surge otra interrogante: ¿Quién tendría que iniciar este otro proceso?; lo mas probable es que no sea el tercerista, quien, habiendo conseguido la suspensión indefinida de los efectos del gravamen inscrito, no tiene apuro alguno pues no existe riesgo inmediato de ejecución de tal garantía real –hipoteca o garantía mobiliaria inscrita-. Frente a ello la iniciativa le corresponderá al titular de la garantía real, afectado con la suspensión indefinida de la ejecución; éste acreedor se verá en la imperiosa necesidad de iniciar el nuevo proceso con el objeto de que se confirme la validez y eficacia del acto jurídico que contiene el acuerdo de constitución de la garantía real.
- c. Respecto al fondo del asunto es preciso reflexionar sobre un tema adicional; veamos: admitida la demanda en el supuesto antes indicado, tratándose de una controversia originada en la oposición de dos derechos reales respecto de un mismo bien, inscribibles en el registro, ¿podrá el juez de la tercería conceder la prioridad del derecho de propiedad no inscrito –o inscrito con posterioridad al gravamen hipotecario o mobiliario- frente al derecho real de garantía, inscrito preferentemente a favor del ejecutante de dicha garantía?, teniendo en cuenta –en el caso de inmuebles- lo previsto en el artículo 2022º del CC¹⁹, sin que sea objeto del debate la eficacia o validez del acto jurídico que contiene la garantía constituida, es decir, la acreditación de la mala fe del constituyente de dicha garantía.

Resulta lógico –jurídicamente hablando– que en el único supuesto que permitiría al tercerista de propiedad hacer prevalecer su derecho frente al derecho real de garantía constituido a favor del ejecutante es que su derecho –de propiedad– hubiere sido inscrito con anterioridad al derecho real de garantía. Tal inscripción –de la garantía– sería manifiestamente irregular, pues se habría realizado en abierta contravención a los principios que regulan los artículos 2015º y 2017º del CC. Puede producirse esta irregularidad por grave error del registrador en la misma partida registral o por la existencia de doble partida registral respecto de un mismo bien, lo que suele presentarse en nuestro país. Analizaremos más adelante este punto.

6. CASO EXCEPCIONAL DE PROCEDENCIA

La legislación española²⁰ en materia de tercería de propiedad establece la procedencia de la tercería de propiedad contra hipotecas siempre que el derecho de propiedad del tercerista se encuentre inscrito con anterioridad al gravamen hipotecario. Es lógico suponer que el derecho del tercerista quedará a buen recaudo si su derecho de propiedad es anterior al del gravamen hipotecario; es aplicable en este caso el aforismo latino muy antiguo, de relevante vigencia en la actualidad –en especial en materia registral– e incorporado en las normas sustantivas civiles: *“prior tempore potior iure”* es decir primero en el tiempo mejor en el derecho.

Es el caso de aquella persona, propietaria registral de un inmueble que será sometido a subasta pública en ejecución de una hipoteca inscrita con posterioridad y constituida por quien en el registro aparecía también como propietario y que es emplazado en un proceso de ejecución de garantías reales; es decir se trata de un supuesto de duplicidad registral, donde el ejecutado en el citado proceso de ejecución de garantías inscribió su derecho en virtud de un título supletorio, creándose una partida registral adicional a la que ya existía.

Creo que dicho supuesto es una excepción al supuesto general de aquellos propietarios que no tenían derecho inscrito al momento de inscribirse la hipoteca constituida. Es evidente que en este caso el derecho del acreedor hipotecario –con derecho real inscrito– prevalecerá frente al derecho de propiedad no inscrito del tercero, en virtud de lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 2022º del CC, que se sustenta en el aforismo latino citado anteriormente. En este caso la excepción confirma la regla. En tal situación

excepcional creo que –por equidad y justicia- correspondería admitir a trámite la demanda de tercería de propiedad.

7. PROPUESTA DE MODIFICACIÓN LEGISLATIVA EN ESTA MATERIA

La falta claridad en el texto de la norma procesal ha originado la diversidad de pronunciamientos en los órganos jurisdiccionales, lo que afecta la predictibilidad que debe brindar el servicio de justicia. Por ello, sin perjuicio de que –en esta materia- la uniformización de la jurisprudencia pueda lograrse a través de algún PLENO CASATORIO, resulta válido que el Congreso de la República tome cartas en asunto e incluya en este asunto una modificación legislativa y despeje cualquier duda sobre este importante tema. Veamos:

El texto del artículo 533° del CPC dice: “La tercería se entiende con el demandante y el demandado, y solo puede fundarse en la propiedad de los bienes afectados por medida cautelar o para la ejecución; o en derecho preferente a ser pagado con el precio de tales bienes”.

El texto modificado del artículo 533° del CPC debería ser: “La tercería se entiende con el demandante y el demandado, y solo puede fundarse en la propiedad de los bienes afectados “judicialmente” por medida cautelar o para la ejecución; o en derecho preferente a ser pagado con el precio de tales bienes.

Puede fundarse en la propiedad de bienes afectados con garantías reales; en éste caso el derecho del tercerista debe estar inscrito con anterioridad a dicha afectación”

Como se puede apreciar esta modificación normativa tiene por objeto poner fin a la ambigüedad del texto de la norma procesal glosada e impedir la inútil paralización de los procesos judiciales.

8. CONCLUSIONES

- A. El artículo 533° del CPC, que establece que la tercería se funda en la propiedad de los bienes afectados por medida cautelar o para la ejecución, admite como interpretación que en él no se incluye a los bienes afectados jurídicamente con hipoteca o gravamen inscrito originado en una garantía real –salvo la excepción citada líneas arriba-. En estricto dicha norma procesal ha sido dictada pensando en aquellas medidas

dictadas por el juez, sean cautelares –antes de que exista sentencia firme- o para la ejecución –proceso con sentencia firme-.

- B. El efecto inicial de la tercería de propiedad –una vez admitida la demanda- es la de suspender el proceso evitando la subasta. El efecto final de la citada tercería se presenta cuando se cuenta con sentencia firme; en este caso el juez debe disponer –una vez establecido que el bien afectado le pertenece al tercerista- el levantamiento del gravamen o la desafectación del bien, y la entrega del mismo al demandante. Ello solo es posible cuando las mencionadas medidas han sido dictadas por el juez.
- C. La Tercería de propiedad no esta habilitada para el debate o discusión sobre la validez de la hipoteca o el gravamen originado en una garantía real. La declaración de invalidez o ineficacia de la hipoteca o de la garantía real inscrita, obtenida en un proceso distinto de la tercería de propiedad, permitirá el levantamiento del gravamen hipotecario.
- D. La tercería de propiedad contra un gravamen hipotecario o gravamen inscrito originado en una garantía real es improcedente por constituir tal pretensión un imposible jurídico. Tal declaración de improcedencia puede ser dispuesta por el juez al momento de calificación de la demanda, conforme lo prevé el inciso 6º del artículo 427º del CPC. Dicha decisión –debidamente motivada- no lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva que le asiste al tercerista, quien podrá hacer valer su derecho en un proceso distinto.
- E. Si calificada la demanda de tercería de propiedad contra hipoteca o gravamen inscrito de garantía real, el juez expide el auto admitiendo a trámite dicha demanda, el demandado puede hacer valer su derecho de impugnación interponiendo, contra la resolución admisorio, recurso de apelación; ello en razón de que –en general- el auto admisorio de la demanda es impugnabile..
- F. La tercería de propiedad contra hipoteca o garantías reales inscritas podría resultar procedente –de modo excepcional y por equidad- sólo cuando el derecho de propiedad del tercerista se encuentre inscrito con anterioridad a la hipoteca, prenda o garantía mobiliaria; ello en razón de la evidencia de la prioridad registral de su derecho.

-
- ¹ El Art. 536° del Código Procesal Civil establece que “admitida la tercería de propiedad, se suspenderá el proceso si estuviera en la etapa de ejecución, aunque esté consentida o ejecutoriada la resolución que ordena la venta de los bienes...”
- ² En el Poder Judicial, desde 1997, se llevaron adelante anualmente los llamados *Plenos Jurisdiccionales* en todas las especialidades –civil, penal, laboral, familia-. Estos eventos de discusión y debate, fueron convocados por la entonces Comisión Ejecutiva del Poder Judicial. A ellos concurrieron Vocales Superiores de todos los Distritos Judiciales de la República, con el objeto de uniformizar criterios, respecto de aquellos casos que conocen los Órganos Jurisdiccionales, en donde se hayan dado respuestas diversas o contradictorias. El *Primer Pleno Jurisdiccional Civil* se realizó en la Ciudad de Trujillo en 1997, el *Segundo* se llevó adelante en la ciudad Piura, en Agosto de 1998, el *Tercero* se realizó en la ciudad de Cuzco, en Septiembre de 1999 y el *último* se llevó adelante en la Ciudad de Tacna, en Agosto del 2000. Es obvio que los acuerdos adoptados en dichos *Plenos Jurisdiccionales* no resultan vinculantes, es decir, no obligan a los Órganos jurisdiccionales a resolver en el mismo sentido; sin embargo, tales eventos académicos resultan importantes en el ámbito jurisdiccional, pues contribuyen no solo a la uniformización de criterios jurisprudenciales, sino porque contribuyen, principalmente, al debate y a la sana confrontación de ideas, puntos de vista e interpretaciones normativas, entre Magistrados, con el objeto de obtener mayores y mejores elementos de juicio que les permita resolver las controversias con equidad y justicia
- ³ En el citado Pleno Jurisdiccional los Magistrados esbozaron diversos argumentos, cada uno defendiendo sus respectivos puntos de vista. El autor de estas líneas participó en el citado evento adhiriéndose a la posición mayoritaria. No existe publicación oficial del Poder Judicial sobre los acuerdos adoptados en dicha reunión, sin embargo se conocen sus resultados y han sido objeto de diversas publicaciones, así por ejemplo, la “Guía rápida de Jurisprudencia Vinculantes y acuerdos de Plenos jurisdiccionales”, publicada por Gaceta Jurídica Sociedad Anónima, en Octubre del año 2002, incluye información sobre dichos acuerdos.
- ⁴ El Art. 533° del Código Procesal Civil dice: “La tercería se entiende con el demandante y el demandado, y sólo puede fundarse en la propiedad de los bienes afectados por medida cautelar o para la ejecución; o en derecho preferente a ser pagado con el precio de tales bienes.”
- ⁵ Siguiendo las reglas del sistema publicístico incorporadas a nuestra norma procesal, el artículo 427° del actual C.P.C. –a diferencia del anterior C. de P.C.- fija las causales por las que el juez puede declarar la improcedencia liminar de una demanda
- ⁶ El último párrafo del artículo 427° del C.P.C, establece: “Si la resolución que declara la improcedencia – *in limine*, de la demanda- fuese apelada, el juez pondrá en conocimiento del demandado el recurso interpuesto. La resolución superior que resuelva en definitiva la improcedencia, produce efectos para ambas partes” (agregado nuestro).
- ⁷ Art. 364° del Código Procesal Civil.
- ⁸ Loutayf Ranea, R. “*El recurso ordinario de apelación en el proceso civil*” Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Desalma, Buenos Aires, 1989. Pág. 113 y 114. Comentando los límites de la alzada, este autor - citando a Acosta- refiere que gráficamente se imagina tres círculos, uno dentro del otro. El mas pequeño, refiere, llevaría la leyenda: “expresión de agravios”; el círculo de en medio diría, “cuestiones apeladas” y el mayor: “capítulos no propuestos en primera instancia”
- ⁹ Algunos supuestos previstos en la ley procesal que restringen el ejercicio del derecho de impugnación son, por ejemplo: el artículo 194° del CPC establece que el auto que expide el juez al disponer de oficio la actuación de un medio probatorio es inimpugnable. En el inciso 2° del artículo 365° del CPC establece que procede recurso de apelación contra los autos, excepto los que se expidan en la tramitación de una articulación y los que éste código excluya.
- ¹⁰ Los procesos ordinarios que se tramitaban bajo las reglas del C. de P.C. se admitían con el siguiente proveído: “*Por presentada; traslado de la demanda en la vía ordinaria*” no aparecía motivación alguna en dicha resolución.
- ¹¹ El segundo párrafo del artículo 121° del CPC establece que “*mediante los autos el juez resuelve la admisibilidad o rechazo de la demanda....*”
- ¹² Publicada en el Boletín de Sentencias de Casación, del diario oficial El Peruano del 31 de Marzo del 2005. Pág. 13839
- ¹³ Inc. 6 del Art. 139° de la Constitución Política del Perú
- ¹⁴ Publicada en el Boletín de Sentencias de Casación, del diario oficial El Peruano del 05 de noviembre del 2001. Pág. 7485
- ¹⁵ Publicada en el Boletín de Sentencias de Casación, del diario oficial El Peruano del 03 de julio del 2006.
- ¹⁶ Artículo 608° del Código Procesal Civil.

¹⁷ Artículo 619° del Código Procesal Civil señala: “Resuelto el principal en definitiva y de modo favorable al titular de la medida cautelar, éste requerirá el cumplimiento de la decisión, bajo apercibimiento de proceder a su ejecución. La ejecución judicial se iniciará afectando el bien sobre el que recae la medida cautelar a su propósito.”

¹⁸ Podetti, R. “Tratado de la tercería.” Tercera Edición; EDIAR, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera. Buenos Aires. 2004. Pág. 139.

¹⁹ Art. 2022° del CC – 84: “Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél a quien se opone. (...)”

²⁰ Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) 1/2000 – España –

Artículo 696°. Tercerías de dominio.

1. Para que pueda admitirse la tercería de dominio en los procedimientos a que se refiere este capítulo, deberá acompañarse a la demanda título de propiedad de fecha fehaciente anterior a la de constitución de la garantía. Si se tratare de bienes cuyo dominio fuere susceptible de inscripción en algún Registro, dicho título habrá de estar inscrito a favor del tercerista o de su causante con fecha anterior a la de inscripción de la garantía, lo que se acreditará mediante certificación registral expresiva de la inscripción del título del tercerista o de su causante y certificación de no aparecer extinguido ni cancelado en el Registro el asiento de dominio correspondiente.
2. La admisión de la demanda de tercería suspenderá la ejecución respecto de los bienes a los que se refiera y, si éstos fueren sólo parte de los comprendidos en la garantía, podrá seguir el procedimiento respecto de los demás, si así lo solicitare el acreedor.

EL ASOCIACIONISMO JUDICIAL EN LAS SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS CONTEMPORÁNEAS

SERGIO SALAS VILLALOBOS*

Resumen:

El presente ensayo, tiene por finalidad justificar teóricamente, la utilidad del asociacionismo judicial como uno de los componentes que a su vez forman parte de la doctrina de la Justicia Democrática. Ésta, si bien se va desarrollando a partir de los nuevos moldes sociales, comprende una serie de manifestaciones que se transforman en derechos que ejercen los ciudadanos para que el Estado le garantice una impartición de justicia liberada de todo rezago del Positivismo Jurídico y que era limitativo a partir de la indefinición de la caduca justicia social; que la “administraba” en un escenario de “clases”, no siempre equitativo. Por ello, la necesidad de justificar el asociacionismo judicial, obedece a que estas nuevas tendencias, transformen una ideología social, y la fortalezcan en el Estado Constitucional.

Palabras Clave: Asociacionismo judicial - positivismo jurídico - Estado Constitucional - Modelo Democrático - Juez.

Abstract:

This article justify theoretically, the utility of the judicial associationism like one of the components of the doctrine of Democratic Justice. This one, although is developed from the new social molds, includes a series of manifestations that are transformed into rights that the citizens exert so that the State guarantees justice released from any Legal Positivism that was limited and undefined of the expires social justice; that “manage” in a scene of “classes”, not always equitable. For that reason, the necessity to justify the judicial associationism, obeys to these new tendencies, transform a social ideology, and fortify it in a Constitutional Government.

Key words: - Judicial Associationism - Juridic Positivism - Constitutional Government - Democrátic Model - Judge.

Sumario:

1. Análisis teórico. 2. Antecedentes democráticos. 3. Conclusiones.

* Vocal Titular de la Corte Superior de Justicia de Lima y profesor de la cátedra de Derecho Judicial en la Universidad de Lima.

Los sistemas judiciales en el siglo XXI, se caracterizan por que sus componentes han adquirido los perfiles necesarios que imponen los regímenes democráticos y constitucionales, para garantizar la independencia de los jueces frente al poder político e intereses económicos. La mejor forma para este sostenimiento permanente es el Asociacionismo Judicial.

El presente ensayo, tiene por finalidad justificar teóricamente, la utilidad del asociacionismo judicial como uno de los componentes que a su vez forman parte de la doctrina de la Justicia Democrática. Ésta, si bien se va desarrollando a partir de los nuevos moldes sociales, comprende una serie de manifestaciones que se transforman en derechos que ejercen los ciudadanos para que el Estado le garantice una impartición de justicia liberada de todo rezago del Positivismo Jurídico y que era limitativo a partir de la indefinición de la caduca justicia social; que la “administraba” en un escenario de “clases”, no siempre equitativo. Por ello, la necesidad de justificar el asociacionismo judicial, obedece a que estas nuevas tendencias, transformen una ideología social, y la fortalezcan en el Estado Constitucional.

1. ANÁLISIS TEÓRICO

Los Poderes Judiciales en las sociedades democráticas, se sustentan en la vigencia de los Principios de Independencia y Autonomía que tienen rango constitucional. El primero, garantiza la exclusividad de la función jurisdiccional delegada a los jueces por el pueblo, é implica que sus fallos no se encuentran sometidos a nadie. El segundo, a su vez, garantiza que en la composición de un Estado democrático, los otros Poderes del Estado y los entes autónomos de rango constitucional¹ no tengan injerencia en la conducción, organización y gestión del Poder Judicial. Sin embargo, siendo un Poder que no tiene ni debe tener manejo político, las herramientas para garantizar el sostenimiento de ambos principios, han sido tradicionalmente escasas, por no decir nulas.

Pásara sostenía que, es la política lo que diferencia y agrupa a quienes pugnan por controlar el ejercicio de poder a través del ejecutivo y legislativo; en el Poder Judicial la apoliticidad de sus miembros los preservará de la contaminación que de otro modo mellaría la autonomía del aparato estatal a su cargo².

A los jueces, les está prohibido ejercer acciones políticas por la propia razón de sus cargos. Y eso debe permanecer así. No obstante, está claro que las acciones políticas propiamente dichas, son herramientas muy fuertes para ejercer presión externa en los asuntos de los sistemas judiciales. Al margen de la conducta que se le exige al Juez para no perjudicar la neutralidad de sus actos, en asuntos en donde estén en juego intereses de índole político afines a sus preferencias, el propio sistema debe ser capaz de proteger a los jueces, rodeándolos de un manto constitucional adecuado; y este es precisamente, el derecho de libre asociación. Por tanto, y contrariamente a lo que se pensaba en el siglo XX, nada impide que los jueces puedan asociarse, no solo para fijar políticas institucionales, sino sobre todo para protegerse asociativamente de las influencias del poder político. Sin embargo, esta tendencia no es reciente. Ha ido evolucionando a partir de los años setenta del siglo pasado y en la actualidad, se encuentra sumamente desarrollado y globalizado; sobre todo, en los países que ejercen los modelos de democracia y consitucionalidad.

Serra Cristóbal, citando a García Morillo, refiere que en cierta forma, el derecho de asociación es en efecto una prolongación de las libertades de pensamiento, expresión y reunión, y una antesala de los derechos de participación, en la medida que, en las democracias actuales la participación política se canaliza preferentemente a través de formas específicas de asociaciones³. Es decir, las asociaciones judiciales tienen doble dimensión; una de carácter constitucional para el ejercicio de los derechos que en ella se determinan; y otra de equilibrio de poderes ante las formas políticas específicas.

Para Taruffo, cuando disminuye la subordinación de los jueces al poder político, se establece una relación dialéctica entre los jueces –que reivindican su autonomía é independencia- y la política. No obstante, agrega que sería ingenuo y poco realista esperar que el poder político establezca una relación de respeto hacia una magistratura que no se subordine a sus directrices⁴. Otro sólido fundamento que justifica la teoriedad del asociacionismo judicial.

Como referíamos, en el siglo XX, el Juez, no podía ejercer ninguna acción política. Entonces, el Estado Liberal ó de Derecho, consideraba el término de política, como toda acción referida a actos de gobierno reservadas exclusivamente a los Poderes Ejecutivo y Legislativo. Entonces, estos actos

de gobierno constituían actos de “poder” propiamente dicho y la administración pública era el brazo coercitivo del Estado.

Con las nuevas ideologías que surgen como consecuencia de la globalización social, los paradigmas del siglo XX cambiaron drásticamente. Uno de ellos, el modelo político de Estado. Existe un cambio de visión del rol de la administración pública a favor de los ciudadanos. Ya no es más el brazo opresor, sino el que debe garantizar la vigencia y respeto de los derechos ciudadanos. El “poder” de gobernar, se transforma en “obligación” de servir al ciudadano; y por tanto, requiere de mayor eficiencia de servicios públicos, entre ellos, el judicial⁵.

La modernización de la tecnología aplicada a los sistemas en general, exigen a los Estados democráticos, diseñar nuevos modelos de sus sistemas judiciales para tornarlos más eficaces y eficientes a favor de los justiciables. Por tanto, es desde su interior de donde deben salir las mejores propuestas de estos diseños en general, partiendo de una adecuada declaración de principios para entender el nuevo rol del Poder Judicial en el siglo XXI. Ello exige que los jueces, sean capaces de identificar nuevas líneas de política institucional para ser propuestas como políticas de Estado en el rubro de la justicia.

2. ANTECEDENTES DEMOCRÁTICOS

El asociacionismo judicial, tiene sus primeros antecedentes en Europa; principalmente en Italia y España. En distintos momentos y circunstancias, pero con las mismas características.

En Italia, con el surgimiento del movimiento “manu puliti”⁶ bajo el liderazgo de los jueces Giovanni Falcone y Paolo Borsalino. La característica de este movimiento, era su enfrentamiento institucional ante al fenómeno de la corrupción de la mafia italiana del “tangentópoli”⁷, a fines de los setenta y principios de los ochenta. Esta forma de doble Estado⁸, por la cual las redes de corrupción invadieron los predios del ejecutivo y legislativo, y también judicial; encontró férrea resistencia en este último. Sin embargo, el asociacionismo como tal, aún no estaba desarrollado. Por tanto, la lucha contra la corrupción se tornó a partir de una perspectiva individual de los jueces Falcone y Borsalino en la preparación del “maxi juicio” instaurado contra los “capos” de la mafia italiana de Palermo; en donde se concentraba el núcleo del poder corrupto.

Posteriormente, la identificación social de estos jueces, prende en otros que intentan vanamente elegir a Falcone como Presidente de la Corte de Palermo. Por tanto, su identificación con la justicia y la democracia, se torna más institucional; aunque sin proclamar sus principios de manera formal.

Por su parte, en esos mismos años, España experimenta el cambio ideológico producto de su apertura post franquista, resultando que en el Poder Judicial, las corrientes eran puramente tradicionalistas é impedían una mejor visión progresista acorde con la corriente europea del momento. Perfecto Andrés Ibáñez, fue uno de los jueces que lideraron la formación de la Asociación de Jueces para la Democracia, que veinte años después, se encuentra mundialmente consolidada.

En un inicio, ésta Asociación es vista como una facción de jueces rebeldes que intentaban cambiar el tradicionalismo judicial monárquico. Sin embargo, queda claro que sus integrantes sí forman un sector progresista que en efecto, buscaba un cambio para adaptar el modelo español a la realidad europea del momento; ello, para garantizar a su vez una justicia equitativa y constitucionalmente accesible en el modelo democrático.

Teniendo en cuenta el escenario español de la época, sus primeros integrantes actuaron casi clandestinamente para evitar represalias de un vasto sector conservador a ultranza y perjudicar con ello, la extensión de esta nueva ideología. En la actualidad, esta Asociación sigue siendo una de vanguardia, aunque no ha podido captar el sector mayoritario español. También queda claro, que su posicionamiento no solo europeo sino también mundial, identifica una línea evidentemente compatible con las tendencias que imponen los estándares democráticos contemporáneos.

Por su parte, el asociacionismo judicial en los Estados Unidos de Norteamérica, obedece a un modelo único. Si bien, existen asociaciones que agrupan los intereses institucionales y gremiales de los jueces, su mayor fortaleza es el liderazgo de sus componentes. Es común que la gran mayoría de jueces norteamericanos, sean autores de ensayos sobre el tratamiento de los principios de la autonomía é independencia judicial en su sistema. Y ello, precisamente por que el mismo está revestido de un componente político en la forma de los nombramientos de los jueces. De esta manera, los jueces han sustentado doctrinariamente, no solo su alejamiento de los intereses políticos en la gestión judicial, sino que identifican al agrupamiento

institucional, como la mejor herramienta de independencia y autonomía. Cabe destacar el Congreso Mundial de Asociacionismo Judicial llevado a cabo el 2003 en Washington, para resaltar precisamente estos fines.

Hernández García destaca que los europeos tardaron en apercibir, a diferencia del pueblo norteamericano, que los jueces son los que están en mejor posición para defender sus derechos y sus libertades⁹. En tal sentido, la visión de acceder a la protección de los derechos en la propia Constitución, faculta el sostenimiento del asociacionismo judicial, en una sociedad tan democráticamente abierta como la norteamericana.

En el Perú, el asociacionismo democrático se gestó al finalizar el siglo XX, precisamente como consecuencia del copamiento institucional del poder político en el gobierno de Fujimori. Los jueces se vieron en la necesidad de asociarse para evitar los embates del poder político que no solo intervenía al sistema judicial, sino que acentuaba la persecución sistemática de los jueces independientes. Contando con la alianza de la sociedad civil y académica, la Asociación de Jueces para la Justicia y la Democracia pudo sostenerse y mantenerse en el espectro social. Hoy cuenta con miembros a nivel nacional y está afiliada a las demás asociaciones judiciales de la región.

No obstante, en un primer momento no fue fácil captar el interés de los jueces nacionales, por una sensación de evidente temor ante la reacción del poder político. Sin embargo, superado el difícil trance de la consolidación democrática a través del proceso de transición en el año 2001, las muestras de respaldo fueron progresivas.

Con el objeto de dejar claramente sentadas sus bases institucionales, ésta asociación peruana formuló en sus estatutos, una declaración de principios, basada en la defensa del imperio de la constitución, la estructura democrática de la Nación y el respeto a la justicia dignificando la labor del magistrado¹⁰.

El sistema judicial argentino, ha podido también consolidar el asociacionismo judicial de una manera muy importante. La presencia activa de los jueces en el desarrollo de su sistema judicial, es una forma de lograr la evolución del fortalecimiento democrático de la judicatura. No es extraño comprobar como los jueces han asumido un liderazgo activo en el sistema

argentino, y a partir de lo cual lideran también en la región, importantes programas de reforma judicial.

Similares características tienen las demás asociaciones independientes de jueces en América Latina; pero lo sustancial es su vínculo con los preceptos democráticos inspirados en los principios constitucionales que crean derechos básicos y que el Poder Judicial está en la obligación de reconocer y hacer respetar.

3. CONCLUSIONES

De esta manera pues, se ha consolidado la nueva doctrina ideológica de la Justicia Democrática, mediante la cual, los jueces si bien no hacen política proselitista, se han alineado con las corrientes ideológicas contemporáneas y pueden establecer bases de política institucional para ser propuestas a su vez como políticas de Estado en el rubro de la Justicia; tales como el acceso a la justicia, fortalecimiento de la justicia consuetudinaria, nueva gestión del despacho judicial, introducción de la cultura organizacional para las reformas judiciales; etc.

Esto es entonces, el componente necesario que deben desarrollar los jueces para fortalecer su poder institucional; y queda claro que individualmente eso es inviable. El único modo posible, es el asociacionismo judicial, a fin de ordenar los roles y compromisos de los jueces en las tareas que puedan identificar mejor de acuerdo a sus propios perfiles.

Otra de las conclusiones visibles, es que el fortalecimiento institucional, toma forma a partir de la defensa de los derechos de los jueces, garantizando la libertad de expresión de manera asociada. La defensa grupal, contando con adecuadas alianzas estratégicas con los sectores sociales más representativamente democráticos, constituyen la principal herramienta para consolidar el poder constitucional de la judicatura. Una defensa cerrada del cuerpo judicial, frente a los embates del poder político, si bien debe ser institucional, no obstante asociativamente también puede coadyuvar al fortalecimiento del sistema; sobre todo, cuando sus alianzas se encuentran bien consolidadas.

Por otro lado, y siguiendo el ejemplo argentino, a través del asociacionismo, las propuestas de reformas y transformaciones del sistema judicial,

adquieren mayor validación a partir de los propios cuerpos judiciales. El estudio y conocimiento de su propio sistema, es un factor de apoyo que poseen los jueces para el desarrollo de todos los componentes del nuevo derecho judicial; el cual reúne conceptos modernos sobre la perspectiva de un sistema judicial más democrático en el Estado constitucional.

En el siglo XXI, no queda duda que esta nueva ideología transformada en doctrina, es la que impera en las sociedades democráticas del mundo.

¹ En los países que han asumido el modelo del Estado Constitucional por el Estado de Derecho. Ver: Prieto Sanchis, L. Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial. Palestra Editores. Perú. 2002.

² Jueces, justicia y poder en el Perú. Lima, CEDYS. 1982. Pag. 47.

³ Sierra Ciristóbal, R. La libertad ideológica del juez. Universitat de Valencia. 2003. España. Pag. 148.

⁴ Taruffo, M. Jueces y política: de la subordinación a la dialéctica. ISONOMIA N° 22. Abril 2005. México. Pags. 16 y 17.

⁵ Bajo el modelo político de separación de poderes, el Poder Judicial forma parte del Estado. Por tanto, su organización comprende servicios públicos para el acceso a la justicia.

⁶ Jueces manos limpias.

⁷ Ciudad del soborno.

⁸ Corrupción del aparato estatal en licitaciones públicas como construcción de carreteras que no conducían a ninguna parte; puertos sin barcos; aeropuertos inoperativos; monumentos sin sentido; etc.

⁹ Hernández García, J. Las reformas judiciales en Iberoamérica ¿Necesidad ó moda? En: Sistema de portales Profesional. Marzo 2006. puerto: www.gobernabilidad.cl

¹⁰ *DECLARACION DE PRINCIPIOS*

La creación de la presente Asociación de Jueces, se Origina en la necesidad de contar con una tribuna abierta que propicie el análisis y debate en defensa de nuestros derechos, que permita la opinión libre frente a la problemática originada por la situación del estado de derecho de nuestro país.

Como Magistrados, tenemos la obligación de examinar críticamente la situación del respeto a la Constitución y principalmente evaluar la situación del Poder Judicial como órgano controlador de los poderes del Estado, a fin de contribuir a una eficaz mejora del ámbito judicial, para ello no solo es necesario detectar deficiencias y proponer mejoras, si no también, tomar conciencia de que, aún tras la transformación que viene experimentando la administración de justicia en nuestro país, existe en la sociedad un extendido estado de opinión que refleja una profunda insatisfacción con el funcionamiento de esta y que afecta negativamente a la confianza del pueblo peruano en nuestro sistema de administración de justicia, que debe revertirse.

La Asociación no pretende asumir posiciones de carácter político ni personales, sino promover dentro de un marco de amplitud democrática el análisis y debate sobre los temas de interés, los que culminan con acuerdos que reflejan posturas debatidas por sus integrantes.

LA SENTENCIA COMO UN ACTO DE AMOR **Aplicada contribución hacia una Poética de la Justicia**

JAIME FRANCISCO COAGUILA VALDIVIA*

Resumen:

El presente ensayo intenta la reconstrucción de la noción de justicia a partir de tres conceptos básicos como son: la alteridad, la narratividad y el amor; con el objetivo de contribuir a la formulación de una poética de la justicia donde la sentencia se convierta además para el juez en una acto de amor hacia sus semejantes.

Palabras clave: Justicia - Amor - Alteridad - Narratividad.

Abstract:

The present essay is a reconstruction of the concept of justice through the alterity, the narrativity and the love; with the purpose to contribute to the formulation of a poetic of the justice where the judge verdict can be converted into an act of love for the fellow being.

Key words: Justice - Love - Alterity - Narrativity.

Sumario:

1. Introito. 2. Poema Primero: La Justicia de la Alteridad. 3. Poema Segundo: La Justicia de las Narraciones. 4. Poema Tercero: La Justicia del Amor. 5. Excurso.

* Juez Penal Provisional de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.

INTROITO:

La sentencia puede ser un acto de amor, pero antes que todo debe también acoger la noción de alteridad y estructurarse en base a la narración. La vida de un hombre sin amor es la subsistencia de un alma sin historia, la versificación de un poema sin metáforas, la argumentación de un proceso sin personajes. La justicia sin amor tiene poco de humana y es fríamente instrumental, porque rechaza la solidaridad y se afianza en el mero egoísmo. Aquí un conjunto de poemas desde la justicia, que devotamente se entregan al estilo de un aplicado cronopio.

POEMA PRIMERO La justicia de la alteridad

Muchos consideran a Jean-Baptiste Grenouille como un monstruo, porque carecía de todo tipo de aroma y no albergaba en su corazón ninguna clase de sentimiento, por lo que su único objetivo en la vida constituirá en fabricarse un perfume que lo dote de aquél atributo humano del cual estaba desprovisto. Esta es la trama de la novela "*El Perfume*"¹ del escritor Patrick Süskind, que nos permite indagar sobre aquello que nos convierte en seres humanos y nos hace reconocibles entre nuestros semejantes, ¿acaso la metáfora de un hombre sin aroma puede revelarnos la necesidad de una justicia de la diferencia?, lo cierto es que la pretensión de Grenouille esconde la exigencia de mayor humanidad en un mundo completamente deshumanizado, la urgencia de amor en un sistema plagado de injusticias, y la reconfiguración de las sentencias a partir del reconocimiento de la vida.

Para *Paul Ricoeur* la virtud de la justicia se establece a partir de una distancia con el otro, tan originaria como la relación de proximidad ofrecida en su rostro y en su voz², acaso también en su aroma; por lo que el lugar filosófico de *lo justo* se encuentra en el deseo de una vida lograda con y para los otros en medio de instituciones justas³. De esta forma, según este filósofo es necesario entablar una dimensión dialógica entre el sí mismo y el otro a través de una institución encargada en el personaje del juez, y cuyo propósito no es instaurar lo bueno ni lo legal, sino lo equitativo en situaciones de conflicto⁴. Así la justicia viene ligada al deseo integral de vivir bien con respecto a los derechos de los demás y considerando al otro como un ser humano igual a uno mismo y susceptible de ser juzgado por la justicia no con los ojos vendados, sino plenamente conciente de que se

trata de una persona que merece ser tratada con dignidad y respeto a sus derechos.

El ingreso a la alteridad permite reconstruir el tejido roto de la justicia con la sociedad de las instituciones con el hombre común, de los sentimientos del juez en relación con las partes, para develar el trasfondo profundamente autoritario a que responde la justicia sin rostro de los tribunales contemporáneos. En estas circunstancias, no es entonces casual encontrar criminales sin olor, víctimas sin voz, litigantes sin alma, todos ellos exigiendo unánimemente un poco de sensibilidad y quizá algo de comprensión a sus dramas personales. La metáfora de un hombre sin olor es en gran medida menos dramática a la de un juez sin corazón.

POEMA SEGUNDO La Justicia de las Narraciones

Pero el rescate de la alteridad resultaría incompleto de no proveerse con el arte de contar, porque la justicia como relato es la corriente de historias que flota y espejea a tramos tan distinta, en un gran río de otros relatos⁵, la justicia desde este enfoque solo cobra vida a partir de las narrativas personales de los implicados de su intención de confrontar su relato en una batalla judicial. Así la justicia depende de las narraciones y de sus mecanismos literarios, y las historias en juego se cotejan a si vez a través del cristal de la alteridad, resulta sintomático en esta orden encontrar tramas similares y desenlaces predecibles en un tramado de versiones diversificadas por el tiempo.

Jerome Bruner propone por su parte, una interpretación psicoanalítica, y apunta a que la narrativa permite la construcción y reconstrucción de sí mismo desde la cultura adonde pertenecemos, ya que es imposible concebir a alguien desprovisto de la capacidad de narrar y forjarse una historia⁶. Desde esta perspectiva el sujeto se configura en tanto trama personal y se humaniza en la dimensión que su versión de la vida se interpola con otras narrativas, porque la palabra confiere al hombre el dinamismo de los acontecimientos y le permite entender a la justicia a partir de relatos encontrados e historias reconstituidas.

La sentencia no seca al discurso de las narraciones y tiene la misión de articular un universo en cierta medida ficcional que responda al clamor de una narrativa razonable, esto es finalmente una historia coherente que encaje

perfectamente en aquel espacio existente entre el sí mismo y el otro, se puede concluir entonces que nada puede crecer ni siquiera la justicia, sino se alimenta del arte de narrar y la fuerza de la literatura implícita en nuevas vidas.

POEMA TERCERO La Justicia del Amor

Al inicio de "*La Insoportable Levedad del Ser*"⁷ de Milán Kundera, uno de sus personajes de la novela imagina a su compañera como un niño al que alguien había colocado en un cesto y enviado río abajo, a continuación el novelista interviene y recrimina frontalmente para advertir a los lectores que: "*Con las metáforas no se juega, porque el amor puede surgir de una sola metáfora*". Basta esta referencia para estar prevenidos sobre la inusual fortaleza del amor y su importante papel a desarrollar en el campo de la justicia ¿pero es sinceramente posible especular sobre una alianza entre el amor y la justicia?, desde nuestro punto de vista el amor brinda armonía y equilibrio a la justicia; ya que como bien ha anotado *Ricoeur* la poética del amor tiende a la sobreabundancia y la gratitud, en tanto la prosa de a justicia corre el riesgo de caer en una simple regla utilitaria⁸, una metáfora de la justicia puede dibujarse como un puente dialéctico trazado entre el amor y la justicia⁹, a través del cual circulen demostraciones de reconocimiento y solidaridad plenamente humanos.

No se debe temer al amor ni a sus metáforas, porque sólo a través del amor la justicia puede entrar en la esfera de la vida práctica y ética, una justicia sin amor se convierte en un imperativo material defendido exclusivamente por la razón instrumental, en cambio una decisión sustentada en el amor por la justicia aplica la fuerza de las convicciones, el respeto por la alteridad y la aceptación de la vida en cuanto historia narrada. El amor en las sentencias no puede ser desproporcionado si se acomaña de la noción de "*lo justo*" como armonía social, es por estas razones que la lógica del amor se impone a pesar de que incluso el Derecho tema asumir que puede estar preso de algunas cuantas metáforas.

EXCURSO

La poética de la justicia muy bien puede comenzar por dibujar las sentencias por medio de estrofas, o mejor aún, (re)dibujarlas en virtud al mensaje del amor que renace a veces incluso en el despertar de una flor enamorada.

Jaime Francisco Coaguila Valdivia - La sentencia como un acto de amor.
Aplicada contribución hacia una Poética de la Justicia

-
- ¹ Süskind, P. El Perfume. Traducción de Pilar Giralte Gorina. Barcelona: RBA Editores S.A., 1993, pág. 223.
 - ² Ricoeur, P. Lo justo. Traducción de Carlos Gardini. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997, pág. 14.
 - ³ Ricoeur, P. Op. Cit. Pág. 16.
 - ⁴ Ricoeur, P. Op. Cit. Pág. 26.
 - ⁵ Calvo, J. *La Justicia como relato*. Málaga: Editorial Ágora S.A., 2002, 2ª Ed. Pág. 81
 - ⁶ Bruner, J. *Making Stories: Law, Literatura, Life*. Cambridge-London: Harvard University Press, 2002, pp. 85-87.
 - ⁷ Kundera, M. *La Insoportable Levedad del Ser*. Traducción de fernando de Valenzuela. Barcelona: RBA Editores S.A., 1993, pág. 316.
 - ⁸ Ricoeur, P. Amor y Justicia. Traducción de Tomás Domingo Moratalla. Madrid: Caparrós Editores, 1993, pág. 11.
 - ⁹ Ricoeur, P. Op. Cit. Pág. 26.

EL DERECHO DE TRABAJO DE LOS MENORES

JENNY CECILIA VARGAS ÁLVAREZ*

Resumen:

Estudios han determinado que los menores se ven obligados a trabajar por vacíos y contradicciones normativas así como por factores de violencia, pobreza, etc. En ese sentido el presente artículo en una primera parte busca explicar el concepto de derechos de los niños y adolescentes desde un punto de vista de la escuela liberacionista y la escuela proteccionista; para en una segunda parte explicar cuales son los instrumentos normativos tanto nacionales como internacionales que sirven para la protección de los derechos de los niños y adolescentes; finalmente contiene un análisis sobre las condiciones de trabajo en nuestro país.

Palabras Clave: Trabajo infantil – Jornada Laboral – Derecho de los niños.

Abstract:

Studies have determined that the minors are forced to work because of the emptiness and contradictions of our law as well as by factors of violence, poverty, etc. In that sense the present article in the first part intent to explain the concept of the children and adolescent rights from the liberalist and protectionistic school point of view. In the second part explains which are the national and international normative instruments that are helpful for the protection of the children and adolescents rights. The article ends with and analysis of the work condition in our country.

Key words: Child labor – Daily work hours – Child Rights.

Sumario:

1. Introducción. 2. Los menores trabajadores en cifras. 3. Surgimiento de la concepción de los menores como sujetos de derecho. Las teorías liberacionista y abolicionista. 4. Protección existente: Convenios Internacionales, Constitución, Códigos, Leyes y Programas. 5. Condiciones de trabajo y por qué no se cumplen las normas. 6. Comentarios finales. 7. Conclusiones.

* Vocal Titular de la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Ucayali.

1. INTRODUCCIÓN

Todos los niños y niñas deberían poder tener un tiempo para jugar, aprender, crecer, oportunidad de desarrollar sus potenciales y soñar con el futuro. Sin embargo, para 250 millones de niños y adolescentes en todo el mundo, esto no es posible porque emplean sus frágiles fuerzas para trabajar, por eso la niñez es un sueño perdido. Ellos trabajan en las ruidosas y sobrepobladas ciudades como trabajadores del hogar, o en las calles vendiendo golosinas, flores, videos desde las primeras horas de la mañana hasta después del ocaso, y en las áreas rurales quemándose bajo el sol expuestos a las inclemencias geográficas infectadas de residuos químicos; en las zonas industrializadas doblándose las espaldas en oscuras fábricas bajo el látigo de la esclavitud moderna. Estos niños y niñas aprenden el juego de la sobrevivencia, la calle es su maestra y su recompensa la injusticia. Su futuro está lleno de incertidumbre. Por estos y otros motivos, quisimos tocar este tema que hoy en día, en nuestro país como en el resto del mundo, es uno de los más cuestionados y que lamentablemente como signo de que se hace poco o nada siempre estará en la agenda.

2. LOS MENORES TRABAJADORES EN CIFRAS

Aún cuando se ha llevado a cabo en el año 2007 el XI Censo Nacional de Población en nuestro país, no existen aún cifras oficiales, por lo que nos vemos obligados a basarnos en las cifras publicadas en la página web del INEI del año 2005; según esta institución en el 2,005 la población en el Perú ascendió a 27'219,264, de los cuales 10% entre 15 a 19 años son mujeres, en tanto que el 10.20 % son hombres. Los menores entre 10 y 14 años tiene un porcentaje de mujeres ascendente a 10.70% en tanto que el 11.20 % son hombres. Por último entre los 5 y 9 años 10.30 son mujeres y 10.70% son hombres.

Según la OIT, existen 352 millones de niños trabajadores a nivel mundial, de ellos 211 millones entre 5 y 14 años. En América Latina y El Caribe, la cantidad estimada de los Trabajadores infantiles es 27.7 millones (ILO, 2202a). En el Perú, la cantidad estimada de los trabajadores infantiles entre los 6 y 17 años es 1'987,165.00 (INEI 2001), la cual representa el 28.6% de todas las personas entre dichas edades. En el 2005 se prevé que la cantidad de personas menores de 18 años que se encuentran trabajando subirá al 31,8 % (INEI 2002).

Estudios han determinado que los menores se ven obligados a trabajar, principalmente por incidencia de los vacíos y contradicciones normativas (leyes). Son factores originarios, la pobreza, la violencia intrafamiliar y, lo que es más, la falta de oportunidades y cumplimiento de la “obligatoriedad” de la educación. “Niño que no estudia, trabaja”.

Así pues, el trabajo de menores constituye una actividad efectuada a temprana edad. En el campo más que en la ciudad. El 80% es informal y el 10% labora en sectores más organizados. En ambos casos por las circunstancias están impedidos de ir a la escuela, abandonándola y limitando su rendimiento futuro.

Las jornadas laborales reales, en algunos casos, superan a las reconocidas en la legislación para un trabajador adulto y salarialmente los niños y niñas entre 10 y 14 años perciben una remuneración, más de las veces, menor que el salario mínimo. 20% menos que un adulto y/o se les paga en especies. Está demás mencionar que no hay derechos laborales específicos, salvo el caso de las trabajadoras del hogar.

3. SURGIMIENTO DE LA CONCEPCIÓN DE LOS MENORES COMO SUJETOS DE DERECHO. LAS TEORÍAS LIBERACIONISTA Y ABOLICIONISTA

Es partir del siglo XX que se inserto el concepto de los derechos de los niños, existiendo desde entonces dos escuelas, la escuela liberacionista y la escuela proteccionista, abolicionista o paternalista.

La escuela liberacionista propugna que los niños son capaces de decidir sobre sus propias vidas y que ellos deben participar en el proceso de toma de decisiones. En el Perú, el movimiento nacional de niñas, niños y adolescentes trabajadores del Perú (MNNATSOP) representa esta escuela.

La escuela proteccionista, en cambio, pone atención a las diferencias en el desarrollo físico y psicológico entre niños y adultos. Representantes de esta escuela ven a los niños como seres vulnerables y, por lo tanto, manifiesta que se les tiene que proteger. En el Perú, el investigador Walter Alarcón Glasinovich representa esta escuela con su artículo ¿Por qué erradicar el trabajo infantil?, sugiriendo que el trabajo infantil tiene que ser erradicado para que todos los niños tengan las mismas posibilidades.

Convenciones internacionales como la de la UN sobre los derechos de los niños (The UN Convention on the Rights of the Child) tratan de combinar el punto de vista de las dos escuelas.

La actitud del Estado peruano parece ser la inclinada a la escuela proteccionista. Mientras el Código de los Niños y Adolescentes, por ejemplo, sí promueve la libertad de los niños para expresar su opinión, la mayoría de las acciones políticas están dirigidas a la erradicación del trabajo infantil y la protección de los niños.

4. PROTECCIÓN EXISTENTE: CONVENIOS INTERNACIONALES, CONSTITUCIÓN, CÓDIGOS, LEYES Y PROGRAMAS

Existen varios instrumentos normativos que sirven primero para la protección de los derechos de los niños y adolescentes, donde se les reconoce como seres humanos destinatarios de protección como tales, así tenemos la Declaración Internacional de Derechos Humanos de 1948, siendo asumida como parte de la legislación nacional en el año 1959.

Convenio N° 138 de la OIT sobre Edad Mínima de Admisión al Empleo, aprobado por la Conferencia Internacional de Trabajo, el 26 de junio de 1973 y ratificado por el Perú mediante el Decreto Supremo N° 38-2001-RE de 30 de mayo de 2001, que prevé expresamente que: "Todo miembro para el cual esté en vigor este convenio se compromete a seguir una política nacional que asegure la abolición efectiva del trabajo de los niños". Según esta convención la edad mínima de trabajar debe ser al terminar la educación obligatoria o en todo caso no menos de 15 años. Las organizaciones que trabajan con niños en el Perú han criticado la convención por poner a los niños en una situación vulnerable, porque evita que menores de 15 trabajen, que su trabajo se vea como ilegal, y por tanto no tienen la protección de las leyes.

Además existe normatividad referida específicamente al trabajo de los menores, así tenemos la Convención sobre Derechos de los Niños, del año 1989 y que refiere al trabajo infantil como dañino para los estudios de los niños (Artículo 32º). La Convención trata de animar a los Estados para crear normas y medios sociales y educativos para que se respete la edad mínima del trabajo, condiciones de trabajo, jornadas, etc.. El Perú ha ratificado la convención sobre los derechos de los niños en 1990.

También contamos con el Convenio N° 182 sobre las peores formas del trabajo infantil doméstico, ratificado por el Perú mediante el Decreto Supremo N° 87-2001-RE del 30 de noviembre de 2001, donde se reconoce como niño a los menores de 18 años, que se refiere a 1) todas las formas de esclavitud, 2) prostitución infantil, 3) el uso de los niños en actividades ilícitas como el narcotráfico, 4) cualquier trabajo que posiblemente daña la salud, la seguridad o la moral de los niños.

En la legislación nacional tenemos que la Constitución de 1993 protege el trabajo de los adultos, garantizando el mínimo legal de horas diarias o semanales, así como la remuneración mínima legal y beneficios sociales; sin embargo, respecto de los niños de manera específica no hace mención alguna.

El Código Civil de 1984, prevé que los niños pueden involucrarse en una actividad económica con el permiso de sus padres.

En el Código Penal de 1991 se prevé que forzar a niños a trabajar es una violación de la ley, frente a lo cual las autoridades públicas deben tomar acción legal.

El Código de los Niños y Adolescentes de 1992, Ley N° 27337, establece que niño es aquella persona hasta los 12 años y adolescente más de 12 años hasta los 18¹. La edad mínima para trabajar es 14 (en ciertas condiciones se puede reducir hasta 12), todas las actividades económicas en que participan los adolescentes tienen que ser registradas y autorizadas por uno de los padres. El trabajo no debe intervenir con la asistencia al colegio, los niños que trabajan deben tomar un examen médico en el caso del servicio doméstico², el que es gratuito. Las jornadas de trabajo van entre 4 horas diarias para los niños de 12 a 14 años, y de 6 horas diarias para los niños entre 15 y 17 años, el trabajo nocturno es prohibido³. Los niños tienen derecho a la misma remuneración para el mismo trabajo que realicen los adultos, a vacaciones durante las vacaciones del colegio y al seguro social. La institución estatal encargada de velar por el cumplimiento de los derechos de trabajadores adolescentes es el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social. El Estado propone horarios especiales en las instituciones de educación para que los niños trabajadores puedan asistir a la escuela. Asimismo, se les reconoce el derecho de asociación,⁴ así como existen programas de protección a los niños y adolescentes discapacitados⁵.

Por otro lado, en los últimos años, la OIT ha implementado con éxito los programas de transferencias en efectivo condicionadas (TEC) en América Latina que ha provocado un interés sustancial por su aplicación en otras regiones del mundo. Los programas de TEC son, hoy en día, ampliamente promovidos como una forma de ampliar el ámbito de la asistencia social a los necesitados. La cantidad de publicaciones sobre los programas de TEC están aumentando con rapidez y muchos de los trabajos publicados están dedicados a su evaluación desde varias perspectivas. A través de varias iniciativas, la OIT está llevando a cabo un desarrollo de conocimiento y capacidad para ofrecer asistencia técnica a sus Estados miembros en el diseño, implementación, monitoreo y evaluación de programas de transferencias condicionadas centrados en la reducción del trabajo infantil. En este contexto, la transición a enfoques menos directos es indispensable si se quiere cumplir el objetivo de acabar con las peores formas de trabajo infantil en el plazo de una década.

En el marco de la reciente iniciativa de la OIT “Acabar con las peores formas de trabajo infantil para el 2016” (No WFCL-by-2016), los programas de TEC pueden ser una herramienta poderosa para conseguirlo.

5. CONDICIONES DE TRABAJO Y PORQUE NO SE CUMPLEN LAS NORMAS

Respecto a las condiciones de trabajo verificadas según la OIT (ILO 2002), la jornada de los TID es entre 10 y 15 horas, 70% de los menores no tienen vacaciones, 20% de los TID en Lima no tienen sus 24 horas seguidas de descanso, y muchos tienen que trabajar aunque estén enfermos.

Asimismo, se tiene conocimiento de formas de maltrato por ejemplo en el caso de las trabajadoras del hogar, algunas tienen que dormir en el suelo y bañarse con agua fría aunque el resto de la familia use agua caliente, bajo el pretexto de que ellas están acostumbradas; se le cambia de nombre si el nombre que tienen no es del agrado de la familia, se le da restos de la comida o se le ordena utilizar distintos ingredientes para el preparado de sus alimentos, se le insulta, se le encierra en su cuarto, no se le permite tener contacto con su familia muchas veces obligando a estas personas a escapar perdiendo todas sus pertenencias, no se le paga lo acordado, se le realizan descuentos de sus ingresos sin previa investigación o tener en cuenta los accidentes propios de la labor, o sencillamente no se le paga su sueldo bajo

el pretexto de que no sabe administrar. Por otro lado se les restringe el acceso a los estudios escolares.

Que, estas formas de maltrato desarrolladas por el empleador afecta en mucho el desarrollo psicológico, fisiológico y educacional de los niños. Además, las condiciones físicas del trabajo como el uso de productos químicos y largas jornadas de trabajo, tienen efectos negativos en la salud, por cansancio también afecta sus estudios, y en general su vida personal, sufren asimismo de insomnio, depresión y algunas veces incluso son afectados por accidentes de trabajo.

Su autoestima es baja tanto por las condiciones en que trabajan como por el trato que reciben, el que ha sido calificado como discriminatorio, lo que además redundando en el hecho de que los hace poco sociables.

Aun cuando existe legislación importante como la Convención sobre los Derechos de los Niños, en estas casi no viene mencionado el trabajo doméstico, y por otro lado, en realidad no son respetadas por países que las han ratificado. Se refiere a la falta de sanciones y ambientes culturales, donde trabajo doméstico es visto como algo normal tanto por los empleadores como trabajadores. También subraya que los ciudadanos peruanos no tienen mucho poder para influir la política nacional.

El 11 de junio se celebró es el día Mundial contra el trabajo infantil, que es la peor forma de explotación y abuso que pone en peligro la salud, seguridad y educación de los más chicos, al mismo tiempo que atenta contra su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

6. COMENTARIOS FINALES

En el Perú existe una amplia y variada protección para los niños y adolescentes trabajadores; sin embargo, no se encuentran garantizados los derechos de los menores trabajadores, esto por cuanto no existen medidas políticas efectivas dirigidas a abolir el trabajo infantil, para garantizar que los menores que trabajen no sean explotados, que tengan adecuadas condiciones de trabajo y que se vigile el cumplimiento de sus derechos laborales.

Es necesaria la implementación de un conjunto de medidas dirigidas a efectivizar el trato de los menores trabajadores en condiciones de igualdad,

aplicando para esto mecanismos de igualdad positiva, otorgándoles mayores protecciones en aplicación del test de proporcionalidad.

Es necesario crear los mecanismos y vías a nivel judicial para garantizar no sólo el cumplimiento de los derechos laborales de los trabajadores menores, sino además esta garantía debe ser rápida y eficaz, procurando el trámite más eficiente y de corto plazo. Una de las medidas sería la capacitación de Jueces de Trabajo sobre principios como el interés superior del niño, para cuando tengan que resolver una demanda de beneficios sociales interpuesta por un menor.

Es necesario garantizar el acceso a la debida información de sus derechos a los menores trabajadores, debiendo el Ministerio de Educación en coordinación con el Ministerio de la Mujer promover cursos escolares que incluyan estos temas.

Hay que procurar, mediante una reforma legislativa, garantizar que el derecho de acción no se encuentre limitado en el tiempo, esto es que los derechos laborales de los menores no prescriban o que corra el plazo prescriptorio a partir de que adquieran la mayoría de edad.

Es necesario implementar medidas políticas directas mediante la participación y actuación de personalidades ampliamente reconocidas por la lucha por los derechos de los menores trabajadores, los que como cualquier persona requiere tener representatividad en el Congreso de la República.

7. CONCLUSIONES

1. La necesidad de implementar la imprescriptibilidad de los derechos laborales de los menores de edad, o en el peor de los casos que el plazo prescriptorio corra desde que el menor adquiere la mayoría de edad.
2. Habilitar la competencia para conocer las acciones laborales de los menores a favor de los Jueces de Paz y los Jueces de Paz Letrado.
3. La implementación como obligatoria en los colegios del curso sobre los derechos laborales de los menores de edad.
4. Establecer la cuota mínima en las listas para el Congreso de una persona de amplia y reconocida trayectoria en la lucha y reivindicación por los derechos de los menores.

5. Implementación del censo semestral de los menores trabajadores, en coordinación con el Ministerio de Educación y Ministerio de Trabajo, para que previa capacitación de profesores de los colegios, se obtenga no sólo información sobre el número de menores trabajadores, sino la ubicación y determinación de los empleadores, las condiciones de trabajo y el cumplimiento del pago de los beneficios sociales, el que en todos los casos deberá ser efectuado vía depósito bancario en la zona urbana y en la Dirección del Colegio en las zonas rurales.

¹ Artículo I. Definición.- Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad.

² Artículo 55°. Examen médico. Los adolescentes trabajadores son sometidos periódicamente a exámenes médicos. Para los trabajadores independientes y domésticos los exámenes serán gratuitos y estarán a cargo del Sector Salud.

³ Artículo 19°. Modalidades y horarios para el trabajo. El Estado garantiza modalidades y horarios escolares especiales que permitan a los niños y adolescentes que trabajan asistir regularmente a sus centros de estudio. Los Directores de los centros educativos pondrán atención para que el trabajo no afecte su asistencia y su rendimiento escolar e informarán periódicamente a la autoridad competente acerca del nivel de rendimiento de los estudiantes trabajadores.

Artículo 56°. Jornada de trabajo. El trabajo del adolescente entre los doce y catorce años no excederá de cuatro horas diarias ni de veinticuatro horas semanales. El trabajo del adolescente, entre los quince y diecisiete años no excederá de seis horas diarias ni de treinta y seis horas semanales.

⁴ Artículo 13°. A asociarse. El niño y el adolescente tienen derecho a la libertad de asociarse con fines lícitos y a reunirse pacíficamente. Sólo los adolescentes podrán constituir personas jurídicas de carácter asociativo sin fines de lucro. Los niños podrán adherirse a dichas asociaciones. La capacidad civil especial de los adolescentes que integran estas personas jurídicas sólo les permite la realización de actos vinculados estrictamente a los fines de las mismas, siempre que no importen disposición patrimonial. Estas asociaciones son reconocidas por los Gobiernos Locales y pueden inscribirse en los Registros Públicos por el solo mérito de la Resolución Municipal de reconocimiento.

⁵ Artículo 36°. Programas para niños y adolescentes discapacitados. El niño y el adolescente discapacitados, temporal o definitivamente, tienen derecho a recibir atención asistida y permanente, bajo responsabilidad del Sector Salud. Tienen derecho a una educación especializada y a la capacitación laboral bajo responsabilidad de los Sectores Educación y Trabajo. El discapacitado abandonado tiene derecho a una atención asistida permanente bajo responsabilidad del PROMUDEH.

COLISIÓN DE LA LEY PENAL Y LA COSTUMBRE EN LOS DELITOS DE VIOLACIÓN SEXUAL A MENORES DE EDAD COMETIDOS POR LOS INTEGRANTES DE LAS COMUNIDADES NATIVAS DE LA CUENCA DEL RÍO AMAZONAS

JORGE CUEVA ZAVALETA*

Resumen:

La presente investigación parte de la necesidad de dejar al descubierto el problema jurídico que se suscita al aplicar la Ley Penal de la cultura mayoritaria mestiza en las comunidades nativas del río Amazonas, colisionando con sus costumbres ancestrales que rigen su forma de vida, y de esta manera lograr que se legisle en forma descentralizada teniendo en cuenta sus propios organismos de resolución de conflictos.

Palabras Clave: Comunidad nativa - costumbre - multiculturalidad

Abstract:

This present research is made from the necessity of leaving uncover the legal issue which is generated when criminal law of the majority mixed race culture is applied over the native communities from the Amazon River basin, colliding with their ancient customs which underlie their living style. Thus we propose decentralized legislation based on their own organisms to solve conflicts.

Key words: Native communities - customs - Multiculturality.

Sumario:

1. Introducción.
2. Material y métodos.
3. Resultados. Discusión.
4. Conclusiones.

* Vocal Titular de la Corte Superior de Justicia de La Libertad y Ex-docente de pre y postgrado de Derecho en la Universidad Nacional de Trujillo.

I. INTRODUCCIÓN

1. Antecedentes del problema:

La Constitución Política del Perú reconoce el derecho de las personas a su identidad cultural, así como a la existencia de las comunidades campesinas y nativas. Estos Derechos están establecidos en el artículo 2º, inciso 19 y en el artículo 89º de la carta fundamental. El Perú, como país multicultural, tiene una población conformada por diferentes culturas con sus propias costumbres, las mismas que se encuentran asentadas en sus diversas regiones naturales. Así tenemos, los Mestizos (mayoría) en la Región Costa; Indígenas (mayoría) en la Región Sierra; Mestizos (mayoría) y Nativos (minoría) en la Región Selva.

Según la Carta Magna, todos somos iguales ante la Ley, sin embargo, su aplicación no tiene en cuenta nuestra realidad nacional; por un lado están los Mestizos inmersos en los adelantos científicos de las grandes ciudades y, por otro lado, olvidados, abandonados y al borde de la extinción los miembros de las comunidades nativas de la cuenca del río Amazonas.

Una de las costumbres ancestrales de las comunidades nativas es el inicio temprano de la vida sexual de sus mujeres, a pesar de ello, los nativos (al igual que los mestizos) son procesados por la comisión del delito de violación sexual de menores de edad, por el sólo hecho de convivir con menores de su propia comunidad.

Los miembros de las comunidades nativas se rigen por sus propias costumbres y es en la propia comunidad donde resuelven los problemas sociales que se presentan; sin embargo, el Estado ha establecido que están exentos de responsabilidad sólo cuando haya error de comprensión culturalmente condicionado (conforme lo establece el Código Penal en su artículo 15º), pero no ha tenido en cuenta que los nativos no actúan por error sino por su modo de vida ancestral.

Actualmente, no se encuentran trabajos de investigación relacionados con la problemática suscitada con la aplicación de la Ley Penal en los delitos de violación sexual de menores de edad que se imputa a los miembros de las comunidades nativas del Río Amazonas, sin tener en cuenta sus costumbres ancestrales.

2. Justificación:

La Investigación se justifica por que no se respeta las costumbres ancestrales de los nativos de la cuenca del río Amazonas, quienes son procesados tan igual como los otros miembros de la población peruana, con una legislación penal unitaria, centralista y urbanista e incluso sin respetar su idioma y hábitat natural. Con esta investigación se persigue dejar al descubierto el problema jurídico que se suscita al aplicar la Ley Penal en las comunidades nativas del río Amazonas, que colisiona con sus costumbres ancestrales y de esta manera lograr que se legisle en forma descentralizada, dejando a un lado el aforismo constitucional “todos somos iguales ante la Ley”, por lo menos en lo que respecta al ámbito penal.

3. Planteamiento del Problema:

De la problemática antes expuesta, se planteo el siguiente problema de investigación:

¿Colisiona la Ley Penal con la Costumbre cuando se aplica en los delitos de violación sexual de menores cometidos por los integrantes de las Comunidades Nativas de la cuenca del río Amazonas?

4. Marco Teórico

4.1. La Multiculturalidad en el Perú

El Multiculturalismo, es la primera expresión del pluralismo cultural, que promueve la no discriminación por razones de raza o cultura, la celebración y reconocimiento de la diferencia cultural así como el derecho a ella. Empero, como lo sostiene Hurtado, el Estado Liberal frente al Multiculturalismo adoptó en un primer momento la estrategia de la tolerancia, entendida como “no criminalización” de las actuaciones de los miembros de minorías, en tanto no atentaran contra la cultura mayoritaria y cumplieran sus obligaciones legales¹. El Perú es un país multicultural y plurilingüe en el que coexisten más de 65 grupos étnicos en costa, andes y amazonía. Los pueblos amazónicos, fueron impelidos a organizarse de forma nuclear, en comunidades denominadas “nativas”, para adecuarse a la legislación de entonces. Diversos estudios señalan a las Comunidades, Campesinas y Nativas, como el sector de mayor pobreza y exclusión en el país, lo cual ha

implicado su poca participación en la sociedad y la restricción en el ejercicio de sus derechos. Para los pueblos nativos (e indígenas), desde distintas cosmovisiones y perspectivas particulares, el territorio es vital, no sólo para su supervivencia, sino por los lazos ancestrales que le dan fuerza y cohesión social y cultural al grupo. El territorio nativo e indígena es comprendido como la totalidad del hábitat de un pueblo, es decir desde el punto de vista geográfico integra no sólo la superficie terrestre, las aguas y el subsuelo sino que desde el punto de vista cultural abarca el espacio en el cual la cultura de un pueblo se asienta y reproduce.

4.2. La Interculturalidad

Según Malgosisni y Giménez, la aparición del término interculturalidad o interculturalismo parece motivada por las carencias de los conceptos de multiculturalidad y multiculturalismo para reflejar la dinámica social y para formular el objetivo de nuevas síntesis socioculturales². Uno de los debates que origina la Interculturalidad es el hecho de que la interacción no se da la mayoría de veces en un plano de igualdad sino la desigualdad, dominio y jerarquías etnoraciales, junto con los sistemas de estratificación de clases y género. También se debate como se puede construir una nueva síntesis cuando los grupos que deben participar en ello son por lo general grupos dominantes o dominados, mayorías o minorías. Para el sentido común las adscripciones del término etnicidad o raza dependen de las cualidades grupales inherentes; de este modo en diversos países latinoamericanos, “indígenas”, “afro americanos”, descendientes de esclavos entre otros, e inmigrantes, emergen como colectivos discretos cuyo perfil diferenciado se anclaría en una materia que torneada por la historia, la cultura, el color o la lengua generaría una sombra propia en el cuerpo transparente de naciones como Estado que, basadas en valores “universales” comunes, no proyectarían sombra particular alguna.

4.3. Las Comunidades Nativas de la Cuenca del Río Amazonas

De la investigación plasmada en el libro “Amazonía Peruana, Comunidades Indígenas, Conocimientos y Tierras Tituladas” – GEF/PNUB/ONUPS, en nuestra Amazonía habitan 42 grupos étnicos las que pertenecen a 13 familias lingüísticas y desde 1950 hasta el día de hoy se han extinguido 11 etnias y 18 más ven peligrar su existencia por la destrucción progresiva de su hábitat³.

Estas comunidades desarrollan su existencia en zonas ecológicas claramente identificables: bosques secos tropicales, bosques húmedos subtropicales y bosques húmedos tropicales dispersos en grandes cuencas hidrográficas. Algunas comunidades son identificadas con otros nombres como en el caso de los pueblos de Lamas, Tabalosos y Nuyupampa, cuyos habitantes fueron llamados Motilones cuando fueron conquistados por los Incas en el año 1460⁴.

4.4. El Derecho Penal y La Costumbre

4.4.1 La Costumbre:

El concepto de costumbre es objeto de polémica entre los juristas. En su acepción más propia, la costumbre se distingue claramente de los usos sociales y de la jurisprudencia. Supone la costumbre una conducta general y repetida de un medio social o territorial que éste considera jurídicamente obligada, es decir que practica- al menos cuando se consolida la costumbre, aunque inicialmente no fuera así- en la idea de estar ajustándose a una norma jurídica. Se distingue claramente de los usos sociales en que su violación acarrea una responsabilidad de tipo jurídico y no de mera reprobación social. No hay que confundir tampoco la costumbre con la Jurisprudencia, es decir, con los criterios mantenidos, aunque sea de modo reiterado y constante, por los tribunales en la interpretación de las leyes. La jurisprudencia, aún siendo reiterada, sólo podría asimilarse a la costumbre cuando consagra usos y prácticas anteriores, más no cuando los jueces arbitran y repiten una solución racional, por que ni ellos representan necesariamente la convicción jurídica de la comunidad circunstante, ni son ellos mismos quienes practican la regla como vinculante en propias incumbencias, sino que lo entienden existente para otro.

El principio de legalidad excluye la posibilidad de crear delitos, aplicar penas o agravarlas en base a la costumbre (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*). La costumbre es más que la reiteración permanente de determinadas conductas, creando en los ciudadanos una conciencia de obligatoriedad. Este derecho consuetudinario está formado por dos presupuestos esenciales: un elemento subjetivo (*el animus*), que es la voluntad de vigencia, por parte de la comunidad, hacia una conciencia o sentimiento obligacional; y un elemento objetivo (*el corpus*), que es la práctica suficientemente reiterada de un determinado acto. A la costumbre la podemos identificar de manera activa (*consuetudo*), cuando da nacimiento a nuevas normas jurídicas o normas

consuetudinarias; y de manera pasiva (*desuetudo*), cuando extingue o pone en obsolescencia algunas normas jurídicas preexistentes.

4.4.2 Relación de la Costumbre con la Ley

En cuanto a la relación que puede tener la costumbre con la ley, se distinguen tres formas: a) Costumbre *praeter legem*, que es aquella que se perfila más allá de lo establecido por la ley. No tiene validez, ya que atenta contra toda expresión del principio de legalidad. b) Costumbre *contra legem*, que actúa en forma contraria a lo establecido por la ley. *Así, si existe un conflicto entre ley y costumbre, se elegirá a la costumbre*. También se vulnera el principio de legalidad. c) Costumbre *secundum legem* (costumbre integrativa) que está en concordancia con lo expresado por la ley. La ley se remite a la costumbre para solucionar los problemas de interpretación o vacíos que pueda encontrar el operador de Derecho. Con esta forma de costumbre se busca la concordancia con lo expresado por la ley, y con ello no se tendría ningún tipo de contrariedad con el principio de legalidad.

4.4.3 La Costumbre en el Perú

En el Perú, el derecho consuetudinario ocupa un lugar al lado del derecho Penal Formal. Si bien, la Constitución Política prohíbe toda forma de justicia paralela (con excepción de la arbitral y militar), también admite la llamada jurisdicción especial ejercida por las autoridades de las comunidades campesina y nativas con el apoyo de las rondas campesinas dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario y siempre que no violen los derechos fundamentales de las personas. Según Villavicencio, se considera que esta concepción de una justicia unitaria es evidente para una idiosincrasia europea moderna, mas no para Estados con fuertes derechos consuetudinarios locales y étnicos y sistemas informales de justicia⁵.

4.4.4 La ley penal peruana y las costumbres de las culturas amazónicas

Las culturas nativas mantienen sus costumbres y tradiciones a pesar de la intromisión de la cultura mestiza, como así se ha establecido con la investigación llevada a cabo por el Centro de Salud Pública de la Universidad Peruana Cayetano Heredia, con el auspicio de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación - FAO -, que realizó entre los meses de octubre de 1994 y junio de 1995 el proyecto “Educación en

población para la promoción de líderes juveniles rurales de la selva del Perú”, en la amazonía peruana. En dicha investigación se determinó que “La iniciación sexual es a temprana edad. En promedio ocurre a los 14 años de edad, aunque se encuentran numerosos casos a los 12 años. En comunidades nativas de Shipibo-Conibo se encuentra que el 2.3% de las adolescentes de 12 a 14 años ya son madres, y en casos de los Yaguas, el 40% de las adolescentes y jóvenes de 15 a 19 años también son madres”⁶. El Censo Nacional de Población y Vivienda de 1993, ubicó a Loreto entre los 10 departamentos en que la tasa de fecundidad de adolescentes variaba de 15% al 20%. Esto contrasta con el caso de Lima y Callao que no excede del 4%. De acuerdo a lo anterior se puede inferir que las zonas más afectadas por la iniciación sexual y maternidad tempranas se encuentran en los afluentes del río Amazonas, en las comunidades nativas.

En el siglo pasado, en un comienzo, se propugnaba un Derecho Penal Especial para los integrantes de las comunidades nativas e indígenas por pertenecer a una cultura diferente, luego apareció la propuesta de legislar en base a la peligrosidad del nativo; posteriormente sobre la base de la inimputabilidad por su cultura o costumbre. Siguiendo a Villavicencio, la responsabilidad penal de personas con pautas de culturas diferentes ha sido tratada en diferentes sentidos por el Derecho Penal peruano⁷. Así tenemos que el Código de 1924 contenía una clara concepción etnocentrista que desconocía el derecho de las autonomías culturales. Los sujetos tenían la condición de imputables relativos, susceptibles de una penalidad atenuada o medidas de seguridad. De esta manera, el ordenamiento penal concebía a la sociedad integrada por salvajes, semicivilizados y civilizados en una explicación de desarrollo unilineal inevitable que en la actualidad ha sido desvirtuada a favor de una explicación multilateral con el Código Penal Peruano de 1991, que en su artículo 15º incorporó a la legislación una nueva fórmula de error (de comprensión culturalmente condicionado).

Por otro lado, sin perjuicio de sus costumbres ancestrales que rigen su vida diaria, como la convivencia sexual con menores de edad, investigaciones realizadas con los aguarunas por parte de autores como Peña, han mostrado que en dichas comunidades existen organismos de resolución de conflictos del conjunto de los comuneros⁸. Cuentan con una directiva y como órgano máximo: una Asamblea Comunal para resolver asuntos de robos, adulterio, incesto, venganza, etc. Además existe un jefe de justicia nativa que integra un determinado grupo de comunidades aguarunas, asumiendo competencia sobre conflictos que no son resueltos al interior de la comunidad, por ejemplo,

en casos de homicidio por brujería o venganza. Así, la relación homicidio con la cosmovisión andina puede presentar diversas facetas vinculadas a la cultura. La situación de escasez de recursos naturales originada en la pobreza del suelo en el que habitan guarda relación con los infanticidios selectivos en grupos amazónicos aislados; también la idea de responsabilidad de grupo en el sentido que cualquier pariente del fallecido puede dar muerte a cualquier otro pariente del homicida, tiene una relación con la necesidad de equilibrio en una sociedad que no cuenta con un poder centralizado y que sólo puede arribar a ese fin de manera privada. En algunos idiomas aborígenes, una misma palabra es usada para expresar los conceptos occidentales de justicia y venganza.

4.4.5 El Artículo 15° del Código Penal y el Error de Comprensión Culturalmente Condicionado

En nuestra legislación existe una forma de error especial denominada “error de comprensión culturalmente condicionado” tipificado en el artículo 15° del Código Penal. Este error se presenta cuando el infractor se desarrolla en una cultura distinta a la nuestra y ha internalizado desde niño las pautas de conducta de esa cultura. Según Martínez, el problema que representa a continuación está vinculado al de la diversidad étnica cultural, propio de las sociedades latinoamericanas (las cuales albergan en su seno un sin número de culturas minoritarias que a su vez reclaman un reconocimiento a su identidad cultural)⁹.

Para los casos en que el condicionamiento cultural o la costumbre no provenga de un error de parte del sujeto sino como especial motivación, es viable fundamentar la inexigibilidad en base al artículo 45° numeral 2 del Código Penal, no obstante ello este artículo no establece expresa posibilidad de exención de pena sino que se deja a la discrecionalidad jurídicamente vinculada del juez sobre la base del principio de determinación de la pena para sancionar como un agente doloso. La intencionalidad de los legisladores, al regular el artículo 15° del Código Penal, fue la de considerar la inimputabilidad o inculpabilidad en la comisión de algún ilícito penal de quienes forman parte de otras culturas minoritarias. Al respecto, Hurtado Pozo sostiene que esta manera de elaborar el artículo 15° demuestra que no se reflexionó sobre la oportunidad y necesidad de incorporar una disposición de esta naturaleza en la ley, ni sobre los efectos de su aplicación. A pesar de las buenas intenciones de sus autores, resulta en efecto incorrecto calificar la exención de irresponsabilidad penal prevista en el artículo 15°

de error de comprensión culturalmente condicionado¹⁰. Por otro lado, en la Doctrina Nacional no hay uniformidad de criterios sobre la naturaleza jurídica de esta institución, por un lado hay autores que consideran que es una causa de inculpabilidad (como el caso de Villa Stein y Bramont Arias Torres) y otros como causa de inimputabilidad (como Villavicencio Terreros y Hurtado Pozo); sin embargo, lo que está en cuestión es el hecho de que los indígenas o nativos no actúan por patrones extraños a su comunidad sino de acuerdo a sus costumbres y tradiciones. Lo que se exige, por parte de la cultura mayoritaria, es que los miembros de dichas culturas se comporten de acuerdo a los cánones del mundo occidental globalizado en desmedro de sus costumbres ancestrales. Ello ha motivado que se procesen y condenen por igual a mestizos y nativos que incurren en el delito de violación sexual de menores de edad. Incluso Villavicencio, considera que en dicho artículo se diferencia dos modalidades de condicionamiento: Por su cultura y costumbre. El primero es el error de comprensión culturalmente condicionado (que es un error invencible de prohibición) y el segundo correspondería a la llamada conciencia disidente: (cuando el nativo actúa en el marco de su entorno cultural que no considera su conducta como ilícita lo que sería un error vencible)¹¹.

5. Hipótesis:

Frente al problema planteado se formuló la siguiente hipótesis de trabajo:

“La Ley Penal colisiona con la costumbre cuando se aplica en los delitos de violación sexual de menores cometidos por los integrantes de las Comunidades Nativas de la cuenca del río Amazonas, sin respetar sus costumbres ancestrales que rigen su forma de vida”

II. MATERIAL Y MÉTODOS

1. Material de Estudio

1.1 Población:

La población estuvo conformada por todas las comunidades nativas de la cuenca amazónica, con sus costumbres ancestrales y los procesos instaurados contra sus miembros por el delito de violación de menores de edad, por su convivencia con menores de edad, así como los procesos seguidos contra la población mayoritaria mestiza por el mismo delito.

1.2 Muestra

La muestra estuvo conformada por el 25% de las comunidades nativas de la cuenca amazónica, como son: Achuar, Bora, Asháninka, Aguaruna, Shipibo-Conibo, Jíbaro, Quechua- Lamista, Quechua del Napo, Quechua del Pastaza y del Tigre, Amuesha, Huitoto, Yagua y Nomatsiguenga y los procesos instaurados contra los miembros de las comunidades nativas y mestizos por la comisión del delito de violación sexual de menores de edad.

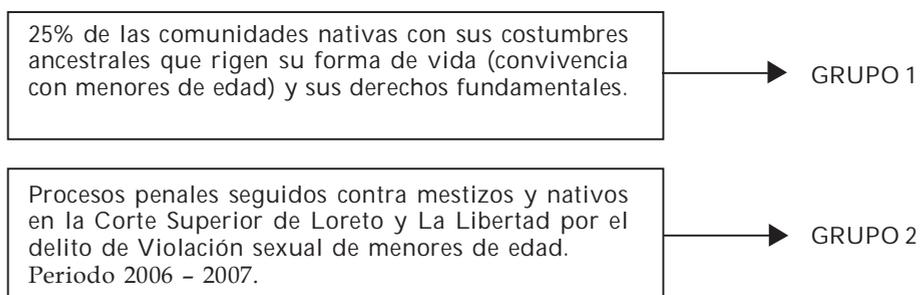
2. Métodos y Técnicas:

2.1 Método

Se aplicó el método Análisis – Síntesis, para el estudio de los datos obtenidos sobre las costumbres ancestrales de las comunidades nativas de la cuenca del río Amazonas, sus derechos fundamentales, la Ley Penal que regula el delito de violación sexual de menores de edad, así como los procesos penales instaurados contra mestizos y nativos por el delito antes anotado.

El diseño de contrastación utilizado fue el de dos grupos: El conformado por comunidades nativas con sus costumbres ancestrales que rigen su forma de vida y el conformado por los procesos instaurados contra nativos y mestizos por el delito de violación sexual de menores de edad.

OBSERVACIÓN



2.2 Técnicas

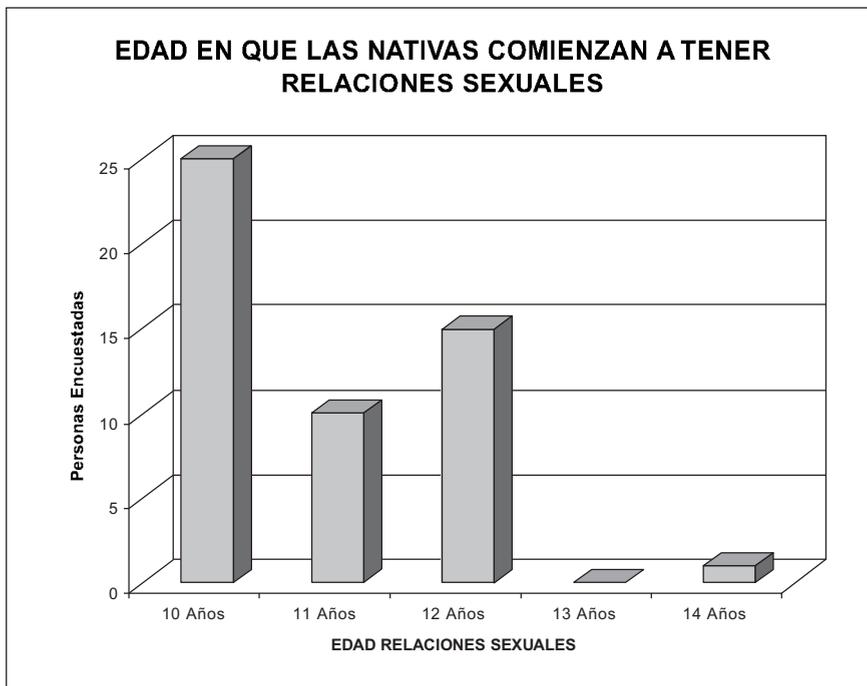
Se utilizó la observación, la encuesta, la entrevista y el fichaje para la recolección de datos, cuyos instrumentos son las hojas de registro, fichas, cuadernillos de encuestas y entrevistas.

III. RESULTADOS:

CUADRO N° 1. Muestra de 51 personas encuestadas que laboraron en Comunidades Nativas, confirmando la edad que comienzan a tener Relaciones Sexuales, en el Departamento de San Martín, Provincia de Lamas, en Enero de 2007.

Edad de las Nativas que comienzan a tener Relaciones Sexuales	N° Personas Encuestadas	Porcentaje
10 Años	25	49.02
11 Años	10	19.61
12 Años	15	29.41
13 Años	0	0.00
14 Años	1	1.96
TOTAL	51	100.00

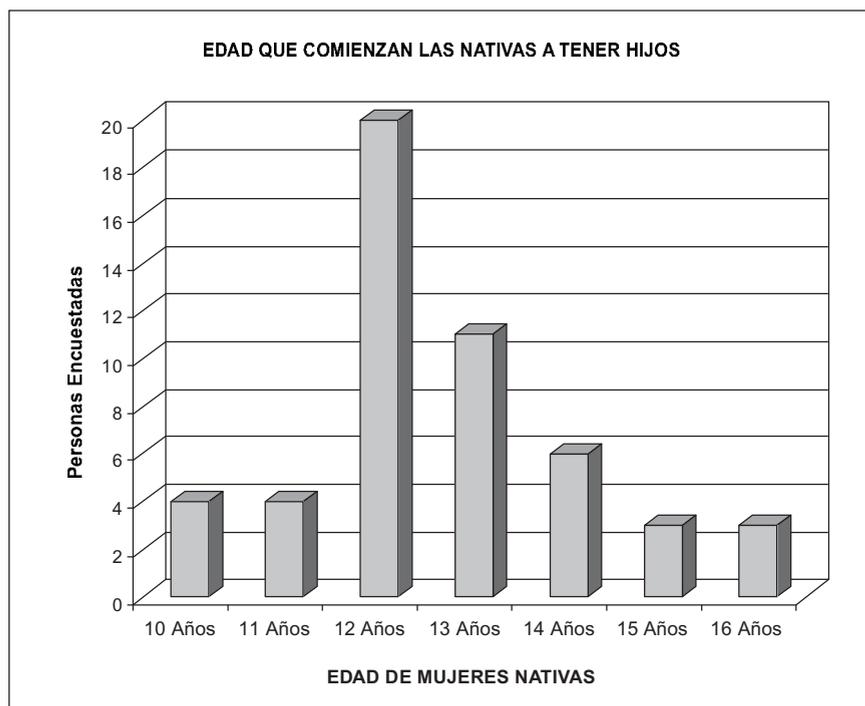
FUENTE: Encuesta de 51 personas que laboraron en Comunidades Nativas de San Martín (Lamas - Motilonés)



CUADRO Nº 2. Muestra de 51 personas encuestadas que laboraron en Comunidades Nativas, confirmando la edad en que las Nativas comienzan a tener hijos, en el Departamento de San Martín provincia de Lamas en Enero de 2007.

Edad de las Nativas que comienzan a tener hijos	Nº Personas Encuestadas	Porcentaje
10 Años	4	7.84
11 Años	4	7.84
12 Años	20	39.22
13 Años	11	21.57
14 Años	6	11.76
15 Años	3	5.88
16 Años	3	5.88
TOTAL	51	100.00

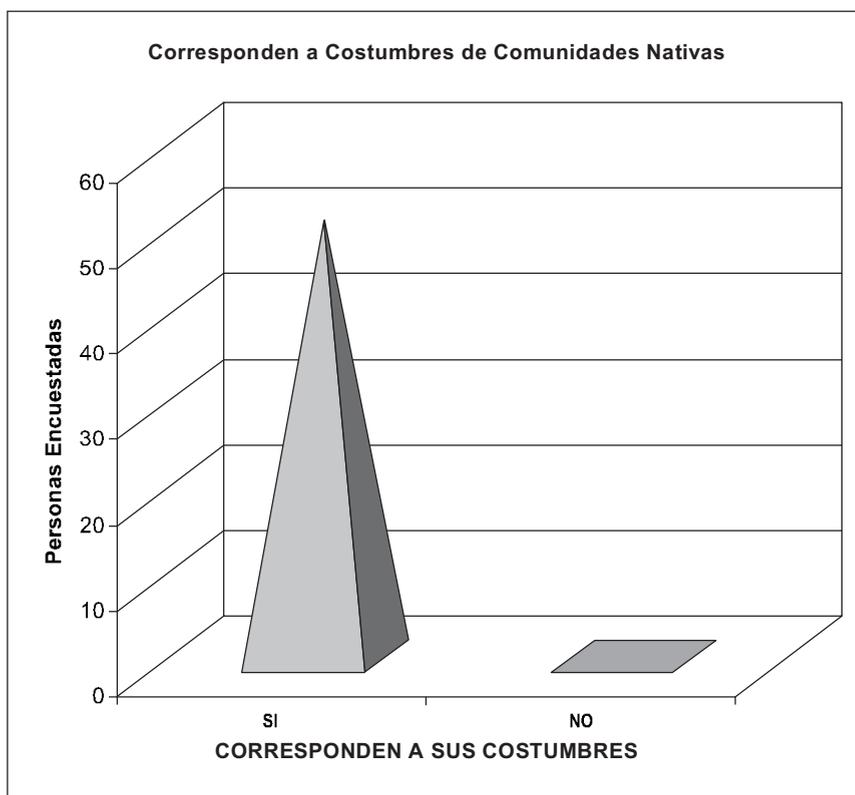
FUENTE: Encuesta de 51 personas que laboraron en Comunidades Nativas de San Martín (Lamas - Motilonos)



CUADRO N° 3. Muestra de 51 personas encuestadas que laboraron en Comunidades Nativas, confirmando en que corresponden a sus propias costumbres, en el departamento de San Martín provincia de Lamas en Enero de 2007.

Corresponden a sus propias costumbres	N° Personas Encuestadas	Porcentaje
SI	51	100.00
NO	0	0.00
TOTAL	51	100.00

FUENTE: Encuesta de 51 personas que laboraron en Comunidades Nativas de San Martín (Lamas - Motilonos)

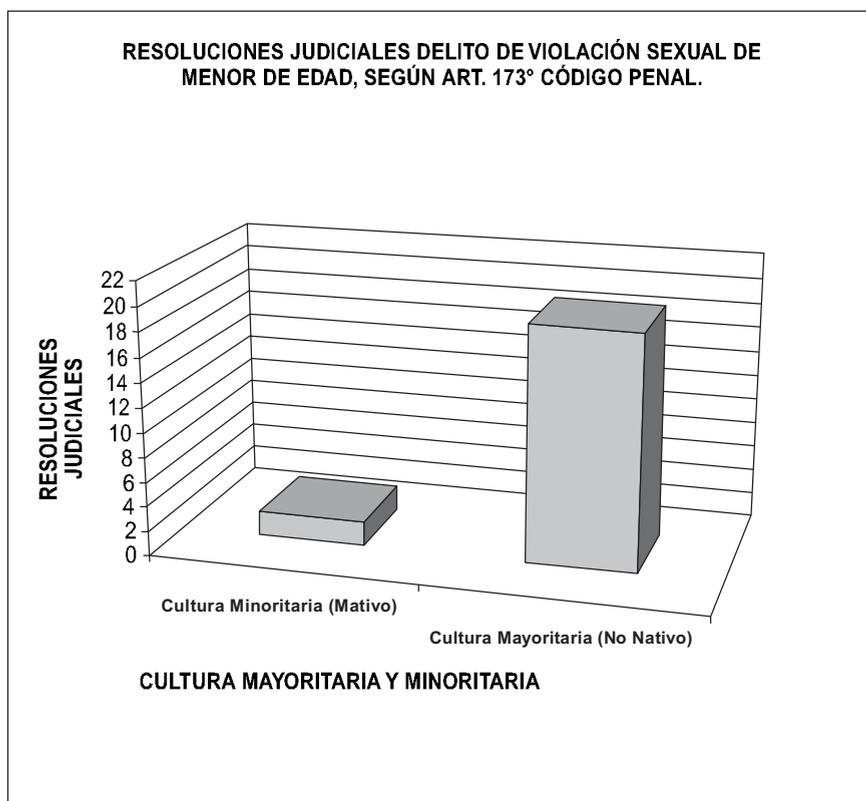


CUADRO N° 4. Resoluciones Judiciales: procesos por delito de Violación Sexual de menor de edad según el Art. 173 inc. 3 del Código Penal a la cultura mayoritaria Mestiza y minoritaria Nativa.

Violación Sexual de Menor de Edad

Resoluciones Judiciales	
Cultura Minoritaria (Nativa)	cultura mayoritaria (mestiza)
2	19

FUENTE: Procesos Tramitados en las Corte Superiores de Loreto y La Libertad.



IV. DISCUSIÓN

Como lo sostiene Silva, una legislación sustantiva y procesal uniforme no da lugar a un Derecho uniforme¹². En el Perú la Ley Penal se aplica en todo el territorio nacional, sin considerarse que es un país multicultural y que las culturas que habitan en su territorio se interrelacionan entre sí. Así mismo, las culturas nativas de la cuenca del río Amazonas, tienen sus propias costumbres que rigen su forma de vida, como la práctica de convivencia sexual con menores de edad. Esto se demuestra con la encuesta realizada a personas que laboraron en las Comunidades Nativas de San Martín y Loreto, quienes confirmaron que corresponden a sus propias costumbres. Así mismo, el 49% de los encuestados que laboraron en dichas comunidades, confirmaron que las mujeres nativas comienzan a tener relaciones sexuales a la edad de 10 años, un 19.61% a los 11 años, y un 29.41% a los 12, por lo que el promedio de inicio de la vida sexual es de 11 a 12 años de edad (ver cuadro N° 1). Esto se corrobora con los resultados del cuadro número dos, en el que los encuestados confirman que las nativas comienzan a procrear sus hijos a los 12 años de edad.

De otro lado, se obtuvieron resultados que se relacionan con los procesos llevados a cabo en la Corte Superior de Justicia de Loreto contra nativos de las Comunidades Nativas de la Cuenca del río Amazonas, como el caso penal N° 2005-87-Loreto seguido contra Mario Nashnate Tamanta, perteneciente a la comunidad nativa de Palizada- Pampa Caño río Marañón (del grupo étnico Aguaruna), por el delito contra la Libertad Sexual- Violación de menor de edad, previsto en el artículo 173° inciso 3 del Código Penal Vigente, a quien se le impuso 15 años de pena privativa de la libertad mediante sentencia de fecha 22 de noviembre de 2006, sustentándose la misma en el octavo considerando que “para los efectos de graduarse la pena debe tomarse en cuenta las circunstancias como ocurrieron los hechos, las costumbres y medio de vida del lugar donde se produjeron los hechos (selva peruana, donde las familias viven de la caza y de la pesca, y donde el despertar sexual de las personas es a temprana edad), el bajo nivel cultural del acusado....” . En otro caso estudiado, en el proceso penal N° 2005-00106- Loreto, seguido contra Santos Vela Mejía por el delito contra la Libertad Sexual- violación sexual de menor de edad, tipificado en el artículo 173° inciso 3 del Código Penal, el acusado es un miembro de la Comunidad Nativa de Pijuayal- río Chambira- Urarina a quien el representante del Ministerio Público está solicitando se le imponga la pena

privativa de la libertad de 20 años, sin considerar su cultura y costumbres ancestrales muy diferentes a los de la cultura mayoritaria mestiza ni a sus organismos de resolución de conflictos. Al respecto, Figueroa, sostiene que los derechos de las comunidades nativas no son derechos individuales sino derechos reconocidos a los pueblos indígenas y sus comunidades, un sujeto de derecho diferente a las personas individuales¹³. Así mismo, se obtuvo resultados de procesados de la cultura mayoritaria mestiza por el delito contra la Libertad Sexual- Violación sexual de menor de edad, tipificado en el artículo 173º inciso 3 del Código Penal. Con ello se demuestra que tanto a nativos como a mestizos se aplica la misma ley penal, sin diferenciar que los primeros actúan de acuerdo a sus costumbres ancestrales y que existen organismos de resolución de conflictos en sus comunidades, aunado al hecho de que las penas que se imponen en las sentencias condenatorias son tan drásticas como a los mismos mestizos. Lo anterior no hace sino confirmar la hipótesis formulada, pues la ley penal y la costumbre colisionan cuando se procesan a los nativos de las comunidades de la cuenca del río Amazonas por el delito de violación sexual de menores de edad. En ese sentido, estamos de acuerdo con Villavicencio, cuando sostiene que la concepción de una justicia unitaria es evidente para una idiosincrasia europea moderna, mas no para Estados con fuertes derechos consuetudinarios locales y étnicos y sistemas informales de justicia¹⁴; opinión que guarda coherencia con Donayre. al comentar éste la Carta Andina de Derechos Humanos: “Asimismo se reconoce el derecho a la identidad, propiedad, posesión de tierras o territorios que tradicionalmente ocupan y a no ser desplazados de ellos; a conservar sus formas propias de organización, ejercicio de autoridad y administración de justicia; a desarrollar y mantener su patrimonio cultural, artículo 38º de la Carta en referencia”¹⁵. En ese orden de ideas, se hace necesario la elaboración y promulgación de un Código Penal Especial para las comunidades nativas basado en sus costumbres ancestrales que rigen su forma de vida, así como sus organismos de resolución de conflictos. No siendo suficiente lo establecido en el artículo 15º del Código Penal que regula el error de comprensión culturalmente condicionado.

V. CONCLUSIONES

1. La Ley Penal y la costumbre colisionan cuando se procesan a los nativos de las comunidades de la cuenca del río Amazonas por el delito de violación sexual tipificado en el artículo 173º del Código Penal, a pesar

de que la convivencia con menores de edad corresponden a sus costumbres ancestrales que rigen su forma de vida.

2. La Ley Penal Unitaria se aplica en todo el territorio del Perú, sin considerar que es un país multicultural e intercultural y que se hace necesario la elaboración y promulgación de un Código Penal Especial, en base a las costumbres y organismos de resolución de conflictos de las comunidades nativas.
3. Entre las costumbres ancestrales de las comunidades nativas se encuentra el inicio temprano de las relaciones sexuales de los miembros de las Comunidades Nativas con menores de su propia comunidad, cuyas edades oscilan entre los 11 y 12 años de edad, determinando que el 72.55% de las mujeres inicien la procreación de 12 a 14 años de edad.
4. En los procesos penales de violación sexual de menores, seguidos en la Corte Superior de Justicia de Loreto, los jueces no hacen distinciones al momento de determinar la pena a imponerse a los miembros de las comunidades nativas, dictándose sentencias drásticas tan igual como a los procesados pertenecientes a la cultura mayoritaria.
5. Existe un error de prohibición especial en el Código Penal, regulado en el artículo 15º, que resulta discriminatorio al considerar que los nativos proceden por error de comprensión culturalmente condicionado más no por sus costumbres ancestrales.

¹ Hurtado, J. *Manual de Derecho Penal, Parte General I*. Lima: Grijley, 2005. Pág. VII.

² Malgesisni y Gimenez. "Guía de conceptos sobre migraciones, racismo e interculturalidad". {<http://solidaridad.universia.es/aula/otrosconceptos.htm>}, Trujillo 14 de mayo de 2007.

³ Perú Ecológico. *Pueblos Indígenas Amazónicos*. {www.perúecológico.com.pe/etnias_mapa}. Trujillo, 28 de julio de 2007.

⁴ Lo nuevo en ENJOY Perú. *Lamas, Los Motilones y sus Ancestros* [www.enjoyperu.com/lo-nuevo-en-enjoy-peru/lamas-los-motilones-y-sus-ancestros] Lima, 27 de Julio de 2007.

⁵ Villavicencio F. *Derecho Penal Parte General*. Lima: Grijley, 2006. Pág. 148.

⁶ Depósito de documentos de la FAO. *Una educación en población para la juventud rural a nivel comunitario*. {www.fao.org/docrep/x5633s/x5633sOm.htm}, Trujillo, 02 de julio de 2007.

⁷ Ibidem. Pág. 152.

⁸ Peña J. *Pluralismo Jurídico en el Perú*. En Desfaciendo Entuertos. Medios alternativos de resolución de conflictos: 1994; Boletín: 3-4: 13.

⁹ Martínez, R. *Insuficiencia del Artículo 15 del Código Penal*. En Actualidad Jurídica-Gaceta Jurídica, 2007; Tomo 161: 105 -108.

¹⁰ Ibidem. Pág. 637.

¹¹ Ibidem. Pág. 625.

¹² Silva, J. *Globalización y Derecho Penal*. En Revista Jurídica del Colegio de Abogados de La Libertad. 2006; N° 139: 60.

Jorge Cueva Zavaleta – Colisión de la ley penal y la costumbre en los delitos de violación sexual a menores de edad cometidos por los integrantes de las comunidades nativas de la cuenca del río Amazonas

¹³ FIGUEROA, V. **Los Pueblos Indígenas: ¿Viejos o nuevos sujetos de derechos en la legislación Argentina?** Revista Iuris Lex Societas de Trujillo. 2006; Año I N° 1: 95

¹⁴ Ibidem. Pág. 148

¹⁵ DONAYRE, M. **¿Nueva Carta de Navegación? Declaración Americana de Pueblos Indígenas. El persuasivo *Soft Law* Indígena.** Lima: Editorial Horizonte, 2005. Pág. 44.

REFLEXIONES SOCIO-JURÍDICAS SOBRE LA SEPARACIÓN IGLESIA-ESTADO

LUIS CORDERO RODRÍGUEZ*

Resumen:

Este artículo habla de la separación de la Iglesia y el Estado en los Estados Unidos y de cómo esta separación ha sido beneficiosa para ambas partes. Se habla de cómo en otros lugares se ha intentado hacer lo mismo pero sin éxito, aún si en la Europa Unida actual algunos Estados hayan pretendido lograr esta separación transformándose más bien en Estados laicos y ateos.

Estudiosos en Alemania e Italia han querido copiar para los Estados de tradición católica en Europa, lo que en USA se ha dado en llamar "la religión laica" o "religión civil" pretendiendo que el cristianismo tome ese rol, no obstante, poca es la posibilidad de éxito, porque lo que han logrado las diversas Iglesias en América manteniéndose separadas del Estado ha dependido de la historia de los primeros inmigrantes en los Estados Unidos que venían escapando de la tiranía tanto del Estado como de las Iglesias. Además, la concepción privada de lo religioso que en USA se tiene no es trasladable a Europa, porque históricamente en las naciones cristianas del Occidente Europeo, el Derecho Público se ha introducido en la vida misma de los privados. Hipotéticamente, este cambio sería posible, sólo si en el futuro, Europa regresase a la convicción que se tenía en épocas de la Roma Republicana en la que el Derecho Público del Estado era incompatible con el Derecho Privado de los ciudadanos romanos.

Palabras Clave: Religión Civil - Estado Laico - Estado e Iglesia.

Abstract:

As a professor he used to teach the excellency of the "establishment clause" in the American Constitution about the relationship between the Churches and the American State. Precisely in the present article he presents this excellency, and studied the impossibility for the European and West Christian Countries, to copy this American way, because the History of the different Christian Countries are, by no doubt, very different, and cannot be compared with the History of USA and its different religion Confessions. Also the conception of Privacy is very different in those countries. In fact, nearly all of the different European Countries use the Public Right of the State in all events of Private life

* Rector de Facultad de Teología Pontificia y Civil de Lima en el período 2003-2005. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima en el período 1990-1993. Abogado de la Rota Romana.

(School, Religion, Taxes, Welfare, etc), which is exactly the opposite way done by USA where Privacy is sacred; and Religion is in the field of privacy, therefore it is incompatible with Public Life, and any Church cannot be on welfare (or on US social Security).

Key words: Civil Religion – Secular state – Church and State.

Sumario:

1. ¿El Estado debe ser Laico?
2. La figura en USA y en Europa.
3. ¿Será exportable este concepto de “religión civil”?
4. ¿Se podría tomar al “Cristianismo” como si fuera esa religión civil para Europa?
5. Estado Laico en Europa
6. El caso peruano.
7. El Pluralismo religioso según el Papa bueno.
8. La visión de Juan XXIII y el Pluralismo político actual..
9. Conclusión.

1. ¿EL ESTADO DEBE SER LAICO?

Hace muchos años cuando estudiábamos en San Marcos, allá por los años 50, aprendimos en Antropología que algún día todo en el mundo sería globalizado; de lo contrario el ser humano se hundiría en una masificación total. Nosotros, los estudiantes de aquella época, sin frisar aún los 21 años creíamos que eso era una utopía y una exageración, y que por lo menos nosotros nunca lo veríamos, así como nunca veríamos un Estado laico separado de la Iglesia, o una China capitalista, o una Rusia no comunista, o una Alemania socialdemócrata. Hoy a los 50 años de ese estudio, tenemos que reconocer que nuestros catedráticos de entonces sabían lo que decían, porque todo lo anterior se ha cumplido y hasta el Estado laico lucha para llegar a ser una realidad globalizada, por lo menos en el Occidente del siglo XXI.

2. LA FIGURA EN USA Y EN EUROPA

Antes de hacer cualquier otra consideración socio-jurídica, sobre el Estado laico, permítaseme reflexionar en primer lugar sobre lo que voy a llamar una “religión civil”, que es la que existe como fenómeno en los Estados Unidos; y en segundo lugar sobre lo que yo pretendo llamar un “Estado laico” que parece ser una esperanza que pretende consumarse como fenómeno actual en la Europa Unida.

Sé que para muchos estos tipos de “ideales” y hasta de vocablos pueden sonar a una simplificación grotesca de la realidad porque tanto la primera

como la segunda figura pudieran co-existir mezclándose y confundiéndose entre sí; pero válgame esta simplicidad para introducirme en la materia.

Decir “religión civil” o “religión laica” suena disparatado y hasta discutible porque el solo concepto no podría dejar de tener en sí alguna connotación o alguna dosis de creencias o símbolos casi religiosos, a todas luces perennes; (como la bandera y el himno nacional, por ejemplo). Cuando digo “religión civil” en USA quiero decir que existen en los Estados Unidos de América ciertos elementos civiles en su sociedad que tienen aparentemente *rasgos comunes de orientación religiosa*, compartidos por la gran mayoría de los norteamericanos. En efecto, tales rasgos son los que han influido y determinado el desarrollo de las Instituciones en ese país, y aún más, parece que siguen contribuyendo hasta ahora en darle una dimensión civil- religiosa a todo el complejo de la vida norteamericana incluyendo su vida política.

El término “religión civil” no es mío, es un término acuñado hace ya 30 años y que yo lo he tomado prestado de Davis, de Ferrari y de Roberto Bellah ¹. Según este último los elementos que forman una “religión civil” en una sociedad concreta, son: *la aceptación por todos de la existencia de un Dios trascendente, la creencia en que la vida es eterna, la fe en que las buenas acciones serán recompensadas y que las malas tendrán su castigo, y además la exclusión de cualquier intolerancia religiosa.*

La Constitución Americana en su “primera enmienda” presenta una cláusula cerrada que ellos llaman “establishment clause²”, en la que se establece de una vez para siempre en forma inmodificable que el Estado Americano no podrá sostener económicamente ni defender oficialmente a alguna confesión religiosa o Iglesia en particular; aunque los privados sí puedan hacer manifestaciones específicas externas de una religión popular expresada civilmente, sin participación del Estado para que éste no se identifique oficialmente con ella o con alguna otra religión o confesión histórica. Para los norteamericanos esto no es ningún obstáculo, por ejemplo, para aludir a Dios en la “Declaración de Independencia” o para admitir alguna oración genérica que no se refiera a confesión religiosa alguna, al abrir las sesiones del Congreso. Aún más, esto no impide que el Estado mande imprimir en los billetes de un dólar la confianza que el pueblo tiene en Dios, (in God we trust) o proclame en los oficios públicos que “América es una Nación que está bajo la protección de Dios” (“a Nation Under God”).

Tales referencias permitidas por la Constitución de los Estados Unidos reconocen que por encima del Estado existe una Ley Natural cuya fuente es un Ser Supremo que es antecedente y superior a la voluntad del hombre americano: Ley Natural que contiene principios y valores que son como las columnas sobre las que el Estado debe construir una especie de religión civil que no está sujeta a votación popular alguna. En efecto, el Presidente norteamericano jura ante el Pueblo y ante Dios en la ceremonia de la toma de posesión de su cargo, pero no ante algún Pastor, Rabino u Obispo, porque considera que las personas que votaron por él son en su mayoría el medio operativo de la voluntad política divina, en toda su dimensión, aunque esa votación no posea en sí misma un significado ulterior porque según la misma Constitución eso corresponde más bien al patrimonio del Bien Común que es un Derecho y un Orden Constitucional reclamado por todos los ciudadanos americanos, porque proviene de la Ley Natural y al que está ligado el mismo Estado.

La voluntad popular entonces para USA no es en sí misma el criterio último en el que se basan los jueces para determinar si alguna disposición o alguna conducta pública es justa o es errónea. Existe según la Constitución de los Estados de la Unión, un Criterio Superior al mismo pueblo en base al cual se puede saber si el pueblo y sus gobernantes obran en forma justa o equivocada.

En la historia de los Estados Unidos encontramos el camino que los norteamericanos han seguido para encontrar los posibles “déficits” o “superávits” sociales de su propio “ethos” que le han permitido construir una sociedad civil y religiosa con criterios compartidos equilibradamente por toda la comunidad nacional americana porque se han ido formando poco a poco durante varios siglos, en las personas que han llegado a América de todos los rincones del mundo sin importar sus creencias religiosas. De esta convivencia tan dispar se ha derivado el núcleo de los valores compartidos por todos los actuales ciudadanos independientemente de la religión o de cualquier otra convicción personal a la que cada uno pudiera haberse sentido ligado en su lugar de origen. De esta historia ha provenido el mito actual que tienen los norteamericanos de formar una Nación con una “misión histórica” en el mundo, confiada a ellos por Dios para exportar y diseminar su democracia o “la democracia” a todas partes, y hasta para crearse “la policía moral” del Universo. Misión, convicción y mito de los que actualmente participa en forma particular cada ciudadano de esa gran Nación.

Al decir “religión civil” me estoy divirtiendo porque observo la existencia de una realidad en la que el Estado está verdaderamente separado de la Religión Organizada, (llámese o no Iglesia), pero que busca un subrogado que llene este vacío. Es por esto que a causa de esta separación se ha ido creando la convicción nacional de que la sociedad civil americana y no la sociedad religiosa, es la encargada de tomarse a sí misma, o a su estilo de vida y a su orden social, como la solución moral natural para todos los problemas sociojurídicos y religiosos del mundo entero. (Este mito sería también parte de lo que llamamos “religión civil” en USA).

La misma Iglesia Católica de los Estados Unidos para sentirse norteamericana, tiene una organización política eclesial interna que señala en forma definitiva y práctica que ella no quiere nada con el Estado de quien se siente separada, rechazando con énfasis que el Estado pueda asumir cualquier forma de confesionalidad, ni siquiera la católica, sin que por ello se sienta obligada a renunciar por completo al uso de los símbolos y de los valores contenidos en el cristianismo³. *Según los cristianos de América, la separación de la Iglesia y del Estado no se ha introducido en esa Nación para “laicizar” el Estado, que ya de suyo es laico, aunque no pagano, sino para defender el derecho que el pueblo tiene al “pluralismo” y a la libertad religiosa, los cuales se perderían si existiera una fusión entre la Iglesia (o “las Iglesias”), y el Estado.*

En muchas sentencias Judiciales Supremas de los Estados Unidos, se señala que el “establishment clause” se debe interpretar en el sentido de que esa cláusula impide a la Administración pública y política americana, cualquier favoritismo no sólo a una confesión o religión particular, sino también al “ateísmo” o al “agnosticismo”, estén éstos organizados o no.

Este criterio civil-religioso ha producido en los Estados Unidos la conciencia nacional de que sólo el Estado posee el rol necesario para producir la “unidad” global de toda su población, sin importar cual haya sido el origen étnico, o religioso de alguno de los 50 estados que la componen.

Es verdad que esta concepción generalizada en el pueblo a veces ha ocasionado alguna tensión en ciertas minorías o grupos religiosos en USA, sobre todo en aquellos grupos de origen no cristiano ni judío; o en aquellas minorías y grupos que se consideran agnósticos o ateos. Esta aconfesionalidad (repito no pagana) ha producido por otra parte, un

acercamiento étnico de todos los ciudadanos, que han aceptado como válido el lenguaje ético y hasta teológico pero no confesional usado por algunos presidentes como Lincoln, Reagan, Carter y hasta por el mismo Bush que algunas veces se ha proclamado como el escogido por Dios para salvar la humanidad.

3. ¿SERÁ EXPORTABLE ESTE CONCEPTO DE “RELIGIÓN CIVIL”?

Ahora bien, nos corresponde reflexionar sobre la posible suerte de este criterio americano si es que quisiéramos utilizarlo fuera de USA en el resto del mundo, o por lo menos en las comunidades occidentales latino-americanas o europeas afines a las de USA por su democracia. No será difícil adivinar la suerte que tendría este criterio de “religión civil” en esos Estados no americanos, porque los factores que se dieron en la formación de la Sociedad de los Estados Unidos, no son los mismos que se han dado en el resto del mundo occidental. Para analizar bien y sin pasiones este fenómeno, reflexionemos cómo fue que Los Estados Unidos de América llegaron a esto. En realidad es una figura jurídica que tiene en cuenta la trayectoria histórica norteamericana en la formación con éxito, de un Estado *aconfesional no pagano* causada, como digo, por la historia a través de dos factores que han producido este efecto socio-religioso. *Por un lado* la causa remota estuvo en la existencia desde los inicios *de un pluralismo confesional* que pudo convivir como resultado de la inmigración europea en USA empezada a fines del siglo 17. *Este pluralismo* es el que precisamente impidió la formación sociopolítica de una única religión oficial en las mayorías americanas. *Por otro lado*, la historia nos refleja que desde el principio los primeros inmigrantes a América trajeron consigo una desconfianza frente a un Estado absoluto y frente a una Iglesia intransigente. En efecto estos primeros inmigrantes que provinieron de Europa emigraron para América precisamente *para escaparse del yugo religioso o de la rigidez estatal*. Todo esto ha hecho que en USA el desarrollo gradual de una Administración pública se acostumbre a prescindir de las confesiones y credos religiosos. La Sociedad civil de USA fue odiando poco a poco todo lo religioso que pudiera aparecer como de *Derecho público* oficial porque una fusión oficial de ambos derechos civil y religioso, hubiera más bien dividido a los Estados de la Unión, y por eso la sociedad americana prefirió organizarse en todas las áreas sociales *en forma privada* sin intervención del Derecho Público. El mismo *Common Law* utilizó para esto *el carácter privatístico* del viejo Derecho Romano considerado desde el siglo XI como Derecho privado común para todo el Occidente.

Con sólo esto, ya se ve cuán difícil sería exportar este sistema a la Europa actual que aún tiene lazos con el sentido medieval de la religión, o con la forma pública del Derecho postreformista y decimonónico que ha permitido la persistencia actual en la mente de muchos europeos de la ética leninista de las masas, del talante anticlerical de algunos pueblos, y del Derecho de clases, unidos a un anticlericalismo existente sobre todo en Estados que otrora fueron católicos a ultranza como Francia, Italia y España.

Si analizamos además la historia de la formación social europea después de la Unidad italiana y alemana encontraremos aún más difícil la exportación a Europa de este modelo de sociedad política americana⁴. Es verdad que en Europa hubo también un pluralismo confesional pero en cada Estado prevalecieron varias organizaciones religiosas particularmente cristianas y católicas que han contribuido poderosamente a construir paradigmas nacionales con ritos e ideales enraizados en ciertos pueblos, hasta desarrollar en base a ellos la identidad de cada Nación. Una "religión civil" de estilo norteamericano caracterizada por un Dios "impersonal" en el que todos, no importa si musulmanes, hindúes, cristianos, judíos o ciudadanos con filosofía Kantiana se pudieran reconocer, no podría ser posible creo yo, en la Europa actual, porque esta figura ya traería adversarios con sólo nacer, porque estas mismas confesiones religiosas serían las primeras que reaccionarían contra ella porque no estarían dispuestas a que su función histórica pudiera olvidarse o terminar en un "ghetto", puesto que sienten que ellas son aún ahora la fuente histórica de la supervivencia civil de sus pueblos⁵. Esta hostilidad es común entre las grandes religiones existentes en Europa porque están convencidas que aquello de la religión civil a la americana sería como un Caballo de Troya que pretendería infiltrarse en Europa para ampliar paradójicamente la influencia de las diversas confesiones religiosas en la esfera pública, escondiendo bajo la etiqueta de "religión civil" la reivindicación del cristianismo en el norte de Europa y del catolicismo en la Europa Central y Meridional hasta el punto de seguir pretendiendo dar continuamente las pautas directrices de una ética pública sin decir que sea confesional.

Por otra parte en los países de Europa el llamado "aparato estatal" tiene un rol bien relevante (en cantidad y calidad) en cada Estado y Nación, llámese Italia, Francia, España, Alemania, Holanda, o Reino Unido, y es el Estado el que se encarga (al revés de los Estados Unidos) de tareas bien concretas en la educación, en la salud, en la asistencia y previsión social y hasta en la

misma economía familiar (lo que en los Estados Unidos está totalmente en manos de los privados).

En este contexto en Europa existe una ligazón estrecha en cada región entre la Iglesia y el Estado (hasta en la tributación) y son ya muchos los siglos en que se han conservado las diversas competencias entre los Estados y los organismos eclesiales o religiosos oficiales.

Esto pues imposibilitaría a mi juicio una vuelta de timón en los Estados europeos que sería la única forma drástica para llegar al verdadero separatismo institucional entre las distintas Iglesias y los Estados europeos, por lo que creo que sería poco menos que inviable el establecimiento de una “religión civil” al estilo americano en la Europea actual.

Mi insistencia puede ser irritante, pero es que creo que sería verdaderamente una utopía pretender en Europa que elementos religiosos que ya tienen un perfil propio en la vida pública milenaria europea se articulasen diversamente para obtener un equilibrio socioreligioso que hoy no existe, o un equilibrio entre la Iglesia y el Estado al estilo de los Estados Unidos cuya Constitución cuida bien de que la Pública Administración Americana no favorezca jamás a una religión por encima de otra, e inclusive por encima de la “irreligión” (para usar el término Constitucional americano que explicita que no debe existir “*religion over irreligion*”). En USA se ha podido controlar inclusive la enseñanza de la religión en las escuelas del Estado, sin perder el sentido de la libertad.

En Estados Unidos esta figura no ha tenido el impacto que pudiera tener en Europa porque la mentalidad y casi sacralidad de lo privado en USA es decididamente más poderosa y fuerte que la mentalidad de hacerlo todo por el sector público. Contrariamente a esto, en Europa en general la escuela, la salud pública, la familia y muchas otras figuras o temas centrales de la vida social están aún ahora en manos del Sector público.

Una cosa es prohibir la enseñanza de una religión exclusiva en las escuelas públicas en un Estado como el norteamericano en que la mayor parte de la vida social está en manos de los privados, y otra cosa sería prohibirla en aquellos Estados en que la escuela y la vida social en general están mayormente influenciadas desde siglos, por la mano pública del Estado, o de la Iglesia.⁶

Importar a Europa la concepción americana de una “religión civil”, creo yo que implicaría para muchos países, proceder drásticamente a una laicización de todas las Instituciones Públicas que ni las Iglesias ni la misma sociedad civil del Reino Unido, de Italia, España o Francia aceptarían, (ni los Estados parece que estuvieran dispuestos a introducir).

4. ¿SE PODRÍA TOMAR AL “CRISTIANISMO” COMO SI FUERA ESA RELIGIÓN CIVIL PARA EUROPA?

Desde mi punto de vista como ya el lector se habrá dado cuenta, trasplantar a Europa la experiencia de la religión civil norteamericana, es algo rayano en lo imposible. Sin embargo hay estudiosos y hombres políticos en Alemania, e Italia que han avanzado el criterio de que sí puede ser posible establecer un camino para que sea el cristianismo el que funcione como “religión civil” en Europa. (Así lo señalan Ferrari ya citado, y Cole, Durham y Sewell en un trabajo conjunto sobre el Derecho y la Religión en una Europa post-comunista; publicado en la revista “*Il Mulino*”, Bologna 2004 pp. 501-523).

Estos autores realmente sólo usan el término de *religión civil americana*, en forma vacía, sin su contenido. Al referirse al “cristianismo” como religión civil de los Estados europeos ellos mismos reconocen que en Europa se requerirían de estrategias totalmente distintas de las usadas por los Estados Unidos para lograr una religión civil o laica. Pero veamos lo que proponen a pie forzado.

Parten ellos del convencimiento que tienen de que el cristianismo ha sido y seguirá siendo el único punto de apoyo indiscutible en la forja del Occidente europeo. Dicen ellos que para dar auténticas garantías de éxito en crear una Europa unida con una figura laica y religiosa a la vez sin perder la actual coyuntura liberal y democrática europea, se requeriría afianzar mejor la unidad de sus fundamentos morales en la convivencia, y tener en lo posible también una unidad en la visión común del mundo. Por eso ellos creen que en la tarea unificadora no se puede prescindir del cristianismo que es el patrimonio común indiscutible en Europa, y el único según ellos que tiene la capacidad de “alimentar”, en una óptica no confesional y respetuosa de la libertad religiosa, no sólo la distinción entre la Iglesia y el Estado sino también la conservación de algunos valores

fundamentales y éticos. Sólo así se podrá lograr una única identidad para todas las naciones europeas.

En realidad yo no he encontrado en su propuesta un claro derrotero de lo que hay que hacer o conseguir, para lograr lo que los Estados Unidos han logrado. Sólo veo reflexiones atinadas pero no concretas para llegar a la meta.

Estas reflexiones que a continuación acoto, me parecen válidas aunque no veo ninguna propuesta precisa para lograr concretar la forma de hacerlo.

1. Parten de la observación de que la secularización de la vida social europea al tratar de copar todos los campos de la sociedad ha olvidado reconocer de hecho que en la formación de la unidad europea la religión cristiana ha tenido un valor civilizador indiscutible.
2. Señalan estos autores que cada vez más los ciudadanos europeos, a pesar de no ser ya practicantes de su religión, se adhieren a los símbolos cristianos en la expresión de su cultura (arte, arquitectura, literatura, filosofía, etc.).
3. Según ellos el pueblo europeo, de verdad quiere llegar a tener una “religión civil” a la americana sin el yugo de lo religioso ni del aparato estatal. Pretenden probar esto, constatando que casi todos los pueblos para atraer al turismo suelen referirse a sus bases culturales de origen cristiano, que por tradición han logrado en todos los siglos grandes transformaciones sociales, religiosas, económicas y culturales.
4. Creen ellos que invitar a los europeos a que tengan al cristianismo como base para llegar a crear una religión civil, es algo que va a ser aceptado por las mayorías porque lo estiman como una exigencia natural compartida por casi todos.

Esto responde, según estos autores al albur que se les presenta actualmente a los europeos para construir un mundo más acorde con el siglo XXI. El cristianismo, dicen, ha sido una de las columnas centrales en las que se ha construido históricamente la identidad europea, y por eso apelando a la historia del arte, y de la literatura, concluyen que aún hoy el cristianismo puede contribuir a orientar más profundamente a los jóvenes europeos en su quehacer histórico. Su argumentación se basa en las ideas propaladas por el Plan del Comisariado General para el proceso de la construcción de Europa Unida con sede en París (“La documentation française”; París 2002 p.15).

5. Este Plan del Comisariado en resumen dice: “el estilo de la vida política europea, el contenido de los debates públicos sobre los problemas sociales y éticos, la definición de la responsabilidad del Estado y del individuo, el concepto sobre ciudadanía, la comprensión de la naturaleza y la ecología, las reglas concretas de la civilización, el uso del dinero y la sociedad de consumo en Europa *están impregnados de criterios cristianos*”.
6. Dicen ellos, que este proyecto llenaría el vacío de algunos valores occidentales que se han visto debilitados en el proceso de la unificación europea, la que debería pasar de una realidad de unificación económica a una entidad política y cultural unificada.
7. *No importa, dicen ellos, que las iglesias permanezcan vacías si el ambiente cristiano es capaz de permear el patrimonio cultural de Europa.*
8. Señalan al final, que inclusive los Concordatos firmados por los diversos Estados y la Iglesia Católica después del Código Canónico de 1983 tienen otra configuración (Los más recientes han sido firmados con Polonia, Lituania, Croacia, República Checa, Italia, Malta, y España) porque en ellos particularmente ya no se hace referencia a fórmulas confesionales, sino tienen más bien connotados seculares en que los Estados civilizan algunas normas canónicas, y la Iglesia canoniza algunas normas civiles. En estos tratados, la religión ya no es una premisa para la relación Iglesia-Estado, y la presencia católica en esos pueblos se transforma más bien en una orientación cultural y ética para que los legisladores se inspiren cristianamente en el desarrollo de sus actividades, particularmente en lo referente al derecho de familia, y a las normas sobre la escuela. (En el Perú se firmó el Convenio Iglesia-Estado, con estos criterios, en julio de 1980, criterios que primaron en la codificación canónica de 1983).

Aún así, si se lograsen estas premisas, creo yo que se habrán de presentar posteriormente muchas dificultades en el lenguaje y en el pensamiento de las naciones europeas para aplicarlas, porque ni los católicos piensan como los luteranos, ni éstos piensan como los anglicanos, ni los griegos ortodoxos piensan como los ortodoxos rusos o turcos, aunque todos se sientan auténticos cristianos.

Creo yo que la Europa actual no tiene los medios aptos para lograr un pluralismo religioso con valores cristianos y con una única ética. Creo aún más que el estilo privado americano de su libertad religiosa, difícilmente podrá llegar a tener un mismo lenguaje en la Europa actual sin vaciar su contenido cristiano.

5. ESTADO LAICO EN EUROPA

El presidente francés Jacques Chirac pronunció en el 2003 un discurso con connotados políticos, cuando surgió la controversia sobre el uso del velo islámico en los colegios (velo usado por motivos religiosos). Fueron célebres las frases lapidarias que él usó, dirigiéndose a todos los europeos:

“Lo laico se encuentra en el corazón de nuestra identidad republicana y exige un cierto grado de desapego del ciudadano europeo de todo lo que le pertenece por derecho público para derivarlo exclusivamente al orden de lo privado”.

Con esto señalaba a nombre de Europa que “el espacio religioso particular de cada ciudadano debería separarse por completo del espacio público”.

En esta perspectiva, el “Estado laico” en Francia, debería asumir las características de una casa común para todos los ciudadanos, a donde y de donde pudieran entrar o salir todos a su antojo precisamente porque esta casa no debería tener algún distintivo particular confesional, cultural o étnico. Esto, dicen los franceses *“permet á la France de ne pas etre una juxtaposition de communautés”.*

Puede ser que si se empezara a creer en, o a crear un « Estado laico » podría llegarse algún día a concebir (empezando por Francia) una neutralidad del Estado y de la sociedad civil europea frente a cualquier convicción religiosa tradicional, para poder llegar a la neutralidad y al pluralismo de las instituciones públicas. Esta neutralidad y pluralismo serían el presupuesto que consentiría al ciudadano de a pie, conservar su fe y profesar al mismo tiempo veneración por sus raíces étnicas.

- ¿Se podrá llegar a esto algún día? – No creo que sea una cosa tan sencilla. Podría eso sí marcar el primer paso para llegar al *pluralismo social* en Europa y con éste al *pluralismo religioso*, porque ofrecería un sustento equitativo a la libertad religiosa de todas las confesiones.
- No me atrevo a pronosticar nada ni para el Occidente en general, (ni menos para el Perú en particular). Tal vez dentro de 50 años alguien constatará que la “religión civil” o “laica” sea un hecho en Occidente.

No quiero cerrar mis reflexiones sin hacer notar antes lo que es ya una realidad en Europa y en América Latina sobre Estados que se manifiestan

frente a la Iglesia como laicos más no ateos. Me baso en el estudio hecho por A.W. Ziegler en dos tratados, hoy día considerados clásicos en esta materia: “Das Verhâltnis von Kirche und Staat in Europa” (Munich 1972) y “Das Verhâltnis von Kirche und Staat in Amerika (Munich 1974).

Este autor clasifica la relación occidental entre Iglesia y Estado en cinco sistemas: *sistema laico*, *sistema aconfesional*, *sistema asépticamente laico (o ateo)*, *sistema concordatario* y *sistema de separación coordinada*. Veamos:

1. Llama “*sistema laico*” al que ha sido adoptado por aquellos Estados que no quieren una relación oficial con la Iglesia pero que afirman de alguna manera que en su Constitución se garantiza la libertad religiosa de todos los ciudadanos y de las comunidades religiosas formadas libremente por ellos (*Es el caso de la religión civil en USA*).
En esta figura el Estado se proclama totalmente separado de la Iglesia con la prohibición constitucional de reconocer oficialmente que exista una religión de Estado, pero en donde se respetan los valores religiosos de la sociedad. La Iglesia en esta figura se deberá adecuar al derecho civil común si es que quiere constituir asociaciones religiosas, pero todo lo que haga la Iglesia con el pueblo, debe considerarse de Derecho Privado. Esto es lo que ya hemos presentado como la figura de “religión civil” en los Estados Unidos de América, y que ha servido de base para la redacción de la declaración de los derechos universales y de los derechos a la libertad religiosa en la ONU.
2. El autor presenta también la figura de un Estado con “*sistema aconfesional*” en donde hay separación total del Estado con cualquier credo o confesión, y en donde no se profesa ni siquiera la creencia en algún Dios. Estos son:
En Europa: Andorra, Bélgica y Francia
En América: Canadá, Chile y Uruguay
En Asia: Bhutan, China Nacionalista, Corea del Sur, India, Israel, Japón y Turquía
En África: Guinea, Tanzania, Tanganika y Zanzíbar.
3. El autor señala además la existencia de naciones que se profesan *asépticamente laicas (o ateas)* y señala como ejemplo a Francia y a las que se declaran haberse separado de aquella Iglesia a la que un tiempo el Estado la tenía como Iglesia protegida.
4. Precisamente por haberse desligado de la Iglesia oficial católica, algunos

Estados han firmado *concordatos o convenios con la Santa Sede*. Señala como *de sistema concordatario*:

En América: Ecuador, Venezuela, Bolivia, Perú y El Salvador.

En Europa: Alemania, (y sus Estados internos como Baden, Baviera y Renania) Austria, España, Francia, Italia, Portugal y Suiza.

En Asia: Filipinas.

5. El autor presenta otras naciones que han preferido elaborar una *separación coordinada*, con varias iglesias cristianas como Bélgica, Holanda y Luxemburgo, en Europa; y como Brasil, Canadá y Chile en América.
6. El caso de México es único porque en su Constitución se declara Estado ateo y contrario a cualquier tipo de religión, y enemigo de la Iglesia católica en particular. Sin embargo mantiene una discreción ante la persona del Sumo Pontífice, y acepta la existencia en su Nación de un Delegado Apostólico como diplomático.

6. EL CASO PERUANO

El autor no lo estudia en forma especial y yo prefiero dejar a otros que hagan un estudio especializado sobre el particular, porque el Perú, es una Nación abiertamente religiosa con un Estado cuya relación histórica con la Iglesia no ha sido uniforme porque tuvo épocas en que se identificó totalmente con la Iglesia católica y otras épocas en que el Estado le confiscó sus bienes. Tuvo épocas en que los Obispos eran nombrados por el Congreso y otras en que los Obispos eran considerados como vasallos del Estado llegando hasta la frialdad y el desprecio a las leyes de la Iglesia cuando se firmó la Constitución de 1933 obligando antes al Arzobispo de Lima Mons. Lissón a un autodesierto en Valencia España.

Es verdad que el pueblo peruano es muy religioso pero esto no significa necesariamente que sea cristiano, porque la religiosidad es un elemento espiritual que suele ser más bien emotivo y sentimental, mientras que el cristianismo es una religión revelada más bien cerebral y de compromiso, que no siempre es bien comprendida. Todo esto exigiría un estudio muy especializado que no es el caso para este ensayo.

No puedo concluir estas reflexiones en forma abrupta. Deseo antes de finalizar presentar las enseñanzas del Papa Juan 23 sobre el Estado y la Iglesia para un mundo plural y a la vez globalizado que ya se veía venir

desde los años 60 del siglo XX. Su enseñanza la plasmó en la Encíclica "Pacem in Terris".

7. EL PLURALISMO RELIGIOSO SEGÚN EL PAPA BUENO:

El espíritu de los tiempos actuales decía el Papa en 1963, está dominado por la lógica del encuentro y del desencuentro de las civilizaciones. No se puede exigir hoy que todos los pueblos piensen igual y que estén adheridos entre sí ni intelectualmente ni emotivamente. Hay evidente dificultad de entendimiento por ejemplo entre cristianos y musulmanes, entre judíos y árabes, y en general entre los pueblos de Oriente y los de Occidente. Sin embargo con respecto a los pueblos de Occidente el Papa bueno encontró suficiente capacidad y competencia en ellos para poder hacer que convivan lo laico con lo religioso sin excluirse entre sí. El Papa constató que muchas leyes en el Occidente se seguían dando con una inspiración cristiana, posiblemente "secularizada" pero llena del sentido moral cristiano existente dentro de la vida privada de cada uno.

Desde 1963, año de la encíclica, hasta el 2007 actual, el mundo cristiano de Occidente ha evolucionado mucho. Aquel antiguo binomio que luchaba entre la sacralización de la vida privada y la laicización de la vida pública, hoy día es más bien el camino para llegar a un sano pluralismo "post moderno". El pluralismo actual podría ser el vínculo auténtico que poco a poco logre lo que el Occidente ha buscado siempre aunque a veces sin éxito, para armonizar la privacidad de la fe con las convicciones políticas actuales, y para lograr el respeto de lo religioso en el escenario de la vida pública. La gente en el 2007 quiere usar medios no necesariamente liberales para convivir, armonizando la paz de la vida privada con la de la vida política pública. Estoy pensando por ejemplo en el respeto del uso del velo islámico en Europa, o en la adecuación de las leyes europeas para que los musulmanes inmigrantes tengan sus horas de oración durante el trabajo, o para la aceptación de la poligamia en aquellos llamados extracomunitarios árabes que viven por ejemplo en Boloña, Italia; y para otras situaciones contradictorias que quieren convivir con pueblos de costumbres ancestralmente cristianas de la Europa actual, sin ser discriminados. Es cierto que los europeos sienten que el piso se les derrumba al sólo pensar que estas costumbres no cristianas se vuelvan consentidas por las Instituciones europeas; pero al mismo tiempo sienten que la grandeza de Europa está precisamente en su diversidad, y que por lo tanto los europeos

debieran ser capaces de ser a la vez cristianos y laicos pero no paganos, con lo que no importaría si en un pueblo los crucifijos estén colgados en las paredes y en otros sean quitados de los colegios, o si en unos Estados el uso del velo islámico sea tolerado, y en otros esté prohibido.

Sin embargo, actualmente empieza a preocupar al europeo la existencia de un pluralismo religioso y cultural compatible con sus Instituciones Públicas, porque sienten que un pluralismo de ese tipo podría llegar a obligarles a renunciar al derecho de impedir que un sistema de valores no europeos se apodere de las Instituciones estatales y las transforme poco a poco hasta perder la identidad de lo europeo.

Si el Estado europeo por rechazar el pluralismo se declarara “*asépticamente laico*”, correría el riesgo de no interesarse ya en buscar la verdad, y habría de aceptar su propia incompetencia para defender o rechazar alguna lógica de tono espiritual, por lo que habrían de resignarse a dejar lo trascendental en manos de las agencias especializadas (llámense o no Iglesias).

Esto nos obliga a releer el pensamiento del Papa Roncalli y entenderlo mejor, aplicándolo al hoy que vivimos, utilizando lo que él mismo llamó el *aggiornamento*.

8. LA VISIÓN DE JUAN XXIII Y EL PLURALISMO POLÍTICO ACTUAL

En su encíclica “*Pacem in Terris*” números 143 y 144, el brillante Papa Roncalli a sabiendas de la desconfianza de los papas del siglo 19 que no querían que se redactasen algunas declaraciones de los derechos del hombre, porque según ellos estas declaraciones revivirían las crisis de la revolución francesa y podrían poner al hombre orgullosamente por encima de Dios, a pesar de esto digo, el Papa bueno insiste en su encíclica en afirmar que “uno de los actos más importantes llevados a cabo por la ONU en el Siglo XX ha sido la Declaración de los derechos del hombre aprobada el 10 de diciembre de 1948 en la Asamblea general de las Naciones Unidas”. El Papa enfatiza que desde el preámbulo esta Declaración “proclama como objetivo común la promoción por todos los pueblos y naciones del reconocimiento y del verdadero respeto de todos los derechos y libertades del hombre” (143)... “Nosotros consideramos (dice el Papa) esta Declaración, como el paso más seguro para establecer una organización jurídico-política de la comunidad

mundial". Dice el Papa que esta Declaración "afirma para cada individuo su derecho a buscar libremente la verdad, a seguir las normas morales, a practicar los deberes de justicia, a exigir las condiciones de vida de acuerdo a la dignidad humana así como a conseguir otros derechos ligados a ésta" (144).

Esta idea del Papa bueno no se debió sólo a su capacidad para descubrir y animar todo lo que era bueno, sino que el Papa puso esta Declaración como la base común y el terreno hábil para el entendimiento pluralista del hombre que debe convivir con horizontes diferentes, con doctrinas propias que a veces parecieran incompatibles entre sí, pero que hay que desarrollar para encontrarse y establecer una comunidad jurídica y política mundial, que una y no distancie a los pueblos.

En la quinta parte de esta gran encíclica el Papa señala las directivas para la participación de los cristianos en la vida pública de los Estados. Exige que sin embargo se construya una civilización impregnada de espíritu cristiano, para lo cual se requiere cierta competencia, ideas claras sobre la verdad, la justicia, el amor y la libertad para poder armonizar la fe con las exigencias de la acción temporal.

El Papa no habla propiamente de un Estado laico pero sí le atribuye al Estado un quehacer con cultura profana no pagana, en donde haya una relación libre y respetuosa entre católicos y no católicos compartiendo la ley Natural y la fidelidad a la moral natural.

El n. 158 precisa el trato entre personas del mismo Estado, distinguiendo que aún aquellas personas que estuvieran en error desde el punto de vista cristiano, siguen siendo personas y el trato humano entre ellos y nosotros debe ser de mutuo respeto.

El n. 160 se refiere a la secularización del Estado, y aunque no dice expresamente que el Estado debe ser laico, sí entiende que su quehacer debe estar separado de lo religioso aunque no desligado del Derecho Natural para que pueda inspirarse en la Doctrina social de la Iglesia haciéndola suya si fuera necesario y porque dice el Pontífice que la paz social es el verdadero camino para alcanzar la Paz universal que es tarea de todos los hombres de buena voluntad (163-172).

9. EN CONCLUSIÓN

Inspirado en el pensamiento roncalliano sobre el Estado y su relación con la Iglesia, creo yo que el Estado podría llamarse o proclamarse laico a secas, o aconfesional, o separado de la Iglesia, o de “religión laica”, o no importa qué, con tal de que, de acuerdo a la realidad más moderna presentada por el Papa, *el Estado secular respete la sociedad pluralista de su pueblo en donde todos se traten alturadamente, y se eduquen con la convicción de que existe un Dios trascendente, de que nuestra vida tiene una responsabilidad eterna, de que lo poco o mucho que hagamos será recompensado, de que podemos ser castigados por lo que dejamos de hacer o hacemos mal, de que debemos respetarnos y tolerarnos, y de que el Estado mismo debe tratar a todos por igual sin favorecer lo religioso o irreligioso, estando él mismo sujeto a la Ley Natural que es la expresión más clara de la pedagogía y política divina y que al mismo tiempo es la base de la Unidad de todos los ciudadanos de un mismo Estado.*

¹ Ferrari A.: “Laicità e religione civile” en Cuadernos de derecho publicados por Morcelliana Brescia (2003) 1p. 139.

Davis D. H.: “Civil Religion as a Judicial Doctrine” en Journal of Church and State N. Y. (1998) I, p.14
Bellah R. : “La religione civile in America” en “Al di là delle fedi” Morcelliana. Brescia 1975 p. 189.

² Cuando el Derecho usa los términos “numerus clausus” o “determinación cerrada” está indicando que no se puede ya introducir en la letra y en el espíritu de la norma ningún agregado extensivo o restrictivo de la misma. La Doctrina romanística del Derecho señala por ejemplo que todos los derechos reales son únicos y no se puede introducir ya nuevas figuras por ser *numerus clausus* (Derechos sobre cosa propia, y Derechos sobre cosa ajena). Cuando por influencia sajona apareció la “propiedad fiduciaria” hubo que recurrirse para entenderla, a la doctrina romana de la “fiducia” y del “fideicomiso” del Derecho sucesorio romano que usó esta figura de propiedad en el caso de la manumisión de un esclavo post mortem, de su antiguo amo.

³ Los peruanos que viven en N. York, o en Miami, o en Chicago, han podido por eso organizar procesiones a la limeña del Señor de los Milagros por ejemplo, entendiéndolos que por estar en USA tienen el Derecho privado de manifestar su devoción como les venga en gana (como si la religión fuera un Derecho inherente a la privacidad de cada uno).

⁴ Sólo pensemos en el Reino Unido en donde la Reina es la defensora de la fe y la Suprema autoridad de la Iglesia anglicana y en donde el derecho canónico está a la par que el Common Law.

⁵ El mismo Papa actual Benedicto XVI ha promovido con mucho vigor una batalla para que en la Constitución de la Europa Unida se reconozca que sus raíces son cristianas, lo que no quedaría claro con la sola alusión a Dios o a la religión. No es una simple coincidencia que el Papa haya escogido el nombre de Benedicto que hace alusión a S. Benito fundador de Europa y a Benedicto XV, defensor de la unidad cristiana de los pueblos europeos.

⁶ Hace sólo unos meses la Suprema Corte de los USA se pronunció en contra de un Estado de la Unión que pretendía proscribir la oración al inicio de las clases en una High School, mientras que en Francia con el mismo raciocinio se prohibía a una niña musulmana el uso del velo en la escuela.

**EL PROCESO COMPETENCIAL: ¿UN NUEVO RECURSO PROCESAL
PARA ANULAR SENTENCIAS O DEJARLAS SIN EFECTOS?
(Una crónica a propósito de la sentencia N° 006-2006-PC/TC
emitida por el Tribunal Constitucional)**

JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO*
HAROLD CASTILLO VEINTIMILLA**

Resumen:

Recogido por vez primera en la Constitución Política de 1993, el Proceso Competencial se constituye en un medio idóneo para dirimir los conflictos existentes, en cuanto a las competencias otorgadas por la Carta Política a los diversos órganos de relevancia constitucional y a los demás órganos del Estado se refiere. Por ello, partiendo de un análisis de la normatividad aplicable a aquél, el autor se ocupa del proceso competencial por medio del estudio de sentencias del Tribunal Constitucional relacionadas con el Poder Judicial, en el cual pretende poner de relieve las supuestas *tensiones* existentes entre dicho Tribunal y este Poder del Estado.

Palabras clave: proceso - proceso competencial - actividad jurisdiccional - cosa juzgada - Poder Judicial.

Abstract:

Gathered for the first time in the Political Constitution of 1993, the Process of Competition is a suitable way to dissolve the existing conflicts, as far as the competitions granted by the Political Constitution to the diverse organs of constitutional relevance and to the other organs of the State. For that reason, starting off of an analysis of the normativity applicable to it, the author takes care of the competential process by the study of sentences of the Constitutional Court related to the Judicial Power, in which he tries to distinguish the supposed existing tensions between this Court and the Judicial Power.

Key words: process - competencial process - jurisdictional activity - judged thing - Judicial Power.

Sumario:

1. Sobre el Proceso Competencial. 2. Sobre los Conflictos Competenciales. 3. Sobre la Actividad Jurisdiccional, La Cosa Juzgada

* Profesor de Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho de las universidades Nacional Mayor de San Marcos, de Lima, UIGV, USMP y de la Academia de la Magistratura.

** Abogado en ejercicio, egresado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

y las Atribuciones del Poder Ejecutivo. 4. Sobre la Actividad Jurisdiccional, La Cosa Juzgada y las Atribuciones del Poder Ejecutivo. 5. "Aclaraciones" a la Sentencia del Tribunal Constitucional. 6. ¿Empezó la Guerra de las Cortes?. 7. Consideraciones Finales. 8. Consideraciones Finales. 9. Apéndices.

1. SOBRE EL PROCESO COMPETENCIAL

El Proceso Competencial es incorporado por vez primera en nuestro ordenamiento jurídico por la Constitución de 1993, y está contemplado en el inciso 3) de su artículo 202°. En la anterior Carta Magna de 1979 existía un vacío constitucional en relación con los lineamientos que se debían seguir para resolver los conflictos¹ que surgían en cuanto a las competencias que otorgaba la Constitución a los diversos órganos de relevancia constitucional y a los demás órganos del Estado. Asimismo, se desconocía el órgano o ente competente que debía dirimir tales controversias. Vacío que en alguna oportunidad intentó ser cubierto por los justiciables haciendo uso de la entonces denominada Acción de Amparo o la Acción de Inconstitucionalidad², pero que, a la larga, resultaron ser procesos inidóneos e ineficaces para tal finalidad, puesto que se requería de un proceso especializado donde, exclusivamente, se diriman dichos conflictos competenciales de índole o relevancia constitucional.

En el inciso 3) del artículo 202° de la Constitución de 1993, arriba mencionado, se reconoce al Tribunal Constitucional la atribución para resolver los conflictos competenciales surgidos entre los órganos del Estado y los órganos constitucionales. De este modo, establece taxativamente que: *"Corresponde al Tribunal Constitucional (...) 3. Conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley"*. Como es de verse, la sumaria redacción de esta competencia hizo necesario que los detalles y pormenores que debía reunir este nuevo proceso constitucional sean desarrollados por el Poder Legislativo.

En un principio la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional –Ley N° 26435– publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 10 de enero de 1995, regulaba al detalle el Proceso Competencial. Así, el artículo 46° de dicha Ley Orgánica señalaba que: *"El Tribunal conoce de los conflictos que se susciten sobre las competencias o atribuciones asignadas directamente por la Constitución o las leyes orgánicas que delimiten los ámbitos propios de los poderes del Estado, los órganos*

constitucionales, los gobiernos regionales o municipales y que opongán: 1. Al Poder Ejecutivo con uno o más gobiernos regionales o municipalidades. 2. A dos o más gobiernos regionales, municipalidades, o de ellos entre sí. 3. A los poderes del Estado entre sí o con cualquiera de los otros órganos constitucionales, o de éstos entre sí”.

En ese orden de ideas, se publica en el Diario Oficial “El Peruano” la Ley N° 28237 –Código Procesal Constitucional– el 31 de mayo de 2004, vigente por *vacatio legis* desde el 01 de diciembre del 2004, que regularía todos los procesos constitucionales establecidos en la Constitución Política de 1993, entre ellos, el Proceso Competencial. Ello se complementa con la derogación de la Ley N° 26435, mediante la publicación de la Ley N° 28301 en el Diario Oficial “El Peruano”, el 23 de julio de 2004, que establecía una nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que regulaba, en estricto, sus competencias y atribuciones, dejando de lado la regulación de los procesos constitucionales al Código Procesal Constitucional.

En el artículo 109° del Código Procesal Constitucional, con relación al Proceso Competencial, se señala lo siguiente: “ *El Tribunal Constitucional conoce de los conflictos que se susciten sobre las competencias o atribuciones asignadas directamente por la Constitución o las leyes orgánicas que delimiten los ámbitos propios de los poderes del Estado, los órganos constitucionales, los gobiernos regionales o municipales, y que opongán: 1) Al Poder Ejecutivo con uno o más gobiernos regionales o municipales; 2) A dos o más gobiernos regionales, municipales o de ellos entre sí; o 3) A los poderes del Estado entre sí o con cualquiera de los demás órganos constitucionales, o a éstos entre sí. Los poderes o entidades estatales en conflicto actuarán en el proceso a través de sus titulares. Tratándose de entidades de composición colegiada, la decisión requerirá contar con la aprobación del respectivo pleno”.*

2. SOBRE LOS CONFLICTOS COMPETENCIALES

Ahora bien, una vez explicada la regulación del Proceso Competencial en nuestro ordenamiento jurídico, resulta apropiado analizar los principales lineamientos que deben observarse en el referido proceso constitucional, los cuales han sido desarrollados tardíamente en nuestro país, en comparación, por ejemplo, con el ordenamiento jurídico europeo³.

Con respecto a nuestro denominado Proceso Competencial, a nuestro entender, el Tribunal Constitucional peruano ha establecido que es

procedente la demanda cuando ésta reúne, en suma, dos requisitos indispensables: *a) legitimidad de las partes*, y *b) existencia de un conflicto de competencias constitucionales cierto*⁴.

Se debe tener en cuenta que, conforme lo estipula el Código Procesal Constitucional, existe un conflicto competencial cuando dos órganos constitucionales se consideran competentes para ejercer una misma función (*conflicto positivo*), o cuando ambos órganos constitucionales se consideran incompetentes para tales efectos (*conflicto negativo*)⁵.

Del mismo criterio es el Tribunal Constitucional, pero, a través de su jurisprudencia ha señalado que existen otros casos que se constituyen en conflictos competenciales. De ese modo, en la STC N° 0005-2005-PC/TC, establece que existe conflicto competencial cuando un órgano constitucional omite llevar a cabo una actuación, desconociendo las competencias constitucionales atribuidas a otro órgano constitucional (*conflictos por omisión en cumplimiento de acto obligatorio*).

Asimismo, en tiempo reciente, en la STC 0006-2006-PC/TC del 12 de febrero de 2007, el Tribunal Constitucional considera la existencia de un *conflicto constitucional por menoscabo de atribuciones constitucionales*, que lo clasifica en tres sub-tipos: *a) conflicto constitucional por menoscabo en sentido estricto*, *b) conflicto constitucional por menoscabo de interferencia*, y *c) conflicto constitucional por menoscabo de omisión*⁶.

En el *conflicto constitucional por menoscabo en sentido estricto*, cada órgano constitucional conoce perfectamente cuál es su competencia, sin embargo, uno de ellos lleva a cabo un indebido o prohibido ejercicio de la competencia que le corresponde, lo que repercute sobre el ámbito del que es titular el otro órgano constitucional. En el *conflicto constitucional por menoscabo de interferencia*, las competencias de los órganos constitucionales están enlazadas a tal punto que uno de ellos no puede ejercer la suya si no tiene la cooperación o la actuación de la competencia que le pertenece al otro. En el *conflicto constitucional por menoscabo de omisión*, uno de los órganos omite ejercer su competencia produciéndose, como consecuencia de ello, una atrofia o imposibilidad de ejercicio de la competencia del otro órgano constitucional, solo que, en este caso, la omisión funcional no es condición indispensable para el ejercicio de la competencia o atribución del otro órgano constitucional⁷.

Debemos decir que, estos últimos tipos de conflictos constitucionales han sido establecidos a través de la jurisprudencia por el Tribunal Constitucional a fin de sustentar su controvertida anulación de sentencias judiciales con calidad de *cosa juzgada* en el proceso seguido entre el Poder Judicial y el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo-MINCETUR, como lo veremos más adelante.

3. SOBRE LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL, LA COSA JUZGADA Y LAS ATRIBUCIONES DEL PODER EJECUTIVO

La Constitución Política del Estado indica que es competencia del Poder Judicial impartir justicia a través de sus órganos jerárquicos, la cual administra en exclusividad. Asimismo, se indica incluso que es facultad del Poder Judicial la aplicación del *control difuso* ante la incompatibilidad de una norma con rango legal y la Constitución. Así, señala en el artículo 138° que: *“La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”*.

Las resoluciones o sentencias firmes de los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial, que se pronuncian sobre el fondo, cuando adquieren la calidad de *cosa juzgada* se constituyen en sentencias que bajo ninguna circunstancia pueden incumplirse –salvo que en otro proceso judicial previsto en el ordenamiento jurídico así se declare– ni pueden modificarse sus contenidos normativos para las partes. Por ello son inmutables e irrevisables por otros órganos o instituciones del Estado. En este sentido, la Constitución de 1993 otorga a las sentencias de los órganos del Poder Judicial que han adquirido la calidad de *cosa juzgada* la debida protección cuando indica en su:

“Artículo 139°.- Principios de la Administración de Justicia Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

- 1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.*
- 2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.*

Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa

juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno.

(...)

13. La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada.

(...)".

El mismo desarrollo se da en la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobada por el Decreto Supremo N° 017-93-JUS, conforme lo establece su propio articulado. Así tenemos:

Artículo 1°.- Potestad exclusiva de administrar justicia.

La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con sujeción a la Constitución y a las leyes.

No existe ni puede instituirse jurisdicción alguna independiente del Poder Judicial, con excepción de la arbitral y la militar.

Artículo 2°.- Autonomía e independencia del Poder Judicial.

El Poder Judicial en su ejercicio funcional es autónomo en lo político, administrativo, económico, disciplinario e independiente en lo jurisdiccional, con sujeción a la Constitución y a la presente ley.

Artículo 4°.- Carácter vinculante de las decisiones judiciales. Principios de la administración de justicia.

Toda persona y autoridad está obligada a acatar y dar cumplimiento a las decisiones judiciales o de índole administrativa, emanadas de autoridad judicial competente, en sus propios términos, sin poder calificar su contenido o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, bajo la responsabilidad civil, penal o administrativa que la ley señala.

Ninguna autoridad, cualquiera sea su rango o denominación, fuera de la organización jerárquica del Poder Judicial, puede avocarse al conocimiento de causas pendientes ante el órgano jurisdiccional. No se puede dejar sin efecto resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada, ni modificar su contenido, ni retardar su ejecución, ni cortar procedimientos en trámite,

bajo la responsabilidad política, administrativa, civil y penal que la ley determine en cada caso.

Esta disposición no afecta el derecho de gracia.

Artículo 14º.- Supremacía de la norma constitucional y control difuso de la Constitución.

De conformidad con el Art. 236 de la Constitución⁸, cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera.

Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no quepa recurso de casación. En todos estos casos los magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece.

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

Debemos indicar que, de acuerdo a lo establecido en el inciso 20 del Artículo 139º de la Constitución de 1993, si bien todo ciudadano tiene el derecho de dar su opinión y sana crítica frente las resoluciones judiciales que cree que no son conformes a Derecho, ello no le faculta para solicitar que se deje de aplicar dichas resoluciones cuando estas han adquirido la calidad de *cosa juzgada*, toda vez que estas adquieren un carácter de irrevisables y son de obligatorio cumplimiento, constituyendo su contravención un delito de desobediencia o resistencia a la autoridad, contemplado en el Código Penal.

En ese sentido, si, por ejemplo, el Poder Ejecutivo, como parte en un proceso judicial, estima que los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial han emitido sentencias con calidad de *cosa juzgada* sin respetar la jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional y están siendo afectados por dichas sentencias –lo que sería en estricto una afectación a la tutela procesal efectiva– tienen el camino expedito para cuestionar las mismas en uso de

los instrumentos procesales que la ley le franquea, lo cual no significa que dichas sentencias dejen de ejecutarse, sino hasta su respectiva anulación.

Ahora bien, nuestro ordenamiento jurídico permite que el afectado por una sentencia con calidad de *cosa juzgada*, que supuestamente afecte la Constitución o las leyes, pueda pretender su nulidad ante los órganos del mismo Poder Judicial, siempre y cuando se reúna los requisitos señalados por ley y se usen los recursos procesales que la ley contempla. Tenemos que, tomando el ejemplo anterior, el Poder Ejecutivo puede interponer una demanda de Amparo contra las resoluciones judiciales que considera que no han acatado la jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional, por ende, que no están fundadas en Derecho –lo que constituiría, en estricto, una afectación a la tutela procesal efectiva– tal y conforme lo estipula el Código Procesal Constitucional. Dicha demanda se interpone ante la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del lugar donde fue dictada y, en última instancia, la resuelve el Tribunal Constitucional.

Así, se denota que, tal y como lo dispone el propio Código adjetivo mencionado, contra una resolución judicial firme –incluidas las sentencias que se pronuncian sobre el fondo y adquieren la calidad de *cosa juzgada*– procede el Proceso de Amparo si es interpuesto en los términos que dispone el mismo Código, y siempre y cuando se trate de una afectación a la tutela procesal efectiva, siendo la excepción cuando se interpone un Amparo contra una sentencia consentida por el mismo actor, por lo que se declarará improcedente.

De lo que se concluye que, cuando se trate de afectación a la tutela procesal efectiva, si una persona no cuestiona una sentencia con calidad de *cosa juzgada*, no consentida por él mismo, en uso del Proceso de Amparo –el Código ni la Constitución señalan excepción alguna entre sentencias civiles, contencioso-administrativas, constitucionales, etc.– debe ejecutarse y respetarse su –aún en el supuesto de que dicha sentencia sea injusta–, por cuanto el constituyente y el legislador le han querido otorgar la inmutabilidad necesaria a toda sentencia con calidad de *cosa juzgada*, sin diferencia de cualquier índole, a efectos que no se vea afectada la *seguridad jurídica* del Estado.

Además, para pretender la nulidad de una sentencia con calidad de *cosa juzgada*, tenemos el proceso de Nulidad de Cosa Juzgada Fraudulenta,

establecido en el artículo 178° del Código Procesal Civil, donde se cuenta con una estación probatoria rigurosa, a diferencia del Proceso de Amparo, y cuyos plazos son más extensos para poder determinar si es que la sentencia se emitió de manera fraudulenta o no. Asimismo, en el proceso penal, para que sea declarada la nulidad de una sentencia con calidad de *cosa juzgada*, el justiciable cuenta con el Recurso de Revisión, o, en todo caso, con el Proceso Constitucional de Hábeas Corpus, siempre y cuando se haya afectado la tutela procesal efectiva y, por ende, la libertad personal de los ciudadanos. Asimismo, por mandato constitucional, puede anularse de oficio una sentencia penal con calidad de *cosa juzgada* si se diera el caso de que se publique una nueva norma favorable al reo o si es que se concediera el derecho de gracia al sentenciado.

Salvo mejor parecer, estos son los únicos recursos con los que se cuentan para que toda persona pueda pretender que se declare nula una sentencia con calidad de *cosa juzgada*, procesos donde se deberá respetar el derecho de petición y contradicción de las partes, y previo estudio riguroso del caso, por tratarse de una sentencia protegida por la Constitución, se emitirá una sentencia que anulará o no la misma. No usar dichos recursos indica el consentimiento absoluto de dicha sentencia, así sea injusta, y, por ende, ratificaría su ya ganada inmutabilidad e irrevisabilidad. Sin desmedro de ello, la responsabilidad del magistrado que ha emitido una sentencia injusta se verá determinada en las instancias respectivas, lo que no enerva la ejecutabilidad, inmutabilidad e irrevisabilidad de su fallo.

En ese orden de ideas, el artículo 118° de la Constitución Política dispone que la obligación del Poder Ejecutivo –más que criticar e intentar que sean paralizados sus efectos– es cumplir y hacer cumplir las resoluciones judiciales emanadas de los órganos del Poder Judicial. Asimismo, el Legislativo y, excepcionalmente, el Poder Ejecutivo tienen la facultad de emitir normas de carácter general, que tienen vigencia desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial “El Peruano” y, por ende, son de obligatorio cumplimiento. En ese sentido, el Poder Ejecutivo tiene el deber de hacer cumplir dichas leyes.

Así, cuando una norma es inaplicada en un proceso judicial, con eficacia sólo entre las partes de dicho proceso, el órgano Ejecutivo no se ve mermado en su atribución de hacer cumplir las leyes, puesto que uno de sus deberes es el de hacer cumplir las resoluciones judiciales. El Poder Ejecutivo puede

discrepar del fallo judicial, lo cual es su derecho, pero debe acatarlo estrictamente, puesto que el Poder Judicial es el que está facultado para decidir qué es lo justo o lo injusto en las controversias que le hacen conocer los justiciables. Y sus fallos sólo pueden ser revisados por sus órganos jerárquicos, y por el Tribunal Constitucional, únicamente cuando los justiciables han hecho uso de los instrumentos procesales que la Constitución y las leyes les proveen, como lo habíamos señalado antes, lo cual es el sustento de la *seguridad jurídica* en un país.

Y es que, a todo esto, lo que subyace en cualquier ordenamiento jurídico es o debe ser la *seguridad jurídica* que, curiosamente, se ha visto demolida por el fallo del Tribunal Constitucional (Exp. N° 006-2006-PC/TC), en donde se pretende desconocer los propios carriles por donde transita el modelo dual o paralelo de jurisdicción constitucional.

4. SOBRE EL PROCESO COMPETENCIAL SEGUIDO ENTRE EL PODER EJECUTIVO –MINCETUR– Y EL PODER JUDICIAL

En este sentido, en el Proceso Competencial seguido ante el Tribunal Constitucional (STC 0006-2006-PC/TC) entre el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo –actuando por intermedio del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo MINCETUR–, el Alto Tribunal ha establecido que: *“a criterio del Tribunal en el presente caso se configura un conflicto de atribuciones por menoscabo, en el cual el Poder Judicial, a través del ejercicio de su función jurisdiccional, ilegítimo, como habrá de verse, ha producido un detrimento en las atribuciones constitucionales del Poder Ejecutivo, tales como la de cumplir y hacer cumplir las leyes (artículo 118°, inciso 1) y cumplir y hacer cumplir las sentencias y resoluciones jurisdiccionales (artículo 118°, inciso 9); ello mediante el pronunciamiento estimatorio de sendas demandas de Amparo y de Cumplimiento”*⁹.

Es muy discutible este razonamiento argumental, toda vez que fue usado para sustentar la declaración de nulidad de sendas sentencias que habían adquirido la calidad de *cosa juzgada*. En ese sentido, el Tribunal Constitucional resolvió lo siguiente: *“Declarar FUNDADA la demanda interpuesta por el Poder Ejecutivo contra el Poder Judicial, en cuanto menoscaba las atribuciones constitucionales reconocidas al Poder Ejecutivo en el artículo 118°, incisos 1 y 9 de la Constitución Política del Estado. En consecuencia, NULAS las siguientes resoluciones judiciales: (...) Declarar sin efecto, (...) las siguientes resoluciones judiciales (...)”*, enumerando un sinnúmero de sentencias que

supuestamente habrían contravenido las sentencias vinculantes del Tribunal Constitucional.

Así, entre el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo –MINCETUR– no existe, en estricto, un conflicto de competencias constitucionales, sino más bien uno de *contenido procesal*, sobre una supuesta e indebida motivación de las resoluciones judiciales y debido proceso por parte de los órganos jurisdiccionales. En ese sentido, como lo habíamos señalado con anterioridad, las competencias constitucionales del Ejecutivo de cumplir y hacer cumplir las leyes del Parlamento lo conminan a velar que en todo el territorio de la Nación, salvo excepción expresa en la ley, sean de observancia obligatoria para los ciudadanos las disposiciones normativas y los mandatos contenidos en la ley. En esa línea de desarrollo, el Ejecutivo es el responsable de llevar adelante su cumplimiento y su ejecución, para lo cual cuenta con toda una organización administrativa.

De otro lado, el Ejecutivo también es el responsable de cumplir y hacer cumplir los mandatos contenidos en las resoluciones del Poder Judicial y, con mayor razón, las sentencias que han adquirido la calidad de *cosa juzgada*. Siendo sus mandatos de observancia obligatoria entre las partes que participaron en el proceso y, además, son irrevisables por órgano distinto. Al Ejecutivo le corresponde velar por el adecuado cumplimiento de los mandatos contenidos en la sentencia, por ejemplo, dotando de personal policial, a través del Ministerio del Interior, para que se cumpla una sentencia ante la desobediencia al mandato judicial.

Ahora bien, la competencia del Poder Judicial reside en impartir justicia a través de sus órganos jerárquicos, adquiriendo sus sentencias la calidad de *cosa juzgada*, cuando se ha pronunciado sobre el fondo del asunto y son firmes, siendo irrevisables en proceso distinto y son de obligatorio cumplimiento. Asimismo, si bien el Poder Ejecutivo tiene el deber de aplicar la ley, se encuentra limitado de hacerlo cuando una sentencia con calidad de *cosa juzgada* la inaplica a favor una de las partes de un proceso, quien debe total obediencia a dicha sentencia por mandato exclusivo de la Constitución.

Como es de verse, no existe conflicto competencial alguno, puesto que sus competencias son complementarias. El Poder Judicial es el único encargado de establecer qué es lo justo y lo injusto, y sus resoluciones con calidad de

cosa juzgada son inamovibles, irrevisables y de obligatorio cumplimiento. El Poder Ejecutivo es el órgano político encargado de aplicar las leyes y hacer que se cumplan las sentencias judiciales con calidad de *cosa juzgada*, sin tener que decidir si son justas o injustas.

En todo caso, como lo hemos venido señalando, el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, que se pronuncia en última instancia en los procesos constitucionales de la libertad, son los únicos encargados de determinar si una sentencia con calidad de *cosa juzgada* es contraria a la Constitución, a la jurisprudencia vinculante y las leyes, es decir que son contrarias a Derecho –que es un supuesto del derecho constitucional a la tutela procesal efectiva– y, por ende, que dicha sentencia es nula. Ello es posible, sólo cuando los justiciables, en este caso el Poder Ejecutivo, hagan uso de los procesos constitucionales de la libertad previstos para tal fin, tal como lo hemos referido líneas arriba.

Sin desmedro de ello, en caso en cuestión, se debe resaltar que la demanda interpuesta por el MINCETUR estaba dirigida contra las sentencias emitidas por los órganos jurisdiccionales o instancias del Poder Judicial. Por lo que ésta en realidad estaría interponiéndose contra dichos órganos, lo que convertía a la demanda en improcedente, por cuanto los órganos jurisdiccionales, si bien se rigen y obedecen a la Constitución, no son estrictamente órganos constitucionales u órganos del Estado. En todo caso, sus conflictos de competencia son dirimidos por sus superiores jerárquicos, siguiendo los procedimientos establecidos en las normas, siendo el máximo dirimente la Corte Suprema de Justicia de la República (Poder Judicial).

Es pertinente mencionar la sentencia del Tribunal Constitucional español (STC 47/1986, de fecha 17 de abril, F.J. 5º), citada por el constitucionalista Javier García Roca, cuando explica aspectos sobre la innecesaria confusión del conflicto competencial con los conflictos de jurisdicción¹⁰: “*los órganos en que se expresa el Poder Judicial..., no tienen acceso al conflicto de atribuciones, pues los órganos judiciales en sí mismos considerados no son órganos constitucionales a los efectos de plantear conflicto de atribuciones según el Art. 59.3 LOTC y los conflictos posibles entre juzgados y Tribunales y otros órganos del Estado tienen previstos otros cauces procedimentales en los que no tiene cabida el propio Consejo*”.

Lo mismo ocurre en nuestro sistema jurídico, puesto que determinar la competencia de los órganos jurisdiccionales en cuanto a la materia, tiene su

propio procedimiento establecido tanto en la Ley Orgánica del Poder Judicial, como en los respectivos códigos adjetivos y de ninguna manera puede ser dilucidada mediante el Proceso Competencial.

Como es de verse, en el presente proceso, no se cumplía con uno de los supuestos para que sea dilucidada la pretensión vía Proceso Competencial, toda vez que en puridad no existe conflicto competencial de naturaleza constitucional entre poderes u órganos constitucionales, por lo que era improcedente o infundada en todos sus extremos la pretensión.

Según el Tribunal Constitucional, la demanda planteada por el MINCETUR contra el Poder Judicial en el Proceso Competencial versaba sobre dos puntos centrales: *a)* dirimir si el Poder Judicial es competente para otorgar licencias de funcionamiento en materia de casinos y tragamonedas, y *b)* se declaren nulas e inaplicables las sentencias emitidas por los órganos del Poder Judicial en materia de casinos y tragamonedas¹¹.

Ante esto, debemos precisar que si es que el Poder Judicial, en una o varias de sus sedes, abriera ventanillas de atención al público donde se ofrezcan licencias de funcionamiento de casinos y tragamonedas, de bares, de restaurantes, etc., obviamente que incurriría en una inconstitucional incursión de las competencias del Poder Ejecutivo. Lo cual, no ha ocurrido.

El Poder Judicial, a través de sus órganos, lo que ejerce es la función jurisdiccional, mediante la cual se dirimen diversas pretensiones. Entre ellas, en un proceso conoce materias tales como licencias de funcionamiento de casinos y tragamonedas, de tiendas, de discotecas, etc., donde, respetándose el debido proceso, se pueden llegar a emitir sentencias, las cuales pueden ser impugnadas ante la instancia respectiva por insatisfacción de la parte que lo crea conveniente, terminado el proceso con pronunciamiento sobre el fondo. Dichas sentencias, siempre y cuando queden firmes, llegan a adquirir, sin disputa, la calidad de *cosa juzgada*.

En ese orden de ideas, lo que en realidad pretendió el MINCETUR con el Proceso Competencial es la declaratoria de nulidad o de ineficacia de las resoluciones sobre casinos y tragamonedas emitidas por el Poder Judicial para su Ministerio. La pretensión de declaratoria de nulidad de las resoluciones judiciales emitidas por los órganos jurisdiccionales con la calidad de *cosa juzgada*, que integran el Poder Judicial, no generan un conflicto

competencial con el Poder Ejecutivo, por cuanto la nulidad o ineficacia de las sentencias del Poder Judicial están reguladas en los códigos adjetivos o en las disposiciones legales. Y existen para tales fines vías y medios adecuados para su revisión o declaratoria de nulidad. Al hacerse se atentó contra la *seguridad jurídica*, inclusive, lo cual resulta muy peligroso para el Estado de Derecho.

Para estos fines, lo deseable era que el Poder Ejecutivo se dotara de mejores técnicos legales para que asuman la defensa del Estado, en uso adecuado de los mecanismos que las leyes le franquean, y no tergiversar el objeto del Proceso Competencial, pretendiendo de manera artificial que se dejen sin efecto sentencias firmes, con calidad de *cosa juzgada*, emanadas por las diversas instancias del Poder Judicial. A nuestro parecer, no es del todo feliz que se haya acudido por el conducto del poder político para resolver una materia de índole o naturaleza estrictamente jurídica.

En esa línea expositiva, en la sentencia 0006-2006-PC/TC el Tribunal Constitucional para saltar la valla infranqueable de la *cosa juzgada* de las sentencias emitidas por los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial recurre a una concepción o acepción de la *cosa juzgada* muy particular. El Alto Tribunal distingue, por un lado, la *cosa juzgada formal*, que vendrían a ser las sentencias firmes del Poder Judicial que se pronuncian sobre el fondo. Y, la *cosa juzgada constitucional*, que son aquellas sentencias emitidas en los procesos constitucionales que se pronuncian sobre el fondo de la pretensión respetando la interpretación hecha por el Tribunal Constitucional, es decir, se pronuncia de: “*conformidad con el orden objetivo de valores, con los principios constitucionales y con los derechos fundamentales, y de acuerdo con la interpretación que haya realizado el Tribunal Constitucional de las leyes, o de toda norma con rango de ley, o de los reglamentos y de sus precedentes vinculantes, como lo prescriben los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente*”¹².

En tal sentido, para el Tribunal Constitucional, las sentencias del Poder Judicial cuestionadas en la demanda competencial no constituyen *cosa juzgada* constitucional en tanto no se sujetan a lo preestablecido por los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional. Esta interpretación se condice completamente con la naturaleza misma de la función jurisdiccional que ejerce el Poder Judicial y que también es ejercida por el Tribunal Constitucional.

En ese sentido, una sentencia firme que, pronunciándose sobre el fondo del asunto, declara fundada la demanda a favor del demandante en los procesos constitucionales de la libertad, se constituye, *per se*, en *cosa juzgada*. Dicha sentencia, en sí misma, conlleva implícitamente una presunción de constitucionalidad, presunción que sólo puede ser descartada en otro proceso previamente establecido en el ordenamiento jurídico creado para declarar su nulidad, a instancia de la parte afectada por la misma. Esa es la singularidad que ofrece la Constitución de 1979, reafirmada en la de 1993: el sistema dual o paralelo. Hemos de hacer hincapié que en la Constitución Política no se hace diferencia alguna sobre *cosa juzgada* penal, civil, constitucional, contencioso-administrativa, etc., toda vez que la calidad de *cosa juzgada* es una sola, la cual se adquiere con el consentimiento o con la Ejecutoria, nada más. Hacer diferenciaciones, tal como lo ha realizado el Tribunal Constitucional, es una clara y peligrosísima afectación a la *seguridad jurídica* y deja abierto un camino para que futuros magistrados “interpreten” a sus anchas lo que constituye *cosa juzgada* y lo que no según el momento político imperante, lo cual rechazamos.

Es de precisar que, algunas de las resoluciones que el Tribunal Constitucional ha dejado sin efecto a través de su sentencia, han sido emitidas con anterioridad a la publicación y entrada en vigencia de su precedente vinculante y que, por la prohibición constitucional de la retroactividad, no pueden ser aplicadas, menos aún en contra de justiciables que no han podido defenderse en el citado Proceso Competencial.

Finalmente, el Tribunal Constitucional ha sobrepasado sus atribuciones al utilizar un proceso constitucional como medio impugnatorio de sentencias del Poder Judicial, desnaturalizando por completo el Proceso Competencial, utilizándolo como arma de defensa de su jurisprudencia. Y no se ha percatado que en el expediente seguido con el N° 0006-2006-PC/TC no se presentan los requisitos de: *a)* conflicto constitucional, en tanto existe una pretendida declaratoria de nulidad de sentencias con la calidad de *cosa juzgada*, y *b)* de legitimación procesal, en tanto los órganos (instancias) jurisdiccionales del Poder Judicial no son órganos del Estado o constitucionales. Por ello, la parte actora -MINCETUR- debió recurrir a otra vía, por ejemplo, el camino del Proceso de Amparo, si fuera el caso.

Además de ello, se demuestra que el Tribunal Constitucional ha forzado la figura para poder declarar fundada una demanda en contra del

ordenamiento jurídico, tomando en cuenta que en la sentencia emitida por el propio Tribunal Constitucional en el Proceso Competencial signado con el Expediente N° 0001-2000-PC/TC de fecha 04 de abril del 2001 ya tenía un criterio determinado¹³, lo cual transcribimos:

“(…)

Que, respecto a la solicitud de la demandante para que se declaren inejecutables resoluciones judiciales que han resuelto acciones de Amparo interpuestas por la Municipalidad Provincial de Huarochirí y empresas de transporte público, contra la Municipalidad Metropolitana de Lima, ordenando se suspendan los operativos policiales, en tanto, ambas municipalidades celebren convenio; aquellas tienen plena validez al haber adquirido autoridad de cosa juzgada, de conformidad al Art. 139° inciso 2) de la Constitución Política, cuyas principales características son la inimpugnabilidad, la inmutabilidad y la coercibilidad; sin perjuicio que las autorizaciones provisionales concedidas deban adecuarse a la Ley N° 27181”.

Por otro lado, la defensa de la jurisprudencia pronunciada por el Tribunal Constitucional se debe hacer dentro de un proceso donde se pueda permitir a las partes aportar todos los medios probatorios suficientes a fin de demostrar que las sentencias emitidas las diversas instancias del Poder Judicial no están de acuerdo con el ordenamiento constitucional y, como tal, lo transgreden. En realidad, la sentencia del Tribunal Constitucional bajo análisis está deficientemente motivada, por cuanto anula en bloque diversas sentencias sin explicar estrictamente cómo es que en cada proceso se ha violentado la normatividad y los precedentes vinculantes. Tal aserto no es el previsto para anular las sentencias, y, además, se ha recortado el derecho de defensa de cada magistrado, no permitiendo que se apersonen al proceso para fundamentar su contradicción a la demanda. Sí se hubiera interpuesto un Proceso de Amparo o de Nulidad de Cosa Juzgada Fraudulenta, la cosa sería totalmente distinta.

En ese sentido, ¿podrá el Tribunal Constitucional aclarar cómo es que ha declarado nula una sentencia emitida por la Juez Roxana Jiménez Vargas-Machuca del 63° Juzgado Penal de Lima (Exp. N° 2153-2004) que no contenía control difuso alguno, ni iba contra algún precedente vinculante del Alto Tribunal, ni tampoco se trataba de autorizaciones de funcionamiento, ni exoneraciones tributarias, ni impedimentos de fiscalización a los casinos y tragamonedas? Debemos precisar que todas las sentencias declaradas nulas

implicaban el ejercicio de control difuso y la ruptura con precedentes previamente establecidos. Sin embargo, dicha situación no sucede en demandas como la resuelta por la Juez Roxana Jiménez Vargas-Machuca, interpuesta por Inversiones KNN S.A.C. contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo–MINCETUR, donde la sentencia de la citada magistrada implicó, en el mejor de los casos, amparar un derecho constitucional del demandante, lo que fue confirmado por la Sala Superior correspondiente. No se presentó en ese caso el control difuso, ni tampoco vulneración de algún precedente vinculante del Tribunal Constitucional, por lo que acrecienta aún más la incertidumbre.

En fin, reiteramos que no se puede recurrir a un Proceso Competencial, donde se estudia principalmente las atribuciones de cada órgano en relación al sistema constitucional, y hacer un juicio de abstracción general basándose exclusivamente en la no observancia de la jurisprudencia vinculante. Cuando, por las circunstancias del caso, los presupuestos fácticos pueden ser diferentes a los que sirvieron de base o fundamento para la dación o creación del precedente vinculante, lo cual debería haber sido analizado en los procesos especializados para tal fin, respetándose los derechos a la tutela procesal efectiva¹⁴.

5. “ACLARACIONES” A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Para darnos luces sobre la problemática propuesta, transcribimos a continuación un extracto del controvertido fallo del Tribunal Constitucional:

“V. FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar FUNDADA la demanda interpuesta por el Poder Ejecutivo contra el Poder Judicial, en cuanto menoscaba las atribuciones constitucionales reconocidas al Poder Ejecutivo en el artículo 118º, incisos 1 y 9 de la Constitución Política del Estado. En consecuencia, NULAS las siguientes resoluciones judiciales:

- (...)*
- Además de todas aquellas otras resoluciones judiciales que hayan sido dictadas contraviniendo la sentencia 009-2001-AI/TC y el*

precedente vinculante establecido en la sentencia 4227-2005-AA/TC por el Tribunal Constitucional.

2. *Declarar sin efecto, hasta que la Corte Suprema de Justicia de la República se pronuncie en virtud del artículo 14° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y considerando la sentencia 009-2001-AI/TC y el precedente vinculante establecido en la sentencia 4227-2005-AA/TC por el Tribunal Constitucional, las siguientes resoluciones judiciales:*
 - *La resolución de fecha 12 de setiembre de 1997, (...).*
 - *La resolución de fecha 22 de mayo de 1998, (...).*
 - *La resolución de fecha 21 de setiembre de 2001, (...).*
 - *La resolución de fecha 2 de julio de 2004, emitida por el Sexagésimo Tercer Juzgado Civil de Lima, en el proceso de amparo (Exp. N.° 2153-2004) seguido por Inversiones KNN S.A. contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo. Dicha resolución fue confirmada por la Quinta Sala Civil de Lima, mediante sentencia de fecha 14 de diciembre de 2004.*
 - *(...).*
3. *Poner en conocimiento de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial para que proceda de conformidad con la Resolución de Jefatura N.° 021-2006-J-OCMA/PJ, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 4 de abril de 2006”.*

En ese sentido, el 28 de marzo de 2007, el Procurador Público del Poder Judicial plantea unas sumamente interesantes interrogantes, a efectos que el Tribunal Constitucional aclarara la sentencia en cuestión. Con relación a las sentencias declaradas nulas, los extremos de la aclaración eran las siguientes:

- a. Que aclare a qué resoluciones judiciales se refiere en forma expresa cuando indica que son nulas todas aquellas otras resoluciones que hayan sido dictadas contraviniendo la sentencia 009-2001-AI-TC y 4227-2005-AA/TC,
- b. Cuáles eran los efectos de la declaración de nulidad de las resoluciones judiciales señaladas por el Tribunal Constitucional, y
- c. Cuál es la situación procesal de las resoluciones en las instancias superiores recaídas en los procesos en los cuales se ha declarado la nulidad.

Asimismo, con respecto a las resoluciones judiciales declaradas sin efecto, se solicitó que se aclare los siguientes extremos:

- a. La motivación para declarar sin efecto, específicamente las resoluciones dictadas en los expedientes N° 408-97 de fecha 12 de setiembre de 1997, N° 1265-97 del 22 de mayo de 1998 y la N° 0302-2001 de fecha 21 de setiembre de 2001, teniendo en cuenta que las sentencias vinculantes N° 0009-2001-AI/TC y la N° 4221-2005-AA/TC fueron emitidas con posterioridad a la emisión de dichas sentencias,
- b. Se precise que órgano jurisdiccional debe resolver la consulta aludida en la sentencia.

De otro lado, el Procurador del Poder Judicial hizo mención a la sentencia emitida en el expediente N° 2153-2004 emitido por el 66° Juzgado Civil de Lima, que fuera declarada sin efecto, indicando que en ella no se había contravenido la jurisprudencia vinculante aludida por el Tribunal Constitucional, es más, que ni siquiera se aplicó el control difuso, y que la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima había confirmado, en su debida oportunidad, la sentencia en cuestión.

Dicha solicitud de aclaración fue declarada improcedente por el Tribunal Constitucional, mediante la resolución de fecha 23 de abril del 2007, en la cual, de manera reiterativa, defiende su sentencia transcribiendo párrafos de la misma, ratificando sus puntos de vista. Pero, sobre las aclaraciones, indica, sin mayor fundamentación, que la sentencia en cuestión no precisa aclaración alguna. Con lo que no hace más que acentuar la controversia y, a nuestro parecer, pierde una importante oportunidad para pronunciarse sobre puntos evidentemente conflictivos.

Del mismo modo, en fecha 25 de mayo de 2007, doña Roxana Jiménez Vargas-Machuca, jueza del Sexágésimo Juzgado Civil de Lima, presentó ante el Tribunal Constitucional el pedido de aclaración de la sentencia en cuestión, indicando que la resolución que ella expidió en el Proceso de Amparo N°. 2153-2004 no se comprende conjuntamente con las resoluciones judiciales declaradas sin efecto por el Tribunal Constitucional en su sentencia, argumentando que en su labor jurisdiccional en dicho Proceso de Amparo nunca realizó control difuso de las normas consideradas constitucionales ni contravino precedentes vinculantes establecidos por este Colegiado, limitándose a analizar la aplicación de leyes en el tiempo de acuerdo a los actos propios de la administración derivados de la apertura del expediente administrativo N°. 01129-2000.

El Tribunal Constitucional, declara no ha lugar la solicitud de aclaración, mediante la resolución de fecha 18 de mayo de 2007, toda vez que, de acuerdo a su criterio, su pedido “ *deberá ser evaluado por la Corte Suprema de Justicia de la República conforme a las potestades que la Constitución y la Ley Orgánica le confieren, si existió control difuso por parte de la recurrente e inobservancia de los efectos normativos y precedente vinculante establecidos en las SSTC. 009-2001-AUTC y 4427-2005-AA/TC, toda vez que la Corte Suprema de Justicia de la República debe aún pronunciarse como lo dispone la sentencia de este Tribunal y el artículo 14° de la Ley Orgánica del Poder Judicial*”. Es decir, evidencia que en su caso no realizó una valoración suficiente para determinar si es que había contravención al precedente vinculante o uso del control difuso de manera indebida, sino que le encarga a otra entidad, al Poder Judicial, lo que mínimamente tenía que realizar para poder dejar sin efecto la referida sentencia. Con dicha aclaración, lo único que logra es poner en evidencia que no se realizó una debida motivación de la sentencia, debido, entre otras cosas, a que no se permitió el uso del derecho de defensa a cada magistrado que dictó las sentencias anuladas o dejadas sin efecto ni a los beneficiarios de dichas sentencias, y debido, además, a que el Proceso Competencial no es el proceso destinado ni más idóneo para tal fin.

En ese mismo orden de ideas, la misma parte demandante, el MINCETUR, que fuera favorecida por el fallo del Tribunal Constitucional, encontró puntos dudosos en la controvertida sentencia. Así, en su solicitud de aclaración de fecha 29 de marzo de 2007, ésta solicita que se aclare la sentencia por cuanto, a su juicio, no expresa taxativamente si la declaratoria de nulidad sugeriría una nueva intervención del órgano jurisdiccional para que se pronuncie nuevamente en estos procesos judiciales, y si ello es así, en qué forma deberá conducirse el órgano jurisdiccional de la judicatura.

El Tribunal Constitucional, mediante su resolución de fecha 4 de abril de 2007, declara improcedente la solicitud de aclaración, toda vez que “ *considera pertinente que es al Poder Judicial a quien le corresponde, de conformidad con el artículo 138° y 139° de la Constitución, establecer los mecanismos procesales pertinentes para dar pleno cumplimiento a la sentencia de autos; considerando para ello, como es evidentemente, tanto la sentencia 009-2001-AI/TC, como el precedente vinculante establecido en la sentencia 4227-2005-AA/TC*”. Con lo que se ha creado una incertidumbre jurídica y se ha mermado las atribuciones del Poder Judicial y –algo muy delicado– la santidad de la *cosa juzgada* y la *seguridad jurídica* de nuestro país.

6. ¿EMPEZÓ LA GUERRA DE LAS CORTES?¹⁵

Uno de los temas que más incidencia se tiene en las actuales circunstancias es el relativo al control constitucional. Habiendo transcurrido cinco lustros de la implantación del modelo dual o paralelo, resulta pertinente hacer un balance global de la función tuitiva y operatividad que han tenido el Tribunal Constitucional (“intérprete supremo”) y el Poder Judicial (juez ordinario), sobre la base de las relaciones entre ambos órganos –como también ha sucedido con el Poder Legislativo– a las que se han calificado de “tensiones”, “conflictos”, “fricciones”, “invasiones”¹⁶, o “guerra de las cortes”¹⁷, metáfora esta última que se utilizó para referirse a las relaciones conflictuales que se suscitaron en los años sesenta y setenta del siglo XX entre la *Corte Costituzionale* y la *Corte di Cassazione* italianas.

En ese sentido, el control constitucional como parte integrante del Derecho Procesal Constitucional (Sagüés lo denomina el *alma mater* de la disciplina) camina en armonía y al servicio del principio de la supremacía constitucional. Con lo cual, la Constitución adquiere su prevalencia dentro del ordenamiento jurídico. Por lo demás, no se puede concebir ni analizar el control constitucional si es que no se toma en cuenta su génesis histórica. Los órganos constitucionales que interpretan y diseñan la constitucionalidad (ora el Tribunal Constitucional, ora el Poder Judicial) no deben extralimitarse en su función y rol protagónico, para evitar caer en contradicciones.

Ahora bien, la sentencia (Exp. N° 0006-2006-PC/TC) del Tribunal Constitucional peruano analizada, afecta gravemente las competencias y atribuciones del Poder Judicial, lo cual nos trae a reflexión y salida legal lo sucedido entre la *Corte Costituzionale* y la *Corte di Cassazione* italianas, donde se presentó una verdadera guerra de cortes. No sería extraño que el Poder Judicial deje de lado la sentencia del Tribunal Constitucional, puesto que, so pretexto de ser el máximo intérprete de la constitucionalidad, ha tergiversado lo establecido en la Constitución, en el Código Procesal Constitucional y en su jurisprudencia (como fuentes del Derecho Constitucional). Y ha determinado que el Proceso Competencial, de ahora en adelante, podrá servir para anular sentencias con calidad de *cosa juzgada*, lo que ciertamente es excesivo y fórmula peligrosa para el fortalecimiento Estado de Derecho. ¡El Poder Judicial tiene la palabra¹⁸!

7. CONSIDERACIONES FINALES

Como es de observarse, en el presente proceso, no existió conflicto competencial alguno, por lo que el Tribunal Constitucional desde un inicio al calificar la demanda se ha excedido en sus funciones y ha manipulado el Proceso Competencial para declarar nulas las sentencias con calidad de *cosa juzgada* emitidas por el Poder Judicial, sin tener en cuenta que para el logro de la pretensión del demandante existen vías adecuadas e idóneas que resuelven estos problemas de índole procesal, y no competencial.

Lo pronunciado por el Tribunal Constitucional resulta muy delicado para el Estado peruano, por cuanto, se puede caer en responsabilidad internacional por la contravención a lo establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos, puesto que, al anularse las sentencias con calidad de *cosa juzgada*, emitidas en sendos Procesos de Amparo y Cumplimiento, se ha limitado la ejecución de resoluciones emitidas en uso de recursos sencillos y eficaces para la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos, en el presente caso de los beneficiarios de las sentencias anuladas o dejadas sin efectos.

Asimismo, el Tribunal Constitucional al haber emitido un fallo anulando las citadas sentencias en un proceso que no estaba propuesto para tal fin, sin previamente escuchar la defensa de los magistrados con relación a sentencias supuestamente inconstitucionales y sin citar siquiera a los beneficiarios de dichas sentencias para que realicen sus defensas, ha contravenido los principios y derechos de la función jurisdiccional (garantías judiciales) que se deben respetar en todo proceso. Por citar un ejemplo, el derecho a la defensa.

Dichos derechos fundamentales a las garantías judiciales y a la tutela judicial efectiva están establecidas en los artículos 8º y 25º de la Convención Americana de Derechos Humanos, que establecen:

“Artículo 8º. Garantías Judiciales

- 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (...).”*

“Artículo 25º. Protección Judicial:

1. *Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.*
2. *Los Estados partes se comprometen:*
 - a. *A garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;*
 - b. *A desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y*
 - c. *A garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.*

Todos estos fundamentos no hacen más que llevarnos a la conclusión que el Estado peruano, por el conducto del Tribunal Constitucional, ha transgredido la Convención Americana de Derechos Humanos. En estricto, lo establecido en su artículo 1º que dispone que: *“Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción. Lo cual, indefectiblemente acarreará responsabilidad internacional del Estado peruano por la contravención a los pactos internacionales suscritos, lo cual hubiera podido evitarse.*

8. APÉNDICES

§ 1

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

COMUNICADO^(*)

La Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República, órgano máximo de deliberación del Poder Judicial, frente a la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional N° 0006-2006-PC/TC, recaída en el proceso competencial incoado por el Poder Ejecutivo–Ministerio de Comercio Exterior

^{*} Publicado en el Diario *El Comercio*, el día lunes 22 de abril de 2007.

y Turismo contra el Poder Judicial, en defensa de la autonomía jurisdiccional y de la independencia de este Poder del Estado, expresa a la opinión pública del modo más enérgico lo siguiente:

1. Consecuente con su ineludible compromiso en la lucha contra la corrupción en el seno del Poder Judicial, oportunamente el órgano de Control de la Magistratura, en el ejercicio de su facultad disciplinaria y sus potestades de inspección, está llevando a cabo las acciones de control correspondientes para imponer la más drástica sanción a los jueces y vocales que, violando la Constitución y la Ley, permitieron el funcionamiento de algunos casinos en todo el país. A la vez, como no puede ser de otro modo, está en la obligación de respaldar –y lo hará cuando corresponda– a los magistrados judiciales que en los procesos referidos en esas materias han procedido en el correcto ejercicio de su potestad jurisdiccional, cuya conducta funcional debe ser reconocida y sus resoluciones deben merecer absoluto respeto y efectiva vigencia en un Estado Constitucional.
2. El reconocimiento de la jurisdicción constitucional y de los procesos constitucionales en nuestro ordenamiento jurídico, debidamente configurados en la Constitución y regulados en el Código Procesal Constitucional, en modo alguno convalida sentencias que desconozcan el petitorio planteado, autoriza la invocación a una inexistente e impropia relación de jerarquía entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, permite vulnerar la intangibilidad de la cosa juzgada, y, recurriendo a causales no previstas y vías procesales destinadas a canalizar otro tipo de pretensiones, faculta a declarar la nulidad de sentencias judiciales.
3. Eso es justamente lo que sucede con la sentencia antes citada. El Tribunal Constitucional, a propósito del indicado proceso competencial, procura imponer al Poder Judicial pautas sobre cómo juzgar y aplicar sus precedentes, lo que por cierto, y como es evidente, no configura un conflicto de competencias ni fue lo estrictamente demandado por el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo. Además, importa un pronunciamiento sin mayor posibilidad de descargo por el Poder Judicial o por los diferentes involucrados en las sentencias que venían cuestionándose, a la vez que sorprendentemente –cual si fuera su superior jerárquico– cursa órdenes (ni siquiera una improcedente exhortación), con evidente violación de la autonomía de la institución judicial, a la Oficina de Control de la Magistratura para que proceda a ejercer de determinada manera sus potestades disciplinarias, lo que por cierto ya

había sido dispuesto por los propios órganos de gobierno y de control del Poder Judicial.

4. La sentencia del Tribunal Constitucional, inadmisibile en su esencia y contenido, intenta vanamente justificar su decisión en afirmaciones tan erradas como el de una supuesta relación de jerarquía –y no de competencia– entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional. Así, se arroga facultades que no tiene frente a fallos judiciales y deja de lado la intangibilidad de la cosa juzgada, pese a que la rescisión o nulidad de sentencias firmes sólo es posible en los casos y bajo los procedimientos expresamente establecidos, que por cierto no son los del proceso competencial ni lo autoriza el artículo 113° del Código Procesal Constitucional. Las decisiones cuestionadas por el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo no son actos administrativos del Poder Judicial ni constituyen la expresión de sus facultades gubernativas, sino resoluciones dictadas por los jueces en el ejercicio de su potestad jurisdiccional.
5. El Tribunal Constitucional, en el indicado fallo, procede en base a argumentos jurídicamente insostenibles a anular una serie de sentencias, incluyendo entre ellas, muy a despecho de lo que formalmente se señala, decisiones dictadas en procesos en los que no se ejerció control difuso ni se dejó de lado los precedentes vinculantes que invocó, con el agravante de actuar, en todos los casos, sin escudar ni siquiera a los directamente afectados, de suerte que se ha configurado situaciones de indefensión material que bien podría generar un cuestionamiento al Estado peruano ante el Sistema Interamericano de protección de derechos, con todo lo que ello puede acarrear.
6. Llamamos la atención ante lo que constituye una gravísima invasión de las competencias reservadas al Poder Judicial por el Tribunal Constitucional, hecho que lamentablemente no es nuevo y que con este último pronunciamiento toma ribetes inaceptables. La autonomía del Poder Judicial y la independencia del juez deben ser respetadas en todo momento, y corresponde a los órganos de gobierno del Poder Judicial mantenerlas incólumes. El Tribunal Constitucional debe circunscribirse a desempeñar las fundares y responsabilidad que la propia Constitución y las leyes le asignan, y no debe proyectar la equivocada idea que cualquier entidad pública crea que puede no acatar una resolución judicial si entiende que restringe sus competencias. La vigencia del Estado Constitucional en el Perú así lo exige.

DRA. MARÍA DEL CARMEN GALLARDO NEYRA
Secretaria General de la Corte Suprema de Justicia de la República

§ 2

PODER JUDICIAL
REUNION DE PRESIDENTES DE CORTES SUPERIORES DE JUSTICIA DE
LA REPUBLICA
“DECLARACION DE LIMA”^(*)

Los señores Presidentes de las Cortes Superiores de Justicia de la República, reunidos en la Sala de Juramentos del Palacio de Justicia, con ocasión del Taller Central para la formulación del Presupuesto Institucional 2008, declaramos:

1. Respalda las acciones que viene efectuando el señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República, doctor Francisco Artemio Távara Córdoba, y la Sala Plena del Supremo Tribunal, respecto a las observaciones formuladas a la Ley de Carrera Judicial aprobada por el Congreso de la República, por lo que también solicitamos al señor Presidente Constitucional la observación de la misma y su devolución al Congreso, por presentar contenidos inconstitucionales.
2. Expresar nuestro desacuerdo con la sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el proceso competencial N° 006-2006-PC/TC incoada por el Poder Ejecutivo contra el Poder Judicial, al considerar que la misma conculca la autonomía del Poder Judicial, e independencia de los Magistrados de la República en el ejercicio de sus funciones; por lo que apoyamos el Acuerdo de Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de fecha 12 de abril último.
3. Manifiestar nuestra solidaridad con las señoras Magistradas integrantes de la Primera Sala Penal Especial de Lima; y exhortamos a los demás poderes del Estado al respeto irrestricto a la independencia del Poder Judicial.
4. Apoyar al señor Presidente del Poder Judicial en todas las gestiones que viene realizando en defensa de la institucionalidad de este Poder del Estado, así como en las que viene realizando para mejorar su presupuesto.

Firmado por los señores Presidentes de las 29 Cortes Superiores de
Justicia de la República
DIRECCION DE IMAGEN Y PRENSA DEL PODER JUDICIAL

^{*} Publicado en el Diario “El Comercio”, el día martes 24 de abril de 2007.

José F. Palomino Manchego, Harold Castillo Veintimilla – El proceso competencial:
¿Un nuevo recurso procesal para anular sentencias o dejarlas sin efectos?

- ¹ Desde el punto de vista jurídico, ‘conflicto’ es la oposición de intereses en que las partes no ceden, es el choque o colisión de derechos o pretensiones. *Vid.*, Guillermo Cabanellas: *Diccionario de Derecho usual*, Bibliográfica Omeba, t. 1, 6ª. edición, Buenos Aires, 1968, pág. 468.
- ² *Vid.* Samuel B. Abad Yupanqui, Jorge Danós Ordóñez, Francisco J. Eguiguren Praeli, Domingo García Belaunde, Juan Monroy Gálvez, Arsenio Oré Guardia: *Código Procesal Constitucional. Comentarios, Exposición de Motivos e Índice Analítico*, Palestra Editores, Lima, 2004, pág. 90. Hay una segunda edición, muy mejorada, a cargo de la misma editorial.
- ³ En ese sentido, es pertinente observar la doctrina jurídica española, ya que muchas veces el Tribunal Constitucional peruano se detiene a observar el devenir del Derecho Constitucional español, tanto en lo doctrinario como en lo jurisprudencial, lo cual lo podemos observar a lo largo de los fundamentos de sus sentencias. Para tales efectos, *vid.*, F. Javier García Roca, *El conflicto entre órganos constitucionales*, Editorial Tecnos, Madrid, 1987, págs. 48-49. Dicho autor –autoridad en la materia– ya bosquejaba los requisitos conflictuales hace casi cuatro lustros atrás, de la siguiente manera:
“2. *Los requisitos conflictuales: elementos*
Centrándonos ya en los conflictos entre órganos, la formalización de uno de estos conflictos exige el cumplimiento de determinados requisitos o, lo que es lo mismo, la existencia de algunos elementos:
a. Capacidad para ser considerado como parte o legitimación activa y pasiva (requisito subjetivo).
b. Que exista materia de conflicto (requisito objetivo)
c. De forma auxiliar (conceptualmente), pero no menos imprescindible, debe hablarse también de otros requisitos formales como son haber agotado sin éxito el trámite previo del requerimiento de revocación al órgano presuntamente invasor, y que este requerimiento se hiciera dentro del plazo máximo de un mes desde que llegó a conocimiento del órgano actor la indebida asunción de atribuciones (requisito temporal). Para el planteamiento del conflicto deben precisarse en el escrito los preceptos y las atribuciones que se consideran vulnerados y acompañar certificación de los antecedentes necesarios así como de haber cursado aquel requerimiento previo.
d. Por último, es menester que la causa petendi esté en reivindicar la titularidad de una competencia de que se haya despojado al actor por el órgano que se estima invasor (requisito causal o finalista).
En definitiva, los elementos de estos conflictos son los de sujeto, objeto, causa y forma, legalmente previstos. La existencia de esos elementos transforma toda controversia constitucional en uno de estos procesos conflictuales”.
- ⁴ Al respecto, *vid.* la STC N° 00003-2005-PC/TC y STC N° 00013-2003-PC/TC.
- ⁵ *Vid.* Alfonso Herrera García: “La controversia constitucional mexicana y el proceso competencial peruano. (Breves notas comparativas sobre sus reglas generales)”, en *El Derecho Procesal Constitucional peruano. Estudios en Homenaje a Domingo García Belaunde*, José F. Palomino Manchego (Coordinador), tomo II, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2005, págs. 1053-1090.
- ⁶ STC 0006-2006-PC/TC, fundamento jurídico N° 22.
- ⁷ STC 0006-2006-PC/TC, fundamento jurídico N° 22, segundo párrafo.
- ⁸ Se refiere a la Constitución de 1979.
- ⁹ STC 0006-2006-PC/TC, fundamento jurídico N° 26.
- ¹⁰ *Vid.* F. Javier García Roca: *El conflicto entre órganos constitucionales*, op. cit., págs. 58-62.
- ¹¹ En los términos del Tribunal es: 1) si el Poder Judicial tiene la facultad de declarar inaplicables normas legales que regulan la actividad de juegos de casinos y máquinas tragamonedas, cuya constitucionalidad ha sido ratificada por el Tribunal Constitucional en reiterados pronunciamientos; 2) que se declare la nulidad de las resoluciones judiciales señaladas en el petitorio de la demanda.
- ¹² STC 0006-2006-PC/TC, fundamento jurídico N° 70.
- ¹³ Asimismo, el Tribunal Constitucional ha resuelto contradictoriamente con su propia jurisprudencia, donde establecía que se debe total respeto a la independencia judicial, como una condición de albedrío funcional del juez. *Vid.*, la STC N° 0023-2003-AI/TC, STC N° 2465-2004-AA/TC, entre otras. Del mismo modo, el Tribunal había ratificado con anterioridad la prohibición constitucional de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada, y, además, había ratificado como efectos de la cosa juzgada la irrevisabilidad, inmutabilidad y ejecutabilidad. *Vid.*, STC N° 0454-2004-AI, STC N° 4587-AA/TC, STC N° 5374-2005-AA/TC, STC N° 6712-2005-HC/TC, STC N° 4426-2004-HC/TC, STC N° 3959-HC/TC, STC N° 0054-2004-AI/TC, entre otras.
- ¹⁴ En el artículo 4º del Código Procesal Constitucional se establece qué se entiende por tutela procesal efectiva: aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos

José F. Palomino Manchego, Harold Castillo Veintimilla – El proceso competencial:
¿Un nuevo recurso procesal para anular sentencias o dejarlas sin efectos?

por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal.

¹⁵ Ya habíamos esbozado unas ideas de lo que exponemos en una ponencia presentada al VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, desarrollado durante los días 12 al 15 de febrero de 2002, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, la cual ha sido publicada en Perú. *Vid.*, Domingo García Belaunde (Coordinador): *Constitucionalismo y Derechos Humanos*, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2002, págs. 151-169.

¹⁶ Para nuestros efectos, *vid.* los trabajos que se incluyen en Eliseo Aja (Editor): *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1998. También, Jesús María Santos Vijande: «Doctrinas» y jurisprudencia del Tribunal Constitucional: su eficacia respecto de los tribunales ordinarios, Editorial Comares, Granada, 1995. Antecede Prólogo de Andrés de la Oliva Santos. De igual forma se pueden consultar las ponencias aparecidas en Ramón Punset Blanco y Jesús Santos Vijande: *Jurisdicción Ordinaria y Tribunal Constitucional*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1996; y en el colectivo a cargo de Gerardo Ruiz-Rico Ruiz: *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997. *Vid.*, en el mismo sentido, el reciente trabajo de Marina Gascón Abellán: “Los límites de la justicia constitucional”, en *Temas Procesales*, N° 25, Bogotá, 2001, págs. 53-64.

¹⁷ *Vid.*, por ejemplo, Rosario Serra Cristóbal: *La guerra de las Cortes. La revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del recurso de amparo*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1999. Antecede Prólogo de Luis López Guerra.

¹⁸ En ese sentido, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República, órgano máximo de deliberación del Poder Judicial, frente a la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en el expediente N° 006-2006-PC/TC, materia de análisis, en defensa de la autonomía jurisdiccional y de la independencia de este Poder del Estado, ha rechazado enérgicamente la aludida sentencia mediante el Comunicado de Prensa dirigido a la colectividad y a las diversas instituciones, publicado en el Diario *El Comercio* el día Lunes 22 de abril de 2007. Asimismo, los Presidentes de las 29 Cortes Superiores de Justicia de la República, el día 21 de Abril del 2007, reunidos en la Sala de Juramentos del Palacio de Justicia, con ocasión del Taller Central para la formulación del Presupuesto Institucional 2008, han emitido la Declaración de Lima, publicada en el Diario “El Comercio” el 24 de abril de 2007, por la cual expresan su desacuerdo con la sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el proceso competencial N° 006-2006-PC/TC, al considerar que la misma conculca la autonomía del Poder Judicial, e independencia de los Magistrados de la República en el ejercicio de sus funciones.

LUCES Y SOMBRAS DE LA CALIDAD DE LA DEMOCRACIA EN AMÉRICA LATINA

MANUEL ALCÁNTARA SÁEZ*

Resumen:

Se realiza en el artículo un estudio estadístico de la calidad de la democracia en América Latina, para lo cual se utiliza los índices de Freedom House, IDD (Fundación Honrad Adenauer), EIU (The Economist Intelligence Unit) y el elaborado por Levine Molina (2007), que ostentan una similitud altamente significativa, los cuales han constatando grandes diferencias en la calidad de la democracia a nivel de los países de América Latina.

Palabras Clave: Democracia - Freedom House - Desarrollo Democrático.

Abstract:

A statistical study of the quality of the democracy in Latin America is made in the article, for which it is used the indices of Freedom House, IDD (Fundación Honrad Adenauer), EIU (The Economist Intelligence Unit) and the elaborated by Levine Molina (2007), that shows a similarity highly significant, which are stating great differences in the quality of the democracy at the countries of Latin America.

Key words: Democracy - Freedom House - Democratic development

* Vicerrector de Relaciones Internacionales y Cooperación de la Universidad Salamanca de España y profesor de Ciencia Política en la misma Universidad.

El término de calidad de la democracia, que comienza a abrirse paso hace apenas una década¹, tiene un carácter complejo al estar vinculado tanto a significados diferentes para el término de calidad de acuerdo con los sectores industriales y de mercadotecnia, como a visiones dispares del concepto de democracia. En efecto, la calidad puede estar vinculada a un procedimiento por el que un producto de calidad es el resultado de un proceso riguroso de acuerdo con un protocolo preciso, pero también lo está al contenido, es decir es inherente a las características estructurales de un producto, y finalmente tiene que ver con el resultado medido por el grado de satisfacción del usuario². Así mismo hay una visión de la democracia donde se enfatiza más su capacidad de provocar la participación de la ciudadanía, de estimular debates y deliberación sobre las opciones que enfrenta un país o una comunidad, de proteger los derechos de los individuos y grupos marginales frente a los grupos de poder, de promover la justicia social³. Esta perspectiva es diferente a la de una democracia configurada sobre los valores de libertad, igualdad política y el control sobre las políticas públicas y sus hacedores a través del funcionamiento legítimo y legal de instituciones estables. Esta segunda versión, próxima a la conceptualización de Dahl, puede medirse en términos de su calidad si se satisfacen ocho dimensiones. Cinco de ellas tienen carácter procedimental, son: el imperio de la ley, la participación, la competición, la responsabilidad vertical y la responsabilidad horizontal. Dos tienen carácter sustantivo: respecto a las libertades civiles y políticas y la implementación progresiva de mayor igualdad política (y subsiguientemente social y económica). Por último se encuentra la dimensión “*responsiveness*” que enlaza las dimensiones procedimentales con las sustantivas proveyendo una base para medir cuántas más o menos políticas públicas (incluyendo leyes, instituciones y gastos) corresponden con las demandas de los ciudadanos según han sido agregadas a través del proceso político⁴

Empíricamente pueden considerarse varios índices que con metodologías diferentes abordan aspectos relativos al desempeño de la política intentando medir esos distintos grados de calidad de la democracia. Como a continuación se va a constatar todos estos análisis, cuya similitud es altamente significativa, han puesto sobradamente de manifiesto las grandes diferencias que se dan entre los países de América Latina. Se trata de los índices de *Freedom House*, el más antiguo de ellos, *IDD* (Fundación Konrad Adenauer), *The Economist Intelligence Unit* (EIU) y el elaborado por Levine y Molina (2007).

El índice de *Freedom House* se establece anualmente sobre la base de opiniones subjetivas de expertos que evalúan el estado de la libertad global según la

experimentan los individuos. Por consiguiente no se trata de una evaluación del rendimiento de los gobiernos *per se* sino de los derechos y de las libertades que gozan las personas. El índice cuyo propósito es evaluar el grado de libertad, entendida como oportunidad para actuar espontáneamente en una variedad de terrenos fuera del control del gobierno y de otros centros de dominio potencial, se traduce en una escala de 1 a 7 con dos apartados bien diferenciados para los derechos políticos y las libertades civiles. Los derechos políticos capacitan a la gente para participar libremente en el proceso político, incluyendo el derecho a votar libremente por distintas alternativas en elecciones legítimas, competir por cargos públicos, incorporarse a partidos políticos y a organizaciones y elegir representantes que tengan un impacto decisivo sobre las políticas públicas y que sean responsables ante el electorado. Las libertades civiles tienen que ver con las libertades de expresión y de creencia, los derechos de asociación, el estado de derecho y la autonomía personal sin interferencias desde el Estado.

Cuadro I. Índice de *Freedom House* 2007

País	Índice
Chile	1
Costa Rica	1
Uruguay	1
Panamá	1,5
Argentina	2
Brasil	2
República Dominicana	2
México	2,5
El Salvador	2,5
Perú	2,5
Bolivia	3
Colombia	3
Ecuador	3
Honduras	3
Nicaragua	3
Paraguay	3
Guatemala	3,5
Venezuela	4
Cuba	7

Los datos se refieren al periodo comprendido entre el 01-12-05 y el 31-12-06
Valores medios de los índices de derechos políticos y de libertades civiles
Fuente: <http://www.freedomhouse.org/template.cfm?page=365&year=2007>

Todos los países latinoamericanos analizados por *Freedom House*, menos Cuba, son considerados dentro de la categoría de democracias electorales aspecto que supone la satisfacción de los siguientes cuatro criterios: un sistema político competitivo y multipartidista; sufragio universal para todos los ciudadanos; elecciones periódicas competitivas llevadas a cabo bajo condiciones de voto secreto, seguridad razonable en el voto, ausencia de fraude electoral masivo y que los resultados sean representativos del deseo de la gente; finalmente, acceso público significativo de los partidos políticos más importantes al electorado a través de los medios de comunicación y a través de fórmulas de campaña generalmente abiertas. *Freedom House* establece como “libres” a aquellos países cuyo índice se sitúan entre 1 y 2,5 de manera que algo más de la mitad de los países latinoamericanos considerados se encuentran en esta categoría; “semi libres” son aquellos en los que el índice se sitúa entre 3 y 5; en la categoría de “no libres” para valores comprendidos entre 5,5 y 7 solamente se encontraría Cuba.

Cuadro II. Índice de Desarrollo Democrático en América Latina 2007

País	Índice 2007
Chile	10,360
Costa Rica	9,706
Uruguay	9,384
Panamá	6,452
Argentina	6,123
México	5,566
Honduras	4,780
Colombia	4,778
Brasil	4,582
Perú	4,107
El Salvador	3,967
Paraguay	3,880
Guatemala	3,502
Bolivia	3,281
Ecuador	3,206
República Dominicana	2,900
Venezuela	2,848
Nicaragua	2,730

Fuente: Konrad Adenauer y Polilat.
<http://www.idd-lat.org/Edicion%202006.htm>

El índice de desarrollo democrático (*IDD*)⁵, que descarta a Cuba por su carácter no democrático, permite establecer cuatro grupos de países plenamente diferenciados de mayor, medio-alto, medio-bajo y menor desarrollo democrático. El primer grupo lo integran Chile, Costa Rica, Uruguay. El segundo Panamá, Argentina y México. El tercer grupo, de desarrollo democrático medio-bajo, está compuesto por Honduras, Colombia, Brasil, Perú, El Salvador y Paraguay. El de menor desarrollo está integrado por Guatemala, Bolivia, Ecuador, R. Dominicana, Venezuela y Nicaragua.

Cuadro III. El índice de democracia de EIU de 2006

País ¹	Procesos electorales y pluralismo	Funcionamiento del gobierno	Participación política	Cultura Política	Libertades civiles	Índice total
Costa Rica (25)	9,58	8,21	6,11	6,88	9,41	8,04
Uruguay (27)	10,00	8,21	5,00	6,88	9,71	7,96
Chile (30)	9,58	8,93	5,00	6,25	9,71	7,89
Brasil (42)	9,58	7,86	4,44	5,63	9,41	7,38
Panamá (44)	9,58	7,14	5,56	5,63	8,82	7,35
México (53)	8,75	6,07	5,00	5,00	8,53	6,67
Argentina (54)	8,75	5,00	5,56	5,63	8,24	6,53
Colombia (67)	9,17	4,36	5,00	4,38	9,12	6,40
Honduras (69)	8,33	6,43	4,44	5,00	7,06	6,25
El Salvador (70)	9,17	5,43	3,89	4,38	8,24	6,22
Paraguay (71)	7,92	5,00	5,00	4,38	8,53	6,16
Rep. Dom. (74)	9,17	4,29	3,33	5,63	8,24	6,13
Perú (75)	8,75	3,29	5,56	5,00	7,94	6,11
Guatemala (77)	8,75	6,79	2,78	4,38	7,65	6,07
Bolivia (81)	8,33	5,71	4,44	3,75	7,85	5,98
Nicaragua (89)	8,25	5,71	3,33	3,75	7,35	5,68
Ecuador (92)	7,83	4,29	5,00	3,13	7,94	5,64
Venezuela (93)	7,00	3,64	5,56	5,00	5,88	5,42
Cuba (124)	1,75	4,64	3,89	4,38	2,94	3,52

¹ Entre paréntesis lugar mundial

Fuente: The Economist Intelligence Unit's index of democracy. *The World in 2007*. Londres.

http://www.economist.com/media/pdf/DEMOCRACY_INDEX_2007_v3.pdf

El tercer índice considerado es el de democracia de EIU⁶ clasifica y agrupa en cuatro categorías a 167 países, tiene, por tanto, una característica muy relevante y es la de contextualizar a los países latinoamericanos en el panorama mundial. El primer grupo, de democracias plenas apenas si representan el diecisiete por ciento del total; el segundo grupo de democracias devaluadas son el treinta y dos por ciento; los regímenes híbridos que constituyen el tercer grupo son el dieciocho por ciento; y finalmente se encuentran los regímenes autoritarios que suponen el treinta y tres por ciento. Es decir, *grasso modo*, la mitad de los países del mundo considerados no tienen el carácter de democráticos según esta clasificación y un tercio son directamente autoritarios.

Para diecinueve países de América Latina abordados en dicho estudio la gran mayoría se sitúa entre los dos primeros grupos de democracias plenas y devaluadas: Costa Rica y Uruguay están en el primero de ellos, y trece países se encuentran en el segundo. Lo relevante es, por consiguiente, que solamente hay tres casos de regímenes híbridos (Nicaragua, Ecuador y Venezuela) y uno de régimen autoritario (Cuba). Las dos variables constitutivas del índice que provocan la menor calidad de la democracia en los países latinoamericanos se sitúan en el ámbito, muy complementario por otra parte, de la participación política y de la cultura política. Los trece países concebidos como democracias devaluadas cuentan con un bajo rango en la expresión de una ciudadanía poco activa políticamente hablando, apática, muy desconfiada y ajena al debate político.

Finalmente, el índice de Levine y Molina⁷ parte de una definición de la calidad de la democracia como la medida en que los ciudadanos participan informadamente en procesos de votación libres, imparciales y frecuentes; influyen en la toma de decisiones políticas; y exigen responsabilidad a los gobernantes, y por la medida en que éstos últimos son quienes efectivamente toman las decisiones y lo hacen respondiendo a la voluntad popular. Esta definición identifica cinco dimensiones de la calidad de la democracia que son consideradas individualmente y que se agregan conformando el propio índice, se trata de la decisión electoral, la participación, la responsabilidad (*accountability*), la respuesta a la voluntad popular (*responsiveness*) y la soberanía.

**Cuadro IV. Índice de calidad de la democracia en América Latina 2005 de
Levine y Molina**

País	Decisión Electoral	Participación	Responsabilidad	Respuesta a la voluntad popular	Soberanía	Calidad de la Calidad de
Uruguay	90.7	55.3	47.9	85	80.5	71.9
Costa Rica	87.0	44.5	37.3	51	97	63.4
Chile	88.3	45.1	42.3	65	75.5	63.2
Argentina	74.8	54.7	27.3	67	89.5	62.7
México	71.8	50.1	27.1	66	91.5	61.3
Panamá	75.7	45.2	32.4	61	91.5	61.2
R. Dominic.	72.4	48.0	32.7	67	79.5	59.9
Brasil	81.4	56.8	23.9	67	60.5	57.9
Perú	78.8	56.5	21.8	56	70	56.6
Bolivia	73.9	52.2	21.8	50	75.5	54.7
Nicaragua	62.9	46.8	17.3	60	79.5	53.3
Colombia	61.2	46.8	30.7	62	65.5	53.2
El Salvador	67.8	41.2	29.3	64	62	52.9
Paraguay	57.9	44.2	28.1	57	77.5	52.9
Venezuela	50.7	51.4	24.5	74	62	52.5
Honduras	59.9	45.8	21.0	49	79.5	51.0
Ecuador	62.2	49.4	18.3	48	51	45.8
Guatemala	47.7	37.4	20.3	54	63.5	44.6

Fuente: Levine y Molina (2007).

Los resultados de este índice permiten de nuevo constatar la escala diferenciadora de la calidad de la democracia en los países latinoamericanos. Aunque las distancias reflejan un continuo muy estrecho entre los valores de Costa Rica y de Honduras, dejándose en los extremos a Uruguay, en la cima de mayor calidad, y a Ecuador y Guatemala como polo de menor calidad, los restantes países proyectan un grupo de calidad alta compuesto por Costa Rica, Chile, Argentina, México y Panamá, otro de calidad media integrado por R. Dominicana, Brasil, Perú y Bolivia, y un tercer de calidad baja en el que se da cabida a Nicaragua, Colombia, El Salvador, Paraguay, Venezuela y Honduras.

La relación entre los cuatro índices pone de manifiesto una clara identidad a la hora de señalar cuales son los países más aventajados democráticamente hablando, así como los que ocupan lugares mucho más atrasados y, además, identifica nítidamente las diferencias existentes en la escala de manera que avala la tesis de la heterogeneidad regional.

El hecho de que estos índices se basen fundamentalmente en criterios tendentes a analizar la calidad de los procesos desde el estricto imperio de los mecanismos institucionales que articulan el juego político permite intentar esbozar una serie de hipótesis cuyo carácter exploratorio requiere de mayor análisis. Desde la perspectiva de la oferta se puede considerar la calidad de los servicios gubernamentales. Desde la perspectiva más inclinada hacia la demanda, cuatro son los elementos de índole institucional vinculados todos ellos al carácter representativo de la democracia que pueden estar en la base interpretativa de los diferentes niveles de calidad de la democracia, y que vendrían ligados: a la operatividad electoral, el funcionamiento de los partidos políticos, las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo y los procesos de descentralización. A todos ellos habría que añadir un factor metainstitucional que se referiría a la calidad de los políticos como sostén explicativo de la calidad de la democracia.

Voy a desarrollar muy brevemente en las páginas siguientes algunas ideas que pueden servir para la operacionalización de estos elementos y para intentar descomponer su peso en el esbozo de una senda explicativa.

La calidad del gobierno, en su condición de administración pública, no ha mejorado en la región en la última década. Los diferentes indicadores que miden su rendimiento muestran un nivel claramente inferior al de otras regiones en vías de desarrollo. Además, ponen de relieve que no se trata tanto de algo debido a la cuantía del gasto público dedicado, cuyo monto es ciertamente escaso, sino de aspectos ligados a tener pendiente la superación de la debilidad institucional. Esta se traduce en el mantenimiento de fórmulas de clientelismo y de patronazgo a la hora de la contratación y de la promoción del personal donde brillan por su ausencia los procesos de selección competitiva, neutra y por mérito, y se mantienen diferentes formas de desigualdad interna como sucede en el ámbito de la remuneración (sueldo distinto por trabajos similares) o de la promoción de la mujer. Igualmente se encuentran ausentes mecanismos de definición de una carrera de servicio público y otros de evaluación del rendimiento⁸.

La operatividad electoral quiero articularla en dos dimensiones. La primera es relativa a cuestiones estrictamente organizativas y procedimentales que tienen que ver con el estricto desarrollo del proceso. Aspectos ligados a la confección y actualización del padrón que garantice la efectiva participación, al establecimiento de los colegios y de las mesas electorales para hacer más accesible el sufragio, a la puesta en marcha de procedimientos de recuento rápidos y fiables, en fin, a la existencia de mecanismos garantes de la reparación de la totalidad de los derechos de electores y de candidatos. La segunda se refiere a la satisfacción efectiva de las funciones de representación sobre la base de asegurar la inclusión de los distintos grupos proyectándose su presencia en la arena política en función de su tamaño y, a la vez, de posibilitar la conformación de mayorías que den estabilidad y faciliten la acción de gobierno.

Los partidos políticos mantienen la posición más baja en la tabla de confianza institucional regional, como otras instituciones representativas de la democracia liberal que languidecen por debajo de los 50 puntos en una escala de 0 a 100 (el valor de los partidos es 35, el sistema judicial 43 y el legislativo 44, frente a las Fuerzas Armadas con 60 o la Iglesia con 69)⁹. Sin embargo, comparando esta baja marca de los partidos con la que se da en otros países y tomando en consideración que una mayoría de los latinoamericanos considera que la democracia es inviable sin su presencia¹⁰, en mi opinión y contrariamente a un extendido sentir, no debería ser tomado el punto del repudio de los latinoamericanos a los partidos como un eje significativo de su papel presente en la política regional. Es la oligarquización de los mismos el aspecto probablemente más relevante. Si bien es un aspecto general de cualquier partido, en América Latina tiene que ver con bajos niveles de institucionalización tanto de los sistemas de partidos, como de los propios partidos. El primer ámbito ha venido siendo objeto de atención constatándose su relación con otros aspectos del sistema político¹¹. El segundo se vincula a matices organizativos propios de la misma maquinaria del partido que pasan por su financiación, el reclutamiento de su personal y las vías de su promoción y profesionalización, y a otros derivados del entramado democrático en el que están insertos lo que lleva a replantearse los procesos de selección de sus líderes y de elaboración de sus programas mediante canales de mayor o de menor participación y transparencia.

Las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo componen un escenario que ha sido fruto de una abundante literatura acerca de su impacto

en el devenir de la democracia en América Latina¹², un espacio político dominado por el presidencialismo. Sin embargo, lejos de contemplar el problema como algo derivado de una determinada arquitectura constitucional la evidencia empírica requiere de análisis más minuciosos desde la perspectiva de las funciones desempeñadas por uno y otro Poder del Estado y de la manera en que interactúan. El Poder Legislativo en América Latina ha sido con frecuencia ninguneado como actor relevante del juego político y ello es de particular importancia en una región donde el número de países en los que el Presidente cuenta con un apoyo mayoritario estable en el Congreso es minoritario. Por consiguiente, deben analizarse con cuidado las funciones de los Ejecutivos y de los Legislativos¹³, así como los mecanismos que pueden llegar a producir consensos amplios en los que se debe tener en cuenta no solo factores institucionales o de relación de fuerza partidista existente, sino también elementos de carácter más subjetivo¹⁴.

Los procesos de descentralización, desde la perspectiva de la representación, configuran un escenario donde pueden estrecharse los lazos entre representantes y representados en la medida es que se den tres circunstancias: se reduzca y desagregue el tamaño del universo político, se distribuyan los recursos materiales y simbólicos a lo largo de diferentes unidades de poder, y se definan mecanismos de democracia horizontal y de rendición de cuentas. No obstante, la incidencia de estos factores en la calidad de la democracia no es evidente. Los procesos de “devolución” no siempre conducen a iguales resultados en función del caso concreto en el que se producen. Hay, al menos cuatro eventualidades cuya presencia (o ausencia) puede afectar significativamente el resultado: se trata de de la presencia de una(s) élite(s) con fuerte capacidad de liderazgo; de la existencia de grupos con identidades diferenciadores muy marcadas; de una situación global de alta desigualdad en términos sociales, económicos, o culturales; y de factores internacionales que catalicen el proceso. Los acontecimientos vividos en el mundo andino son un excelente taller de prueba para constatar en qué medida esta variable juega contra la calidad de la democracia, mientras que en Brasil o en México el sentido de la relación es positiva.

Finalmente la clase política es una variable independiente que desempeña un papel muy importante en el proceso global de calidad de un sistema democrático como se ha mostrado con énfasis muy recientemente¹⁵. La calidad de los políticos es un concepto difícil de establecer pero puede integrar

en el mismo su experiencia en el seno del partido, su experiencia en el oficio público (como representante o como cargo ejecutivo con un nivel mínimo de responsabilidad) y su nivel educativo. Los datos de un reciente trabajo¹⁶ ponen de relieve que solo dos de las tres democracias consideradas más fuertes y con mayores niveles de calidad en América Latina, Chile y Uruguay se caracterizan también por tener una mayoría de diputados de calidad¹⁷. Democracias más débiles en la región andina y Centroamérica y/o con puntuaciones de calidad democrática bajas como Guatemala, Ecuador o Bolivia, obtienen también puntuaciones bajas en la clasificación de calidad de sus legisladores. La calidad de los políticos es un apartado que requiere ser tenido en mayor consideración que la manifestada hasta el presente.

¹ Sobre diferentes medidas de calidad democrática en la región latinoamericana puede consultarse Altman y Pérez-Liñán (2002). Una aproximación teórica y empírica puede verse en O'Donnell, Vargas Culler y Iazzetta (2004); también en diferentes trabajos en *Journal of Democracy*, Vol. 15, nº 4, 2004 y más ampliado en Diamond y Morlino (2005).

² Ver Diamond y Morlino (2004: 21).

³ Ver Amaral y Stokes (2005: 11).

⁴ Ver Diamond y Morlino (2004: 22).

⁵ El IDD está compuesto por indicadores que miden los atributos de la democracia formal sobre la base de elecciones libres, sufragio universal y participación plena (dimensión I) y otros de la democracia real articulados en tres dimensiones: el respeto de los derechos políticos y libertades civiles (dimensión II), la calidad institucional y la eficiencia política (dimensión III) y el ejercicio de poder efectivo para gobernar (dimensión IV), escindida esta última en la capacidad para generar políticas que aseguren bienestar y, en segundo término, eficiencia económica. Son, por tanto, indicadores procedentes de percepciones subjetivas pero también de rendimientos empíricamente cuantificables.

⁶ Este índice es resultado de la integración de cinco variables que son: los procesos electorales y el pluralismo; el funcionamiento del gobierno; la participación política; la cultura política y las libertades civiles.

⁷ Ver Levine y Molina (2007).

⁸ Ver Clements, Faircloth y Verhoevewn (2007: 18-21).

⁹ Ver Seligson (2007: 89).

¹⁰ 44 por ciento de los latinoamericanos, como promedio, están de acuerdo con la pregunta: "¿puede haber democracia sin partidos?", con casos excéntricos como los de Ecuador y Haití, con 50,5 por ciento y 62,2 por ciento, respectivamente. Ver Seligson (2007: 90).

¹¹ El trabajo seminal de Mainwaring y Scully (1995) debe en este sentido ser considerado. Ambos autores establecieron cuatro condiciones para que un sistema democrático de partidos estuviera institucionalizado: la estabilidad en las reglas y en la naturaleza de la competición interpartidista, la posesión de raíces estables en la sociedad de los principales partidos, las elecciones como ruta primaria para acceder al gobierno y la relevancia de las organizaciones de los partidos (Mainwaring y Scully, 1995: 5).

¹² Todavía Valenzuela (2004) ha argumentado sobre el componente conflictivo del propio presidencialismo latinoamericano que se había cobrado la cabeza de una docena de presidentes en las últimas dos décadas. Argumento que venía a coincidir con el elaborado por Fish (2006) aplicable para los países poscomunistas donde demuestra la vinculación existente entre la fuerza del Poder Legislativo y la consolidación democrática.

¹³ Sobre estas últimas y su peso puede verse Alcántara, García Montero y Sánchez López (2005).

¹⁴ Con una correlación de fuerzas muy similar, un entramado institucional idéntico y siendo del mismo partido que su predecesor en menos de un año de gobierno, Felipe Calderón ha establecido una agenda colaboradora con el Congreso mexicano superior a la que en seis años llegó a definir Vicente Fox.

¹⁵ Ver Alcántara (2006).

¹⁶ Ver Martínez Rosón (2006).

¹⁷ Concepto que alude a las habilidades personales del político y a su integridad (Martínez Rosón, 2006: 181).

LA “CONSTITUCIONALIZACIÓN” DEL DERECHO PRIVADO

FABRICIO MANTILLA ESPINOSA*

Resumen:

La aplicación cada vez más recurrente de normas constitucionales en el Derecho Privado, y más precisamente, en las relaciones particulares, que un sector de la doctrina ha denominado *constitucionalización del derecho privado*, no constituye sin embargo una expresión del todo exacta –en palabras del autor– al no expresar con exactitud la manera cómo resultan aplicables dichas normas a la relaciones privadas. Consciente de ello, el autor efectúa precisiones sobre lo que entiende por “constitucionalizar” y, acto seguido, aborda lo concerniente a la aplicación de los principios constitucionales, con la finalidad de poner de relieve la oscuridad del lenguaje del derecho constitucional contemporáneo, oculto mediante complejas teorías cuya finalidad no es más que crear una apariencia de objetividad, justicia y rigor científico que confiera a las decisiones del juez constitucional el status de “cuasi incontrovertibles”.

Palabras clave: Constitucionalización - Privatización - Derecho Público - Principios Constitucionales.

Abstract:

The more and more recurrent application of constitutional norms in the deprived Right, and more indeed, in the particular relations that a part of the doctrine has called “to constitutionalize” of the deprived right, nevertheless does not constitute an absolutely accurate expression when not expressing with exactitude the way how these norms are applicable to private relations.

Aware of that, the author makes some precisions on which he understands by “constitutionalize”, afterwards, he approaches to the concept of the application of the constitutional principles with the purpose of highlighting the darkness of the language of the contemporary constitutional right hidden by complex theories whose purpose is not more than to create an appearance of objectivity, justice and scientific rigor that confers to the decisions of the constitutional judges the “cuasi incontrovertible” status.

Key words: To constitutionalize - Deprive - Public Law - Constitutional commencement.

* Abogado de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia); profesor de Contratos civiles y mercantiles y Coordinador de la Línea de investigación sobre arbitraje de la misma universidad; admitido en el Colegio de Abogados de París (C.A.P.A.).

Sumario:

1. ¿Qué es "constitucionalizar" el derecho privado?
2. ¿Qué es un principio constitucional?

La clasificación del derecho en *público* y *privado* es considerada una de las más importantes divisiones del ordenamiento jurídico –*summa divisio*¹. Ahora bien, ésta no era totalmente desconocida en el Derecho Romano, ni en el Derecho Europeo Medieval y Moderno², su verdadera consolidación y auge sólo se presentaron a partir de la revolución francesa de 1789³.

Tradicionalmente, se suele emplear la expresión "derecho privado" para hacer referencia a las normas aplicables a las relaciones entre particulares; mientras que "derecho público" sirve para designar las reglas que organizan el *poder público* y que rigen sus relaciones frente a los particulares⁴.

Sin embargo, estas definiciones se encuentran bastante lejos de dar una explicación para la diversidad y particularidad de las normas de un sistema jurídico⁵. En efecto, no sólo encontramos normativas que no parecen adecuarse satisfactoriamente a los criterios de la división "público-privado", como es el caso de los derechos penal, procesal y laboral⁶, sino que, además, y sobre todo, dos importantes fenómenos han incidido notablemente en el significado de estas expresiones⁷:

Por un lado, el Estado y buena parte de las entidades estatales han comenzado a desarrollar actividades propias de los particulares, actividades que no siempre se encuentran relacionadas de forma directa con la prestación de un *servicio público*, ni con el *interés general*⁸. Así, pues, "La frontera entre derecho público y derecho privado ya no tiene una delimitación rigurosa ni una impermeabilidad total. El derecho privado penetra en los servicios públicos a través de los servicios públicos industriales y comerciales, y, sobre todo, por intermedio de las empresas nacionales y las sociedades de economía mixta. Al entrar en el mundo de los negocios, el Estado toma el atuendo de comerciante y adopta sus técnicas jurídicas"⁹.

Por otro lado, el Estado ha asumido un papel más activo respecto de la intervención en las relaciones económicas entre los particulares, lo cual, en la actualidad, se suele designar mediante la locución "orden público económico", que implica obligaciones específicas en cabeza de los ciudadanos –y prerrogativas para el Estado–, ya sea en aras de orientar la

actividad contractual en un sentido considerado favorable para la economía *-orden público de dirección-*, o bien con fines de protección de la parte débil de la relación contractual *-orden público de protección-*¹⁰.

Así las cosas, junto a la famosa "privatización del derecho público"¹¹, se habla, hoy en día, de la "publicización del derecho privado", la cual se halla íntimamente ligada a la modificación de significado que ha tenido el vocablo "Estado"¹². En efecto, la semántica de la palabra "Estado" ha sufrido, por lo menos, dos grandes cambios en los últimos tiempos: del *Estado soberano*, que se confundía con la figura misma del rey, se pasó al *Estado legalista* que reemplazó el imperio de la monarquía por el imperio de la ley y, finalmente, al *Estado de bienestar - Welfare State-*, el cual interviene directa y activamente en las relaciones entre los particulares con el fin de alcanzar los objetivos de una nueva concepción de *justicia distributiva*¹³.

"El surgimiento del Estado de Bienestar es, así, inseparable del advenimiento del individualismo radical. Lo que desaparece es, entonces, 'la interfase' entre el individuo y el Estado, es decir, la sociedad misma, y el tejido de las relaciones concretas entre los hombres"¹⁴. En otras palabras, la expresión "Estado de bienestar" parece hacer referencia, entre otras cosas, a la consagración de mecanismos que garantizan directamente sus derechos al *individuo*, sin necesidad de hacer alusión a la noción de *sociedad*.

Dentro de esta perspectiva, el significado de la palabra "Constitución" ha presentado, también, importantes cambios¹⁵. De acuerdo con la concepción del *Estado legalista*, "Constitución" designaba el conjunto de normas que regulaban la organización del Estado y las relaciones entre el Estado y los ciudadanos; su función era limitar el poder político (artículo 16º de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789), mientras que la relaciones entre los particulares estaban regidas, exclusivamente, por la legislación ordinaria¹⁶. Por el contrario, dentro del marco del *Estado de Bienestar*, "La idea es que la Constitución deba ser inmediatamente aplicada también en las relaciones entre particulares, al menos siempre y cuando la controversia de que se trate no pueda ser resuelta sobre la base de la ley, ya sea porque la ley muestra lagunas, o porque la ley sí ofrece una solución pero tal solución parece injusta"¹⁷.

Esta aplicación de las normas constitucionales de forma directa a las relaciones entre particulares, otrora regidas exclusivamente por el derecho

privado, suele denominarse "constitucionalización del derecho privado"¹⁸. Ahora bien, esta expresión es hoy en día moneda corriente en el lenguaje de los juristas, los cuales, para explicarla, se sirven de metáforas como "la invasión del derecho constitucional al derecho privado", "la irradiación del derecho constitucional al derecho privado" o "la permeabilidad del derecho privado frente al derecho constitucional". Sin embargo, estas expresiones resultan bastante obscuras y ninguna de ellas parece mostrar de forma precisa cómo se aplican las normas constitucionales a las relaciones privadas y cómo existen diferentes formas de aplicación que obedecen a técnicas distintas¹⁹.

Dentro de esta perspectiva, haré unas breves precisiones sobre lo que se entiende por "constitucionalizar" (I), para luego abordar, someramente, una de las técnicas más representativas: la aplicación de los famosos "principios constitucionales" (II).

I

Ante la pregunta ¿qué es "constitucionalizar" el derecho privado?, sólo puedo responder que eso depende de lo que se entienda por "constitucionalizar", ya que esta palabra es supremamente ambigua²⁰ y sirve para designar diversas técnicas de aplicación de las normas constitucionales a las relaciones entre los particulares, de forma más o menos directa²¹. Comentaré, a grandes rasgos, las más representativas:

- a. Las leyes que regulan materias de derecho privado pueden ser objeto de un *control de constitucionalidad*, es decir, de una supervisión de la conformidad de las leyes²² con la Constitución. Este control ha sido una tradición de América Latina desde el siglo XIX, y fue, precisamente, en nuestro continente donde se originó el *sistema mixto* de control²³ que combina el *método difuso*, de origen norteamericano²⁴ -ejercido por los jueces de cualquier fuero o instancia, aunque con una Corte o Tribunal Supremo que se constituye en el intérprete final de la Constitución-, con el *método concentrado*²⁵, en el que se le atribuye a un juez constitucional -Corte Constitucional, Tribunal Constitucional, *Conseil Constitutionnel*, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, etc.- el poder para invalidar las normas inconstitucionales²⁶. A este control se puede acceder ya sea por *vía de excepción o incidental* o bien por *vía de acción o directa*, para lo cual hay, en principio, dos opciones: se puede legitimar

sólo a ciertos órganos de forma taxativa -*sistemas cerrados*- como en el caso Francés (i), o permitirse la participación de todos los individuos -*sistemas abiertos*- a través de mecanismos tales como la *acción pública de inconstitucionalidad*, tal como se consagra en los ordenamientos de Colombia y Venezuela (ii)²⁷.

Cuando el juez constitucional considera que una disposición expresa una norma contraria a lo dispuesto por la Constitución -tal y cómo él la interpreta-, procede a declarar su invalidez por inconstitucionalidad; sin embargo, en muchos casos, el juez constitucional bien podría no conformarse sólo con esto, y proceder a formular una nueva norma conforme con la Constitución. Este procedimiento se suele conocer con el nombre de "sentencias sustitutivas"²⁸.

- b. Las distintas disposiciones que reglamentan temas de derecho privado pueden ser *interpretadas de manera conforme con la constitución*. En efecto, las formulaciones normativas están expresadas en lenguaje escrito, es decir, en símbolos lingüísticos cuyo significado es atribuido por convención social. La significación es asignada a los textos mediante interpretación. Ahora bien, el lenguaje natural es vago y ambiguo y, como tal, puede ser susceptible de más de una interpretación. Así, pues, si denominamos "formulación normativa" al texto lingüístico y "norma" al significado que se le atribuye mediante interpretación, bien podría afirmarse que de un mismo texto se pueden interpretar distintas normas²⁹. "La interpretación conforme es, en suma, aquella que adecua, armoniza la ley con la Constitución (previamente interpretada, se entiende), eligiendo -frente a una doble posibilidad interpretativa- el significado (o sea la norma) que evite toda contradicción entre la ley y la Constitución. El efecto de tal interpretación es, obviamente, el de conservar la validez de una ley que, de otra forma, debería ser declarada inconstitucional"³⁰.

En desarrollo de la facultad de *interpretación conforme*, el juez constitucional podría llegar a *rechazar* una interpretación específica (i); y, además, *complementar* el texto, es decir, declarar la ilegitimidad constitucional en la parte que no expresa la disposición; así, por ejemplo, podría invocar el *principio de la igualdad* para extender el campo de aplicación de una norma a un sujeto que no se encuentra dentro del supuesto de hecho normativo (ii)³¹.

- c. El juez constitucional puede también proferir sentencias, resolviendo una *acción de amparo* respecto de relaciones específicas entre los particulares, cuando en éstas se vean comprometidos derechos fundamentales³². En el caso colombiano, estos derechos se protegen mediante la acción denominada "de tutela"³³. En términos generales, ésta faculta a cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o, incluso, por particulares encargados de la reglamentación de un servicio público -o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el reclamante se halle en estado de subordinación o indefensión-. La acción de tutela procede cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial o, inclusive, como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La acción puede interponerse, salvo algunos casos específicos, ante cualquier juez de la República Colombiana. En cuanto a sus efectos³⁴, en términos generales, la *tutela* busca garantizar al agraviado el pleno goce de su derecho, de forma tal que, en la medida de lo posible, dicho derecho vuelva al estado en el que se encontraba con anterioridad a la violación. En este orden de ideas, el juez de tutela puede ordenar que se realice una acción, en un plazo prudencial perentorio -normalmente, 48 horas-, o que cese de forma inmediata una conducta y, además, está facultado para tomar las medidas necesarias para evitar toda nueva violación, amenaza, perturbación o restricción.

En Colombia, a pesar de los abusos a que ha dado lugar, la acción de tutela ha permitido a los ciudadanos acceder directamente a la justicia para solucionar sus problemas particulares -que comprometen derechos de gran importancia, denominados "fundamentales"- cuando los mecanismos ordinarios de acceso a la justicia se muestran ineficaces.

Adicionalmente, las interpretaciones del juez constitucional pueden ejercer una gran influencia en las decisiones de los jueces ordinarios que resuelven causas de derecho privado, máxime en sistemas que admiten la acción de amparo -acción de tutela, recurso de protección- contra sentencias judiciales, cuando las soluciones adoptadas sean calificadas como *vías de hecho*³⁵.

Ahora bien, la "constitucionalización" del derecho privado no es un concepto bipolar, de "todo o nada", sino que, más bien, se presenta por grados³⁶. El sistema jurídico de un país puede estar más o menos "constitucionalizado",

dependiendo de la frecuencia y la forma en que se apliquen las normas constitucionales a las relaciones entre particulares. Sin embargo, es importante precisar que una mayor "constitucionalización" está directamente relacionada con la *concepción evolutiva de la interpretación constitucional*, por una parte, y con la aceptación de que la Constitución además de las normas específicas y las normas programáticas, consagra los famosos *principios constitucionales*, por otra parte.

Por una parte, la interpretación evolutiva "[...] consiste en la atribución al texto constitucional [...] [de] un significado siempre mutable, para de esta forma adaptar el contenido normativo a las mudables exigencias políticas y/o sociales"³⁷.

Por otra parte, "Las disposiciones constitucionales (si no todas, por lo menos una gran parte de ellas) -se dice- están redactadas en un lenguaje extremadamente vago: son, propiamente hablando, "principios", más que "normas" o "reglas" específicas, y la indeterminación de las formulaciones es un rasgo característico de las disposiciones del principio. Por otro lado, los principios no pueden ser entendidos a la letra, la interpretación literal de un principio no tiene otro efecto que el de privarlo de todo contenido prescriptivo y de convertirlo, así, en inutilizable para la aplicación del derecho"³⁸.

Esto nos lleva a plantearnos un nuevo interrogante: ¿Qué se entiende, realmente, por "principios constitucionales"? La verdad es que esta expresión resulta bastante oscura³⁹.

II

¿Qué es un principio? Esta pregunta no parece tener una respuesta⁴⁰, ya que "principios" es un vocablo sumamente vago⁴¹ y ambiguo⁴². "Con el término "principio" es necesario andar con cuidado, pues con él se alude a entidades muy diversas, entre las que cuentan: (1) aspectos importantes de un orden jurídico determinado (2) generalizaciones obtenidas a partir de normas de un sistema determinado o de un sector de éste (3) objetivos básicos de una norma o de un conjunto de normas (4) pautas a las que se atribuye un contenido especial de justicia (5) requisitos formales que todo orden jurídico debe satisfacer (6) pautas dirigidas al legislador con carácter meramente exhortatorio (7) juicios de valor que recogen ciertas exigencias de moral

positiva, y (8) máximas generales que provienen de la tradición jurídica [...]”⁴³.

Ahora bien, mediante la expresión “principios constitucionales” se suele hacer referencia a aquellos principios expresamente formulados o implícitos en la Constitución⁴⁴. Sin embargo, si tenemos en cuenta la *vaguedad*⁴⁵ de esta explicación y el hecho de que, normalmente, se sostiene que la *interpretación constitucional debe ser evolutiva*, nuestro interrogante inicial, ¿qué se entiende por “principios constitucionales”?, sigue sin respuesta.

Dado el alto grado de discrecionalidad que tendría el juez constitucional en la materia, debemos hacer una breve referencia a las facultades que se le suelen atribuir, para así precisar un poco mejor la noción de principios constitucionales:

- a. La *identificación* de los principios. En algunas ocasiones los principios se encuentran no sólo *expresamente* formulados, sino, además, identificados como tales en la misma Constitución. Empero, en la gran mayoría de los casos, la misma formulación normativa no se autodenomina “principio”; así, pues, le correspondería al juez constitucional conferirle dicho título nobiliario.

“La operación consistente en atribuir valor de principio a una disposición que no se autocalifica expresamente como tal es fruto de la discrecionalidad, por el hecho –ciertamente obvio- de que los rasgos caracterizadores de los principios (en relación con las reglas específicas) están altamente controvertidos en la literatura. [...] [L]a identificación de un principio exige un juicio de valor acerca de la importancia relativa de las diversas disposiciones que componen el ordenamiento”⁴⁶.

Adicionalmente, se entiende que existen otros principios *implícitos*, los cuales no son fruto de la interpretación sino de la integración del derecho por parte de los intérpretes⁴⁷. “[...] Una primera técnica de construcción consiste en la ‘inducción’ de normas generales [...] a partir de normas particulares. Se trata de un procedimiento altamente (y, por lo demás, notoriamente) discrecional. [...] Una segunda técnica de construcción consiste en avanzar conjeturas en torno a las razones –a los fines, las intenciones, los valores- del legislador. Es lo que se hace cada vez que se obtiene la *ratio* de una norma (o de un complejo de normas). [...] Tales

conjeturas en torno a las razones del legislador son obviamente discrecionales"⁴⁸.

Esto nos lleva a plantearnos un interrogante más: ¿podría el juez constitucional calificar de "principio constitucional" a todo lo que se suele designar mediante el vocablo "principio"?

Personalmente, creo que la respuesta debe ser negativa. Explico mi posición: cuando se habla de "principios" en el lenguaje del derecho, es menester distinguir entre "principios del derecho positivo" y "principios jurídicos". Los primeros serían los únicos que harían parte del sistema jurídico. Éstos son analizados como *standards* o reglas de segundo nivel, es decir, prescripciones dirigidas no a los ciudadanos, sino a las autoridades encargadas de aplicar las normas de primer nivel –las únicas dirigidas a los ciudadanos-. Aquéllas "proporcionan una guía de cómo y cuándo han de usarse las reglas sobre las que versan; qué alcances darles; cómo combinarlas; cuándo otorgar precedencia a alguna de ellas; etc."⁴⁹.

El profesor argentino Genaro Carrió los explica magistralmente mediante un ejemplo no-jurídico: la "ley de ventaja" en el fútbol, la cual va dirigida al árbitro y no a los jugadores, y le confiere a aquél, en determinadas circunstancias, cierta libertad para la aplicación de las normas que prohíben cometer faltas –principalmente cuando la sanción de la infracción beneficiaría al infractor mismo y perjudicaría a la víctima misma-⁵⁰.

En este orden de ideas, podrían considerarse "principios del derecho positivo" las disposiciones respecto del abuso del derecho, el fraude a la ley, la desviación de poder, la negativa de protección jurisdiccional a quien invoca su propia torpeza o su mala fe, las que en materia de tenencia de hijos, tutela o adopción ordenan tener en cuenta, antes que todo, el interés del menor, etc.⁵¹.

Por el contrario, los "principios jurídicos" no hacen parte del sistema, sino que, simplemente, se refieren a aquél –como es el caso de buena parte de los aforismos jurídicos-. Éstos sólo podrían adquirir el estatus de "principios del derecho positivo" a través de su clara estructuración y utilización constante en la práctica, como ocurrió con la "ley de ventaja" en el fútbol, antes de que fuera aceptada por la FIFA.

Ahora bien, los "principios constitucionales" sólo podrían aplicarse al derecho privado de forma mediata, es decir, a través de los "principios del derecho privado positivo" y no de manera directa, lo cual implicaría un altísimo grado de incertidumbre que terminaría por socavar completamente la seguridad jurídica en las relaciones entre particulares. Sobre este punto de vital importancia, la doctrina constitucional se encuentra enfrascada en álgidas discusiones⁵².

- b. La *interpretación* de los principios y la *interpretación conforme* de las demás disposiciones del sistema. La interpretación constitucional, como cualquier interpretación jurídica, conlleva un alto grado de discrecionalidad, ya que es una *decisión* respecto del significado, antes que una *descripción* del significado⁵³. La función del juez constitucional estaría, entonces, orientada a atribuirle significación a los signos lingüísticos de las formulaciones normativas⁵⁴.

"Nadie puede negar que estas fórmulas verbales son claramente aplicables a algunos supuestos de hecho, claramente inaplicables, y dudosamente aplicables a casos atípicos, anómalos o marginales. No podemos encerrarnos en la falsa seguridad de que los tecnicismos del lenguaje jurídico pueden eliminar esta última categoría de casos. La diaria experiencia de los tribunales y, en general, el contacto profesional con el derecho, nos enseñan que esa seguridad es quimérica"⁵⁵. "[A] aplicar las reglas jurídicas alguien debe asumir la responsabilidad de decidir que las palabras se refieran o no a cierto caso, con todas las consecuencias prácticas que esta decisión implica"⁵⁶.

Como ya se mencionó anteriormente, el juez constitucional no sólo interpreta las disposiciones de la Constitución, sino, también, las formulaciones normativas del derecho privado de suerte tal que resulten *conformes* con los principios constitucionales. Pero, ¿Estarían obligados los demás jueces a atribuir también ese mismo "significado conforme" a las disposiciones legales? La verdad, en mi opinión, creo que los jueces, en principio, sólo están obligados a interpretar las palabras de la ley de acuerdo con su sentido natural, determinado por el contexto (artículos 26° a 30° del Código Civil colombiano). Dentro de esta óptica, el artículo 25° del Código Civil colombiano dispone: "La interpretación que se hace con autoridad para fijar el sentido de una ley oscura, de una manera general, sólo corresponde al legislador"⁵⁷.

Y el artículo 230° de la Constitución nacional establece: "Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial"⁵⁸.

- c. La "concretización" de los principios. "Las controversias que no pueden ser decididas mediante una 'disposición precisa', es decir, mediante una norma expresa, configuran otras tantas lagunas del derecho. Los principios, entonces, son reclamados aquí como instrumento para la integración del derecho en presencia de lagunas: el juez está autorizado a recurrir a ellos después de haber intentado inútilmente el argumento analógico"⁵⁹.

Ahora, como los principios no son susceptibles de ser aplicados directamente para resolver un caso específico –por la forma general en la que, normalmente, están expresados–, ellos deben "concretizarse". En otras palabras, el intérprete se sirve de ellos como *justificación* para crear una norma precisa en cuyo supuesto de hecho encuadre el caso particular. Pero, "[...] no hay norma específica que pueda ser recabada de un principio con un razonamiento deductivo, y, por lo tanto, constrictivo, sin la adición de ulteriores premisas. La elección de las premisas es fruto de la discrecionalidad"⁶⁰.

- d. La "ponderación" de los principios. Las metáforas *balance de principios* o *ponderación de principios*, normalmente, son utilizadas para hacer referencia al método utilizado por el juez constitucional, mediante el cual, en caso de una *antinomia de principios en concreto*⁶¹, procede a escoger uno que primará sobre el otro, sin que esto implique la derogación del principio cuya aplicación fue descartada, para el caso particular –como es la regla general cuando hay una contradicción entre dos normas jurídicas específicas dentro de un mismo sistema-⁶². Esta estimación de la importancia de los principios en contraposición debe hacerse teniendo en cuenta las circunstancias específicas de cada caso y, por consiguiente, no existen reglas generales que determinen la decisión⁶³. Para tal efecto, el intérprete debe proceder a realizar un juicio de valor en el siguiente sentido: "[...] instituir una jerarquía axiológica [, esto] consiste en atribuir a uno de los dos principios en conflicto mayor 'peso', es decir, mayor valor, respecto del otro. [...] Una jerarquía *móvil*, por otra parte, es una relación de valor inestable, mudable, que vale

para el caso concreto, pero que podría invertirse en relación con un caso concreto diverso"⁶⁴.

Ahora bien, referirse a este procedimiento mediante una metáfora⁶⁵ que tiene relación con una *balanza* y a una estimación de *pesos* no sólo no parece servir para explicar con mayor claridad la labor del juez⁶⁶, sino que, además, puede inducir en el error que consistiría en razonar del siguiente modo: "pesar" dos cosas es establecer su correspondencia con una medida objetiva denominada "peso", así, por ejemplo, se pesa la fruta y el resultado de este procedimiento -si está exento de fraudes- no depende de las valoraciones de la persona que lo realiza. Así, pues, si el juez constitucional *pesa* los principios, su decisión sería igualmente objetiva y, por consiguiente, desprovista de valoraciones personales. Personalmente, creo que la "ponderación de principios" es todo lo contrario: constituye un *juicio de valor* encaminado a determinar cuál es el principio *correcto*⁶⁷ para ser aplicado en el caso concreto⁶⁸, lo que depende de ciertas actitudes, sentimientos, puntos de vista, intereses y objetivos que persigue el juez. Así las cosas, la ponderación es, necesariamente, subjetiva⁶⁹.

- e. La elaboración de la categoría "principios supremos". Según esta concepción, corresponde al juez constitucional identificar aquellos "[...] principios constitucionales (expresamente formulados o meramente implícitos) que no pueden ser modificados en modo alguno: ni siquiera mediante el procedimiento de revisión constitucional. El conjunto de los principios 'inmutables' es lo que algunos llaman la 'Constitución material' (en uno de los muchos sentidos de esta equívoca expresión)"⁷⁰. "[...] La doctrina de los principios supremos surte el efecto de conferir un ulterior poder discrecional a la Corte, cada vez que se presente concretamente la ocasión de identificar los principios supremos que se suponen inmodificables (con el resultado de juzgar eventualmente inconstitucional una ley de revisión que estuviera en contraste con ellos o pretendiese alterarlos)"⁷¹.

*

* *

El objetivo que persigo con este breve análisis es simplemente tratar de poner de relieve la obscuridad del lenguaje del derecho constitucional contemporáneo y la gran discrecionalidad de la que dispone el juez constitucional en el uso -lo cual determina el significado-⁷² de expresiones tales como "constitucionalizar", "principios constitucionales", "núcleo esencial de los derechos", "derechos fundamentales", etc. Ésta es una realidad que suele ocultarse mediante complejas teorías de difícil comprensión que tienen por única finalidad crear una apariencia de objetividad, justicia⁷³ y rigor científico que confiera a las decisiones del juez constitucional el *status* de "cuasi incontrovertibles"⁷⁴.

Si tenemos en cuenta la creciente aplicación de las normas constitucionales en materia de derecho privado, evidenciamos la gran incertidumbre⁷⁵ a la que nos vemos enfrentados⁷⁶. Esto me recuerda la situación de la pequeña Alicia cuando tuvo su encuentro con *Humpty Dumpty*, en el célebre cuento de Lewis Carroll:

- No sé qué quiere decir con "gloria".
Humpty Dumpty sonrió desdeñosamente.
- Por supuesto que no... hasta que yo te lo diga. ¡Quise decir "debe ser un argumento aplastante para ti"!
- Pero "gloria" no significa "un argumento aplastante" -objetó Alicia.
- Cuando *yo* uso una palabra -dijo Humpty Dumpty, en tono algo despectivo-, esa palabra significa exactamente lo que yo decido que signifique... ni más ni menos.
- El asunto es -dijo Alicia-, si usted puede hacer que las palabras signifiquen tantas cosas distintas.
- El asunto es -replicó Humpty Dumpty- quien es el maestro aquí... eso es todo"⁷⁷.

¹ Sobre las "divisiones clasificatorias" del derecho, véase: Grua, François. *Les divisions du droit*. R.T.D. civ., Paris, 1, 1993, pp. 59 a 71.

² "*Publicum ius est, quod ad statum rei romanae spectat*", "*privatum, quod ad singulorum utilitatem*". Ulpiano. 1. 1, § 2, *Digesto. De iustitia et iure*, 1, 1.

Véase también: Larroumet, Christian. *Introduction à l'étude du droit privé*. Economica, Paris, 1995, p. 39.

- ³ Consúltese: Drago, Roland. *Le Code civil et le droit administratif. In 1804-2004. Le Code Civil. Un passé, un présent, un avenir.* Ed. Dalloz, Paris 2004, pp. 775 a 786.
- ⁴ Véase: Larroumet, Christian. *Op. cit.*, pp. 39 y 40.
- ⁵ Un excelente análisis sobre la imposibilidad de dar definiciones de “derecho público” y “derecho privado” de suerte tal que constituyan una clasificación exhaustiva del ordenamiento jurídico en dos partes, en: Ross, Alf. *Sobre el derecho y la justicia.* Trad. Genaro Carrió. Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1997, pp. 251 a 256.
- ⁶ Consúltese al respecto: Terré, François. *Introduction générale au droit.* Ed. Dalloz, Paris, 1994, p. 76.
- ⁷ Véase: Larroumet, Christian. *Op. cit.*, p. 40.
- ⁸ Adicionalmente, en algunos sistemas jurídicos, se permite que, mediante un contrato denominado “concesión”, el Estado confíe en un particular la custodia y explotación de un *bien público* o, incluso, la prestación de un *servicio público*.
- ⁹ Demichel, André et Lalumière, Pierre. *Le droit public.* Ed. PUF, coll. Que sais-je ?, Paris, 1992, p. 46. Véase: Sinkondo, Marcel. *La notion de contrat administratif : acte unilatéral à contenu contractuel ou contrat civil de l'Administration ?* RTD civ., 2, 1993, pp. 239 a 262., y Benavides, José Luis. *El contrato Estatal.* Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004. Además, la participación del Estado como agente del comercio internacional ha venido sustrayéndose del campo de aplicación de buena parte de las prerrogativas que aquél ejerce frente a los “administrados”. Para designar estas situaciones, la doctrina francesa se sirve de la expresión “*Contrats d'État*”. Consúltese al respecto: Silva Romero, Eduardo. *La distinción entre Estado y administración y el arbitraje resultante de los contratos de Estado.* Revista internacional de arbitraje, junio-diciembre, 2004, Tomo 1, pp. 155 a 187. Respecto del “dominio público” y el “dominio privado” del Estado, véase: Hauriou, Maurice. *Précis élémentaire de droit administratif.* Edit. Recueil Sirey, Paris, 1925, p. 297.
- ¹⁰ Sobre la noción de *orden público*, consúltese: Mantilla Espinosa, Fabricio. Los límites al consentimiento en el pacto arbitral. In Silva Romero, Eduardo y Mantilla Espinosa, Fabricio. *El contrato de arbitraje.* Ed. Universidad del Rosario / Legis, Bogotá, 2005, pp. 239 a 241.
- ¹¹ Sobre la “privatización del derecho público” y la “unidad del derecho”, consúltese: Vedel, Georges. *Aspects généraux et théoriques.* In *L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago.* Ed. Economica, Paris, 1996, pp. 1 a 8., y Tafur Galvis, Alvaro, *Estudios de Derecho Público.* Ed. Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1997, pp. 93 a 129.
- ¹² Una interesante explicación sobre aquello que se suele designar mediante las expresiones “Estado” y “órgano del Estado”, en: Ross, Alf. *Sobre los conceptos de “Estado” y “órganos del Estado” en derecho constitucional.* In *El concepto de validez y otros ensayos.* Trad. Genaro Carrió, Eugenio Bulygin et al. Ed. Fontamara, México, 2001, pp. 73 a 92.
- ¹³ Consúltese un excelente análisis al respecto en: Silva Romero, Eduardo. *Wittgenstein et la Philosophie du Droit.* Ed. PUF, coll. Droit, Éthique et Société. Paris 2002, pp. 120 y 121. Ahora bien, “justicia” parece, en principio, una palabra desprovista de contenido semántico, es decir, constituye una expresión que implica unos criterios materiales presupuestos. Me explico: si “justicia” es *dar a cada uno lo suyo*, esto no responde a la pregunta: ¿qué es lo que le corresponde a cada uno? El criterio material para saber qué corresponde a cada cual es un presupuesto de la definición misma. *A cada cual lo suyo* puede servir para justificar cualquier orden social –capitalista, socialista, democrático o aristocrático–, ya que cada uno de éstos definirá qué es lo que corresponde a cada cual. Además, argumentar que “justicia” significa *tratar a los iguales como iguales y a los desiguales como desiguales*, tampoco tiene ningún sentido, puesto que en un mundo como el nuestro, lleno de diferencias, hay que establecer cuáles de éstas se tendrán en cuenta y cuáles no. Esta elección y jerarquización se encuentran presupuestas respecto de la definición de “justicia”. Un excelente análisis en este sentido en: Kelsen, Hans. *¿Qué es la justicia?* Trad. Ernesto Garzón Valdés. Ed. Fontamara, México, 2001.
- ¹⁴ Terestchenko, Michel. *Philosophie Politique.* Tome I. Ed. Hachette, Les Fondamentaux, Paris, 1994, p. 152.
- ¹⁵ El vocablo “Constitución” tiene distintos significados que dependen, principalmente, del contexto histórico y cultural dentro del cual se utiliza. Véase un profundo y conciso análisis al respecto en: Guastini, Riccardo. *Sobre el concepto de constitución.* In *Estudios de derecho constitucional.* Trad. Miguel Carbonell. Ed. Fontamara. Col. DJC, México, 2003, pp. 29 a 45.
- ¹⁶ Véase: Guastini, Riccardo. *La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano.* In *Estudios de derecho constitucional.*, p. 160.
- ¹⁷ *Ibidem*, p. 161.
- ¹⁸ Véase: Venegas Franco, Alejandro. *Constitución política de 1991 y derecho de seguros –ideas básicas–.* Ed. Academia Colombiana de Jurisprudencia, Bogotá, 2004., Onate Acosta, Tatiana. *La responsabilité civile dans la jurisprudence du Conseil d'État français.* Revista Estudios Socio-Jurídicos, noviembre de 2004, vol.

- 6, N° 2, Universidad del Rosario, pp. 181 a 208., Domínguez Águila, Ramón. *Aspectos de la constitucionalización del derecho civil chileno*. Revista de derecho y jurisprudencia. Tomo XCIII, N° 3, Santiago, 1996, pp. 107 a 137., Favoreu, Louis. *La constitutionnalisation du droit*. In *L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago*. pp. 25 a 42., Molfessis, Nicolas. *Les sources constitutionnelles du droit des obligations*. In *Le renouvellement des sources du droit des obligations*. Journées de la Association Henri Capitant, Lille, 1997, Ed. Litec, pp. 65 a 108., y Mathieu, Bertrand. *Droit constitutionnel et droit civil: “des vieilles outres pour un vin nouveau”*. RTD civ., 1, janvier-mars 1994, Paris, pp. 59 a 65.
- ¹⁹ “Se supone que cierta expresión, en su uso metafórico, puede funcionar en lugar de una determinada expresión literal, de la cual constituye, según se pretende, un sinónimo aproximado de ella, sobre la base de que es objetivamente semejante a lo representado. La pretendida objetividad de las semejanzas, sin embargo, dista mucho de ser habitualmente clara e incuestionable, y, a medida que nos acercamos a tales semejanzas, las expresiones metafóricas pierden su eficacia y su razón de ser”. Mendonca, Daniel. *Los derechos en juego*. Ed. Tecnos, Madrid, 2003, p. 63.
- ²⁰ “Los lenguajes naturales contienen expresiones *ambiguas*. Esto quiere decir que una misma palabra, en tanto fonema o grafismo, puede tener distintos significados según los diferentes contextos en que vaya insertada, o bien que una misma palabra puede tener distintos matices de significado en función de esos contextos diversos. Quiere decir también que junto a los usos centrales de un vocablo hay extensiones metafóricas y figurativas”. Carrió, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 136.
- ²¹ Consúltese un excelente análisis al respecto en: Calderón Villegas, Juan Jacobo, López Cuéllar, Nelcy y Rincón Cárdenas, Erick. *La constitucionalización del derecho privado en Colombia: supuestos de investigación*. Ed. Universidad del Rosario, col. Borradores de investigación, N° 39, Bogotá, 2005., y Venegas Franco, Alejandro. *Constitucionalización del derecho*. Conferencia inédita presentada en el simposio “Quince años de la constitución política en Colombia” organizado por el Senado de la República de Colombia el 24 de agosto de 2006.
- ²² Sobre los distintos sentidos de la palabra “ley”, consúltese: Guastini, Riccardo. *Ley*. In *Estudios de derecho constitucional*., pp. 111 a 116.
- ²³ Véase: Brewer-Carías, Allan. *América Latina: Retos para la Constitución del Siglo XXI*. In *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Ed. Konrad – Adenauer – Stiftung A.C. – CIEDLA., 2000, p 30
- ²⁴ “En el sistema estadounidense, la justicia constitucional es administrada por el órgano jurisdiccional en conjunto, y no se distingue de la justicia ordinaria, en la medida en que todos los litigios, de cualquier naturaleza, son juzgados por los mismos tribunales y, básicamente, dentro de las mismas condiciones. La dimensión constitucional puede estar presente en todos los litigios y no requiere de un procedimiento particular: a decir verdad, no existe un contencioso constitucional, tanto cuanto no existe un contencioso administrativo u ordinario, puesto que no hay razón alguna para distinguir entre las distintas causas puestas en conocimiento de un mismo juez”. Favoreu, Louis. *Les cours constitutionnelles*. Ed. PUF, coll. Que sais-je? Paris, 1992, p. 5.
- ²⁵ El profesor venezolano Brewer-Carías destaca que el control concentrado de constitucionalidad de las leyes por un tribunal supremo tuvo su origen en Latinoamérica ochenta años antes de que Hans Kelsen lo ideara. Para Brewer-Carías, el hecho de que en 1858 la Constitución Venezolana ya hubiera establecido la competencia anulatoria de la Corte Suprema, por razones de inconstitucionalidad de determinadas leyes, es una prueba de ello. Consúltese al respecto: Brewer-Carías, Allan. *Op. cit.*, p. 30.
- ²⁶ Ídem.
- ²⁷ Consúltese al respecto: Pegoraro, Lucio. *La Justicia Constitucional. Una perspectiva Comparada*. Ed. Dykinson, Madrid, 2004.
- ²⁸ Consúltese al respecto: Guastini, Riccardo. *La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. In *Estudios de derecho constitucional*., pp. 173 y 174.
- ²⁹ Sobre la diferencia entre las *formulaciones normativas* y las *normas* que de éstas se interpretan, consúltese: Bulygin, Eugenio. *Normas, proposiciones normativas y enunciados jurídicos*. In Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio. *Análisis lógico y derecho*. Ed. Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1991, pp. 169 a 193.
- ³⁰ Guastini, Riccardo. *La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. In *Estudios de derecho constitucional*., p. 162.
- ³¹ Véase: *Ibidem*, p. 172 y 173.
- La doctrina suele denominar “legislación por lo negativo” a la facultad del juez constitucional para invalidar una ley inconstitucional o rechazar la interpretación de una disposición que no resulta conforme con la constitución. Ahora bien, la expresión “legislación por lo positivo” ha comenzado también a ser utilizada para referirse a su supuesta potestad para realizar adiciones al texto de la ley –sentencias

- sustitutivas- o declarar la “constitucionalidad condicionada” de una disposición, es decir, supeditar su validez al hecho de que se interprete de la forma establecida por el juez constitucional. Sin embargo, esta segunda facultad es aún tema de grandes discusiones doctrinales. Véase al respecto: Palacios Mejía, Hugo. El control constitucional en el trópico. Revista Precedente Universidad ICESI. Santiago de Cali, 2001. http://www.icesi.edu.co/es/publicaciones/publicaciones/precedente/2001/cap1a-hpalacios-control_cons_tropico.pdf y López Obregón, Clara. La Corte Constitucional: Usurpadora o Garantista. Revista Precedente, Universidad ICESI, Santiago de Cali, 2001. http://www.icesi.edu.co/esn/contenido/pdfs/cap1b-clopez-corte_usurpadora.pdf
- ³² Esta clase de acciones, que pueden denominarse también “recursos de amparo” o “recursos de protección” las encontramos consagradas en Constituciones tales como las de: Argentina (art. 43), Bolivia (art. 19), Chile (art.20), Ecuador (art. 95), El Salvador (art. 247), España (art.53.2), Guatemala (art. 265), Honduras (art. 183), Nicaragua (art. 188), México (art. 107), Panamá (art. 50), Paraguay (art. 134) y Perú (art. 200.2).
- ³³ Consagrada por el artículo 86 de la Constitución de 1991 -reglamentada por los decretos 2591 de 1991, 306 de 1992 y 1382 de 2000-.
- ³⁴ La acción de tutela, como mecanismo de protección de los derechos fundamentales, tiene, por regla general, efectos *inter partes*.
- ³⁵ Es importante precisar que, en Colombia, esta acción procede, igualmente, en el caso en que un juez ordinario haya “[...] incurrido en una vía de hecho judicial debido a que la decisión adoptada desconoce claramente la Constitución, ya que resulta abiertamente irrazonable, o ha omitido argumentos constitucionales relevantes”. Calderón Villegas, Juan Jacobo, López Cuéllar, Nelcy y Rincón Cárdenas, Erick. *Op. cit.*, p. 42.
- ³⁶ Véase al respecto: Guastini, Riccardo. *La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. In *Estudios de derecho constitucional.*, p. 154.
- ³⁷ Guastini, Riccardo. *¿Peculiaridades de la interpretación constitucional? In Estudios de derecho constitucional.*, p. 264.
- ³⁸ *Ibidem*, p. 263.
- ³⁹ “*Oscuridad*: aparece cuando el efecto de la expresión empleada, al menos en principio, consiste en no ofrecer ningún significado que pudiera considerarse como el que intentó transmitir el autor [...]”. Bentham, Jeremy. *Nomografía o el arte de redactar leyes*. Trad. Cristina Pabón. Ed. Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2004, p. 17.
- ⁴⁰ “Si una respuesta no puede expresarse, la pregunta que le corresponde tampoco puede expresarse. [...] Si una pregunta puede llegar a plantearse, entonces también se le puede dar una respuesta”. Wittgenstein, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. Trad. Luis M. Valdés Villanueva, Ed. Tecnos, Madrid, 2002, p. 274, proposición 6.5.
- ⁴¹ “Con esto quiero referirme al siguiente fenómeno: [...] el uso de una palabra tal como de hecho se la emplea, hace que sea incierta o dudosa la inclusión de un hecho o de un objeto concreto dentro del campo de acción de ella. Hay casos típicos frente a los cuales nadie en su sano juicio dudaría en aplicar la palabra en juego. Hay casos claramente excluidos del campo de aplicación del vocablo. Pero hay otros que, a diferencia de los primeros y de los segundos, no están claramente ni incluidos ni excluidos”. Carrió, Genaro. *Op. cit.*, p. 137.
- Sobre la vaguedad del lenguaje jurídico, véase: Endicott, Timothy. *La vaguedad en el derecho*. Trad. Alberto del Real Alcalá y Juan Vega Gómez. Ed. Dykinson, Madrid, 2007.
- ⁴² “Una formulación normativa es ambigua cuando, en un contexto dado, es posible asignarle dos o más significados, esto es, cuando puede ser interpretada de dos o más modos”. Mendonca, Daniel. *Las claves del derecho*. Ed. Gedisa, Barcelona, 2000, p. 158.
- ⁴³ *Ibidem*, p. 186.
- ⁴⁴ Véase: Guastini, Riccardo. *Los principios en el derecho positivo*. In *Distinguiendo*. Barcelona, Ed. Gedisa, Trad. Jordi Ferrer i Beltrán, 1999, pp. 160 a 162.
- ⁴⁵ “Los lenguajes naturales contienen palabras *vagas*. [...] [E]l uso de una palabra tal como de hecho se la emplea, hace que sea incierta o dudosa la inclusión de un hecho o de un objeto concreto dentro del campo de acción de ella. [...] Dichas palabras son periféricamente indeterminadas. Para incluir o excluir el caso marginal es menester tomar una decisión”. Carrió, Genaro. *Op. cit.*, p. 137.
- ⁴⁶ Guastini, Riccardo. *Principios de derecho y discrecionalidad judicial*. In *Estudios de derecho constitucional.*, p. 134
- ⁴⁷ Véase: Guastini, Riccardo. *Los principios en el derecho positivo*. In *Distinguiendo*. pp. 156 a 158.
- ⁴⁸ Guastini, Riccardo. *Principios de derecho y discrecionalidad judicial*. In *Estudios de derecho constitucional.*, pp. 139 a 141.
- ⁴⁹ Carrió, Genaro. *Op. cit.*, p. 205.

- ⁵⁰ Como estas normas están dirigidas a los árbitros y no a los jugadores, ellas no alteran el estatus normativo de las reglas de primer grado -las prohibiciones de cometer infracciones-. "[...] [E]s absurdo decir que la ley de ventaja limita el deber de los jugadores frente a las reglas del *hand*, del *foul*, etc., en cuanto por virtud de ella resultaría que sólo deben abstenerse de cometer *hands* o *fouls* ineficaces". Idem.
- ⁵¹ Desde esta misma perspectiva, es interesante consultar el análisis del abuso del derecho, el fraude a la ley y la desviación de poder que se encuentra en: Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan. *Ilícitos atípicos*. Ed. Trotta, Madrid, 2006.
- ⁵² Para una explicación clara y concisa de las diferentes posiciones que ha adoptado la doctrina al respecto, véase: Calderón Villegas, Juan Jacobo, López Cuéllar, Nelcy y Rincón Cárdenas, Erick. *Op. cit.*, pp. 29 a 33.
- ⁵³ Véase: Guastini, Riccardo. *Reencuentro con la interpretación*. In *Distinguiendo*. pp. 201 a 210.
- ⁵⁴ "En el ámbito jurídico, 'interpretación' significa, principalmente, la atribución de significado a documentos normativos (leyes, decretos, reglamentos, dictámenes administrativos, sentencias, contratos, etc.). Un documento es un objeto constituido de signos gráficos, confeccionado por un sujeto (emisor) para transmitir información -directivas, valoraciones, etc.- a otro sujeto (receptor)". Comanducci, Paolo. *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*. Trad. Pablo Larrañaga. Ed. Fontamara. Col. BÉFDP, México, 2004, p. 11.
- ⁵⁵ Carrió, Genaro. *Op. cit.*, p. 54.
- ⁵⁶ Hart, Herbert L. A. *El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral*. In *Moral y derecho. Contribuciones a su análisis*. Trad. Genaro Carrió. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1962, p. 26.
- ⁵⁷ Una aguda crítica orientada en el mismo sentido, en: Guastini, Riccardo. *Principios de derecho y discrecionalidad judicial*. In *Estudios de derecho constitucional*, pp. 147 a 149.
- ⁵⁸ Sin embargo, la Corte Constitucional colombiana parece haberle dado una lectura distinta a las citadas disposiciones. Véase al respecto: C-037/1996. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, respecto de la inexequibilidad del artículo 48 de la ley 270 de 1996 -alcance de las sentencias en el ejercicio del control constitucional-.
- ⁵⁹ Guastini, Riccardo. *Los principios en el derecho positivo*. In *Distinguiendo*. p. 165.
En Colombia, el artículo 8 de la Ley 153 de 1887 dispone: "Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho".
Un controvertido análisis al respecto en: López Medina, Diego Eduardo. *Teoría impura del derecho*. Bogotá, Ed. Legis / Universidad de los Andes / Universidad Nacional de Colombia, 2004, pp. 298 a 326.
- ⁶⁰ Guastini, Riccardo. *Principios de derecho y discrecionalidad judicial*. In *Estudios de derecho constitucional*, p. 137.
Cuando utilizo la el término "laguna", me refiero, en principio, a *laguna normativa*, puesto que la palabra "laguna" es muy ambigua y, en el derecho, tiene, por lo menos, cuatro sentidos distintos: "las llamadas *lagunas de conocimiento* -falta de información respecto de la descripción del caso individual-, las *lagunas de reconocimiento* -dificultad en la tarea de subsunción del caso individual en el caso genérico por indeterminaciones semánticas de las formulaciones normativas-, las *lagunas normativas* -falta de correlación de una solución normativa a un cierto caso genérico-, y la *lagunas axiológicas* -discrepancia entre el sistema axiológico del intérprete y el sistema axiológico del legislador plasmada en una cierta solución normativa a un caso-". Rodríguez, Jorge. *Lógica de los sistemas jurídicos*. Ed. Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2002, p. 310.
- ⁶¹ "[...] [S]e da una 'antinomía en concreto' (o contingente) cuando -en el momento de la aplicación- dos normas conectan consecuencias jurídicas incompatibles a un mismo supuesto fáctico concreto". Guastini, Riccardo. *Principios de derecho y discrecionalidad judicial*. In *Estudios de derecho constitucional*, p. 143.
- ⁶² Véase: Mendonca, Daniel. *Los derechos en juego*. pp.39 a 49.
- ⁶³ "Para la estimación de la importancia de los diferentes derechos no se puede establecer reglas generales. No es posible, pues, determinar de antemano qué derecho importará más en la situación que enfrentamos. [...] Dicho de otro modo, esto significa que tenemos un determinado conocimiento de nuestros derechos pero ningún conocimiento de lo que tenemos derecho a hacer, en general, en cualquier situación real: podemos conocer nuestros derechos, pero no podemos conocer nuestros derechos efectivos". *Ibidem*, pp. 55 y 56.
- ⁶⁴ Guastini, Riccardo. *Principios de derecho y discrecionalidad judicial*. In *Estudios de derecho constitucional*, pp. 145 y 146.
- ⁶⁵ Las metáforas, generalmente, sirven para expresar algo de manera indirecta, es decir, utilizando una expresión en un sentido distinto del normal, para que así el oyente, gracias al contexto, pueda asignarle otro un significado congruente con la intención del emisor. Sobre las metáforas, en general, consúltese:

-
- Searle, John. *Metáfora*. In Valdés Villanueva, Luis. *La búsqueda del significado*. Ed. Tecnos, Madrid, 2000 pp. 588 a 623.
- ⁶⁶ Un excelente análisis al respecto, en: Mendonca, Daniel. *Los derechos en juego*. pp. 59 a 63.
- ⁶⁷ Sobre el uso valorativo de las palabras “bueno”, “correcto” y “deber”, véase: Hare, Richard Mervyn. *El lenguaje de la moral*. Trad. Genaro Carrió y Eduardo Rabossi. Ed. UNAM, México, 1975.
- ⁶⁸ “Así, en lugar de decir ‘Este es el camino correcto hacia Granchester’, podría haber dicho igualmente ‘Este es el camino correcto que tiene que seguir si quiere llegar a Granchester en el menor tiempo’. [...] La carretera correcta es la carretera que lleva a un fin predeterminado arbitrariamente; nos ha quedado bastante claro que no tiene sentido hablar de la carretera correcta al margen de ese fin predeterminado. Veamos ahora lo que podríamos querer decir mediante la expresión ‘la carretera absolutamente correcta’. Creo que sería la carretera tal que al verla *todo el mundo* tendría, *con necesidad lógica*, que seguirla, o bien avergonzarse por no seguirla. E igualmente el *bien absoluto*, si es un estado de cosas que se pueda describir, sería el que todo el mundo, independientemente de sus gustos e inclinaciones, *necesariamente* habría de producir o sentirse culpable por no producir. Yo quiero defender que ese estado de cosas es una quimera”. Wittgenstein, Ludwig. *Conferencia de ética*. In *Ocasiones filosóficas*. Trad. Ángel García Rodríguez. Ed. Cátedra / Teorema, Madrid, 1997, pp. 59 y 61.
- ⁶⁹ “A menudo hablamos de juicios que nos resultan ‘subjetivos’ cuando queremos decir que su verdad o falsedad no es una simple cuestión de hecho, sino que depende de ciertas actitudes, sentimientos y puntos de vista de los proferidores o de los oyentes del juicio en cuestión. Ejemplo de tal tipo de juicios podría ser: ‘Rembrandt es mejor artista que Rubens’. En este sentido de ‘subjetivo’, contrastamos esos juicios subjetivos con juicios objetivos tales como: ‘Rembrandt vivió en Ámsterdam en el transcurso del año 1632’”. Searle, John. *La construcción de la realidad social*. Trad. Antoni Doménech. Ed. Paidós Básica, Barcelona, 1997, p. 27.
- ⁷⁰ Guastini, Riccardo. *La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. In *Estudios de derecho constitucional*, p. 155.
- ⁷¹ Guastini, Riccardo. *Principios de derecho y discrecionalidad judicial*. In *Estudios de derecho constitucional*, p. 151.
- ⁷² “El significado de una palabra es su uso en el lenguaje”. Wittgenstein, Ludwig. *Investigaciones filosóficas*. Trad. Alfonso García Suárez y Ulises Moulines. Ed. Crítica, Barcelona, 1988, p. 61 proposición 43.
- ⁷³ “Invocar la justicia es como dar un golpe en la mesa: una expresión emocional que hace de la propia exigencia un postulado absoluto. [...] La ideología de la justicia es una actitud militante de tipo biológico-emocional, a la cual uno mismo se incita para la defensa ciega e implacable de ciertos intereses”. Ross, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. p. 340.
- ⁷⁴ “Cuando los tribunales constitucionales dicen que ponderan siguen aplicando el tradicional método interpretativo/subsuntivo, pero cambiando en parte la terminología y con menor rigor argumentativo, pues dejan de argumentar sobre lo que verdaderamente guía sus decisiones: las razones y valores que determinan sus elecciones interpretativas”. García Amado, Juan Antonio. *El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia*. In Sanín Restrepo, Ricardo. In *Justicia constitucional*. Ed. Legis / Universidad Javeriana, Bogotá, 2006, p. 119.
- ⁷⁵ “Podemos preguntarnos qué papel desempeña la idea de justicia en la formación del derecho positivo, en la medida en que ella es entendida como una exigencia de racionalidad. Esto es, una exigencia de que las normas jurídicas sean formuladas con ayuda de criterios objetivos, de manera tal que la decisión concreta tenga la máxima independencia posible frente a las reacciones subjetivas del juez, y sea, por ello, predecible”. Ross, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. p. 346.
- ⁷⁶ Un interesante estudio de cómo se han utilizado las expresiones “constitucionalizar” y “principios constitucionales” en los distintos lenguajes del derecho privado –civil, comercial, procesal civil, internacional privado, etc.- en: Larroumet, Christian y Ríos Labbé, Sebastián. *Op. cit.*
- ⁷⁷ Carroll, Lewis. *A través del espejo y lo que Alicia encontró allí*. In *Alicia en el País de las Maravillas / A través del espejo*. Trad. Jorge Sánchez. Ed. Edicomunicación, Barcelona, 1999, pp. 218 y 219.

EL HECHO JURÍDICO VOLUNTARIO

LUIS MOISSET DE ESPANÉS¹

Resumen:

El presente trabajo se inició abordando la importancia de la voluntad dentro del Derecho Civil, posteriormente trata sobre la voluntad jurídica, sigue con la autonomía de la voluntad en la hora actual, para finalmente desarrollar cada uno de los elementos del hecho voluntario como son el discernimiento, la intención y la libertad, sus características y restricciones.

Palabras Clave: Hecho voluntario - Error - Dolo - Voluntad Jurídica.

Abstract:

The present article began approaching the importance of the will within the Civil Law, later treats the legal will, afterwards follows with the autonomy of the will in the present, finally develops each one of the elements of the voluntary fact as they are the discernment, the intensity and the freedom, its characteristics and restrictions

Key words: Voluntary Fact - Mistake - Fraud "Mens Rea"- Legal will.

Sumario:

Introducción. 1. La voluntad. 2. La voluntad jurídica. 3. El hecho voluntario Concepto y presupuestos. 4. El discernimiento. Caracterización. 5. El discernimiento y la edad: Actos lícitos e ilícitos. 6. El discernimiento y la salud mental. 7. Otras circunstancias privativas del discernimiento. 8. La intención. Caracterización. 9. La libertad. Concepto.

¹ Presidente de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba (2007-2010). Académico Honorario de la Academia Nacional de Ciencias Jurídicas de Bolivia (2007).

INTRODUCCIÓN

Hemos seleccionado el tema de la “voluntad jurídica”, que no está legislado expresamente en el Código Peruano, porque no puede prescindirse de su estudio para comprender adecuadamente el problema de los “vicios de la voluntad”, tratados como tales en los artículos 201º a 218º (Título VIII del Libro II del Código de 1984).

Dos de ellos, el error y el dolo, afectan al acto voluntario en el elemento que el Código Civil argentino denomina “intención”, es decir en la etapa de “reflexión”, nombre que le da Savigny; el otro, la violencia, priva de “libertad” al agente, en el momento en que debe decidir. Por otra parte, la falta de discernimiento, o “razón”, convierte al sujeto en un incapaz absoluto, y así lo dispone expresamente el artículo 43º, inciso 2. Como tal sus actos nunca serán voluntarios, y menos podrá otorgar un “acto jurídico”, (ver art. 140º del Código peruano).

El Dr. Fernando Vidal Ramírez, dentro de los autores peruanos que he podido consultar, comprende la importancia del tema y en su obra sobre “El acto jurídico” lo trata de manera sucinta y clara. En los distintos apartados del punto 36 se ocupa del proceso formativo de la manifestación de voluntad, y de los elementos que la integran. Al hacerlo toma en cuenta el entroncamiento que a partir del Código peruano de 1936 se produce en este punto con el Código argentino (ver p. 91, 5ª ed., obra citada). En el desarrollo de estos pasos sigue principalmente el pensamiento de Henoch D. Aguiar, ilustre maestro del Derecho Civil, considerado con justicia el fundador de la llamada Escuela de Derecho Civil de Córdoba.

Me ha parecido por ello oportuno entregar para su publicación en Perú una versión de las clases que, sobre este tema, hemos dictado hace ya tiempo en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

1. LA VOLUNTAD

Su importancia en el derecho civil “La voluntad”, como expresión concreta de la iniciativa individual, tiene importancia capital dentro del Derecho Civil. Es bueno que reiteremos conceptos que ya hemos expuesto: la voluntad, efectivamente genera, modifica, transforma, aniquila, extingue los derechos y las situaciones jurídicas, pero no por el solo imperio del libre albedrío,

sino en cuanto es conducta humana reglada por el derecho. Para encarecer su importancia dentro del Derecho Civil basta una ligerísima revista a través del Código. La voluntad individual aparece en todas las instituciones; si nos referimos al derecho aplicable a las personas, al sujeto del derecho, a la persona de existencia visible, vemos que su aptitud jurídica fundamental, la capacidad de hecho o de obrar -llamada por los autores franceses capacidad de ejercicio- tiene como presupuesto principal la voluntad. El sujeto falto de voluntad o que no puede manifestarla, carece de capacidad de obrar.

Si nos referimos a otro atributo de la persona, el domicilio, especialmente el domicilio real, vemos cómo la voluntad soberana de la persona es la circunstancia determinante de su constitución, cambio y conservación. Esta facultad de la persona de constituir su propio domicilio, conservarlo, mantenerlo todo el tiempo que quiera o trasladarlo -si lo desea- de un lugar a otro, es simplemente el ejercicio de la libre voluntad individual del sujeto y está garantizada por la propia constitución nacional y también por preceptos claros y categóricos del Código Civil, que establece que esta facultad no puede de ninguna manera ser coartada por contrato, ni por disposiciones de última voluntad.

El poder de la voluntad se manifiesta de diversos modos y con diferentes alcances según sea la naturaleza de las relaciones jurídicas de que se trate; así, indudablemente, es mucho más intensa su fuerza en el campo de los derechos patrimoniales, que en el terreno de los derechos de familia, donde numerosas relaciones se establecen por el solo hecho de integrar el núcleo familiar. Es cierto que el del matrimonio, que da nacimiento del vínculo familiar, depende de la voluntad de los contrayentes, que de manera libre y espontánea - desde luego que mutua y recíproca- deciden tomarse como cónyuges, pero una vez establecido el vínculo, los demás efectos, o sea los derechos y obligaciones que vinculan a la pareja, y a ésta con su prole, surgen por imperio de la ley, sin consideración alguna a la voluntad de las partes.

Algo semejante ocurre en el derecho hereditario: si el causante muere sin haber hecho testamento, el derecho dispone sobre el destino que han de tener sus bienes; es cierto que el testador puede, dentro de ciertos límites, disponer de manera voluntaria de sus bienes para después de la muerte, pero aun en ese caso su libertad no es absoluta, pues debe respetar las porciones legítimas que corresponden a los herederos forzosos.

En el terreno de los derechos patrimoniales de tipo obligacional es donde se manifiesta con mayor vigor el poder de la autonomía de la voluntad, como veremos luego; y en materia de derechos reales, la posesión, según la definición del Código, es la actualización del poder de voluntad del sujeto, que actúa concretamente sobre la cosa, es decir el señorío real y efectivo que el derecho habiente ejerce sobre la cosa objeto de la posesión. En lo que respecta al dominio el artículo 2506º del Código nos dice que “es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona”; y si pasamos al testamento veremos cómo la disposición del patrimonio para después de la muerte de la persona es también la expresión de la voluntad soberana del testador, expresada con arreglo a las solemnidades prescritas por la ley civil.

Finalmente, en materia de actos ilícitos la voluntad también desempeña un papel importante, pues si ella faltara no habría acto ilícito, de manera que las distintas categorías (delitos y cuasi delitos), se caracterizan también por ser actos voluntarios, obrados con “intención” en cuanto al conocimiento de sus consecuencias perjudiciales (véase los artículos 2066º, 1072º, 1109º, etc.), distinguiéndose una de otra categoría, por la dolosidad existente en unos, y la culpabilidad, en otros.

Esta revista panorámica que efectuamos está destinada a poner de relieve la significación trascendente que tiene la voluntad individual en el derecho privado y, muy especialmente, en el Derecho Civil, pero requiere una aclaración.

Sin embargo no debemos incurrir en la exageración de creer que el derecho civil es fruto exclusivo de la voluntad de los sujetos; es cierto que el ordenamiento jurídico no puede prescindir de la voluntad, y ella integra el presupuesto de hecho en virtud del cual la ley civil regla ese sinnúmero de efectos jurídicos, pero el Derecho, además, dentro de lo que podríamos denominar una equilibrada política jurídica, debe coordinar el poder de iniciativa conferido al individuo con las exigencias de orden económico y social y por ello fija límites al poder de iniciativa, imponiendo en muchos casos cortapisas a la libre determinación individual.

El codificador argentino, con una posición que fue de avanzada para su época, procuró alcanzar un equilibrio entre el poder de la voluntad, por una parte, y la presencia de factores sociales, económicos y políticos, que hacen

necesario restringir el poder de la voluntad, imponiendo algunas cortapisas, para evitar comportamientos abusivos.

Demos ejemplos; hemos hablado del matrimonio y del testamento expresando que allí se manifiesta de modo claro la libre determinación individual; el matrimonio se constituye cuando los contrayentes expresan, con espontaneidad y libertad, el consentimiento de tomarse por esposos; pero eso de nada vale, ni nada significa, sin la observancia de la solemnidad prescripta por la ley, que hace a la esencia misma del acto, hasta el punto que no tendrá ningún valor jurídico sin la comparecencia de los contrayentes ante el oficial público, a expresar de viva voz que desean casarse y tomarse recíprocamente por esposo y esposa.

El testamento, a su vez, debe estar revestido de solemnidades y si ellas faltan carece totalmente de validez. En estos casos, por razones de interés público, la voluntad encuentra límites en la exigencia de la ley de observar ciertas formas solemnes para que se produzcan los efectos jurídicos deseados, lo que en alguna medida restringe la libre determinación o la voluntad individual; es lo que sucede en la categoría de actos denominados “formales”, como el matrimonio y el testamento, que ya hemos mencionado; o en la donación de inmuebles, para la cual no es suficiente la expresión de voluntad concurrente de donante y donatario, sino que es preciso la escritura pública (ver artículo 1810º). Incluso hay hipótesis en que la forma no se considera solemne pero es necesaria para que la relación jurídica creada produzca efectos contra terceros, como cuando se exige publicidad registral para la transmisión de derechos reales sobre inmuebles (artículo 2505º y ley 17.801).

Pasando a otro terreno, cuando se ha ejercitado la voluntad estableciendo un vínculo jurídico, la ley impone al sujeto el deber de respetar el vínculo creado, que no podrá luego ser destruido por la sola voluntad de quien lo creó; así, quien celebra un contrato, reconoce, un hijo natural, confirma un acto viciado de nulidad, no puede luego, por haber cambiado su voluntad, dejar sin efecto esos vínculos, lo que ha sido plasmado en la llamada “doctrina de los propios actos”, que no acepta, salvo que se den supuestos muy especiales, que el sujeto pretenda desconocer su anterior declaración de voluntad.

En otros casos encontramos restricciones a la autonomía de la voluntad, cuando el legislador estima que el objeto perseguido con el acto es inconveniente para el buen funcionamiento del orden jurídico. El Código

contiene numerosas disposiciones que prohíben celebrar determinados actos, que tienen muy variados fundamentos: por ejemplo, para proteger a los menores bajo tutela, los artículos 385° y 450° prohíben a los tutores numerosos actos; el artículo 531° prohíbe la inclusión de condiciones, como la de permanecer célibe perpetuamente, o mudar de religión, por estimar que atentan contra derechos de la personalidad (como ejemplo de otras normas que limitan la voluntad de las partes podemos citar los artículos 134°, 297°, 417°, 1231°, 1361°, etc.).

También suelen contener importantes cortapisas a la voluntad de las partes las leyes denominadas de orden público, cuyo contenido no puede ser dejado de lado por el acuerdo de partes.

Las manifestaciones de voluntad que violen prohibiciones legales, pretendan alterar leyes de orden público, o atenten contra la moral o buenas costumbres, carecen de valor y vician de nulidad al acto.

La autonomía de la voluntad en la hora actual Insistimos en que, de acuerdo a la doctrina más autorizada, el acto o “negocio jurídico”, es el instrumento que las partes utilizan para reglamentar sus relaciones jurídicas, crear, conservar, modificar o extinguir derechos, dentro de los límites que la ley autoriza. El Código Civil argentino, en su artículo 944°, establece que el “acto jurídico” es un acto voluntario, lícito, que tiene como “fin inmediato” producir esos efectos jurídicos, lo que pone de relieve que la “causa final” del acto es obtener los efectos que se ha propuesto. El agente lo realiza para producir ciertos efectos, y ellos se logran porque el derecho reconoce a la voluntad efectos jurídicos.

Los romanos, verdaderos padres del derecho moderno, elaboraron su construcción jurídica sobre la base de la voluntad del sujeto, postulado que fue desarrollado quizá exageradamente por el individualismo imperante en los últimos siglos, del cual resultó el más alto exponente el Código Civil francés, cuya influencia se dejó sentir en la posterior obra codificadora del derecho occidental.

Esto nos permite afirmar que en casi todas las legislaciones, tanto antiguas como modernas, la adquisición de los derechos, así como sus diversas transformaciones, se realizan principalmente por medio de la voluntad de los sujetos. Este poder de la voluntad, gracias al cual las personas pueden regir sus relaciones de derecho, se conoce como la “autonomía de la voluntad”, y

se ejercita principalmente en los contratos “cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos” (art. 1137º del Código Civil) idea que se completa con lo dispuesto en el artículo 1197º al establecer que “las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la que deben someterse como a la ley misma”, lo que confiere fuerza inusitada al poder de la voluntad individual y a la libre determinación de los contratantes.

Es bueno sin embargo hacer presente que, a lo largo del siglo XX, ha tomado fuerza una tendencia socializadora del derecho que proclama la quiebra del principio de la autonomía de la voluntad en muchos campos aunque, no podemos dejar de señalar que en estos grandes movimientos que la historia marca en el pensamiento jurídico, también esa corriente socializadora parece haber comenzado a retroceder en los últimos años. Podemos señalar lo sucedido con el régimen de locaciones de vivienda donde hemos visto que, primero en Francia después de la Primera Guerra Mundial, y en Argentina después de la Segunda, la autonomía de la voluntad quedó pulverizada y reducida a cero, por una imposición directa de la voluntad estatal. Ese movimiento de socialización tomó fuerza en la legislación de la segunda mitad del siglo XX, cuando casi todos los Códigos civiles incorporaron institución como el abuso del derecho, la lesión subjetivo-objetiva y la teoría de la imprevisión; y en épocas más reciente con las leyes destinadas a la protección del consumidor.

Por esta vía se procura contemplar exigencias del interés general, haciendo que ellas prevalezcan sobre la libertad de contratación, estableciendo importantes cortapisas a la autonomía de la voluntad. Sin embargo es necesario señalar que en un campo, como el derecho laboral, donde desde finales del siglo XIX encontrábamos las limitaciones más significativas, y se lo consideraba una ejemplo de la corriente de socialización del derecho, en los últimos años el mundo está asistiendo a importantes retrocesos en la protección que se concedía a los trabajadores, frente a los sectores patronales, que están recobrando paulatinamente la facultad de imponer su voluntad como “ley” en los contratos de trabajo.

2. LA VOLUNTAD JURÍDICA

La voluntad es el resultado de un proceso en el cual los psicólogos distinguen diversas etapas, como ser: la concepción, la representación, la deliberación, la decisión y la ejecución.

Damos por supuesto el conocimiento de ese proceso psicológico, que no es el momento de abordar ahora; nos bastará decir que es de la mayor importancia conocer su existencia para decidir acerca de la imputabilidad de los actos voluntarios. Para que la voluntad sea eficaz es menester que este proceso interno carezca de vicios que afecten la pureza de su desarrollo.

Por otra parte, mientras el proceso de formación de la voluntad se mantenga dentro del fuero interno del sujeto y sólo sea conocido por él, carecerá en absoluto de valor para el derecho; para que produzca efectos es necesario que la voluntad se manifieste al exterior mediante signos perceptibles por los sentidos. En otras palabras, en la voluntad distinguimos dos momentos: el momento interno y el momento externo.

Con esta aclaración podemos definir la voluntad jurídica siguiendo a Henoch D. Aguiar, como “una voluntad sana y manifestada que genera, modifica, transforma o extingue el derecho”; nosotros agregamos que esos efectos se producen cuando el ordenamiento jurídico reconoce a la voluntad la virtud de producirlos.

El mismo autor advierte que cuando habla de voluntad “sana” se refiere a la pureza del proceso interno de formación, y no a los propósitos que persigue el sujeto; en otras palabras, habrá voluntad “sana” aun en el que quiere matar, si su voluntad no está afectada por vicios y es, por tanto, fiel expresión de su querer.

La definición enunciada habla de voluntad “sana” y “manifestada”, señalando de esta manera los dos momentos que mencionábamos: el momento interno y el momento externo.

A continuación estudiaremos los elementos que integran esos diversos momentos.

3. EL HECHO VOLUNTARIO. CONCEPTO Y PRESUPUESTOS

El Código Civil no define la voluntad jurídica, pero siguiendo fielmente la sistematización elaborada por Freitas, descompone al acto voluntario en dos momentos: el momento interno, de formulación psicológica del acto, y el momento externo, relacionado con su expresión.

En el artículo 897º fija cuáles son los elementos que integran el momento “interno” cuando, luego de decirnos que “Los hechos humanos son voluntarios o involuntarios”, agrega que “los hechos se juzgan voluntarios, si son ejecutados con discernimiento, intención y libertad”; estos conceptos son reiterados en el artículo 900º, al expresar que: “Los hechos que fuesen ejecutados sin discernimiento, intención y libertad, no producen por sí obligación alguna”.

A esto es lo que llama Freitas el “elemento moral” del acto voluntario, que resulta de la concurrencia de tres requisitos que son presupuestos indispensables de la voluntariedad del acto: el discernimiento, la intención y la libertad que, como resulta de las disposiciones mencionadas, son requeridos conjuntamente en el momento de ejecución del acto para que se considere que éste ha sido voluntario e imputable. No bastará que existan uno o dos de esos elementos, sino que es necesario que se den todos ellos de manera conjunta; más aún, como veremos a continuación, cada uno de estos elementos presupone a los otros.

A esta primera etapa del proceso debe sumarse el momento externo, ya que “ningún hecho tendrá el carácter de voluntario, sin un hecho exterior por el cual la voluntad se manifieste” (art. 913º); el Código se refiere en esa norma a lo que Freitas llama “elemento material” del acto voluntario, es decir la manifestación o expresión de la voluntad, porque para que el acto tenga trascendencia jurídica ese menester que se traduzca en conducta humana concreta, en realidad objetiva sensible y perceptible. De lo contrario la voluntad no pertenecerá al orden jurídico y esa decisión, que permanece en el ámbito interno sin trascender al exterior, es ajena al orden jurídico y sólo es alcanzada por el orden normativo ético.

¿Qué antecedentes tiene en el campo legislativo esta doctrina a la que Freitas dió forma en su Esboço? ¿O el ensayo de sistematización de la teoría del acto voluntario es absolutamente original? Es muy difícil que una concepción o doctrina tenga absoluta originalidad, por genial que sea su autor y, entre paréntesis, debemos decir que Freitas lo fue.

Si analizamos el Land Recht, o Código General para los Estados prusianos, y estudiamos los títulos 3º y 4º, encontramos que el título 3º se ocupa de los “actos libres” y de las consecuencias que de ellos se siguen, y el cuarto legisla sobre la declaración de voluntad. En los preceptos contenidos en

esos títulos se habla de que la declaración de voluntad debe ser producida con "razón, reflexión y libertad", lenguaje que luego es adoptado por Savigny en su obra.

Estos son los antecedentes que precedieron al Esboço de Freitas.

4. EL DISCERNIMIENTO. CARACTERIZACIÓN

Vélez Sársfield ha seguido en esta materia a Freitas y éste a su vez, como hemos dicho, a Savigny -eminente jurisconsulto germano- y al Land Recht, para quienes los elementos del acto voluntario son: la razón, la reflexión y la libertad, elementos que corresponden a lo que Freitas y Vélez Sársfield denominan discernimiento, intención y libertad. Pues bien, donde Savigny y el Land Rect. hablan de "razón", Freitas y Vélez mencionan el "discernimiento"; luego los germanos hablan de "reflexión", mientras que Freitas y nuestro Código dicen "intención"; por último todos exigen como tercer presupuesto la "libertad".

Para poner de relieve la total correspondencia entre los términos de la trinidad del Land Recht y los que emplea nuestro Código que los recibe a través de Freitas bastará analizar lo que quieren significar cada uno de estos vocablos.

Detengámonos primeramente en la caracterización del "discernimiento" y veremos cómo coincide exactamente con lo que Savigny y el código prusiano denominan "razón".

Freitas entiende por discernimiento la aptitud general de conocer, que suministra datos a la voluntad en todas sus deliberaciones; es la luz constante de la voluntad, el conocimiento en potencia y no el conocimiento en particular. Agrega el jurista brasileño que la inteligencia es la condición natural de los seres humanos y a ese atributo de nuestra naturaleza le llamamos discernimiento.

Esta aptitud de juicio, que permite valorar nuestras acciones y los resultados que de ella se siguen, como también juzgar la conveniencia o inconveniencia de nuestros actos, su moralidad, su licitud, es la aptitud general de conocer que el Land Recht denomina "razón".

El discernimiento es, pues, una aptitud natural que tiene el ser humano, siempre y cuando haya alcanzado cierto grado de desarrollo psíquico e

intelectual, esté bien dotado y sea un sujeto normal y sano mentalmente. El Land Recht, en lugar de usar ese vocablo ha empleado con más propiedad el término "razón" para caracterizar la aptitud de conocer.

De aquí se deduce que el discernimiento, o facultad de conocer, constituye la regla general de la existencia humana, cuando el ser se encuentra en la plenitud de su desenvolvimiento, mientras que la privación de esta facultad es un caso excepcional.

El derecho da por supuesto lo que normalmente sucede y considera que todo hombre dotado de inteligencia y razón tiene conciencia de lo que hace. Por ello la ley considera que los hechos humanos son la obra de un sujeto inteligente y libre y establece como que ha estado privado de discernimiento.

Para aclarar más este concepto supongamos que estamos en presencia de un sujeto perfectamente normal, muy bien dotado, que tiene aptitud de ver, es decir tiene sus ojos en perfectas condiciones, pero que en un caso concreto no ve porque estaba distraído, porque se dió vuelta o por cualquier otra circunstancia que le impidió ver. El hecho de que no haya visto en esa oportunidad no quiere decir que el sujeto esté privado de la vista, es decir de la posibilidad de ver. Una cosa es el ver en potencia -que correspondería al discernimiento en potencia- y otra cosa es ver en acto, que correspondería al discernir en acto o en un caso concreto. Una persona que tiene aptitud de discernir, puede en un caso concreto, sea porque obró bajo la influencia de la embriaguez, la hipnosis, o cualquier circunstancia que le impidió razonar, haber carecido de discernimiento en ese caso, lo que no significa que le falte el discernimiento en potencia.

En resumen, el discernimiento es una aptitud natural que se presenta en todo ser humano normal, mentalmente sano, y que ha alcanzado cierto grado de desarrollo psíquico intelectual.

Hay casos, sin embargo, como veremos oportunamente, en que esta presunción de discernimiento no se aplica sino que, por el contrario, la propia ley consagra una presunción de falta de discernimiento.

5. EL DISCERNIMIENTO Y LA EDAD: ACTOS LÍCITOS E ILÍCITOS

El discernimiento, o sea la razón o aptitud para conocer está íntimamente vinculado con el desarrollo intelectual del individuo. La razón, que se tiene

como dote natural, se afina y madura con la experiencia de la vida, hasta alcanzar su pleno desarrollo y habilitar al hombre para actuar con conciencia en la esfera de sus relaciones civiles. La vida práctica pone de relieve que el discernimiento, o su ausencia, se encuentran vinculados con la edad del sujeto y por ello el derecho no reconoce al sujeto un grado de capacidad pleno en las primeras etapas de su vida, sino que va concediendo esa capacidad de manera gradual y progresiva, a medida que el discernimiento se agudiza y madura.

Existen dos criterios posibles para establecer que el sujeto posee discernimiento; el primero de ellos, científicamente riguroso, pero poco práctico, es analizar en cada caso particular al sujeto, para emitir un juicio concreto sobre su aptitud de discernir. El segundo, de carácter abstracto, es el que predomina en el derecho positivo: el legislador se atiene a la edad de las personas como signo revelador del desarrollo psíquico e intelectual del sujeto y sobre esta base las clasifica, disponiendo que quienes no han alcanzado cierta edad son considerados carentes de discernimiento, y cuando llegan a esa edad, se estimará que ya poseen discernimiento.

Somos conscientes que hay en estas disposiciones una dosis de arbitrariedad, pues hay sujetos de edad inferior a la fijada por la ley que poseen claro discernimiento; además, la madurez y razón se van adquiriendo paulatinamente, y sin duda es arbitrario pensar que un sujeto hasta las 24 horas del día anterior carecía totalmente de discernimiento, y desde las 0 horas del día de su cumpleaños lo adquirió, como si hubiese sido tocado por una varita mágica; pero, razones de orden práctico impulsan a adoptar legislativamente ese criterio abstracto.

El Código, en su artículo 921º, al establecer la edad en que se adquiere el discernimiento, traza un distinguo según se trate de actos lícitos o ilícitos, porque considera que la posibilidad de distinguir lo bueno de lo malo, lo lícito de lo ilícito, se adquiere antes que la aptitud para establecer la conveniencia o inconveniencia de un acto lícito. Vemos así que el artículo 921º, en su primera parte, expresa que “los actos serán reputados hechos sin discernimiento, si fueren actos lícitos practicados por menores impúberes, - es decir los que han cumplido catorce años- o actos ilícitos por menores de diez años...”.

Vale decir que para obligarse por actos lícitos se requiere ser menor adulto, que son los que han cumplido 14 años (art. 127º del Código), mientras que

los menores de esas edad son absolutamente incapaces (art. 54º, inciso 2). En cambio para la llamada capacidad delictiva o capacidad de imputación para los actos ilícitos, considera que el discernimiento se adquiere a los 10 años. ¿Por qué esta diferencia? El sentido común parece brindar espontáneamente razones que explican la distinción, ya que con relación lo ilícito, es decir conductas que vulneran la conciencia social y jurídica, es de suponer que su comprensión despierta más tempranamente, acicateada por la educación, lo que permite a edad más temprana tener juicio suficiente y por ello considera que diez años bastan para que la conciencia moral del sujeto esté suficientemente desarrollada.

En cambio para juzgar de la conveniencia, ventajas o perjuicios de los actos lícitos, se requerirá un mayor desarrollo psíquico intelectual y mayor capacidad de juicio porque es algo más complejo que el sentido intuitivo que permite al sujeto apreciar lo que es social o antijurídico.

Aguiar advierte que, pese a que los actos lícitos son hechos que constituyen el modo natural y ordinario del desenvolvimiento de la vida jurídica, para juzgar las ventajas o inconvenientes que ellos pueden deparar, el sujeto necesita poseer cierta experiencia, que se forma más tardíamente; en cambio cuando se trata de actos que rompen el equilibrio propio de la vida jurídica normal y provocan un desorden social, sus efectos negativos son más fácilmente perceptibles.

En consecuencia, y debido a esta diversificación del criterio legal, debemos trazar dos clasificaciones: 1) respecto a la capacidad de imputación, no serán responsables los menores de 10 años, y serán responsable los que hayan cumplido esa edad; 2) respecto a la capacidad para obligarse tenemos: a) sujetos absolutamente incapaces, los menores de 14 años; b) sujetos relativamente incapaces, los menores adultos, que han cumplido 14 años pero no alcanzaron la mayoría ni fueron emancipados; c) sujetos relativa o limitadamente capaces, los menores emancipados, sea por matrimonio, sea por habilitación de edad; d) plenamente capaces los mayores de edad, o sea quienes han cumplido 21 años.

Por último deseamos señalar que cuando estudiemos la capacidad veremos que la doctrina moderna, y también la jurisprudencia nacional, admiten la validez de actos realizados por incapaces, incluso menores impúberes, cuando el acto no requiere un discernimiento especial; verbigracia el pago

del boleto en un transporte público en del pez cuando atrapa uno en aguas en las que está permitida la pesca.

6. EL DISCERNIMIENTO Y LA SALUD MENTAL

Otra causa excluyente del discernimiento es la demencia. El mismo artículo 921° que ya hemos mencionado continúa diciendo que serán reputados hechos sin discernimiento “los actos de los dementes que no fuesen practicados en intervalos lúcidos...”.

Al ocuparnos de los dementes hemos hecho ya algunas referencias al tema; dijimos entonces -y lo repetimos ahora- que este artículo se refiere a los dementes no declarados, porque en el caso de los dementes declarados tales por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, el estado de incapacidad y falta de discernimiento del sujeto tiene el carácter de verdad legal indiscutible y se mantendrá inalterado mientras no se verifique en un nuevo juicio la recuperación de la salud del sujeto, y haya una sentencia que disponga el levantamiento de la interdicción.

Insistimos, de acuerdo a lo previsto en el artículo 140°, “Ninguna persona será habida por demente, para los efectos que en este Código se determinan, sin que la demencia sea previamente verificada y declarada por juez competente”.

Cuando la persona ha sido declarada demente sus actos se consideran de pleno derecho como practicados sin discernimiento (ver art. 54°, inciso 3); pero, como hemos visto cuando nos ocupamos de las incapacidades, puede suceder que un sujeto que no ha sido declarado demente padezca una enfermedad mental que lo priva de razón; en tal caso también sus actos pueden ser invalidados, pero es menester probar en juicio que carecía de discernimiento.

En resumen, hay dementes declarados y dementes no declarados; en ambos casos el sujeto carece de discernimiento, pero en la primera hipótesis la ley presume la ausencia de razón, y en la segunda es menester que el juez analice el caso concreto. Si el demente ha sido declarado tal todos sus actos posteriores son inválidos, y no puede alegarse que los ejecutó en intervalo lúcido. El artículo 921°, que permite esgrimir la existencia de un intervalo lúcido se refiere al caso de los dementes no declarados.

Aclaremos que, de acuerdo al artículo 3615° y su nota, Vélez estima que el llamado “intervalo lúcido” -si es que realmente existe, cosa que muchos psiquiatras ponen en duda- es la vuelta completa a la razón durante un intervalo más o menos prolongado, que permitiría pensar que la enfermedad ha desaparecido.

Actos ilícitos

El principio general es que el acto ilícito no es imputable a la persona carente de discernimiento, pero merece especial consideración lo relativo a la imputabilidad o inimputabilidad de los actos ilícitos perpetrados por un demente aunque haya sido declarado tal por sentencia. El artículo 1070° hace siempre responsable al demente cuando haya obrado en un intervalo lúcido, sea que se trate de un demente no declarado o de un demente declarado, disponiendo que “no se reputa involuntario el acto ilícito practicado por dementes en lúcidos intervalos, aunque ellos hubiesen sido declarados tales en juicio”, por estimar el legislador que las consecuencias del acto le son imputables si ha obrado con uso de razón y tenido conciencia del acto y de los resultados. No se trata aquí de la capacidad en sentido propio, sino de la llamada capacidad delictiva, o de imputación y deberá juzgarse en el caso concreto si hubo o no imputabilidad moral del acto.

Para estos casos la distinción entre dementes declarados y no declarados tiene interés en lo que respecta a la prueba; si la persona ha sido declarada demente existe una presunción “hominis” de que es un sujeto falto de razón y si se pretende responsabilizarlo del acto ilícito es menester probar que obró en un intervalo lúcido; en cambio, si el demente no está declarado, se lo presume persona sana, con discernimiento y, en principio, se le imputa el acto ilícito y a su defensor le será indispensable probar que al realizar el acto estaba privado de discernimiento.

7. OTRAS CIRCUNSTANCIAS PRIVATIVAS DEL DISCERNIMIENTO

Por último el artículo 921° se refiere a otras causas excluyentes de discernimiento, al disponer que también se considerará que falta en los actos practicados “por los que, por cualquier accidente, están sin uso de razón”.

Entre los “accidentes” o, en otras palabras, motivos que pueden privar al sujeto momentáneamente del uso de su razón, la doctrina enumera

generalmente la embriaguez, el consumo de estupefacientes, el hipnotismo, el sonambulismo, etc. La redacción del artículo es de carácter general y, por tanto, no excluye la posibilidad de que exista alguna otra causa capaz de privar al sujeto del uso de su razón. Desde luego la prueba de haberse encontrado en ese estado corresponde a quien lo alega para aprovecharse de la disposición de la ley.

Concretándonos al estado de embriaguez, es cierto que determina en el sujeto la falta de discernimiento y, por tanto, la involuntariedad del acto. Si se tratase de un acto lícito, bastará la simple comprobación de ese estado para que el acto concluido durante ese período no produzca efecto alguno respecto al agente; pero no cabe la misma conclusión si se tratase de un acto ilícito; respecto a estos últimos debe coordinarse lo dispuesto en el artículo 921º con lo previsto por el artículo 1070º, que en la parte pertinente dice que “no se reputa involuntario el acto ilícito practicado ... en estado de embriaguez, si no probare que ésta fue involuntaria”.

La involuntariedad debe resultar de aquellas circunstancias que, examinadas por el juez, demuestren que el sujeto no tuvo el propósito de embriagarse para cometer en ese estado el acto ilícito, o por lo menos que en su conducta no hubo culpa inexcusable.

En cambio el acto se considerará voluntario cuando el sujeto deliberadamente cayó en estado de embriaguez con el fin premeditado de perpetrar el acto ilícito; en tal caso entendemos que no solamente es imputable, sino que lo es en razón de dolo, porque aunque en el momento mismo de perpetrar el ilícito el sujeto pudo carecer de discernimiento, precisamente su propósito fue crear ese estado para darse ánimo y realizar el acto ilícito; para juzgarlo debemos hacer abstracción del momento en que se concretan las consecuencias dañosas y remontarnos al momento inicial, en el cual el sujeto deliberadamente se embriagó con el propósito preconcebido de cometer el acto.

Pero no sólo en ese caso entenderemos que la embriaguez es voluntaria; lo será también en todos los casos en que las circunstancias permitan enrostrarle al sujeto falta de ponderación en su conducta, descuido, ligereza; es decir, cuando pueda achacársele culpa. Imaginemos que un sujeto bebe alcohol en cantidad considerable, sin poner cuidado alguno, su embriaguez debe considerarse voluntaria y le son imputables los actos que cometa en ese estado.

Únicamente no será voluntaria la embriaguez cuando del examen de las circunstancias resulte que no hay ninguna culpa achacable al sujeto. Supongamos que es una persona que bebe en cantidad moderada, muy limitada, es decir lo que siempre acostumbra beber y, por un estado de indisposición que no ha advertido, esa pequeña cantidad de alcohol le produce un embotamiento de sus facultades intelectuales; en tal caso diremos que la beodez es involuntaria y, como no puede achacarse culpa al agente, no se lo considerará responsable.

En el Derecho Comparado es frecuente encontrar normas que disponen que quien obra en estado de embotamiento intelectual por haber ingerido alcohol, o estupefacientes, es responsable de los actos que realice y sus consecuencias si tiene la culpa de haber caído en ese estado de embotamiento intelectual.

Cabe señalar que el estado de embriaguez, sea deliberadamente buscado o no, priva al sujeto de su discernimiento; por consiguiente, cuando se lo hace responsable de un acto ilícito cometido en estado de embriaguez voluntaria, tal responsabilidad no tiene por base la imputabilidad (pues no hay discernimiento), sino otros motivos extraños a la voluntad, como es la culpa que lo llevó al estado de embriaguez; el resultado dañoso, en estos casos, es una consecuencia “mediata” de la conducta culposa y la necesidad de proteger a la víctima del acto ilícito hace que la ley, en este caso, extienda la responsabilidad a consecuencias mediatas.

Para concluir debemos referirnos a lo que dispone la parte final del artículo 921º, que trata de la privación accidental del discernimiento. Se entenderá que éste falta cuando en el momento de obrar el sujeto se encuentre privado del uso de razón, esté sin conocimiento o no comprenda lo que hace; en tales hipótesis, si se trata de una situación accidental, no imputable a la propia culpa del agente, se reputará que los actos fueron hechos sin discernimiento.

8. LA INTENCIÓN. CARACTERIZACIÓN

Hemos dicho que nuestro Código, siguiendo a Freitas, llama “intención” al segundo presupuesto de la voluntariedad de los actos, mientras que el Land Recht prusiano, y Savigny, utilizan el término “reflexión”: es el discernimiento aplicado a un acto concreto.

Es bueno analizar este vocablo para que podamos entender bien cuál es el sentido técnico que tiene el vocablo “intención” en el lenguaje de Freitas y del Código civil.

La “reflexión”, para el Land Recht, o sea la “intención” para nuestro Código, es el proceso de conocimiento y deliberación que precede a toda decisión libre y a toda determinación. El vocablo empleado en el Land Recht expresa con mayor exactitud y propiedad la actividad que se desarrolla en esta etapa del procedimiento volitivo.

Al caracterizar el discernimiento hemos dicho que era una facultad del espíritu humano: la aptitud de conocer y razonar, o sea la aptitud de juicio en virtud de la cual podemos tener comprensión de nuestras acciones. La “intención”, en cambio, es el discernir en acto, el aplicar aquella facultad de conocimiento a un caso particular; es decir, haber discernido en el caso concreto de que se trata.

Tenemos “intención”, o hemos obrado con “reflexión”, cuando hemos tenido comprensión cabal del acto que pensamos realizar, como también de sus consecuencias; a la determinación de la voluntad ha precedido el proceso previo de razonamiento, conocimiento y deliberación que permite al sujeto tener conciencia de su acción y de sus efectos, mediatos e inmediatos.

La persona que no tiene la facultad o aptitud de conocer, como un demente, no podrá “reflexionar” sobre un acto determinado y por tal causa no tendrá “intención”. Sin embargo la inversa no es verdadera; el agente puede practicar actos sin “intención”, pero ello no significa que carezca del pleno goce de sus facultades intelectuales.

Entiéndase bien, el discernimiento es el discernir en potencia, tener capacidad de discernir; la intención es el discernimiento en acto, el haber discernido en el caso concreto. El proceso previo a la decisión libre, que requiere comprensión de los motivos determinantes de la voluntad, está significado en nuestro derecho por la palabra “intención”.

Para mayor abundamiento diremos, empleando el lenguaje que utilizan los profanos, que un sujeto obro con “intención” cuando sabía lo que hacía, es decir cuando ha juzgado, valorado y comprendido el acto y sus consecuencias.

Insistimos en este punto porque el vocablo "intención" es equívoco; en el lenguaje común suele entenderse por intención el propósito o designio; por otra parte, en el lenguaje filosófico la palabra "intención" significa la "causa final" determinante de la voluntad. Pero, en el lenguaje técnico del Código, que en este punto sigue a Freitas, la intención no es el propósito o designio que impulsa a obrar, ni tampoco la causa final determinante de nuestros actos, sino que equivale a "reflexión", es decir al proceso previo que precede a la determinación libre.

Obrar con "intención" es haber tenido conocimiento y comprensión del acto y de sus efectos. La intención, como bien dice Freitas, es el conocimiento aplicado al acto de que se trata; por esa causa hacemos hincapié en la palabra empleada por el Land Recht, que es mucho más expresiva: "reflexión".

Aguiar ha explicado muy claramente este punto, indicando que el agente obrará con intención cuando, al resolverse a realizar el acto sabe cuáles son las consecuencias que puede producir; así, la intención se diferencia del propósito en que, para que exista "intención" no es necesario que el agente haya querido las consecuencias, sino que basta que haya querido el acto, teniendo conocimiento de él y de las consecuencias que de manera necesaria o posible puede producir.

Para que haya intención es indispensable que exista discernimiento; quien carece de discernimiento nunca podrá deliberar ni reflexionar. El discernimiento, como hemos dicho ya, es presupuesto de la intención; el sujeto que posee la aptitud de discernir puede no aplicarla en un caso concreto, pero el derecho presume que si posee discernimiento sus actos son obrados con intención. Se trata de una presunción "hominis", o juris tantum, ya que admite prueba en contrario.

En efecto, el acto voluntario es un producto exterior de la voluntad, lo que implica que la facultad de discernir ha funcionado, se ha ejercido; pero -sin embargo- puede suceder que la intención no haya estado presente porque han mediado vicios, como el error o el dolo.

9. LA LIBERTAD. CONCEPTO

El otro presupuesto de la voluntariedad de los actos es la "libertad"; aquí coinciden las denominaciones empleadas por Freitas, el Código y también

por el Land Recht y Savigny. Discernimiento e intención implican la conciencia del acto realizado y constituyen las primeras condiciones del acto voluntario.

El tercer y último presupuesto es el imperio de sí mismo, o sea la libertad, que equivale a la independencia de la voluntad para elegir entre las distintas alternativas que se le presentan.

Ahora bien, como resulta de lo dicho, la libertad no es el resultado de una actividad instintiva u orgánica del sujeto, sino el resultado de una actividad de la inteligencia. Los dementes y los menores impúberes pueden físicamente realizar actos, pero ello no es suficiente para calificarlos de actos libres. La libertad presupone el discernimiento y la intención; no puede haber acto libre sin discernimiento e intención.

La libertad puede ser mirada bajo dos aspectos: la libertad moral y la libertad física; la primera es la facultad que tiene el hombre de decidir si obra en un sentido o en otro, o si no obra; es lo que en el lenguaje común se llama "libre albedrío", es decir la facultad de decidir espontáneamente entre los motivos determinantes de la voluntad, sin que ninguna influencia extraña pueda torcer nuestra decisión. Existe libertad moral cuando el sujeto se determina con espontaneidad por motivos que le son privativos, sin que nada influya en su ánimo o conciencia.

La libertad "física" o "material", en cambio, es el poder actuar de conformidad con la decisión tomada.

Restricciones lícitas e ilícitas:

Ahora bien, la libertad, tanto moral como física, a veces sufre restricciones de muy variados modos, unas veces en forma lícita y otras en forma ilícita. Al analizarlas tendremos muy en cuenta el principio enunciado por la Constitución, según el cual "ningún habitante será obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe" (artículo 30º, Constitución Nacional).

Las restricciones lícitas de la libertad tienen por fundamento la necesidad de mantener el orden en miras a la convivencia y a la conservación y defensa de las instituciones sociales. El propio Código civil contiene algunos preceptos de este tipo que resultarán ilustrativos; otros se encuentran en

leyes especiales pero nos concretaremos a las disposiciones insertas en el Código.

Ya en el Título de los Hechos Jurídicos encontramos tres normas, los artículos 910º, 911º y 912º, que analizaremos a continuación. El primero de ellos expresa que “nadie puede obligar a otro a hacer alguna cosa, o restringir su libertad, sin haberse constituido un derecho especial al efecto”.

Se contempla aquí el caso de obligaciones de origen contractual en las cuales un sujeto se convierte en deudor porque voluntariamente prestó su asentimiento a celebrar un contrato que lo obliga a dar, hacer o no hacer algo en favor del acreedor. Toda obligación, desde el momento en que se constituye, restringe en alguna medida la libre actividad individual del deudor, en beneficio del interés del acreedor, cuyo poder de voluntad se ve acrecentado; el vínculo obligatorio asumido supone sacrificios de la propia actividad individual, pero esa restricción de la libertad del deudor no es total, ni queda anulada su libertad personal, sino que esa restricción se limita estrictamente a aquella parte de su actividad que está inmediatamente relacionada con lo que debe dar, hacer o no hacer. Se trata de una restricción parcial de la libertad y el respeto a la libertad del deudor se pone de manifiesto en otras normas en las cuales se contempla, por ejemplo, que si el deudor “no quiere” pagar no se podrá ejercer violencia contra su persona y la prestación debida se transformará en la indemnización de daños y perjuicios o la ejecución por otro a cargo del patrimonio del deudor (art. 505º).

El artículo 911º, por su parte, dispone que “nadie puede obligar a otro a abstenerse de un hecho, porque éste pueda ser perjudicial al que lo ejecuta, sino en el caso en que una persona obre contra el deber prescripto por las leyes, y no pueda tener lugar oportunamente la intervención de las autoridades públicas”.

El dispositivo, luego de consagrar como regla el que no podemos impedir a otro sujeto que obre libremente, so pretexto de que ese obrar le es perjudicial, admite de manera excepcional que se pueda intervenir si se dan dos condiciones: 1º) que el sujeto al obrar contra sí mismo esté violando un deber prescripto por las leyes; y 2º) que haya urgencia porque no puede tener lugar oportunamente la intervención de las autoridades públicas.

Vemos pues que cuando se trata de un acto que altera el orden social establecido, orden que todos los individuos están obligados a respetar, la ley autoriza a los particulares a intervenir poniendo freno a la libertad de obrar el ilícito, pero sólo cuando no fuere posible la intervención de la autoridad pública.

Los autores citan como ejemplo de casos en que sería admisible una intervención, el de una persona que para eludir las obligaciones que imponía la ley de servicio militar, pretende mutilarse, lo que no solamente redundaría en perjuicio de la integridad corporal del propio sujeto, sino que configuraba un delito especialmente previsto por el Código Penal Militar. En este caso se admitía que un tercero interviniese.

También se admite la intervención de un extraño para impedir la realización de un acto cuando el hecho no sólo redundaría en perjuicio de quien lo obra, sino también en perjuicio del interés legítimo de terceros. Imaginemos que un deudor, para no cumplir con su obligación de dar, intenta destruir cosas que le pertenecen y debía entregar al acreedor; en ese caso se justifica la intervención de un tercero extraño, siempre y cuando no sea posible recurrir a la intervención de la autoridad pública.

Se trata de hipótesis en que el obrar ilícito extiende sus resultados dañosos, que no solamente perjudican al autor, sino también a terceros.

Por su parte el artículo 912º dispone que "quien por la ley o por comisión del Estado tiene el derecho de dirigir las acciones de otro, puede impedir por la fuerza que se dañe a sí mismo".

Se refiere aquí a quienes ejercen potestad como representantes de los incapaces y esta posibilidad de restringir la libertad del incapaz tiene como finalidad, precisamente, proteger su propia persona, es decir está instituida en su beneficio.

Podemos citar como ejemplo el caso de un menor que ha cumplido ya 14 años y, por tanto, posee discernimiento y voluntad; sin embargo está privado de la libertad civil y sometido a la potestad del padre en todo lo que se refiere al gobierno de su persona y de sus intereses; y no ponemos como ejemplo el caso de quien no ha cumplido 14 años porque para la ley el menor impúber no tiene discernimiento, y por tanto carece de la aptitud de reflexionar;

faltando estos presupuestos no puede hablarse tampoco de decisión libre, y menos de “coerción de su voluntad”.

Hasta aquí nos hemos ocupado de “restricciones lícitas”. Habrá, en cambio, restricción ilícita a la libertad cuando se obra sin tener derecho para coartar las facultades de disponer del otro sujeto.

La libertad puede ser restringida por el empleo de la fuerza física, que convierte a la víctima en mero instrumento del que la ejerce, como cuando alguien da un violento empujón a otro lanzándolo sobre un objeto que resulta roto, o cuando le impide actuar secuestrándolo.

Puede ser también restringida la libertad por injustas amenazas que infunden al sujeto el temor de sufrir daños, caso en el cual conserva su “determinación”, no es mero instrumento de otro, pero su decisión no es espontánea porque la decisión de su voluntad ha sido torcida por el temor, aspecto que estudiaremos con detenimiento más adelante, cuando nos ocupemos de los vicios de la voluntad.

Concluamos con lo relativo a la libertad señalando que Vélez, pese a haber seguido a Freitas y Savigny, distinguiendo correctamente los tres elementos de la voluntad, a saber: discernimiento intención y libertad, parece confundirse en el artículo 922º, que expresa:

“Los actos serán reputados practicados sin intención, cuando fueren hechos por ignorancia o error, y aquellos que se ejecutaren por fuerza o intimidación”.

Ese aparente error del codificador, que parece indicar que la violencia vicia la “intención”, cuando en realidad es un vicio de la libertad, queda plenamente salvado en el artículo 936º, cuando dispone: “Habrá falta de libertad en los agentes, cuando se emplease contra ellos una fuerza irresistible”.

En investigaciones que hemos efectuado junto con el Dr. Benjamín Moisés sobre los borradores del Código, conservados en la Biblioteca Mayor de la Universidad de Córdoba, hemos podido comprobar que el primer borrador tenía dos artículos, en el primero de los cuáles se diferenciaba correctamente los vicios de la intención (ignorancia o error, y dolo), y en el segundo se

decía que faltaba libertad en los actos que se ejecutaren con fuerza o intimidación. Con posterioridad, un error del copista, al pasar esos originales, refundió esos textos, salteando el último renglón de la primera norma, y el primero de la segunda, y de esa forma quedó configurado el texto defectuoso del artículo 922º que hemos reproducido.

EL CONCEPTO DE JUSTICIA CONTRACTUAL

FRANCISCO TERNERA BARRIOS^{*}

Resumen:

El concepto de *justicia contractual* en Colombia tiene asiento en la normativa y jurisprudencia. Hablamos, pues, de la implementación de remedios generales y soluciones particulares. En estas breves líneas, presentamos instituciones que nos informan el importante lugar que en nuestros días ocupa el concepto de *justicia contractual*.

Palabras Clave: Equidad - Igualdad - Equilibrio - Libertad contractual - Legislador - Juez - Inejecución del contrato - Fuerza mayor - Imprevisibilidad.

Abstract:

Mainly the legislator and the judge have consulted the concept of contractual justice. In the first case, one is the implementation of general remedies. In the second, we recognize particular solutions. In this article named "Contractual justice: in search of the lost concept" institutions appear that inform the important place to us that in our days occupies the concept of *contractual justice*, formerly lost.

Key words: Equity - Equality - Balance- Freedom of contract - Legislator - Judge - Breach of contract - Frustration of contract- Unequal bargaining power

Sumario:

1. Regímenes generales: Justicia contractual legislada. 2. Soluciones especiales: Justicia contractual pretoriana.

^{*} Profesor Principal de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá). Coordinador de la Línea de investigación en Derecho Civil de la misma Universidad. Master (D.E.A) en Derecho privado general por la Universidad Paris II .

La búsqueda de la virtud conocida como “justicia” constituye, desde antaño, una constante en los grupos sociales. Ahora, su significado no parece ser concreto.¹ En materia contractual, esta palabra vaga, generalmente se asocia con otras expresiones tales como *equidad, equilibrio, igualdad, proporción, justo medio, compromiso y buena fe*. En este breve ensayo, sirviéndonos de la expresión *justicia contractual*, daremos cuenta de todas estas cualidades que hemos de reconocer en las relaciones contractuales.

Como el concepto mismo de contrato, el de *justicia contractual* ha sido leído de formas disímiles en el proceso histórico. Así pues, vemos como hasta hace no mucho tiempo, las reflexiones morales eran eclipsadas por otro tipo de razonamientos que privilegiaban las libertades individuales, formalismo y rigidez de las instituciones y el absolutismo de los derechos. Hablamos de las doctrinas económicas de los siglos XIX y parte del XX, cuyo principio “*laisser faire, laisser passer*” no era muy afín con la implementación de límites morales en la actividad contractual. Estas doctrinas ejercieron un papel protagónico en las lecturas estrechas del concepto de *justicia contractual* de las normas del *Code Civil* de 1804.²

No obstante, este concepto discreto de *justicia contractual*, acogido en la época referenciada, no ha sido una constante en el proceso histórico. Doctrinas anteriores a ésta parecieron acoger un concepto relativamente amplio de *justicia contractual*. Así por ejemplo, en Roma, como un posible antecedente del *abuso del derecho*, se presentaron las máximas “*male enim nostro iure uti non debemus*” (“no debemos usar mal nuestro derecho”) y “*summum ius, summa iniuria*” (“el estricto derecho es la suprema injusticia”).³ De igual manera, también a título de ejemplo, podemos aclarar que en el medioevo se extendía la aplicación de instituciones como la lesión enorme a una gran variedad de contratos (*læsio enormisima*)⁴. Instituciones como la resolución, con un alto contenido moral, fueron concebidas por el derecho canónico.⁵ Desde la presentación misma del *Code Civil* se aseguraba que “las normas del Código Civil serían mal concebidas, si no las entendiéramos como reglas elementales de equidad.”⁶ También se sostenía que “el proyecto del *Code Civil* es un verdadero código de moral, perfeccionado por la experiencia de siglos y especialmente aplicado a los contratos y obligaciones convencionales en general”⁷. En este mismo sentido, *Portalis*, uno de los arquitectos del Código de Napoleón, nos informaba que la libertad contractual “no solamente está subordinada a

las leyes de orden público y a la buenas costumbres, sino también a la justicia y utilidad pública.”⁸

Como en el pasado, en nuestros días, presenciamos un redescubrimiento del concepto de *justicia contractual*. Voces como la de Georges Ripert iniciaron este proceso: “la obligación no es solamente una simple relación entre dos patrimonios; es y siempre ha sido la sumisión de un hombre a otro, sumisión que no puede demandarse y permitirse sino por fines legítimos, cuya existencia y ejecución debe ser controlada por el legislador y el juez.”⁹

Evidentemente, el concepto de *justicia contractual* ha sido consultado, principalmente, por el legislador y el juez. En el primer caso, se trata de la implementación de remedios generales. En el segundo, reconocemos soluciones particulares. Hablamos, concretamente, del concepto de *equidad aristotélica* aplicado al contrato, cuyo punto de partida debe ser la ley. Recuérdese que “la ley es necesariamente siempre general, y que hay ciertos objetos sobre los cuales no se puede estatuir convenientemente por disposiciones generales.”¹⁰ Ahora, en un momento dado, el intérprete puede morigerar los efectos de una disposición legal (*summum ius, summa iniuria*). En efecto, “cuando la ley dispone de una manera general, y en los casos particulares hay algo excepcional, entonces, viendo que el legislador calla o que se ha engañado por haber hablado en términos absolutos, es imprescindible corregirle y suplir su silencio, y hablar en su lugar, como él mismo lo haría si estuviera presente; es decir, haciendo la ley como él la habría hecho, si hubiera podido conocer los casos particulares que se trata.”¹¹

En estos términos, el concepto de *justicia contractual* será presentado en dos partes. En la primera comentaremos algunos regímenes generales estatuidos por el legislador (I). En la segunda, nos ocuparemos de ciertos remedios especiales adoptados por la jurisprudencia (II).

I. REGÍMENES GENERALES: JUSTICIA CONTRACTUAL LEGISLADA

En materia contractual, como se precisó en la publicación misma del Código de Napoleón, las disposiciones de la normativa deben entenderse “como normas elementales de equidad, cuyas ramificaciones se encuentran en las

leyes romanas.”¹² Estas reglas generales de equidad o justicia se aprecian desde la construcción del contrato (A) hasta su ejecución (B).

A. Control de la construcción del contrato

Uno de los elementos esenciales del contrato es el consentimiento de las partes. Nuestra normativa prevé instrumentos legales que protegen la libertad y claridad del consentimiento de los contratantes. Si un contrato no cumple con las condiciones establecidas, principalmente, en el Art. 1502° C.C. col., el sujeto normativo¹³ puede solicitar al juez que declare su nulidad, lo cual implica su “destrucción” con *efectos retroactivos*, de forma análoga a lo establecido para la resolución. Son sancionados con nulidad relativa los vicios del consentimiento de uno de los contratantes (1). Igualmente, en algunos contratos, se ofrece la acción de rescisión por lesión (2).

1. El legislador, con el objeto de proteger la formación del consentimiento como elemento de validez del contrato (Art. 1502° C.C. col.) consagró un régimen jurídico general aplicable a los vicios del consentimiento: error, violencia y dolo (Arts. 1508° a 1516° C.C. col.). Primero, la norma extintiva del error vicio del consentimiento le permite al contratante anular el contrato cuando se haya hecho una falsa representación de uno de sus elemento esenciales o determinantes (Art. 1511° C.C. col.). Segundo, la violencia o fuerza es la amenaza ejercitada sobre un contratante para obtener de él su consentimiento. La violencia, para considerarse como vicio del consentimiento, debe ser determinante, ilegítima, y debe producir un justo temor, un impacto psicológico o una impresión tan fuerte que se teme un mal irreparable y grave (Art. 1513° C.C. col.). Tercero, el dolo consiste en la intención de engañar o de mantener en error a una persona para hacerla contratar. Supone una acción (mentiras, maniobras, maquinaciones) o una omisión voluntaria (reticencia), empleada con el propósito de engañar al otro contratante (Art. 1515° C.C. col.).
2. En principio, los contratantes tienen entera libertad para estimar en dinero el valor de sus prestaciones. Por ejemplo, respecto del contrato de compraventa se permite que las partes determinen el precio de la venta “por cualesquiera medios o indicaciones que lo fijen” (Art. 1864° C.C. col.) o que se sometan a la decisión de “cualquiera otra persona” (Art.

1865° C.C. col.). Sin embargo, en algunos casos, con el objeto de conservar el equilibrio contractual, el legislador limita esta libertad: “el precio irrisorio se tendrá por no pactado” (Art. 920° C.Co. col.); “cuando la prestación de una de las partes sea irrisoria, no habrá contrato conmutativo” (Art. 872° C.Co. col.) y, respecto de la venta, “no podrá dejarse el precio al arbitrio de uno de los contratantes (Art. 1865° C.C. col.).

De igual manera, identificamos herramientas legales como la *lesión enorme* que persiguen restaurar el equilibrio violentado por el desconocimiento del justo precio de las prestaciones. La *lesión enorme* es una especie de nulidad que sanciona el rompimiento del equilibrio en el contrato en la etapa de su celebración. En nuestra normativa se consagra una regulación objetiva de la *lesión*: se consulta su *justo precio*, sin que se tengan en cuenta los móviles subjetivos de los contratantes. Simplemente, se considera lesivo el contrato, porque rompe el equilibrio de las prestaciones interdependientes de contratos como la compraventa de bienes raíces¹⁴.

Nuestro Código no consagra la *lesión* como causal general de nulidad. Se consagra taxativamente para los siguientes casos¹⁵: compraventa de bienes raíces, siempre que la lesión supere la mitad del justo precio de la prestación del vendedor o comprador (Arts. 1946° y 1947° C.C. col.); permuta de un bien raíz con desproporción de una de las prestaciones en más de la mitad del justo precio (Art. 1958° C.C. col.); mutuo con intereses convencionales y anticresis (Arts. 2231° y 2466° C.C. col.); hipoteca, cuando excede el duplo de la obligación principal (Art. 2455° C.C. col.), aceptación de una asignación por causa de muerte (Art. 1291° C.C. col.), partición de una herencia (Arts. 1401° a 1410° C.C. col.) e, igualmente, respecto de la cláusula penal, si la pena es el doble de la obligación principal (Art. 1601° C.C. col.).

B. Control de la ejecución del contrato

Como se sabe, todo contrato celebrado conforme a derecho es ley para los contratantes. Los términos establecidos en el contrato resultan obligatorios para las partes. Esto significa que el contrato, únicamente, con el acuerdo de los contratantes puede ser modificado, suspendido o destruido. Ahora bien, en ciertos casos especiales, frente a la negativa de una de las partes de cumplir con su prestación o cuando se verifica una vicisitud que impide tal

ejecución, la normativa le ofrece algunas soluciones concretas a las partes. En cada de estas herramientas normativas se puede apreciar el propósito de búsqueda de un ideal de justicia en la relación contractual.

1. En primer lugar, el principio del respeto de la palabra dada es adoptado por el legislador en las disposiciones sobre la fuerza obligatoria de las convenciones (Art. 1602° C.C. col.). Si una de las partes incumple su obligación, el contratante insatisfecho puede solicitar la resolución del contrato o su ejecución forzosa, ambas con indemnización de perjuicios (Arts. 1546° C.C. col. y 870° C.Co. col.)¹⁶. Además, según una nueva interpretación, estos textos servirían de normas generales para demandar la mera indemnización de los perjuicios causados por el incumplimiento contractual, sin que sea necesario solicitar ni la ejecución forzosa, ni la resolución de la convención¹⁷. Se hace referencias a tres importantes opciones que tiene el acreedor insatisfecho:
 - a. Los Arts. 1546° C.C. col. y 870° C.Co. col. consagran un régimen general de resolución.¹⁸ Se establece que los contratos bilaterales pueden resolverse, en caso de incumplimiento, por uno de los contratantes. La resolución implica la destrucción retroactiva del contrato¹⁹. Desde luego, se trata de una *norma extintiva* que sanciona el incumplimiento contractual y no de una prerrogativa que permita al contratante incumplido terminar un contrato cuyas obligaciones no va a seguir ejecutando²⁰. Como regla general se consagra un régimen general de declaración judicial. Ahora, algunos regímenes especiales, como el régimen de terminación automática del contrato de seguro (Art. 1068° C.Co. col.) y el régimen de resolución unilateral de la compraventa internacional de mercaderías de la convención de Viena de 1980 (Art. 49°, 64° y 71°), parecen escapar a esta regla general de resolución judicial.
 - b. Así mismo, como otra de las alternativas que ofrece la normativa, el acreedor de una obligación de *hacer* puede pedirle al juez que se apremie al deudor para la ejecución de la prestación prometida o que se le confiera autorización para hacer ejecutar la prestación por un tercero a expensas del deudor (Art. 1610° C.C. col.). El acreedor de la obligación de *no hacer* puede pedir, si es posible, que destruya la cosa hecha, ya por el deudor mismo, ya a expensas suyas (Art. 1612° C.C. col.). Finalmente, el acreedor de una obligación de *dar* puede pedir la entrega del cuerpo cierto (Arts. 492°, 495° y 499° C. de P.C. col.) o la entrega de los géneros debidos (Art. 493° C.C. col.).

- c. Finalmente, ante el incumplimiento de la obligación *in natura*, el acreedor contractual tiene la posibilidad de exigir su equivalente en dinero: indemnización compensatoria -*responsabilidad contractual*-; esta suma de dinero podría ser vista como un pago equivalente de la prestación *in natura*.
2. El Art. 1609° C.C. col. ha sido recibido por la jurisprudencia²¹ como una norma jurídica que le permite a un contratante, en un convenio bilateral, la *potestad*²² de no ejecutar su obligación mientras la otra parte no ejecute la suya²³. Como se afirma desde la doctrina²⁴, la *exceptio non adimpleti contractus* tiene un carácter *defensivo*, un mecanismo de justicia privada: frente al reclamo judicial o extrajudicial del acreedor, el deudor se rehúsa a ejecutar su prestación. De igual manera, su carácter es meramente *temporal*: solamente suspende el contrato. Su finalidad es evidentemente de *garantía*: proteger, a pesar de la deuda, el patrimonio de quien se sirve de ella.
3. El *ius retentionis* o derecho de *retención* puede estipularse por la expresa determinación de los contratantes en una convención (Art. 2417° C.C. col., inc. 2). Ahora, cuando no se ha realizado esta expresa consagración en una convención, la retención sólo es permitida en los casos previstos por la normativa. (v.gr. para el poseedor, Arts. 739° y 970° C.C. col.; usufructuario, Art. 859° C.C. col., arrendatario, Arts. 1995° C.C. y 26° de la Ley 820 de 2003; arrendador, Art. 2000° C.C. col., mandatario, Art. 2188° C.C. col., comodatario, Art. 2218° C.C. col., depositario, Arts. 2258° C.C. col. y 1177° C.Co. col., empresario en el contrato de hospedaje, Arts. 1199° C.Co. col. y 2497° num. 1 C.C. col., agente, Art. 1326° C.Co. col. y transportador de cosas, Art. 1033° C.Co. col.).
En el Art. 2417° C.C. col. se consagra como una garantía de ejecución de una obligación conexas, la *potestad* del deudor de *no restituir* una cosa de su acreedor.²⁵
4. En el Art. 868° C.Co. col. se consagró una norma de revisión judicial del contrato o teoría de la imprevisión. Con estas expresiones se suele designar “el desequilibrio grave que se produce entre las prestaciones contractuales, como consecuencia de un alza considerable e imprevista de los precios. “La *imprevisión es una cuestión de orden económico y financiero*. Se encuentra vinculada a las fluctuaciones de los precios.”²⁶ Habitualmente, se sostiene que sólo hace referencia a aumentos de los costos del contrato que se encuentran por fuera de los límites normales de oscilación del valor de la prestación debida.²⁷ En estos términos, esta

medida de justicia contractual se nos presenta como un remedio eficaz de los riesgos considerados, únicamente, como *imprevisibles*²⁸. Diferenciándose de la *fuera mayor*, la obligación contractual no deviene imposible sino más onerosa.²⁹ Desde luego, como lo hemos afirmado anteriormente,³⁰ la aceptación de la teoría de la imprevisión obedece a un cambio en la concepción del papel del Estado, en la persona del juez, frente a los intercambios económicos de los particulares.³¹

5. Por otro lado, con el objeto de proteger a los terceros de *buena fe*, en materia de resolución de contratos se consagra que la reivindicación de los bienes³² entregados en virtud del contrato resuelto no procede contra terceros subadquirentes de *buena fe* (Arts. 1547° y 1548° C.C. col.).³³ Tampoco son reivindicables los muebles adquiridos en feria, tienda, almacén y en general, en cualquier establecimiento comercial (Art. 947° inc. 2 y 3 C.C. col.). Así mismo, siempre protegiendo los intereses de los terceros de *buena fe*, el Código Civil parece prohibir la reivindicación de los bienes fungibles consumidos por un acreedor de buena fe (Art. 1633° inc. 3 C.C. col.), la de los frutos emanados de la cosa explotada por un poseedor de buena fe (Art. 964° C.C. col.), la reivindicación de los bienes entregados en virtud de un pacto de retroventa (Art. 1940° C.C. col.), con ocasión de una venta con cláusula de reserva de dominio (Art. 1° inc. 2 de la Ley 45 de 1930 col.) y respecto del pacto de retracto (Art. 1944° C.C. col.).

II. SOLUCIONES ESPECIALES: JUSTICIA CONTRACTUAL PRETORIANA

Como lo sugirió Aristóteles, cuando el legislador calla, es imprescindible suplir su silencio. Nuestra jurisprudencia, en no pocos casos, ha “completado” el trabajo propuesto por el legislador. Nuestros jueces nos han presentado diversas interpretaciones y extensiones de la fórmula legal, que protegen o restablecen el equilibrio contractual, sancionan el comportamiento desleal de uno de los contratos y, en general, acogen un concepto amplio de *justicia contractual*.³⁴ Presentaremos los controles jurisprudenciales de la construcción del contrato (A) y su ejecución (B).

A. Control de la construcción del contrato

Hablaremos de la fuerza como vicio del consentimiento (1) y de las cláusulas abusivas (2).

1. Respecto de los vicios del consentimiento, concretamente respecto de la *fuerza* o *violencia*, la Corte Suprema colombiana se ha servido de una amplia interpretación del Art. 1514º C.C. col., en donde se precisa que la *fuerza* puede ser ejercida “por cualquier persona con el objeto de obtener el consentimiento.” En efecto, en un fallo interesante³⁵, nuestra jurisprudencia ha considerado que la *fuerza* puede estar evidenciada por el clima de violencia de una parte del país que ha infundido un justo temor en el vendedor. Desde luego esta interpretación parece consultar nuestra realidad actual.

Sin duda con este fallo, al parecer no reiterado, se hace referencia a las teorías del *estado generalizado de violencia* o *estado de necesidad*, que permiten que el vicio del consentimiento (v.gr. la fuerza) provenga de una situación generalizada de zozobra, tensión o desazón. No se trata, exclusivamente, de vías de hecho, sino de circunstancias sociales o económicas generalizadas que presionan al contratante. Se trata de una verdadera interpretación extensiva del Art. 1514º C.C. col.³⁶

2. En la dinámica actual de los contratos, un contratante puede imponerle a la otra parte las cláusulas generales del contrato. Piénsese, por ejemplo, en los contratos de adhesión. De igual manera, identificamos las denominadas “cláusulas generales de contratación”, definidas como “aquellas impuestas a los consumidores por un grupo o una asociación de empresarios que atienden la misma industria.”³⁷ Hablamos, en los dos casos, de un contratante, el adherente o el consumidor, cuya autonomía privada en la celebración del negocio está limitada. Además de los controles legales en la implementación de cláusulas contractuales (v.gr. Arts. 920º, 872º C.Co. col., 1535º, 1603º, 1619º, 1644º y 1865º C.C. col.), la jurisprudencia colombiana ha presentado unas interesantes reflexiones sobre la materia.

Estima el máximo tribunal colombiano que “en la formación del contrato y, específicamente, en la determinación de las cláusulas llamadas a regular la relación así creada, pueden darse conducta abusivas, ejemplo prototípico de las cuales lo suministra el ejercicio del llamado poder de negociación por parte de quien, encontrándose de hecho en una posición dominante en el tráfico de capitales, bienes y servicios, no solamente ha señalado desde un principio las condiciones en se celebra determinado contrato, sino que en la fase de ejecución o cumplimiento le compete el

control de dichas condiciones.”³⁸ En este mismo fallo se propusieron las siguientes características arquetípicas de las cláusulas abusivas: “a) que su negociación no haya sido individual; b) que lesionen los requerimientos emergentes de la buena fe negocial –vale decir, que se quebrante este postulado rector desde una perspectiva objetiva: buena fe, probidad o lealtad–, y c) que genere un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contraen las partes.”³⁹

B. Control de la ejecución del contrato

A título de ejemplo, respecto de la ejecución del contrato, podemos apreciar las bondades de este concepto de *equidad aristotélica* desarrollado por nuestros tribunales en estos casos: aplicación de la norma de resolución (1), el principio de buena fe (2) y la teoría del abuso del derecho (3).

1. Respecto de la *resolución*, en los Arts 1546° C.C. col. y 870° C.Co. col. no se hace referencia a la “gravedad” del incumplimiento.⁴⁰ Sin embargo, nuestra jurisprudencia ha exigido tal característica del incumplimiento como un verdadero requisito *sine qua non* de la aplicación de la norma extintiva de resolución. En efecto, la Corte Suprema colombiana asegura: “se impone el examen de todas las circunstancias de hecho aplicables al caso: la cuantía del incumplimiento parcial; la renuncia del acreedor a recibir el saldo; el propósito serio de pagar lo que el deudor mantuvo siempre; la aceptación del acreedor a recibir pagos parciales por fuera de los plazos estipulados y su exigencia de intereses por esa mora que él consintió, etc.”⁴¹

El juez se enfrenta a dos hipótesis: i) en caso de inejecución parcial, tiene que determinar si la prestación cumplida procura un beneficio serio al acreedor, que debe establecerse en función de la utilidad económica que éste podía esperar del contrato –método retrospectivo–; ii) en la hipótesis de la inejecución total, el juez tiene que analizar si la conservación del contrato le ofrece una utilidad representativa al acreedor –método prospectivo–.⁴²

2. Expresiones como la *buena fe*, que la normativa aborda de manera general (Arts. 83° C.N. col., 1603° C.C. col. y 835° C.Co. col.), tienen una nutrida acogida en nuestra jurisprudencia. En efecto, “la buena fe ha sido, desde tiempos inmemoriales, uno de los principios fundamentales del derecho,

ya se mire por su aspecto activo, como el deber de proceder con lealtad en nuestras relaciones jurídicas, o por el aspecto pasivo, como el derecho a esperar que los demás procedan en la misma forma.”⁴³ En términos generales se identifica *buena fe* con (i) equilibrio contractual y (ii) respeto de las reglas pactadas o de las expectativas del contratante.⁴⁴

3. La fórmula general del *abuso del derecho* del Art. 830º C.Co. col., según la cual “el que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause”, ha tenido una amplia difusión en nuestra jurisprudencia. En un principio, nuestra jurisprudencia limitó la aplicación de esta teoría a la esfera extracontractual. Incluso, se afirmó que el abuso de un derecho “constituye una especie particular de la culpa aquiliana.”⁴⁵ No obstante, recientemente se aceptó la posibilidad de aplicar la teoría en sede contractual⁴⁶. En este célebre fallo la Corte Suprema precisó que los abusos no solamente pueden presentarse en la ejecución del contrato, sino también en su formación misma. Por lo demás, la doctrina más autorizada ha considerado que los abusos de la posición dominante son una forma o un desarrollo de la noción de *abuso de derecho*.⁴⁷

Se trata de un principio que le permite al juez, mediante diversos mecanismos, controlar el ejercicio de ciertos derechos para evitar que se afecten intereses generales reconocidos por el ordenamiento jurídico.⁴⁸ En efecto, los derechos patrimoniales, reales y personales, ofrecen a sus titulares poderes jurídicos (v.gr. respecto de un bien corporal o respecto de la prestación). El ejercicio de los derechos subjetivos no es absoluto, antes bien, tiene límites. Cuando la actuación del individuo se realiza por fuera de esos límites, es decir, cuando la persona traspasa la esfera de *poderes y libertades* de su derecho, su conducta compromete su responsabilidad. Podría hablarse de *abuso* cada vez que un derecho patrimonial se ejerce por fuera de sus límites constitucionales y legales. Pensamos que este ejercicio *anormal* del *hecho abusivo* se evidencia por sus elementos y resultado.⁴⁹

Las instituciones referenciadas dan cuenta del lugar que en nuestros días ocupa el concepto, otrora perdido, de *justicia contractual*. Este concepto amplio debe ser precisado con referentes concretos como la *equidad*, *igualdad* y *equilibrio contractual*. Se proponen, pues, retos importantes al legislador y al juez. Al primero, acompañar los tecnicismos contractuales con estos referentes. Al segundo, en el caso concreto, llenar los vacíos de la ley sirviéndose de estos referentes.

-
- ¹ Durante siglos se ha hecho referencia a diferentes variedades de conceptos justicia, entre otros: justicia individual, justicia social, justicia distributiva, justicia conmutativa, justicia en términos absolutos, justicia relativa, justicia ideal, justicia concreta, justicia general y justicia particular. Véase a: Oppetit, Bruno. *Philosophie du droit*. Edit. Dalloz. París, 1999, p. 29.
Véase, igualmente, a: Del Vecchio, Giorgio. *Justice*. An historical and philosophical essay. Editado con notas bibliográficas de Campbell. Edit. Philosophical Library New York, p. 9. Artículo publicado en Hein online.
- ² Para los redactores del *Code Civil* el concepto de *justicia contractual* tenía una importancia capital. Este proceso de ejecución fue un primer paso trascendental en la búsqueda del concepto de *justicia contractual*. Sin embargo, los interpretes del siglo XIX de esta monumental obra, acogieron una lectura estrecha del mencionado concepto.
Véase a: Ghestin, J. *Traité de droit civil. Les obligations. Le contrat*. Edit. L.G.D.J. Paris, 1980, p. 20. y Gunot, E. “Le principe de l’autonomie de la volonté en droit privé; contribution a l’étude critique de l’individualisme.” Dijon, 1912. Tesis no publicada. Igualmente a: Lasserre-Kiesow, V. “*Contrat et morale*.” En: *Los contratos en el derecho privado*. Edit. U. Rosario y Legis. Bogotá, 2007, p. 1.
- ³ Josserand, L. *Derecho civil. Teoría general de las obligaciones*. T.II, v. I. Buenos Aires, 1993, p.316 y ss.
- ⁴ *Costumbres de Loysel*. Citado por Lévy, Jean Ph. y Castaldo A. *Histoire du droit civil*. Edit. Dalloz. 1ª edición. París, 2003, p. 822.
- ⁵ Gazzaniga, J. *Introduction historique au droit des obligations*. Edit. PUF, Paris, 1992., pp. 137-205. La práctica romana parece haber concebido sólo la resolución expresamente pactada en el contrato de compraventa, el denominado “pacto comisorio”. Véase: Colombia. C.S.J. Cas. Civ. 05/11/1979 M.P. Ospina Botero, A. G.J. CLIX, No. 2400, pp. 309 a 313., C.S.J. Cas. Civ. 28/07/1970. M.P. Ospina Fernández, G. G.J. CXXXV, Nos. 2330, 2331 y 2332, pp. 66 y 67.
- ⁶ Bigot- Prémeneu (Consejero de Estado, París) *Exposición de motivos del título III, libro III del Code Civil, 1838*. Edit. Firmin Didot frères, T I, p. 425.
- ⁷ Mouricault. *Discurso pronunciado en el Cuerpo Legislativo francés en la fecha de publicación del Code Civil*. Citado por Lasserre-Kiesow V. “*Contrat et morale*.” En: *Los contratos en el derecho privado*. Edit. U. Rosario y Legis. Bogotá, 2007, p. 1.
- ⁸ Portalis. *Discours préliminaire*, Locré, t. IV, p. 302. Citado por Ghestin, J. *Traité de droit civil. Les obligations. Le contrat*. Edit. L.G.D.J. Paris, 1980, p. 29.
- ⁹ Ripert, G. *La règle morale dans les obligations civiles*. Edit. Librairie générale de droit et de jurisprudence. París, 1927, p. 410.
- ¹⁰ Aristóteles, *Moral a Nicómaco*, Espasa-Calpe Argentina, S.A., Buenos Aires - México. p.188.
En nuestra normativa la equidad es una herramienta auxiliar de la labor judicial (*aequitas sequitur legem*). En el inciso 2 de Art. 230º de la Constitución Nacional y en el Art. 5º de la Ley 153 de 1887 se incluye a la equidad como un criterio auxiliar de la actividad judicial.
Sobre el concepto de equidad véase a: Ternera, F. “*El concepto de amigable composición*.” En: *Temas estructurales en torno al arbitraje, la conciliación y la negociación*. Edit. Universidad del Rosario. Bogotá, 2007, pp. 203 y ss.
- ¹¹ Aristóteles, *Moral a Nicómaco*, Espasa-Calpe Argentina, S.A., Buenos Aires - México. p.188.
- ¹² Bigot – Prémeneu. *Exposición de motivos del Título III, Libro III del Code Civil*, pronunciada en el Consejo de Estado francés en la fecha de publicación del Code Civil. Citado por Lasserre-Kiesow, V. *Contrat et morale*. En: *Los contratos en el derecho privado*. Edit. U. Rosario y Legis. Bogotá, 2007, p. 1.
- ¹³ En caso de nulidad relativa, el contratante víctima del vicio (Art. 1743º C.C. col.). En caso de nulidad absoluta, el mismo juez de oficio o cualquier interesado (Art. 1742º C.C. col.).
- ¹⁴ Colombia. Corte Constitucional. Sentencias C-222 de 1994 M.P. Antonio Barrera Carbonell y C-491 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- ¹⁵ El criterio establecido por el legislador es el de la lesión “*ultra dimidium*”, aquella que va más allá de la mitad del justo precio de la prestación.
Otras normativas, que acogen el ya comentado principio medieval de la *lessio enormisima*, establecen una aplicación más amplia de la lesión enorme. Nos referimos a países como Suiza (Art. 21º C.O.) e Italia (Art. 1448º C.C.). Así mismo, en los Arts. 3.10 de los principios de UNIDROIT y 4:109 de los Principios de derecho europeo de los contratos. Finalmente, el concepto anglosajón de “*unconscionability*” parece ser bastante próximo. El *Uniform Commercial Code* de E.E.U.U. recoge expresamente esta institución (Art. 2º-302º U.C.C.). Véase a: Rakoff, T. “*Contracts of adhesion: an essay in reconstruction*.” *Harvard law review*. Abril de 1983.96, pp. 1174-1284.
Igualmente, sobre la lesión, se puede consultar lo siguiente: Mantilla, F. “*Introducción*.” En: *La terminación*

- del contrato. Edit. Universidad del Rosario, Universidad del Desarrollo y Universidad Diego Portales y Ternera, F. Derechos reales y personales. Edit. Universidad Sergio Arboleda. Bogotá, 2005, p. 160.
- ¹⁶ Por supuesto, el hecho de que los mismos textos consagren la resolución, cumplimiento forzoso e indemnización de perjuicios -responsabilidad contractual- (Arts. 1546° C.C. col. y 870° C.Co. col.), no implica que se trate de las misma instituciones.
- ¹⁷ Colombia. Colombia. C.S.J. Cas. Civ. 3/10/1977. M.P. Uribe Holguín, R. G.J. CLV, No. 2396, pp. 320 a 335.
- ¹⁸ En este mismo sentido se han entendido otras disposiciones relacionadas con regímenes particulares (v.gr. los Arts. 1930° C.C. col de la compraventa y 1983 C.C. col del arrendamiento de cosas). Igualmente, se ha sostenido que la acción redhibitoria por vicios ocultos en la compraventa (Arts. 1915°, 1925° C.C. col.) es una acción de resolución. En estos términos lo afirma el legislador mercantil en el Art. 934° C.Co. col.
- ¹⁹ Sin embargo, en ciertas hipótesis no es viable aplicar los efectos retroactivos de la resolución, como en el caso de ciertos contratos de ejecución sucesiva. Nuestra jurisprudencia se sirve del vocablo “resiliación” para designar la resolución del contrato cuando opera sin efectos retroactivos. Con este mismo término se hace referencia a la extinción del contrato por consentimiento mutuo (Arts. 1602° y 1625° C.C. col).
- Véase a: Colombia. C.S.J. Cas. Civ. 9/02/2004, M.P. Esteban Jaramillo, C., expediente n° 7577., y C.S.J. Cas. Civ. 05/11/1979 M.P. Ospina Botero, A. G.J. CLIX, n° 2400, pp. 314 y 315. Al respecto, consúltese también: Canosa Torrado, F. La resolución de los contratos. Incumplimiento y mutuo disenso. Edit. Doctrina y Ley LTDA, Bogotá, 2005, pp. 70 a 72.
- ²⁰ Colombia. CSJ, Cas. Civ. 7/03/00. M.P. Silvio Trejos, exp. 5319; CSJ, Cas. Civ. 5/11/79, M.P. Ospina Botero, A. G.J., t. CLIX, n.° 2400, pp. 313 y 314 y CSJ, Cas. Civ. 23/03/43, M.P. Hernán Salamanca. G.J. LV, pp. 70 y 71.
- ²¹ Colombia. C.S.J. Cas. Civ. 29/11/1978 M.P. Uribe Holguín, R. G.J. CLVIII, n° 2399, p. 299., y C.S.J. 07/12/1897. G.J. XIII, p. 200.
- ²² Entendemos por “potestad” la prerrogativa que tiene un sujeto normativo para modificar, mediante un acto de voluntad, una relación jurídica determinada, encontrándose el otro sujeto en una situación correlativa de “sujeción”. Consúltese al respecto: Hohfeld, Wesley Newcomb. Conceptos jurídicos fundamentales. Edit. Fontamara. Col. BÉFDP, México, 1997., y Ross, Alf. Sobre el derecho y la justicia. Edit. Eudeba, Buenos Aires, 1997, pp. 205 a 207.
- ²³ La exceptio non adimpleti contractus procedería también en el supuesto de inejecuciones imputables a una causa extraña.
- ²⁴ Mantilla F. “La excepción de inejecución.” En: Los contratos en el derecho privado. Edit. U. Rosario y Legis. Bogotá, 2007, pp. 277-292.
- ²⁵ Castro de Cifuentes M. El derecho de retención en las obligaciones civiles y mercantiles. Colección derecho privado. Edit. Uniandes, Bogotá, 2004.
- ²⁶ Starck, Boris, Roland, Henri y Boyer, Laurent. Droit civil. Les obligations. Contrat. Edit. Litec, Paris, 1998, p. 487.
- ²⁷ Carranza Álvarez C. “La excesiva desproporción prestacional en el contrato a través de los principios del Unidroit.” En: Foro Empresarial, Revista de la Maestría en Derecho de la Empresa de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica Perú. Año, No. 1, Lima, 2007, p.p 111 a 126; Trimarchi, Pietro. Istituzioni di diritto privato. Edit. Giuffrè, Milano, 1991, p. 386.
- ²⁸ En esta dirección están orientados los Principios de derecho europeo de los contratos elaborados por la Comisión de derecho europeo de los contratos (Art. 6:111 (2) (b)), los Principios sobre los Contratos comerciales internacionales del Instituto internacional para la unificación del derecho privado (UNIDROIT) (Art. 6.2.2. a)) y el Código Civil italiano (Art. 1467°).
- En este mismo sentido parece haberse manifestado nuestra jurisprudencia de vieja data: Colombia. C.S.J. Cas. Civ. 29/10/1936. M.P. Liborio Escallón. G.J. XLIV, Nos. 1914 y 1915, p. 457., y C.S.J. Cas. Civ. 23/05/1938. M.P. Tapias Pilonieta, A. G.J. XLV, p. 544.
- Para prevenir los riesgos previsibles se suelen utilizar las pólizas de seguros, cláusulas de indexación y cláusulas hardship. Consúltese: Rodière, René y Tallon, D. Les modifications du contrat au cours de son exécution en raison de circonstances nouvelles. Harmonisation du droit des affaires dans les pays du marché commun. Edit. Pédone, Paris, 1986, y Mousseron, J. M. Technique contractuelle. Paris, Edit. Francis Lefebvre, 1999, deuxième édition, pp. 593 a 610.
- ²⁹ Colombia. C.S.J. Cas. Civ. 23/05/1938. M.P. Arturo Tapias P. G.J. XLV, p. 544.

- ³⁰ Mantilla F. y Ternera F. "Breves comentarios sobre la revisión judicial del contrato." En: Los contratos en el derecho privado. Edit. U. Rosario y Legis. Bogotá, 2007, pp. 277-292.
- ³¹ Un brillante análisis sobre las distintas acepciones de la palabra "Estado" en: Silva Romero, Eduardo. Wittgenstein et la philosophie du droit. PUF, coll. Droit, éthique et société, Paris, 2002, pp. 120 y 121.
- ³² Ternera F. La realidad de los derechos reales. Edit. Universidad del Rosario. Bogotá, 2007, pp. 344 y 345.
- ³³ Ahora, la nulidad, que tiene los mismos efectos retroactivos de la resolución, parece permitir la acción reivindicatoria, Art. 1748° C.C. Véase a: Colombia. Corte Suprema de Justicia. Cas. Civ. Sentencia del 24 de febrero de 2003. M.P. Ramírez Gómez, J. F. Jurisprudencia y doctrina, t. XXXII, n°377, mayo de 2003, p. 575.
- ³⁴ "No será posible lograr la vigencia de un orden justo si la categoría del contrato, que por sí sola responde de una porción significativa de las relaciones sociales, no es examinada por el Juez y asumida por los particulares con un mínimo criterio de justicia sustancial." Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-340 de 1993. M.P. Hernando Herrera Vergara.
- ³⁵ Colombia. C.S.J. Cas. Civ. 28/07/1958 G.J. 88, p. 559. La cita es de Cárdenas, Juan Pablo. "Justicia y abuso contractual." En: Los contratos en el derecho privado. Edit. U. Rosario y Legis. Bogotá, 2007, p. 696. En este mismo artículo se cita la Ley 201 de 1959, que consagró la figura de la violencia generalizada. Así mismo, podría consultarse el Art. 1550° C.Co. col. sobre el contrato de salvamento.
- ³⁶ El texto limitado de este artículo parece exigir que la violencia sea obra de una persona determinada, no necesariamente el otro contratante, pero siempre con el objeto de obtener el consentimiento del presionado. Por su parte, los textos de los Art. 1111° C.C. francés y 1150 C.C. venezolano no exigen esta relación directa entre coacción y consentimiento viciado.
- En los Arts. 1447° a 1456° C.C. peruano, 156 C.C. brasilero y 954 C.C. argentino se consagran figuras relativamente próximas a este concepto de *estado generalizado de necesidad*. En estos textos se consagra una violencia objetiva cuyo origen no se establece en una persona determinada.
- En los países anglosajones se recibe también un concepto amplio de violencia (*durees*) como vicio del consentimiento.
- Sobre la "lesión" del derecho peruano, consúltese a: Bullard González, A. "La parábola del mal samaritano. La lesión en el derecho de contratos". En: Derecho y economía. Análisis económico de las instituciones legales. Edit. Palestra. Lima, 2006, pp. 373 a 393.
- Véase, igualmente, a: Gaudemet, Eugène. Théorie générale des obligations. Edit. Sirey, Paris, 1965 pp. 68 - 78.
- La Cour de Cassation francesa, igualmente, ha consultado este tipo de interpretaciones extensivas de la fuerza o el dolo como vicios del consentimiento. Véase a: Francia. Cour de Cassation. Ch. com. 17 juin 1997. Recueil Dalloz, 1998, pp. 208-213, note Jérôme Casey; Cour de Cassation. 1^{ère} Ch. civ. 16 mai 1995. JCP, 22736, 1995, pp. 465-468, note François-Xavier Lucas y Cour de Cassation. 1^{ère} Ch. civ. 30 mai 2000. Díaz Ramírez, E. Contratos bancarios. Edit. Temis. Bogotá, 1993, p. 9.
- ³⁷ Díaz Ramírez, E. Contratos bancarios. Edit. Temis. Bogotá, 1993, p. 9.
- ³⁸ Colombia. C.S.J. Cas. Civ. Cas. Civ. 2/02/ 2001 M.P. Ignacio Jaramillo, C.
- ³⁹ Colombia. C.S.J. Cas. Civ. 2/02/ 2001 M.P. Ignacio Jaramillo, C.
- ⁴⁰ En regímenes particulares como el del arrendamiento (Art. 1984° C.C. col.), suministro (Art. 973° C.Co. col.) y compraventa internacional de mercaderías (Arts. 25° y 73° C.V.), el legislador sí lo exige expresamente.
- ⁴¹ Colombia. C.S.J. Cas. Civ. 11/09/1984 M.P. Humberto Murcia Ballén. G.J. 176, n° 2415 p. 237.
- ⁴² Laithier, Yves-Marie. Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat. Edit. LGDJ, Paris, 2004, pp. 297 a 304.
- ⁴³ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-544 de 1994. M. P. Jorge Arango Mejía. Igualmente, recomendamos los siguientes fallos: Colombia. Corte Constitucional. Sentencias C-426 de 1997 y C-141 de 1998 M.P. Arango Mejía J.
- En materia procesal, normas como el Art. 71° num. 1 C. de P. C. col. imponen a las partes y apoderados: «proceder con lealtad y buena fe en todos sus actos».
- ⁴⁴ Consúltense los siguientes fallos: Colombia. Corte Constitucional SU 1544 de 2000 y C.S.J. Cas. Civ. 27/03/1998 M.P. Ramírez Gómez, J. F.G.J. CCLII, p. 634.
- En un extracto de este último fallo se precisa lo siguiente:
- "Recuérdese que la entidad demandada suscribió la escritura de compraventa del barco, donde aparece que parte del precio sería pagado con el préstamo otorgado por la demandada, siendo ésta una legítima expectativa que la entidad financiera no podría defraudar sin la causa justificativa, pues ella, con su propia conducta había contribuido a formularla. De manera que la llamada razonabilidad del contrato no permite frente a las cláusulas de esa estirpe un control de contenido distinto a aquel que tenga como

norte el postulado de la buena fe, y que el único que al fin y al cabo permite no sólo mantener el equilibrio contractual, que cláusulas como la comentada tienden desvirtuar, sino controlar el poder efectivo de una de las partes.”

⁴⁵ Colombia. C.S.J. Cas. Civ. 21/02/1938. M.P. Tapias Pilonieta, A. G.J. XLVI, p.60.

⁴⁶ Colombia. C.S.J. Cas. Civ. 19/10/1994. M.P. Esteban Jaramillo, C. G.J. CCXXXI, p.709.

⁴⁷ Rengifo García, E. Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante. Bogotá, Edit. Universidad Externado de Colombia, 2004, segunda edición.

En nuestra normativa, encontramos numerosas disposiciones relacionadas con diferentes variedades de abusos de posiciones dominantes (v.gr. Arts. 333º C.N; 98 E.O.S.F. y 133 de la Ley 142 de 1994).

⁴⁸ Nuestra jurisprudencia ha aplicado este principio en diversas oportunidades; véase, por ejemplo: Colombia. C.S.J. Cas. Civ. 5/08/1937. M.P. Francisco Mújica, J. G. J. XLV, p. 418; C.S.J. Cas. Civ. 7/03/1934. M.P. Hinestroza Daza, R. G. J. LVII, p. 74 y C.S.J. Cas. Civ. 27/10/1914. M.P. Constantino Barco, G. J. XXIV, p. 260.

⁴⁹ Es decir, acogiendo un criterio objetivo, estimamos que no es menester analizar los móviles del actor. Véase a: Terré, François; Simler, Philippe y Lequette, Yves. Droit Civil. Obligations. Edit. Dalloz. París, 1996, p. 582.

Igualmente a: Rengifo García, E. Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante. Bogotá, Edit. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004 y Cárdenas, Juan Pablo. “Justicia y abuso contractual.” En: Los contratos en el derecho privado. Edit. U. Rosario y Legis. Bogotá, 2007, pp. 693-720.

SEGUNDA REUNIÓN PREPARATORIA DE LA XIV CUMBRE IBEROAMERICANA JUDICIAL

CONCLUSIONES CUSCO

(28/09/2007)

Los coordinadores nacionales asistentes a la Segunda Reunión Preparatoria de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, vistos los informes presentados por los coordinadores y expertos de los siete grupos de trabajo constituidos para esta edición, y convencidos de la necesidad de avanzar en el desarrollo de los contenidos y documentos que permitan alcanzar una Declaración Final en la Asamblea Plenaria que tendrá lugar en la República Federativa de Brasil, en el mes de marzo de 2008, bajo el eje temático “Modernización, Seguridad Jurídica, Acceso y Cohesión Social: La Justicia Preparándose para el Futuro”, han llegado a las siguientes conclusiones:

Primera. Felicitamos a los grupos de trabajo por el esfuerzo realizado en la elaboración de los documentos preparatorios, los cuales han sido sometidos al conocimiento, deliberación y validación intermedia por parte de los coordinadores nacionales de la Cumbre Judicial Iberoamericana, con ocasión de la celebración de esta Segunda Reunión Preparatoria.

Segunda. Exhortamos a los coordinadores de cada uno de los grupos de trabajo para que trasladen a su seno, las indicaciones y requerimientos conforme a lo expresado en las deliberaciones de esta Segunda Reunión Preparatoria, a fin de que sean incorporados a los documentos de cada área temática.

Tercera. Solicitamos a los grupos de trabajo que dispongan lo necesario para que tengan completada la información documental de las respectivas áreas temáticas, al finalizar la Tercera Ronda de Talleres, a celebrarse en San José (Costa Rica), los días 7, 8 y 9 de noviembre de 2007, de forma que puedan ser remitidos por la Secretaría Permanente a todos los coordinadores nacionales a más tardar el día 20 de noviembre de 2007.

Cuarta. Los coordinadores nacionales nos comprometemos a trasladar a nuestras respectivas instituciones los documentos definitivos señalados en el numeral anterior, a fin de que se realicen las observaciones y validaciones

necesarias para su definitiva aprobación en la Tercera Reunión Preparatoria, a celebrarse en el Principado de Andorra los días 5,6,7 y 8 de febrero de 2008.

Quinta. Asimismo, solicitamos a las Secretarías Pro tempore y Permanente que elaboren la propuesta de Declaración Final de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, y la remitan a todos los coordinadores nacionales, a más tardar el día 15 de diciembre de 2007.

Sexta. Solicitamos a los Presidentes de Cortes Supremas de Justicia y Consejos de la Judicatura que integran la Cumbre Judicial Iberoamericana que se otorguen a los coordinadores nacionales que vayan a asistir a la Tercera Reunión Preparatoria poderes tan amplios, como fuere necesario, para que puedan asumir en dicha reunión la deliberación y aprobación definitiva, o reservas en su caso, de los referidos documentos.

Séptima. Establecemos como fecha límite para la recepción de inscripciones para participar en la II Feria de Justicia y Tecnología, a celebrar coincidiendo con la Asamblea Plenaria de Brasilia, el próximo día 30 de octubre.

Octava. Agradecemos a las instituciones que han aportado expertos a los grupos de trabajo el esfuerzo realizado, exhortándoles a garantizar la presencia de estos mismos especialistas, y no de otros, a las sesiones de la Tercera Ronda de Talleres.

Novena. Convocamos a todos los Coordinadores Nacionales para la Tercera Reunión Preparatoria, a celebrar en el Principado de Andorra en las fechas anteriormente indicadas.

Décima. Aprobamos la publicación de un Boletín de la Cumbre Judicial Iberoamericana, la cual correrá a cargo de la Secretaría Permanente en coordinación con la Secretaría Pro Tempore de cada edición. Asimismo aprobamos la constitución de un consejo editorial integrado por aquellas personas que designen las Cortes, Tribunales y Consejos miembros.

Undécima. Acordamos que en lo sucesivo las rondas de talleres podrán estar integradas por actividades abiertas a la participación de invitados externos relacionadas con las áreas de trabajo de cada edición, en el bien entendido de que las sesiones de los grupos de trabajo en las mesas taller

estarán restringidas a los expertos acreditados por las instituciones miembros, o a aquellas otras personas cuya participación haya sido autorizada por las dichas instituciones a solicitud de cualquiera de estas últimas o de las Secretarías. La autorización referida se recabará a través de los coordinadores nacionales, mediante correo electrónico, teniendo el silencio valor positivo.

Duodécima. Agradecemos al Poder Judicial de la República del Perú todo el esfuerzo desplegado para la organización de esta Segunda Reunión Preparatoria, así como la magnífica hospitalidad con todas las delegaciones y expertos.

Dado en el Cusco (República del Perú), el día veintiocho del mes de septiembre de dos mil siete

Francisco Távara Córdoba
Presidente del Poder Judicial (Perú)

Raphael de Barros Monteiro Filho
Presidente del Superior Tribunal de Justicia (Brasil)

Maximiliano Cárdenas Díaz
Presidente del Consejo Nacional de la Magistratura (Perú)

Agustín Azparren Lucas
Vocal del Consejo General del Poder Judicial (España)

Carmen Obiols Salom
Consell Superior de la Justícia (Andorra)

Santiago Carlos Montaña
Consejo de la Magistratura (Argentina)

Héctor Sandoval Parada
Corte Suprema de Justicia (Bolivia)

Milton Juica Arancibia
Corte Suprema de Justicia (Chile)

Isaura Vargas Díaz
Corte Suprema de Justicia (Colombia)

Jorge Alonso Flechas Díaz
Consejo Superior de la Judicatura (Colombia)

Luis Paulino Mora Mora
Corte Suprema de Justicia (Costa Rica)

Ortelio Juíz Prieto
Tribunal Supremo Popular (Cuba)

Julio Anibal Suárez Dubernay
Suprema Corte de Justicia (Rep. Dominicana)

Jaime Velasco Dávila
Corte Suprema de Justicia y Consejo de la Judicatura (Ecuador)

Rubén Eliú Higueros Girón
Corte Suprema de Justicia y Consejo de la Carrera Judicial (Guatemala)

Lidia Estela Cardona Padilla
Corte Suprema de Justicia (Honduras)

Olga Sánchez Cordero
Suprema Corte de Justicia (México)

Elvia Rosa Díaz de León D'Hers
Consejo de la Judicatura Federal (México)

Edgar Navas Navas
Corte Suprema de Justicia (Nicaragua)

Juan Francisco Castillo
Corte Suprema de Justicia (Panamá)

Víctor Manuel Núñez Rodríguez
Corte Suprema de Justicia y Consejo de la Magistratura (Paraguay)

Alexandra Maria Rolim Mendes
Conselho Superior da Magistratura (Portugal)

Sigfrido Steidel Figueroa
Tribunal de Primera Instancia (Puerto Rico)

Agustín García Calderón
Corte Suprema de Justicia (El Salvador)

David Gonzalo Cabezas Flores
Consejo Nacional de la Judicatura (El Salvador)

Jorge Ruibal Pino
Suprema Corte de Justicia (Uruguay)

Jorge Carrera Doménech Hussein Ali Kalout
Secretaría Permanente Secretaría Pro Tempore



Segunda Reunión Preparatoria de la XIV
Cumbre Iberoamericana Judicial
Cusco - Perú

_____ **DECLARACIÓN DE TRUJILLO**

PRIMER CONGRESO NACIONAL DE MAGISTRADOS DEL PODER JUDICIAL

DECLARACIÓN DE TRUJILLO

(06/12/2007)

Los señores magistrados y servidores del Poder Judicial, participantes en el Primer Congreso Nacional de Magistrados del Poder Judicial, realizado en la ciudad de Trujillo – Sede de la Primera Corte de Justicia del Perú, del 06 al 08 de diciembre de 2007, expresamos a la opinión pública lo siguiente:

1. Renovar nuestro compromiso de apoyar y fortalecer las políticas de cambio instauradas por el señor presidente del Poder Judicial.
 - Para el cambio institucional es necesario fortalecer actitudes y comportamientos positivos para brindar una justicia eficaz y eficiente, tendiente a satisfacer los requerimientos de acceso y de tutela jurisdiccional efectiva que exige el Estado Constitucional y democrático de Derecho.
 - Erradicar los casos aislados de corrupción que hubieren en el Poder Judicial. Saludamos y reconocemos las políticas instauradas por los Órganos de Gobierno y de Control, respetando los derechos fundamentales del magistrado y/o auxiliar jurisdiccional.
 - Participar activamente en la ejecución de las políticas sostenidas que se diseñen para una óptima administración de justicia.

2. Respecto a la autonomía del Poder Judicial e independencia de los magistrados en el ejercicio de su función jurisdiccional.
 - Por los otros Poderes del Estado conforme a la Constitución Política del Estado. Cualquier reforma constitucional o ley de desarrollo institucional debe ser consensuada teniendo presente las conclusiones de este Congreso Nacional de Magistrados; asimismo, no debe recortarse nuestro Presupuesto Institucional formulado para el año 2008, sustentado por el Señor Presidente y titular del pliego, que es necesaria para la modernización y cumplimiento de los objetivos trazados en los respectivos planes estratégicos.

- Rechazar la injerencia de cualquier organismo que afecte la independencia del magistrado en el ejercicio de la función jurisdiccional, a fin de garantizar estrictamente los principios y derechos establecidos en la Constitución Política, para la vigencia de una correcta administración de justicia.
3. Respaldo la gestión del presidente del Poder Judicial Dr. Francisco Távara e integrantes del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial.
- Apoyamos la gestión de la aprobación del Presupuesto del Poder Judicial para el año 2008, así como las gestiones efectuadas con el objeto que se cumpla con la Ley Orgánica del Poder Judicial en lo que respecta al cumplimiento del pago de remuneraciones, bonificaciones y otros beneficios que le corresponda los magistrados.
 - Exigimos conjuntamente con nuestro Presidente, Vocales Supremos y Consejeros, la inclusión dentro del presupuesto de una partida para el cumplimiento de las obligaciones laborales de los magistrados y trabajadores cesantes y jubilados.
 - Respalamos las acciones orientadas a la solución y cumplimiento de los reclamos laborales de los auxiliares jurisdiccionales.
 - Agradecer la realización de este Primer Congreso Nacional de Magistrados, el mismo que a partir de la fecha debe institucionalizarse y ser incluido dentro del programa oficial del Poder Judicial como actividad anual obligatoria; felicitando a los miembros de la Comisión Organizadora de este Congreso quienes con mucho esfuerzo y dedicación lo han planificado, diseñado y ejecutado acertadamente
 - Saludar a la noble y hospitalaria ciudad de Trujillo, sede de este Primer Congreso Nacional de Magistrados.
 - Hacemos extensivo este respaldo a los integrantes de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República.
4. Nuestro compromiso de ejercer la magistratura observando los principios de calidad y celeridad en la impartición de justicia, promoviendo la utilización de herramientas de justicia, promoviendo la utilización de herramientas modernas de gestión, indicadores y standard que exige la eficacia y eficiencia del servicio de justicia.

Siguen Firmas.



Primer Congreso Nacional de Magistrados del Poder Judicial
Trujillo - Perú

GUÍA PARA LA PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS

“Instrucciones para los autores”

Los autores que deseen enviar artículos para su publicación en la “REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL”, deben observar y cumplir en su totalidad las instrucciones que se indican a continuación para su elaboración.

A. REQUISITOS TÉCNICOS:

1. **Soporte:** el artículo se escribe en formato A4, utilizando como márgenes la medida de 3.5 cm., en cada uno de los lados de la página.
2. **Extensión del artículo:** no debe tener más de 20 páginas, incluyendo notas y referencias bibliográficas.
Fuente: el texto del escrito se redacta en letra tipo Arial, estilo normal, tamaño de fuente número 12, y espacio y medio de interlineado.
3. **Tablas y cuadros:** ilustraciones y figuras: se insertan en hoja aparte. Se numeran consecutivamente por separado.
4. **Diligenciamiento del escrito:** el autor debe remitir vía correo electrónico el texto del escrito, así como un original impreso acompañado de una copia. Se recomienda guardar una copia de todo lo que se envíe para su referencia.
Para el caso de autores extranjeros, el diligenciamiento del escrito se hará *exclusivamente* vía correo electrónico.
En ambos casos, en el supuesto que el escrito incorporase gráficos o tablas, éstas se enviarán en programa Excel.

B. PREPARACIÓN DEL MANUSCRITO:

1. **Sobre el Autor y afiliación:** se debe escribir el nombre de pila preferido y apellidos del autor o autores, en caso la autoría corresponda a varias personas.
Al final del apellido del autor, se debe efectuar una llamada por medio de un asterisco, a fin de indicar a pie de página las referencias profesionales y académicas más importantes, las mismas que deben ser breves.

Ejemplo:

Ana Salas Salas*

(*) Magistrada de la Corte Superior de Justicia de Junín – Poder Judicial de Perú.

2. **Sumario:** se debe insertar el sumario que contiene la anotación de los apartados generales o capítulos del texto.
Resumen: no debe ser mayor de 150 palabras (10 líneas) en idioma español. Se debe presentar, igualmente, un resumen equivalente en inglés. De no ser posible su realización, los editores se encargarán de efectuarlo.
3. **Texto del artículo:** se recomienda la secuencia tradicional de introducción, apartados o capítulos, agradecimientos, referencias bibliográficas, cuadros, tablas o figuras las que deben ser citados en orden a su aparición en el texto, numerándolos de manera secuencial. Las palabras en otros idiomas incorporadas al texto se escribirán en cursiva.
4. **Referencias Bibliográficas:** las referencias se enumeran de manera correlativa según el orden en el que aparecen por primera vez en el texto. Las referencias se identifican mediante números arábigos entre paréntesis.
Al final del texto del artículo se deben insertar las citas bibliográficas, siguiendo la forma y los signos de puntuación que se indican.

✓ Ejemplo de cita bibliográfica de libro:

Autor/es. Título del libro. Edición. Lugar de publicación: Editorial, año.

Duverger M. Métodos de las Ciencias Sociales. 12ª ed. Barcelona: Ariel, 1981.

- La mención a la edición de la obra, solo se efectúa a partir de la segunda.
- Aquélla se anota en números arábigos y abreviatura.
- Si la obra estuviese compuesta por más de un volumen,

corresponde citarla a continuación del título del libro (Ej.: título de libro, Vol. 3)

- Tratándose de varios autores, éstos se consignan seguidos de una coma.

✓ Ejemplo de cita bibliográfica de un artículo de revista:

Autor/es. Título del artículo. Nombre de la Revista. año; volumen (número): página inicial-final del artículo

Azabache Caracciolo C. Notas sobre la reforma de la justicia penal en el Perú. *Ius et Veritas*. 2002; XII (24): 276-287.

C. REMISIÓN DEL TRABAJO A LA REVISTA Y POLÍTICA EDITORIAL:

1. Conjuntamente con el impreso del escrito, se debe adjuntar una hoja que contenga los siguientes datos: domicilio, teléfono, dirección electrónica y horarios en el que se pueda localizar al autor para cualquier aclaración.
2. El Consejo Editorial se reserva el derecho de hacer la corrección de estilo y cambios editoriales que considere necesarios para efectos de la presentación de la revista en general.

D. PLAZOS DE ENTREGA DE ARTÍCULOS:

Cualquier comunicación para envío de los escritos o consultas, comunicarse a las direcciones siguientes:

CENTRO DE INVESTIGACIONES JUDICIALES

Palacio Nacional de Justicia

Av. Paseo de la República s/n, 2do. Piso.

Teléfono – fax: 410 1010

Anexos: 11571, 11575, 11573

Correos electrónicos:

cij@pj.gob.pe

hdominguez@pj.gob.pe

mbustamante@pj.gob.pe

Esta Guía Abreviada ha sido elaborada teniendo en cuenta los lineamientos del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONCYTEC) y las “Normas de Vancouver”.

Esta obra se terminó de imprimir en el mes de abril
del dos mil ocho, en los talleres gráficos de
Gráfica Técnica SRL
Telf.: 436-3140
contacto@graficatecnica.com

