

ISSN 1997-6682



# Revista Oficial del Poder Judicial

---

Corte Suprema de Justicia de la República

Vol. 4, n.º 4, 2008  
Lima, Perú

# Revista Oficial del Poder Judicial

---

Corte Suprema de Justicia de la República

Vol. 4, n.º 4, 2008  
Lima, Perú

# Revista Oficial del Poder Judicial

La Revista Oficial del Poder Judicial tiene por objeto impulsar la creación intelectual e investigación académica principalmente de los Magistrados, y así constituir un escenario para la divulgación de temas del quehacer jurídico y judicial, contando para ello con la participación del autores nacionales y extranjeros.

Vol. 4, n.º 4, 2008  
ISSN 1997-6682

Esta revista se edita dos veces al año.

## EDITORES

Presidencia de la Corte Suprema de Justicia de la República  
Gabinete de Asesores de la Corte Suprema de Justicia de la República  
Centro de Investigaciones Judiciales

La Revista Oficial del Poder Judicial tiene como destinatarios a los Magistrados de toda la República, instituciones públicas y privadas vinculadas a temas de justicia, universidades, Poder Judicial de los diferentes países de Latinoamérica y toda aquella persona interesada en el quehacer jurídico.

Los originales recibidos serán analizados por los editores y/u otros especialistas.

La Revista no se responsabiliza de las opiniones vertidas por los autores en sus trabajos ni de la verdadera autoría de los mismos. Cualquier reclamo deberá hacerse con el autor de trabajo que originó el conflicto.

Los trabajos publicados en esta Revista son de propiedad de sus autores, quienes han autorizado su divulgación en la misma.

Los editores se reservan el derecho de hacer la corrección de estilo y cambios editoriales que considere necesarios para mejorar el trabajo.

Hecho el depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú  
Registro N ° 2007-13519

Esta Revista permite la reproducción parcial de sus trabajos a condición de que se mencione la fuente.

## CENTRO DE INVESTIGACIONES JUDICIALES DEL PODER JUDICIAL

Palacio Nacional de Justicia - 2do- Piso  
Av. Paseo de la República s/n - Lima, Perú.  
Tel: 511-410-1010 anexo 11575  
cij@pj.gob.pe www.pg.gob.pe

Esta publicación es de carácter gratuito y acepta canjes con publicaciones de temas jurídicos y de ciencias sociales en general.



Palacio Nacional de Justicia - Salón Vidaurre  
Lima - Perú







**SALA PLENA DE LA CORTE SUPREMA DE  
JUSTICIA DE LA REPÚBLICA<sup>1</sup>**

Presidente

Francisco Távara Córdova

Vocales

Antonio Pajares Paredes

Pedro Iberico Mas<sup>2</sup>

Luis Felipe Almenara Bryson

Manuel Sánchez-Palacios Paiva

Javier Román Santisteban

Elcira Vásquez Cortez

Enrique Javier Mendoza Ramírez

Robinson Gonzáles Campos

Víctor Ticona Postigo

Cesar Eugenio San Martín Castro

Javier Villa Stein

José Luis Lecaros Cornejo

Victor Roberto Prado Saldarriaga

Jacinto Julio Rodríguez Mendoza

Jorge Alfredo Solís Espinoza

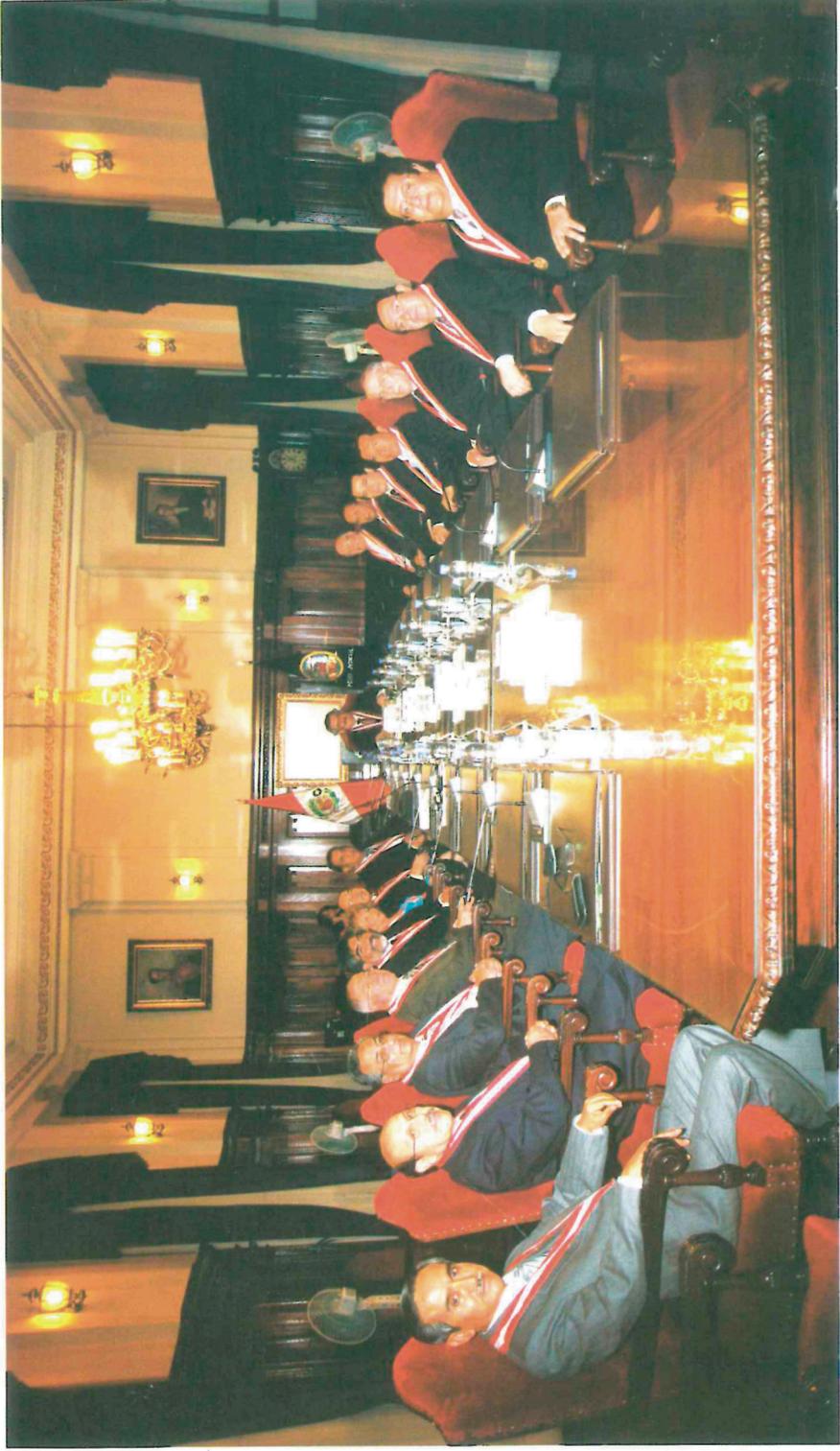
Duberli Apolinar Rodríguez Tineo

---

<sup>1</sup> El señor doctor Hugo Sivina Hurtado, Vocal Supremo Titular, se encuentra con licencia constitucional desde el 19 de noviembre de 2008 presidiendo el Jurado Nacional de Elecciones (R.A. N° 227-2008-P-PJ).

<sup>2</sup> De licencia por motivos de salud hasta la actualidad.





Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República  
Lima - Perú







Revista Oficial del Poder Judicial  
Corte Suprema de Justicia de la República  
Vol. 4, n.º 4, 2008 - ISSN 1997-6682

Editorial 17

**DOCTRINA NACIONAL**

**MAGISTRADOS**

Marcela Arriola Espino  
*Aplicación de la ley en el tiempo. A propósito de la Ley N°29057* 23

Mariem Vicky de La Rosa Bedriñana  
*La importancia del VIH/Sida en el mundo del trabajo* 43

Luz Gladys Roque Montesillo  
*Teoría del acto jurídico y concepto del negocio jurídico* 57

Max Marco Delfín Rivera Dueñas  
*Violencia familiar en la tercera edad* 75

Juan Alegría Hidalgo  
*Esquema comparativo del pensamiento de Eugenio Raúl Zaffaroni y Carlos Santiago Nino en relación a la teoría de la pena: cuaderno de navegación* 93

J. Fernando Bazán Cerdán  
*El Nuevo Código Procesal Penal (NCPP) del 2004, la jurisdicción comunal y las rondas campesinas* 115

Edhín Campos Barranzuela  
*La manipulación genética en nuestro ordenamiento jurídico peruano* 133

Graciela Esther Llanos Chávez  
*Irresponsabilidad paterna y consecuencias sociales* 147

Víctor Roberto Obando Blanco  
*Constitucionalidad de la iniciativa probatoria del juez en la proposición de la prueba de oficio en el proceso civil* 155

Gino M. Valdivia Sorrentino  
*La acusación fiscal y la audiencia preliminar* 171

José Carlos Altamirano Portocarrero  
*Sistemas vigentes de control de la constitucionalidad* 181

Jaime Francisco Coaguila Valdivia  
*Jueces cronopios y jueces famas* 197

### JURISTAS

Francisco Carruitero Lecca  
*El control de constitucionalidad de las leyes en España* 205

Fernando Vidal Ramírez  
*La tutela jurisdiccional del acreedor* 221

Margott Páucar Espinoza  
*El principio de igualdad constitucional y sus implicancias en los derechos fundamentales. Apuntes sobre los artículos 14° y 9°.2 de la Constitución Española de 1978* 235

### DOCTRINA INTERNACIONAL

Gerardo A. Durango Álvarez  
*La legitimidad del principio discursivo y su entrelazamiento con la fundamentación de los derechos fundamentales. Un análisis a partir de la Teoría Habermasiana* 253

Benjamín Moisés  
*Los llamados “daños punitivos” en la reforma a la Ley N° 24.240* 271

Juan Antonio García Amado  
*¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?* 287

### DOCUMENTOS

Primera Reunión Preparatoria de la XV Cumbre Judicial Iberoamericana  
*Conclusiones de Lima* 319

Segundo Congreso Nacional de Magistrados del Poder Judicial  
*Declaración de Arequipa* 329

Guía para la presentación de artículos 335





## Editorial

La difusión de las ideas de nuestros magistrados como actores inmediatos del quehacer jurisdiccional y la línea de pensamiento de prestigiosos juristas nacionales e internacionales, colaboradores del sistema de justicia, es una ardua labor que esperamos se esté desarrollando a entera satisfacción de nuestros lectores.

Como ya se dijo en anteriores oportunidades, la Revista Oficial del Poder Judicial, tiene por objeto impulsar la creación intelectual e investigación académica de los magistrados como aportantes, pero también como receptores que por su labor necesitan de opiniones doctrinarias relevantes sobre diversos temas de actualidad jurídica.

En ese entendido, la presente publicación, no solo sienta las bases de la investigación jurídica sino que da las pautas a los futuros investigadores del derecho.

Es propósito del Poder Judicial ganar un mayor espacio e integrarnos en lo que a literatura jurídica respecta, ampliar su difusión hacia diversos sectores públicos y privados y de la opinión pública, a través del conocimiento que se les pueda brindar sobre el intelecto de los magistrados y connotados juristas, considerando que de esta manera se logrará un mejor nivel de información y comunicación con la sociedad.

En la presente edición se puede observar que con acierto se canaliza las diversas inquietudes y aportes de magistrados y estudiosos del derecho, orientados al logro de los avances jurídicos; así tenemos valiosos y novedosos artículos como *la aplicación de la ley en el tiempo*, tema de permanente y constante debate en el seno de la judicatura; *la importancia del VIH/Sida en el mundo del trabajo*, problemática de actualidad con evidente implicancia jurídica en su

tratamiento; *la violencia familiar en la tercera edad*, de contenido reflexivo para la sociedad y la legislación actual, entre otros.

En lo que a doctrina internacional se refiere, es objeto de análisis *la discrecionalidad en la decisión judicial, los llamados daños punitivos en la reforma a la Ley N° 24.240* y otros de importancia para los conocedores de la ciencia jurídica.

Concluye el presente número con las conclusiones de la Segunda Reunión Preparatoria para la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, llevada a cabo en la ciudad de Lima, los días 09, 10 y 11 de octubre del presente año.

Sólo cabe expresar la seguridad de que la presente Revista cumplirá las expectativas cifradas, dado el compromiso asumido, cual es el de dar continuidad a este tipo de aportes institucionales.

Francisco Távara Córdova  
Presidente del Poder Judicial









## APLICACIÓN DE LA LEY EN EL TIEMPO A PROPÓSITO DE LA LEY N° 29057

MARCELA ARRIOLA ESPINO\*

### Resumen

Desde la posición adoptada por nuestro ordenamiento jurídico procesal sobre la aplicación inmediata de la norma, incluso al proceso en trámite, señala que ésta entra en vigencia a partir del día siguiente de su publicación, por lo que los actos que se susciten a partir de su vigencia quedan bajo su marco de aplicación. No obstante, la norma procesal se aplica en forma inmediata para los procesos que se inician, incluso para los que se encuentran en trámite, pero las reglas de competencia, los medios impugnatorios interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieren empezado, continuarán rigiéndose conforme a la norma anterior.

**Palabras clave:** Irretroactividad – ultractividad – norma – ley.

### Abstract

From the position assumed by our procedural legal ordering on the immediate application of the norm, even to the process in proceeding, it indicates that this one enters in use, or it's official the day following of its publication, reason why the acts that are provoked from their entering in use are under their frame of application. However, the procedural norm is applied immediately for processes that begin, even for the ones that are in process, but the rules of competition, the interposed impugning means, the procedural acts with execution principle and the terms that will have begun, will continue being treated by the previous norm.

**Key words:** Nonretroactive - character - norm - law.

### Sumario

1. Planteamiento del problema. 2. Conflicto de normas en el tiempo y el principio de irretroactividad. 3. La norma procesal y su aplicación en el tiempo. 4. La Constitución, el Código Civil y el Código Procesal Civil. 5. Respuesta a los casos planteados. 6. Conclusión.

---

\* Vocal Titular de la Corte Superior de Justicia de Ica – Poder Judicial de Perú. Profesora de la Maestría de Derecho Civil en la Universidad San Martín de Porres.

## 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Con la entrada en vigor de la Ley N° 29057, que modifica diversos artículos del Código Procesal Civil, entre ellos en materia de competencia, se ha suscitado la inquietud de recordar sobre la aplicación de la ley en el tiempo, pero sobre todo de la ley procesal. En este camino, creemos necesario plantear algunos casos hipotéticos, basados en hechos reales ocurridos en nuestra sede judicial.

### Caso 1.

Demanda: Indemnización por S/.160,000.00, al haberse producido la muerte de un padre de familia en un accidente de tránsito.

Presentada: 20.07.2006.

Auto admisorio: 21.07.2006 (Proceso de conocimiento).

Resolución N° 10 de 02.08.2007: Juez Civil atendiendo a la cuantía y lo previsto en materia de competencia por la Ley N° 29057, adapta la demanda a la vía del proceso abreviado y, se inhibe de su conocimiento, remite el proceso al Juez de Paz Letrado de Ica.

Resolución N° 11, 13.08.2007: Juez de Paz Letrado considera que se transgrede la citada ley, puesto que es de cumplimiento desde el día siguiente a su publicación, no puede aplicarse a hechos pasados, violenta el principio de los hechos cumplidos. Al no poder devolver el proceso al Juzgado de origen, y sin fundamento legal lo eleva en consulta al Colegiado Superior.

### Caso 2.

Demanda: Obligación de dar suma de dinero. Se exige el monto de US\$22,930.00; existe contrato de mutuo.

Presentación: 20.04.2007.

Auto admisorio: 16.05.2007 (Proceso abreviado).

Resolución N°6, 06.07.2007. Juez Civil atendiendo a la cuantía (US\$ 22,930 ó S/.72,917.40) y a lo previsto en materia de competencia por la Ley N°29057, se inhibe de su conocimiento, remite el proceso al Juez de Paz Letrado de Ica.

Resolución N° 7, 03.09.2007. Juez de Paz Letrado considera que se transgrede la citada ley, puesto que es de cumplimiento desde el día siguiente a su publicación, no puede aplicarse a hechos pasados, violenta el principio de los hechos cumplidos y la Segunda Disposición Complementaria y Final del Código Procesal Civil. Al no poder devolver el proceso al Juzgado de origen, y sin fundamento legal lo eleva en consulta al Colegiado Superior.

### Caso 3.

Demanda: Indemnización por incumplimiento de contrato civil, monto: US\$ 40,000.00 o su equivalente en moneda nacional S/.126,000.00.

Presentada: 09.08.2007.

Auto admisorio: No existe.

Resolución N° 1, 15.08.2007. Juez Civil se inhibe del conocimiento del proceso en aplicación del artículo 488° Código Procesal Civil (modificado por Ley N° 29057), por cuanto la cuantía (US\$ 40,000 o S/.126,000) marca la competencia del Juez de Paz Letrado de Ica.

Resolución N° 2, 21.09.2007. Juez de Paz Letrado en consideración a que es un proceso complejo, artículo 475° y 477° Código Procesal Civil., considera que no es de su competencia los procesos de conocimiento y, por tanto, eleva en consulta al Colegiado Superior.

Nótese la fecha de presentación de la demanda. En el Caso1., fue el 20.07.2006; en el Caso 2., fue el 20.04.2007 y, en el Caso 3. fue el 09.08.2007. En los dos primeros casos se presentaron y tramitaron antes de la vigencia de la Ley N° 29057, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 29.06.2007, en vigor desde el día siguiente 30 de junio del año en curso (norma antigua); en el Caso 3. la demanda se presentó cuando ya había entrado en vigor la norma en comento (norma nueva).

Es posible que nos estemos preguntando por la elaboración de la norma (hablemos en genérico), su promulgación, publicación y, entrada en vigencia o en vigor. La actual Constitución, en su artículo 109°, establece que la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación, salvo disposición contraria de la misma que difiera su vigencia en todo o en parte. Es ahí, a partir del momento en que es obligatoria la norma que nos preguntamos: ¿qué sucede o sucederá con la norma antigua?, ¿es posible siga rigiendo hechos posteriores a su vigencia?, ¿qué sucede con la norma nueva?, ¿es posible que regule hechos, situaciones y relaciones jurídicas constituidas antes de su vigencia?, ¿su aplicación es inmediata?

Marcial Rubio habla del “punto de quiebre”<sup>1</sup>, lo identifica con el momento en que entra en vigor la norma nueva, derogando expresa o tácitamente a la antigua, agregaría, o modificando a la norma anterior. Como ha sucedido en este caso, la Ley N° 29057 ha modificado el vigente Código Procesal Civil. En fin, “con la entrada en vigor de la nueva ley, se plantea... el problema del ámbito de su eficacia en el tiempo”<sup>2</sup>; a partir de ese momento en que es obligatoria la norma, por ello hablamos de momento de vigor con (v).

Entonces:



## 2. CONFLICTO DE NORMAS EN EL TIEMPO Y EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD

Si se me permite y hacemos un parangón entre el ser humano y las leyes; los seres humanos nacen, tienen un periodo de vida y mueren; igualmente, las leyes, nacen o son creadas, entran en vigor y fenecen en un momento determinado. De acuerdo a nuestro Derecho, las leyes entran en vigor desde el día siguiente a su publicación y hasta su fenecimiento rigen.

El conflicto de leyes o de normas en el tiempo se presenta cuando dos normas exigen observancia o aplicación a una misma situación o relación jurídica; tenemos entonces, una norma derogada o modificada, norma antigua y, una norma nueva. Será el operador jurídico ayudado por la Teoría General del Derecho, quien solucionará este problema con el Derecho transitorio contenido en la misma norma -si es que lo prevé- o con los conceptos de irretroactividad, retroactividad y ultractividad de la ley.

Antes de continuar es necesario precisar algunos términos:

Hecho jurídico.- Suceso que se produce en la vida social y que produce consecuencias jurídicas. Este hecho puede ser involuntario como el nacimiento, la muerte; o, puede ser voluntario, es producido por la voluntad humana, en este caso hablamos de acto jurídico.

Situación jurídica.- Posición en que se encuentra una persona en la sociedad y que el Derecho valora y regula. Son situaciones jurídicas las de padre, marido, hijo, propietario, la del mayor de edad.

Relación jurídica.- Es la vinculación entre dos o más situaciones jurídicas interrelacionadas. Como la del padre con el hijo, la del acreedor y del deudor, la del arrendador y el arrendatario

Derecho transitorio.- Es el conjunto de normas de conflicto que, por su naturaleza, no determinan derechos y obligaciones, como lo hace cualquier norma material sino que "tratan de resolver los conflictos intertemporales; son por consiguiente normas de remisión a otras normas, esto es, normas indicativas de las normas que deben ser aplicadas"<sup>3</sup>. Por lo general aparecen

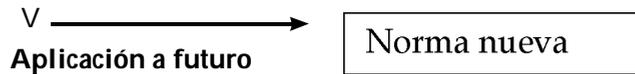
al final del nuevo texto normativo; el Código Civil Peruano comprende en su Título Final, un capítulo de Disposiciones Transitorias (artículos 2114° al 2122°); mientras que el Código Procesal Civil, también tiene un acápite sobre Disposiciones Transitorias (Primera a Quinta).

## 2.1. Aplicación de la norma en el tiempo

Modos de aplicación de la ley:

- Aplicación inmediata
- Aplicación ultractiva
- Aplicación retroactiva
- Aplicación diferida

La aplicación inmediata de una norma es la que se hace a los hechos, situaciones y relaciones jurídicas mientras tenga validez, esto es, desde que entra en vigor hasta que es derogada o modificada.



La aplicación ultractiva de la norma es la que se hace a hechos, situaciones y relaciones jurídicas presentes aún cuando ha perdido validez, o aún después de su derogación o modificación.



La aplicación retroactiva de la norma es la que se hace a hechos, situaciones y relaciones jurídicas pasadas, o que sucedieron antes de que la norma entrara en vigencia. Es decir, se regula hechos, situaciones o relaciones jurídicas establecidas bajo el imperio de la ley antigua. En concreto, se aplica la norma vigente no solo en el tiempo presente con proyección al futuro, sino también en el pasado.



Diez Picazo y Gullón<sup>4</sup> señalan que la aplicación retroactiva de la norma tiene grados o tipos, así:

Retroactividad de grado máximo.- La ley nueva se aplica a la relación que surgió durante la ley antigua, así como a sus efectos consumados o por consumarse (Ejm. Intereses pagados o actos de disposición ya ejecutados).

Retroactividad de grado medio.- La ley nueva se aplica solo a los efectos nacidos con anterioridad a la entrada en vigor de la ley nueva; pero no consumados o agotados (Ejemplo: intereses devengados pero no pagados; actos de disposición convenidos, pero aún no ejecutados).

Retroactividad de grado mínimo.- La ley nueva se aplica solo a los efectos futuros de la relación que surgió durante la ley antigua; es decir, a los efectos que se produzcan con posterioridad a la entrada en vigor de la ley nueva (Ejemplo: intereses devengados después de la entrada en vigor de la ley).

Asimismo, Marcial Rubio<sup>5</sup> habla de dos modalidades de la aplicación retroactiva de la ley:

Aplicación retroactiva restitutiva.- La aplicación retroactiva de la ley nueva es absoluta; modifica totalmente el hecho, situación o relación jurídica suscitada antes de la vigencia de la ley nueva.

Aplicación retroactiva ordinaria.- La aplicación retroactiva de la ley nueva no comprende las sentencias con calidad de cosa juzgada

La aplicación diferida de la norma se presenta cuando expresamente se ha señalado en ella que su entrada en vigor sucederá en determinada fecha o a futuro, a partir de su publicación.

Publicación      V        
**Se establece fecha de vigor**

## 2.2. Principio de irretroactividad

Se ha dicho que la ley nueva es retroactiva cuando se aplica a hechos, situaciones y relaciones jurídicas creadas o configuradas bajo la ley antigua. Si ello es así, la ley nueva es irretroactiva cuando solo se aplica a los hechos, situaciones y actos que se creen o susciten a partir de su entrada en vigor.

Como lo apunta Alzamora Valdez “Los partidarios de la retroactividad invocan la justicia. Si se dicta una ley nueva es porque es *mejor y más justa* que la anterior. Es lógico, por tanto, que se aplique a los hechos futuros como a los pasados, en tanto esto sea posible.

Los partidarios de la irretroactividad invocan la seguridad jurídica. Las leyes se dictan para el futuro; su aplicación retroactiva originaría un estado de completa inseguridad, puesto que ninguna situación ni ningún acto

podrían considerarse como completamente firmes y terminados si pudieran modificarse después, en función de leyes que muchas veces ni siquiera se pudieron prever”<sup>6</sup>.

El principio de la irretroactividad de la ley, adoptado por nuestra Constitución en su artículo 103º, propugna la aplicación de la ley nueva a partir de su entrada en vigor, con las excepciones referidas a las leyes penales e interpretativas, entre otras.

“Si un determinado acto no era punible en el momento en que fue realizado, parece injusto que una ley *ex post facto* lo sancione”, dicen Diez Picazo y Gullón<sup>7</sup>; yo diría que sí es posible establecer nuevos tipos penales pero no pueden ser atribuidos a hechos anteriores a la entrada en vigor de la nueva ley. Por ello se habla de la irretroactividad penal, en todo caso procede la retroactividad benigna.

Como lo señalan los profesores españoles, el tema no es tan sencillo. La retroactividad puede generar situaciones injustas, como el que se sancione penalmente a una persona con la ley nueva por hechos no considerados punibles por la ley antigua; como también, la injusticia se puede presentar ante la irretroactividad absoluta de la ley, es el caso por ejemplo de una legislación dirigida a abolir la esclavitud, la irretroactividad absoluta conduciría a considerar libres de la esclavitud a las personas nacidas después de la entrada en vigor de la norma, mientras que mantendrían su condición de esclavo los nacidos antes de la vigencia de la norma. O el caso de la ley que introduce la reforma agraria, solo se verían afectados los derechos de propiedad adquiridos a partir de la vigencia de la norma<sup>8</sup>.

Estas referencias también nos hace tener en cuenta lo acontecido con la Ley N° 27495<sup>9</sup> que incorporó el inciso 12) al artículo 333º del Código Civil, causal de separación de hecho para solicitar la separación de cuerpos o el divorcio; de acuerdo con su Primera Disposición Complementaria y Transitoria, la ley se aplica a las separaciones de hecho existentes al momento de su vigencia. Entonces, el cómputo del plazo de separación de los cónyuges (dos años si es que no hay hijos o cuatro años si es que los hay), ¿debe hacerse a partir de la vigencia de la norma o, es válido tener en cuenta el plazo ganado cuando aún no se había dado la norma? Esto, generó posiciones contradictorias en la Corte Suprema de la República del Perú, se dijo que no se puede afectar el principio constitucional de la irretroactividad de la ley, por lo tanto, el cómputo del plazo de separación debe hacerse a partir de la vigencia de la norma (Cas. N° 1720-2003- Junín, de 25.11.2003; Cas. N° 1952-2003- Lambayeque, de 13.01.2006).

Otros fallos han considerado que es válida la aplicación retroactiva de la norma, en tanto que lo que se busca es dar solución a un problema social, por lo tanto, se toma en cuenta el plazo de separación ganado cuando aún no se había creado esta causal de separación de cuerpos (Cas. N° 1618-2004- Ica, de 17.05.2006); éste es un caso de excepción al principio de irretroactividad<sup>10</sup>.

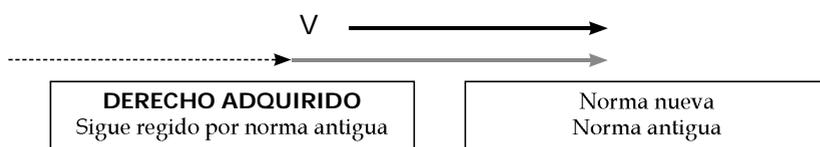
A partir de la aplicación de la norma en el tiempo, surgieron teorías que pretendieron dar solución al problema:

A) Teoría de los Derechos Adquiridos.- Posición doctrinal clásica, desarrollada en la Edad Media y, muy difundida en la época de la codificación; se resume en lo siguiente: “la posible retroactividad de la ley nueva encuentra su límite en el respeto de los derechos adquiridos de conformidad con la ley anterior. La ley nueva no puede nunca violar o lesionar derechos adquiridos con anterioridad, sino que los derechos adquiridos deben ser respetados”<sup>11</sup>.

Pero, qué son derechos adquiridos, son aquellos que forman parte de la persona y que no pueden ser desconocidos, modificados o alterados por normas posteriores a la que los creó o generó; en consecuencia, se propugna no a la retroactividad por la seguridad jurídica que debe existir en la sociedad. La aplicación de la norma nueva a partir de su entrada en vigor, como bien lo anota Rubio Correa, “no puede ser nunca aplicación retroactiva, sino precisamente aplicación inmediata”<sup>12</sup>.

Cabe señalar que se diferencia el derecho adquirido de la facultad y la expectativa<sup>13</sup>; solo el primero goza de protección jurídica, en tanto que los otros no, al no formar parte de nuestro dominio<sup>14</sup>.

Teniendo en cuenta las formas de aplicación de las normas, la teoría de los derechos adquiridos “lo que formalmente plantea... es la ultractividad de la normatividad bajo cuya aplicación inmediata se originó el derecho adquirido”<sup>15</sup>. De tal manera que, subsistiría en el tiempo la norma nueva para regular los hechos, situaciones y relaciones jurídicas nuevas, creadas a partir de la vigencia de la norma y, la norma antigua que continuaría siendo aplicada durante la vigencia de la norma nueva, para regular los efectos o consecuencias de los hechos o relaciones acontecidas antes de que sea derogada o modificada.



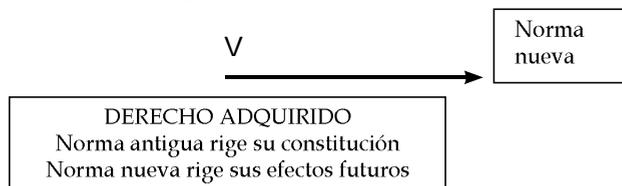
Luego de lo expuesto, con razón se ha manifestado que “si se aplicase esta teoría hasta sus últimas consecuencias se llegaría a un inmovilismo jurídico y al mantenimiento de normas jurídicas distintas durante mucho tiempo para regir una misma realidad, en contra de la perfección del ordenamiento jurídico”<sup>16</sup>; por ello, “la teoría del derecho adquirido se ve obligada a ir exceptuando poco a poco de la no retroactividad una serie de consecuencias que se derivan del derecho adquirido”<sup>17</sup>.

B) Teoría de los Hechos Cumplidos.- Llamada también teoría de los hechos pasados o hechos consumados, defiende la aplicación inmediata de la norma y, descarta la ultractividad de la norma derogada o modificada. Es decir, la aplicación de la norma nueva sería desde su entrada en vigor hacia el futuro.

Diez - Picazo y Gullón señalan que “Cada hecho jurídico debe quedar sometido y ser regulado por la ley vigente en el momento en que dicho hecho se produce o acontece (tempus regit factum). Si el hecho se produce bajo la vigencia de la ley antigua, debe quedar sometido y ser regulado por la ley vigente en el momento en que dicho hecho se produce o acontece (tempus regit factum)”<sup>18</sup>.

Tal como está planteada la teoría no habría mayores inconvenientes; pero, ¿qué sucede con los efectos jurídicos del hecho o relación jurídica creada durante la vigencia de la norma antigua y, que se suscitan estando en vigor la norma nueva?

Esos efectos jurídicos pueden haberse agotado o consumado cuando aún regía la norma antigua (efectos agotados, por ejemplo, pago de intereses), pueden haberse producido sin cumplirse todavía (efectos pendientes, por ejemplo, intereses devengados) o, no haberse producido (efectos futuros, por ejemplo, intereses por devengarse). De ahí que, “aun partiendo de la máxima tempus regit factum, la extensión que se da a esta teoría es muy diversa, según los autores. Y así, mientras según algunos significa que la ley nueva no puede modificar los efectos agotados de los hechos pretéritos y sí afectar a los efectos futuros de tales hechos, otros autores sostienen que deben quedar excluidos del imperio de la nueva ley incluso las consecuencias jurídicas (de los hechos pasados) que se realicen bajo su vigencia”<sup>19</sup>.



C) Teoría de Roubier.- Admite la Teoría de los Hechos Cumplidos con ciertas matizaciones: 1. La ley nueva no tiene efectos jurídicos sobre las situaciones creadas o extinguidas bajo la ley antigua. 2. La ley nueva regula los efectos no producidos (efectos futuros) de la situación jurídica, lo que no implica efectos retroactivos, salvándose los efectos ya consumados<sup>20</sup>.

En definitiva, la respuesta al problema de la retroactividad o irretroactividad de la ley lo da el legislador, quien lo prevé. "Es imposible hacer prevalecer siempre la seguridad, porque ello implicaría atajar la evolución del derecho; es igualmente imposible llevar todo por delante a nombre de la justicia y el progreso porque éstos están condicionados por la idea de seguridad, y porque sin ésta no puede concebirse un orden justo, que por ser orden la implica"<sup>21</sup>.

Así, el ordenamiento jurídico nacional adopta la Teoría de los Hechos Cumplidos, aplicando de manera inmediata la norma nueva, así como a los efectos futuros de los hechos, situaciones y relaciones jurídicas que nacieron o se crearon bajo la norma antigua, admitiendo asimismo la retroactividad benigna en materia penal; véase el artículo 103° de la Constitución y el artículo III del Título Preliminar del Código Civil, que más adelante comentaremos.

### 2.3. Excepciones al principio de irretroactividad

Regla general es la admisión del Principio de la Irretroactividad de la Ley; pero se admiten ciertas excepciones que la doctrina nacional ha expuesto en base a la experiencia jurídica italiana<sup>22</sup>.

- a) Cuando la retroactividad está expresamente prevista por la ley.
- b) Cuando se trata de normas de orden público; supuesto de las normas penales. El artículo 103° de la Constitución consagra la retroactividad benigna de la ley penal, cuando favorece al reo. Asimismo, el artículo 6° del Código Penal establece que "La ley penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible. No obstante, se aplicará la más favorable al reo en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales. Si durante la ejecución de la sanción se dictare una ley más favorable al condenado, el juez sustituirá la sanción impuesta por la que corresponda conforme a la nueva ley". Debe tenerse en cuenta también que "las sentencias del Tribunal Constitucional que invaliden una ley por inconstitucional y que tengan como efecto favorecer al reo deben aplicarse retroactivamente. La Constitución debe ser interpretada como una unidad y esta interpretación es evidentemente válida, además de justa"<sup>23</sup>.

- c) Cuando se trata de normas interpretativas de una norma anterior. “Si la naturaleza de una norma interpretativa es la de aclarar el sentido de la norma interpretada, la primera no tendría sentido si se le dan efectos *ex nunc*. La norma interpretativa debe tener efectos *ex tunc* a partir de la fecha de vigencia de la norma interpretada. Ello, evidentemente, si no se entra en conflicto con situaciones en las cuales se presentan derechos adquiridos o se hallasen en el estado de cosa juzgada”<sup>24</sup>.
- d) Cuando se trata de normas complementarias, dictadas para el mejor cumplimiento de una norma anterior.
- e) Cuando la norma suprime determinada figura jurídica, “y por eso existe un interés general en que la norma tenga eficacia retroactiva”<sup>25</sup>; caso de la abolición de la esclavitud.

Agregaríamos otra excepción:

- f) Cuando la norma quiere dar solución a un problema social. Caso de la Ley N° 27495, que incorporó la causal de separación de hecho como una de las causales para solicitar la separación de cuerpos y el divorcio. El plazo de separación de hecho de los cónyuges se contaría no solo a partir de la vigencia de la norma sino de manera retroactiva<sup>26</sup>.

### 3. LA NORMA PROCESAL Y SU APLICACIÓN EN EL TIEMPO

Preliminarmente se debe señalar que la norma procesal es la que regula el proceso y, las relaciones que de él nacen y se derivan. Se dice que es instrumental, formal y dinámica. “Es instrumental en tanto asegura la eficacia de la norma material y regula el mecanismo para su aplicación y cumplimiento. Es una norma prevista para hacer efectiva otra norma. Es derecho para el derecho. (...) es formal porque su actuación no afecta la estructura interna del conflicto al que se quiere poner fin, solo asegura que los requisitos extrínsecos referidos al procesamiento del conflicto se cumplan, asegurando y precisando las facultades y deberes de todos los participantes en la actividad procesal. Finalmente, y este es el rasgo más determinante, la norma procesal es dinámica, esto es, su aplicación importa la existencia de una relación jurídica en constante y permanente cambio, hasta con intereses contradictorios pese a que la actividad en su conjunto esté dirigida hacia una meta común....”<sup>27</sup>.

Como toda norma jurídica, la norma procesal entra en vigencia a partir del día siguiente a su publicación; como tal, los actos procesales que se susciten a partir de su vigencia quedan bajo su marco de aplicación. Se afirma entonces, el principio de irretroactividad y la aplicación inmediata de la norma procesal.

Pero, la inquietud del operador jurídico no se agota ahí, en tanto existen procesos concluidos y, procesos en trámite que se iniciaron con la ley antigua (derogada o modificada).

Respecto de los procesos concluidos, no son afectados por la norma nueva. Rocco dice que “a salvo quedan los efectos producidos. Subsiste la cosa juzgada aunque en el juicio se hayan empleado medios de prueba, abolidos por la nueva ley. Y esto es así porque la cosa juzgada excluye por su naturaleza el análisis del modo como se formó”<sup>28</sup>.

En cuanto a los procesos en trámite; se ha de tener en cuenta la aplicación inmediata de la ley nueva y, la ultractividad de la ley antigua. En términos simples, o se aplica la norma nueva a los procesos ya iniciados o, se continúa aplicando la norma derogada o modificada.

Devis Echandía ha advertido que, “debe aplicarse la norma vigente en el momento en que el respectivo derecho se ejercita; lo que equivale a decir que se aplica la nueva ley a los hechos ocurridos luego de su vigencia, y que la ley aplicable es la del momento en que se hace valer el derecho en el proceso. Se tiene en cuenta no el momento en que nace el derecho, sino el momento en que se le pone en acción”<sup>29</sup>.

Con razón advierte Monroy, al señalar que “incorporar una nueva norma procesal a un proceso en trámite, implica producir una mezcla heterogénea de principios e instituciones que puede afectar la decisión final, dado que podría importar modificaciones trascendentales en las facultades y deberes de los partícipes en el proceso, incluido el juez”<sup>30</sup>.

La aplicación ultractiva de la norma procesal antigua, tiene en cuenta al proceso como un acto único que no puede verse afectado por la norma nueva, la que debe aplicarse a los procesos que se inicien luego de su entrada en vigor.

La respuesta a que si al proceso en trámite se debe aplicar la norma nueva (vía aplicación inmediata) o la norma antigua (vía aplicación ultractiva), la da “el derecho positivo (disposiciones transitorias) ora de un modo, ora de otro, según la naturaleza de los actos y de las innovaciones”<sup>31</sup>.

La posición adoptada por nuestro ordenamiento jurídico procesal, es la aplicación inmediata de la norma incluso al proceso en trámite; sin embargo continúa rigiéndose por la norma anterior: las reglas de competencia, los

medios impugnatorios interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieren empezado, como así lo señala la Segunda Disposición Final del Código Procesal Civil.

Teniendo en cuenta que el actual Código Procesal derogó al Código de Procedimientos Civiles, estableciendo un sistema radicalmente distinto, se optó por la ultractividad de la norma, como así se advierte de su Quinta Disposición Transitoria; sin embargo, las modificaciones futuras se sujetan a la aplicación inmediata de la norma con las excepciones reconocidas y expuestas<sup>32</sup>.

## **4. LA CONSTITUCIÓN, EL CÓDIGO CIVIL Y EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL**

### **4.1. La Constitución**

“Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley desde su entrada en vigencia se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad. La Constitución no ampara el abuso del derecho” (Artículo 103°).

“La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte” (Artículo 109°).

Un estudio sistemático del artículo 103° y 109° de la Constitución nos conduce a considerar que, en efecto, la ley desde su entrada en vigor (desde el día siguiente a su publicación o aplicación diferida) se aplica inmediatamente. El artículo 103° de la Constitución hace referencia a la Teoría de los Hechos Cumplidos; enarbola el principio de la irretroactividad, siendo posible la retroactividad benigna cuando favorece al reo y, la ley nueva aún aplicándose solo a hechos futuros, se aplica a las consecuencias o efectos derivados de los hechos o situaciones creadas durante la vigencia de la antigua.

Se podría mencionar el caso de los matrimonios celebrados bajo la vigencia del Código Civil de 1936; en caso de plantearse un divorcio, se regularía conforme a las reglas del Código Civil de 1984 (efecto futuro). En cambio, si se plantea nulidad de matrimonio, que involucra a los elementos esenciales

del mismo, no se podría aplicar el Código Civil de 1984, sino más bien el de 1936 (vicio que afecta la validez del acto mismo del matrimonio).

Cabe señalar que la vida de una norma discurre desde el momento de su entrada en vigencia hasta su cese, desaparición o extinción; lo que puede deberse a causas intrínsecas o extrínsecas. La causa intrínseca de cesación de la norma está contenida en ella misma, “acontece cuando la ley establece un término de vigencia, sea en forma expresa o tácita (normas temporales)”<sup>33</sup>. La causa extrínseca, es una causa externa a la propia norma; como la derogación expresa o tácita y, la modificación.

## 4.2. El Código Civil

“La ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú” (Artículo III Título Preliminar).

“Se rigen por la legislación anterior los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su imperio, aunque este Código no los reconozca” (Disposición Transitoria, artículo 2120°).

“A partir de su vigencia, las disposiciones de este Código se aplicarán inclusive a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes” (Disposición Transitoria, artículo 2121°).

El artículo III del Título Preliminar del Código Civil concuerda con lo dispuesto por el artículo 103° de la Constitución Política del Estado.

Teniendo en cuenta la fecha de dación de ambas normas, se advierte que la Constitución acogió lo dispuesto por el Código Civil. En consecuencia, nos remitimos a lo ya expuesto (Vid. Cas.1075-2000-Callao, El Peruano, 30.01.2001, p.6804; Cas. 2576-99-Lima, El Peruano, 01-06-2000, p. 5446).

En cuanto a las disposiciones transitorias transcritas; el artículo 2120° se refiere a la ultractividad de la ley anterior, mientras que el artículo 2121° hace referencia a la teoría de los hechos cumplidos con el matiz expresado por Roubier, de aplicarse la ley nueva a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, es decir, a las que evidentemente se generaron durante la vigencia de la norma antigua. Lo que coincide con lo dispuesto por el artículo III del Título Preliminar del Código Civil; se precisa que,

la referencia “se aplicarán inclusive” no hace más que informarnos de la aplicación inmediata de la norma a las situaciones y relaciones jurídicas que se crean a partir de su entrada en vigor. Mientras que los actos o derechos creados durante la vigencia de la norma antigua, entiéndase Código Civil de 1936, seguirán siendo regulados por éste, aún si el Código Civil de 1984 no los reconozca (Vid. Cas.708-97-Huancavelica, El Peruano, 15.10.98, p. 1934).

No podemos negar que aparentemente habría contradicción entre los artículos 2120° y 2121° del Código Civil; pero, como lo señala Espinoza Espinoza, “el Código Civil Peruano asume una posición mixta o intermedia en la cual, aun admitiendo la teoría de los hechos cumplidos, se aceptan los derechos adquiridos bajo la anterior legislación. Este mismo modelo jurídico también circula en el artículo 2° del Código Civil Paraguayo”<sup>34</sup>.

Es menester señalar que las Disposiciones Transitorias del Código Civil, que son generales, son de observancia en posibles modificaciones posteriores cuando la Ley modificatoria no comprenda especiales reglas de transición<sup>35</sup>.

Como bien lo anotan Díez-Picazo y Gullón, “al ser el Derecho Civil el Derecho Común, sus disposiciones transitorias deben ser consideradas como un Derecho Transitorio Común, por lo cual deben aplicarse a todos aquellos cambios de legislación, extraños a las materias del Código, que no posean sus propias normas especiales de esa naturaleza”<sup>36</sup>.

#### **4.3. El Código Procesal Civil**

“Las normas procesales son de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior: las reglas de competencia, los medios impugnatorios interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieren empezado” (Disposición Complementaria Final, Segunda).

“Como excepción a lo dispuesto en la Segunda Disposición Final, los procesos iniciados antes de la vigencia de este Código, continuarán su trámite según las normas procesales con las cuales se iniciaron.

Los procesos que se inicien a partir de la vigencia de este Código, se tramitan conforme a sus disposiciones”. (Disposición Transitoria, Quinta).

En materia procesal, por lo general, se admite el principio de la aplicación inmediata de la norma nueva; aunque, también es posible la aplicación ultractiva de la norma antigua.

Vemos, precisamente, que el Código Procesal Civil de 1993 a través de su Segunda Disposición Complementaria y, Quinta Disposición Transitoria, adoptó ambas posiciones. Las que mantienen vigor y aplicación ante una modificación parcial, como la acontecida con la Ley N° 29057.

En concreto, la norma procesal se aplica de manera inmediata para los procesos que recién se inician; incluso para los que se encuentran en trámite, pero las reglas de competencia, los medios impugnatorios interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieren empezado, continuarán rigiéndose conforme a la norma anterior.

Especial atención merece la Ley N°29057, que modifica diversos artículos del Código Procesal Civil; norma publicada en el diario oficial el día veintinueve de junio del dos mil siete, en vigor desde el treinta de junio del mismo año. En nuestra Corte, no sé si en otras, ha concitado la atención de los Jueces Especializados en lo Civil, así como en los Jueces de Paz Letrado, en materia de competencia.

En principio se debe señalar que esta norma no tiene un derecho transitorio; por lo tanto, está sujeta a las disposiciones transitorias generales del mismo Código Procesal Civil. Sin embargo, la Disposición Transitoria del Código Procesal Civil fue pensada en relación al derogado Código de Procedimientos Civiles de 1912; por ello, “para la modificación futura de las normas contenidas en el Código, este propone la aplicación inmediata de la nueva ley, salvo que haya actos procesales ya iniciados bajo el ámbito de la ley derogada y otras situaciones que afecten el desarrollo procesal y con él el desarrollo a un debido proceso como, por ejemplo, las reglas de competencia, los medios impugnatorios interpuestos o los plazos que hubieran empezado a transcurrir”<sup>37</sup>, como así lo establece la Segunda Disposición Complementaria Final del Código Procesal Civil.

En efecto, la Ley N° 29057 modifica la competencia de dichos jueces para conocer los procesos abreviados y sumarísimo<sup>38</sup>. El artículo 488° del Código Procesal Civil, ahora modificado, establece que son competentes para conocer procesos abreviados los Jueces de Paz Letrado cuando la cuantía sea mayor de cien y hasta quinientas unidades de referencia procesal (mayor a S/.34,000 hasta S/.172,500), cuando supere este monto será competente el Juez Civil (mayor a S/.172,500 hasta S/.345,000).

Mientras que el artículo 547° del Código Procesal Civil, señala que son competentes para conocer los procesos sumarísimos relativos a separación

convencional y divorcio ulterior e interdicción, los Jueces de Familia; tratándose de interdictos y, los que no tienen una vía procedimental propia, son inapreciables en dinero o hay duda sobre su monto o, porque debido a la urgencia de tutela jurisdiccional, el juez considere atendible su empleo, son competentes los Jueces Civiles; los Jueces de Paz Letrado conocen los asuntos relativos a alimentos y, en caso de desalojo cuando la renta mensual sea hasta cincuenta Unidades de Referencia Procesal (hasta S/.1725); asimismo, tratándose de desalojo cuando la renta mensual es mayor a cincuenta Unidades de Referencia Procesal o no exista cuantía (S/.17,250 o no exista cuantía), son competentes los Jueces Civiles; aquellos asuntos cuya estimación no sea mayor a cien unidades de referencia procesal (no mayor a S/.34,500), si la pretensión es hasta cincuenta Unidades de Referencia Procesal (hasta S/.17,250) es competente el Juez de Paz, cuando supere este monto (más de S/.17,250 hasta S/.34,500) será competente el Juez de Paz Letrado.

Gráficamente tenemos:

<b>PROCESO ABREVIADO</b>	
JUEZ DE PAZ LETRADO	JUEZ CIVIL
Mayor a 100 URP hasta 500 URP Mayor a 34,500 hasta S/.172,500	Mayor a 500 URP hasta 1000 URP Mayor a S/.172,000 hasta S/.345,000
Vid. Artículos 486°, 488°, 475° Código Procesal Civil.	

<b>PROCESO SUMARÍSIMO</b>	
Separación Convencional. Ulterior Divorcio Interdicción	JUEZ DE FAMILIA
Interdictos Los que no tienen vía procedimental propia, inapreciables en dinero, duda sobre monto, ... Desalojo, renta mayor a 50URP o no exista cuantía (mayor S/.17,250 o no cuantía)	JUEZ CIVIL
Alimentos Desalojo, hasta 50URP (hasta S/.17,250) Pretensión patrimonial mayor a 50URP hasta 100 URP (mayor a S/.17,250 hasta S/.34500)	JUEZ DE PAZ LETRADO
Pretensión patrimonial hasta 50 URP (hasta S/.17,250)	JUEZ DE PAZ
Vid. Artículos 546° y 547° Código Procesal Civil.	

De manera que, conforme a lo expuesto podemos plantear las siguientes posibilidades: 1) Procesos promovidos a partir de la Ley modificatoria: se aplicará esta ley de manera inmediata. 2) Procesos iniciados antes de la modificación: continuarán su trámite conforme a la norma nueva, salvo las reglas de competencia, los medios impugnatorios interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieren empezado, seguirán rigiéndose por la norma antigua. 3) Procesos iniciados bajo el amparo del derogado Código de Procedimientos Civiles: continuarán rigiéndose por esta norma.

Cabe tener en cuenta además lo expuesto por el artículo 8° del Código Procesal Civil: "La competencia se determina por la situación de hecho existente al momento de la interposición de la demanda o solicitud y no podrá ser modificada por los cambios de hecho o de derecho que ocurra posteriormente, salvo que la ley disponga expresamente lo contrario".

En consecuencia, si se interpuso demanda de acuerdo a la norma anterior no modificada, la competencia establecida no puede verse alterada ante su modificación por la Ley N° 29057, salvo disposición en contrario; en este caso, la referida Ley no hace referencia alguna.

## **5. RESPUESTA A LOS CASOS PLANTEADOS**

De alguna manera ya hemos adelantado respuesta a lo planteado. Marco jurídico a tenerse en cuenta, ante las modificatorias establecidas por la Ley N°29057: Constitución: artículo 109°.

Código Procesal Civil: artículo 8°, Segunda Disposición Complementaria Final.

Independientemente que las resoluciones judiciales deben cumplirse en sus propios términos y, en principio el inferior debe acatar lo dispuesto por el superior (nótese que no existe norma procesal alguna que faculte elevar en consulta al Superior Colegiado las divergencias como las planteadas entre Jueces inferiores); al advertirse crasos errores que perjudicarían el debido proceso, teniendo en cuenta los principios de economía y celeridad procesal, debemos decir lo siguiente:

Los casos iniciados antes de la modificatoria del Código Procesal Civil, seguirán rigiéndose por las normas con las que se iniciaron. Nótese que la Segunda Disposición Complementaria Final del Código Procesal Civil,

establece excepciones a la aplicación inmediata de la norma, una de ellas son las reglas de competencia.

El caso iniciado con posterioridad a la modificación del Código Procesal Civil, se regula conforme a la norma nueva.

## **6. CONCLUSIÓN**

La entrada en vigor de la Ley N°29057, ha supuesto que algunos magistrados se planteen interrogantes sobre su competencia, al considerar que la aplicación inmediata de dicha norma les afecta.

Parece ser que la descarga procesal ha promovido tal inquietud; pero, hay que ser objetivo y actuar de acuerdo a ley.

Como ya se ha señalado, el Derecho Transitorio es el que nos ayuda a superar tal inquietud; pero, el establecido en nuestro vigente Código Procesal Civil es en relación al derogado Código de Procedimientos Civiles. Entonces, tratándose de las normas procesales modificadas por la Ley N°29057, debe tenerse en cuenta las Disposiciones Complementarias Finales del mismo Código Procesal Civil; por lo que, sobre competencia debemos decir:

- 1.- Procesos iniciados conforme al Código de Procedimientos Civiles de 1912: aplicación ultractiva; ver Disposición Transitoria Quinta del Código Procesal Civil.
- 2.- Procesos iniciados conforme al Código Procesal Civil de 1993, no modificado por Ley N° 29057: continua aplicándose sus disposiciones, no se altera la competencia; ver Segunda Disposición Complementaria Final del Código Procesal Civil.
- 3.- Procesos iniciados conforme al Código Procesal Civil de 1993 modificado por Ley N° 29057: aplicación inmediata de la Ley N° 29057; ver Segunda Disposición Complementaria Final del Código Procesal Civil.

Marcela Arriola Espino  
Aplicación de la ley en el tiempo. A propósito de la Ley N° 29057

- 
- <sup>1</sup> Rubio Correa, Marcial. Para leer el Código Civil III. Título Preliminar. Lima: PUCP, 1986. Pág. 54.
- <sup>2</sup> Messineo, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. T. I, Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1954. Pág. 89.
- <sup>3</sup> Díez - Picazo, Luis y Gullón, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Vol. I, 10a. Ed. Madrid: Tecnos. Pág. 111.
- <sup>4</sup> Op. cit. Pág. 118-119.
- <sup>5</sup> Op. cit. Pág. 58.
- <sup>6</sup> Alzamora Valdez, Mario. Introducción a la Ciencia del Derecho. 6ª. Ed. Lima: SESATOR, 1975.
- <sup>7</sup> Op. cit. Pág. 111.
- <sup>8</sup> Ibid. Pág. 112.
- <sup>9</sup> La Ley N°27495 se publicó en el Diario Oficial "El Peruano" el 07.07.2201.
- <sup>10</sup> Vid. Espinoza Espinoza, Juan. El cómputo del plazo de la separación de hecho a propósito de la Ley N° 27495. En: Diálogo con la Jurisprudencia, N° 76. Lima: enero 2005.
- <sup>11</sup> Díez-Picazo y Gullón. Op.cit. Pág. 112.
- <sup>12</sup> Op. cit. Pág. 62
- <sup>13</sup> "Se entiende por mera facultad a la potencialidad abstracta para adquirir derechos (lo que supone que no está bajo la titularidad del sujeto), es decir, "una posibilidad que abre la ley a favor de alguien, pero que hasta el ejercicio de esa potencia no es sino una eventualidad que no obsta al cumplimiento de la ley que modifique o aniquile esa perspectiva". Expectativa es la simple esperanza de adquirir un derecho en el futuro en virtud de un hecho por consumarse. No se trata de un derecho "sino una esperanza o posibilidad de que pase a serlo cuando se reúnan los presupuestos legales correspondientes, los que ahora no son sino mera eventualidad"". En: Espinoza Espinoza, Juan. Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil Peruano de 1984. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencia. PUCP. Lima: 2003. Pág. 136-137.
- <sup>14</sup> Rubio Correa, Op. cit. Pág. 60-61.
- <sup>15</sup> Rubio Correa, Loc. cit.
- <sup>16</sup> Díez-Picazo y Gullón. Op. cit. Pág. 113.
- <sup>17</sup> Loc. cit.
- <sup>18</sup> Op. cit. Pág.114.
- <sup>19</sup> Díez-Picazo y Gullón. Loc. cit.
- <sup>20</sup> Espinoza Espinoza. Op. cit. Pág. 140; Díez - Picazo y Gullón. Op. cit. Pág. 114-115.
- <sup>21</sup> Borda. Cit. por Alzamora Valdez, Op. cit. Pág. 277.
- <sup>22</sup> Espinoza Espinoza. Op. Cit., Pág. 141-150. Messineo. Op. cit. Pág. 90.
- <sup>23</sup> Rubio Correa, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. T. I. Lima: PUCP, 1999.
- <sup>24</sup> Espinoza Espinoza, Juan. Op. cit. Pág.143-144.
- <sup>25</sup> Messino. Loc. cit.
- <sup>26</sup> Vid. Espinoza Espinoza, Juan. Art. cit. Pág. 26-27.
- <sup>27</sup> Monroy Gálvez, Juan. Introducción al proceso civil. T.I. Santa Fe de Bogotá: Ed. Temis, 1996. Pág. 56.
- <sup>28</sup> Rocco, Ugo. Derecho Procesal Civil. Trad. Felipe de J. Tena. 2ª. ed. Mexico: Ed. Porrúa Hnos. y Cia., 1944. Pág. 130.
- <sup>29</sup> Devis Echandía, Hernán. Teoría General del Proceso. T.I. Buenos Aires: Ed. Universidad, 1984. Pág. 63.
- <sup>30</sup> Op. cit. Pág. 160.
- <sup>31</sup> Rocco, Ugo. Op. cit. Pág. 130.
- <sup>32</sup> Monroy Gálvez. Op. cit. Pág. 163.
- <sup>33</sup> Cárdenas Quirós, Carlos. Modificación y derogación de las normas legales. Lima: Ed. ARA, 1999. Pág. 102. La causa intrínseca expresa está referida a que la norma tiene un plazo de vigencia, el que vencido ocasiona la expiración de su vigencia. Es el caso de las leyes anuales de presupuesto. La causa intrínseca tácita se presenta cuando la norma ha sido elaborada en atención a una determinada circunstancia; al desaparecer ésta, la norma pierde su vigencia. Es el caso de leyes dictadas en etapa de guerra, calamidad.
- <sup>34</sup> Op. cit. Pág. 154.
- <sup>35</sup> Díez-Picazo y Gullón. Op. cit. Pág. 121.
- <sup>36</sup> Loc. cit.
- <sup>37</sup> Monroy Gálvez. Op.cit. Pág. 163.
- <sup>38</sup> Vid. Artículos 475º, 486º, 488º, 546º, 547º del Código Procesal Civil modificado.

## LA IMPORTANCIA DEL VIH/SIDA EN EL MUNDO DEL TRABAJO

MARIEM VICKY DE LA ROSA BEDRIÑANA\*

### Resumen

El presente artículo analiza la repercusión que tiene la enfermedad del VIH/SIDA en el centro de trabajo y la importancia de implementar una legislación laboral adecuada para combatir la discriminación de que son objeto los afectados al interior del centro de laboral.

**Palabras clave:** VIH/SIDA - trabajadores - discriminación.

### Abstract

The following article analyzes the consequences that the HIV/AIDS disease has on the workplace as well as the importance of the implementing of a suitable legislation labor in order to eradicate discrimination acts of which many employees have had to suffer within the workplace.

**Key words:** HIV/AIDS - employees - discrimination.

### Sumario

1. Introducción. 2. El Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH). 3. VIH y SIDA ¿Conceptos iguales? 4. Sobre el proceso infeccioso. 5. Vías de transmisión. 6. Legislación sobre el VIH/Sida en el Perú. 7. El VIH/SIDA en el mundo del trabajo.

---

\* Vocal Titular de la Oficina de Control de la Magistratura (Unidad de Procesos Disciplinarios) – Poder Judicial de Perú.

## 1. INTRODUCCIÓN

Hablar del SIDA sigue siendo un tabú para nuestra sociedad, inclusive se considera de mal gusto considerarlo como tema de conversación, sólo sabemos “algo” de este terrible mal cuando se celebra el día mundial del SIDA el 1° de diciembre de cada año, ocasión en que revistas, diarios y televisión inundan las noticias con cifras escalofriantes de personas que padecen esta enfermedad, poniendo de manifiesto que la epidemia sigue creciendo. Luego de este día todo sigue igual: indiferencia de quienes no la padecen, olvido y discriminación en quienes la tienen.

La respuesta al SIDA durante estos casi 26 años ha logrado avances a nivel mundial, particularmente en cuanto a su tratamiento médico, logrando incluso controlar su avance en ciertas regiones gracias al desarrollo de algunas medicinas y el propósito de que éstas lleguen a los que padecen esta grave enfermedad.

Sin embargo, todavía existe un reto importante por combatir la discriminación y la estigmatización que sufren quienes la padecen. Discriminación que no sólo lo reciben de los parientes más cercanos, sino de todo el entorno social, quedando aislado, de pronto sin un trabajo y sin protección del seguro social.

En nuestro país, no obstante las dramáticas cifras que la Oficina General de Epidemiología del Ministerio de Salud difunde, la población todavía no interioriza el drama que encierra tales cifras y la repercusión que éstas tienen en el desarrollo social y económico de nuestro país; el problema está en considerar que esta enfermedad está lejos de nuestro entorno familiar-social, que no nos puede atacar, que es una epidemia para “ciertos” sectores de la población; éstos y otros pretextos más ensayamos para convencernos de que no es “nuestro problema”.

Cuan errados nos encontramos si pensamos que solo a los que padecen este mal les interesa saber sobre su nefasta propalación y sobre el avance de la medicina para controlarla. Somos precisamente todos los ciudadanos quienes debemos combatir esta enfermedad frontalmente haciendo nuestro el sufrimiento de los que la padecen, haciendo nuestra las discriminaciones y estigmatizaciones a las que son sometidos a causa de este mal, y por cuya razón pierden el trabajo, la protección del seguro social, las amistades y hasta la familia.

¿Acaso no es alarmante que nuestro país registre entre los años 1983 a febrero de 2007 una estadística que bordea los 19,617 casos de SIDA y 28,115 de VIH.

Estas cifras en lugar de llevarnos a concienciar que urge llevar adelante un combate frontal a la pandemia ya sea propiciando medidas de prevención o procurando que quienes padecen la enfermedad reciban un tratamiento oportuno, ha dado lugar a la cultura del miedo, del silencio, de la vergüenza, del desconocimiento, eso es lo que nos domina y de eso se vale precisamente esta enfermedad para ir creciendo, acechando y matando.

Se sabe que en el plano de la medicina, las investigaciones para dar con la cura de este mal se siguen sucediendo incesantemente con la esperanza de controlarla finalmente; y en cuanto al campo jurídico, se aprecia el interés por los juristas y los doctrinarios de proteger al afectado de la discriminación y la estigmatización que recibe, no resultando ajeno a nuestro país esta intención. Sin embargo, la realidad nos demuestra que los afectados de VIH/SIDA padecen con mayor dureza la discriminación en lugares como la escuela, el centro de trabajo, la atención hospitalaria, etcétera, donde se supone que la ley debería ser observada.

Lo anteriormente expuesto, aunado al informe de carácter mundial elaborado por la Oficina Internacional del Trabajo (OIT) que calcula en 36 millones de personas en edad de trabajar que son portadoras del VIH y próximamente la población activa mundial habrá perdido en torno a 28 millones de trabajadores a causa del SIDA desde el comienzo de la epidemia<sup>1</sup>, nos ha llevado a iniciar una investigación sobre la repercusión que tiene en el Perú esta enfermedad en el ámbito de trabajo, puesto que la OIT nos ofrece una visión sombría del efecto de esta enfermedad en el entorno laboral.

Este artículo pretende ofrecer muy brevemente parte de la investigación que se viene realizando con el fin de propiciar una mayor concientización acerca del papel vital que desempeña el lugar de trabajo para abordar una amplia gama de cuestiones relacionadas con el VIH/SIDA.

## **2. EL VIRUS DE INMUNODEFICIENCIA HUMANA (VIH)**

### **Antecedente histórico**

En 1981 el Control de Enfermedad de Atlanta - Estados Unidos (CDC), publica el primer reportaje sobre un tipo raro de neumonía: "Pneumocistis Carinii" en cinco jóvenes, todos homosexuales activos residentes en Los Ángeles.

La creencia inicial de limitar esta enfermedad sólo a homosexuales llevó a algunos autores a denominarla "Síndrome de Inmunodeficiencia relacionada

con los homosexuales” o “Peste Rosa”. En agosto del mismo año, 111 casos similares fueron reportados al CDC, lo que llevó a organizar un registro nacional de casos.

En el año 1982 se le da un nombre al nuevo flagelo: las autoridades sanitarias de EE. UU. comienzan a utilizar el término AIDS, siglas en inglés de “Acquired immuno-deficiency syndrome”, SIDA en castellano (Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida).

Una sesión especial de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas se reunió en 1988, declarando por unanimidad el interés universal de la lucha coordinada contra la enfermedad y en diciembre de 1994 se establece el 1° de diciembre como Día Mundial de la Lucha contra el SIDA. Los Jefes de Estado o representantes de 42 países reunidos en Francia, firmaron la Declaración de la Cumbre sobre SIDA en París que declara a la humanidad amenazada por la pandemia del SIDA y compromete a los países firmantes a implementar estrategias adecuadas para enfrentar la emergencia sanitaria.

Las Naciones Unidas crean ONUSIDA en el año 1996. Se trata de acentuar el interés en que la epidemia es más que un problema de salud y requiere una aproximación diferente para combatirla.

El 1° de junio de 2001, muere a los 12 años en Ciudad del Cabo, Nkosi Johnson, el niño sudafricano símbolo en la lucha contra el SIDA, después de agonizar durante meses. Nkosi que emocionó al mundo con un discurso leído durante la última Conferencia sobre el SIDA en el 2000, había nacido seropositivo en 1989 en Johannesburgo, África del Sur.

En el presente año el Instituto Karolinska de Estocolmo ha otorgado el Premio Nóbel de Medicina 2008 a los franceses Luc Montagnier y Françoise Barré-Sinoussi por el hallazgo del virus del VIH. Estos virólogos hacia 1984 habían aislado numerosas muestras de pacientes con infecciones sexuales, hemofílicos, madres que lo habían transmitido a sus hijos y personas que lo habían contraído en transfusiones. Su descubrimiento hizo posible una clonación rápida del genoma del VIH-1, fundamental para determinar el comportamiento del virus, el diagnóstico de la enfermedad y el desarrollo de medicamentos antivirales que han limitado la expansión de la pandemia, por lo que resulta justo el reconocimiento que se ha hecho a estos científicos.

### **3. VIH y SIDA ¿CONCEPTOS IGUALES?**

El Síndrome de Inmuno Deficiencia Adquirida (SIDA) es la etapa final de la infección con VIH SIDA, significa que el sistema inmunológico está seriamente dañado; a menudo la persona ya ha sido diagnosticada con una infección que amenaza la vida o con un cáncer y sin el tratamiento antiretroviral las personas infectadas con el VIH desarrollaran el SIDA en un promedio de diez a doce años después de su infección inicial. Hoy en día, los tratamientos han aumentado el tiempo entre la infección inicial y el diagnóstico del SIDA y han hecho posible que muchas personas viviendo con el SIDA tengan una mejor calidad de vida, por un periodo de tiempo más largo.<sup>2</sup>

Al VIH se le define como el virus que causa el SIDA; una vez que se introduce en la sangre el VIH ataca a ciertas células del sistema inmunitario llamadas "células T ayudantes" o células CD4 que son las encargadas de ayudar al cuerpo a enfrentarse a las infecciones. Al invadir las células CD4 se reproducen entrando a chorro en la corriente sanguínea hasta vencer la capacidad del cuerpo para combatir otros virus y bacterias dejando al cuerpo sin defensas frente a otros agentes infecciosos.<sup>3</sup>

#### **¿Qué significa ser VIH positivo?**

Es una persona que está infectada pero no tiene necesariamente SIDA. Debido al largo periodo que transcurre entre la infección y el comienzo de la enfermedad, el número de personas VIH positivas en una población es mucho mayor que el número de personas con SIDA. Se dice que en ausencia de tratamiento, casi todo el que sea VIH positivo desarrollará el SIDA en una década.<sup>4</sup>

Si bien hay consenso en que el SIDA es causado por el VIH, sin embargo Max Essex - director de Harvard AIDS Institute, explica lo siguiente: "durante los últimos años, un pequeño número de iconoclastas ha cuestionado la conclusión que ha prevalecido con respecto a que el HIV es la causa del SIDA. Estos escépticos creen que los científicos perpetúan egoístamente el mito del HIV, para proteger sus presupuestos de investigación, y que el SIDA pueda estar provocado por drogas, tales como los inhalantes de nitrato de amilo, por microorganismos como el micoplasma o incluso por la droga AZT".<sup>5</sup>

### **4. SOBRE EL PROCESO INFECCIOSO**

Acerca de cómo se desarrolla el proceso infeccioso Oscar Puccinelli lo explica de manera sintética y clara:<sup>6</sup>

“El sistema inmunológico humano está constituido, entre otros elementos, por glóbulos blancos o linfocitos. Uno de sus principales componentes, las células T, interactuando con otros, están destinados a defender el organismo cuando es agredido. De las células T, dependen los linfocitos T-4, que son los encargados de reconocer la presencia de un virus y movilizar a todas las demás células del sistema para neutralizar y eliminar al invasor. El HIV, al ingresar en el flujo sanguíneo, busca inmediatamente alojamiento, infectando a diversos tipos de células. Así como el virus de la poliomielitis se aloja en las células nerviosas de la médula y el de la hepatitis en el hígado, el HIV prefiere a los linfocitos. Al adherirse a las células T y penetrar en ellas, altera su patrimonio genético y tomando sus controles va duplicándose a medida que se dividen las células que lo hospedan. Ello se debe a que el HIV como todo virus, - incluso el de las computadoras-, es un programa genético que lleva una orden simple de reproducción de una célula a otra.”

“A medida que la inmunodeficiencia avanza, multiplicidad de enfermedades oportunistas (las más frecuentes son los procesos tumorales y aquellas que atacan las vías respiratoria, el sistema nervioso central y el aparato digestivo) comienzan a desarrollarse libremente, deteriorando gradualmente el estado de salud (físico y psíquico) del paciente hasta su muerte, que finalmente se produce no por el HIV, sino por aquellas enfermedades que la acción de éste permitió prosperar. Dado que no hay vacunas ni tratamientos efectivos, el panorama del enfermo es realmente tétrico. El tiempo promedio de supervivencia alcanza a los diez años en personas jóvenes sin compromisos orgánicos ni inmunológicos importantes, pero es notoriamente inferior en niños y ancianos”.

## 5. VÍAS DE TRANSMISIÓN

Nuestra población poco o nada sabe sobre cómo se transmite esta enfermedad. Simplemente se tiene miedo de padecerla, provocando que se margine al afectado con esta enfermedad al extremo de no querer hablarle y menos estrecharle la mano. De ahí la importancia de divulgar las vías de transmisión de esta enfermedad y así desterrar tabúes que solo sirven para institucionalizar discriminaciones y estigmatizaciones.

Alexander Irwin, Joyce Millen y Dorothy Fallows refieren que el VIH se propaga al mantener relaciones sexuales sin protección con una persona infectada, al compartir jeringuillas u otros medios de inyección de drogas que hayan sido usadas previamente por personas infectadas o al recibir transfusiones de sangre, o de otros productos procedentes de la sangre, contaminados por el VIH. El virus puede pasar también de madre a hijo antes

o durante el nacimiento o cuando lo amamanta. El hecho de que las personas VIH positivas puedan carecer de síntomas (asintomáticas) durante muchos años, pero aumenta mucho las posibilidades de que puedan transmitir el virus involuntariamente a través de las relaciones sexuales, al compartir jeringuillas o al amamantar.<sup>7</sup>

## **6. LEGISLACIÓN SOBRE EL VIH/SIDA EN EL PERÚ**

Breve sinopsis de la situación del VIH y SIDA en el Perú:

- El primer caso de SIDA en el Perú fue reportado en el año 1983.
- Mientras al inicio de los 90, por cada mujer con SIDA había 11 hombres con SIDA. Hoy, por cada mujer con SIDA, existen tres hombres con SIDA. Esto se refiere únicamente a la proporción hombre/mujer, porque en el mundo, en términos globales, el número de mujeres y hombres infectados se ha incrementado.
- Al evaluar las vías de transmisión sexual, parental y vertical, se evidencia que la transmisión de la epidemia en el Perú es casi exclusivamente sexual (97%). La transmisión perinatal es del orden del 2,1 % y la transmisión parenteral es del 1.1%.
- El 50 % se infecta a una temprana edad, la mediana edad de infección por VIH es 31 años.
- La mayoría de los casos se presentan en ciudades y departamentos de la Costa y de la Selva del Perú, con mayor concentración urbana (Lima-Callao, Iquitos, Chiclayo, Trujillo, Pucallpa, Arequipa, Huancayo, Piura, Ica, Chimbote y Huaraz); Lima y Callao concentran el 73 % de los casos registrados (Ministerio de Salud, 2006).
- En el Perú, aproximadamente 8,500 personas que viven con SIDA (PVVS) reciben por parte del Ministerio de Salud tratamiento antiretroviral de gran actividad (TARGA) (dato del mes de setiembre de 2007).
- Gracias a la información proporcionada por el Ministerio de Salud y a un estudio de nivel nacional (Prevén) se cuenta con estadísticas confiables: se tiene reportado 20,110 casos de SIDA y 29,771 casos de VIH al 31 de setiembre de 2007.

### **Sobre su legislación**

En el Perú, luego de la primera aparición del SIDA, la legislación sobre la materia fue tímida, incompleta y paulatinamente ha ido modificándose a fin de no solo dotar de protección a los afectados por este mal, sino también a toda la población.

En la vigente Ley 26626 -Ley CONTRASIDA- no solo ha tratado de enfrentar el mal desde políticas de salud sino también ha introducido importantes normas para combatir la discriminación de quienes sufren esta enfermedad. Ejemplo de ello es que en su artículo 4° se establece que las pruebas para diagnosticar el VIH/SIDA son voluntarias y se realizan previa consejería, exceptuado el caso de los donantes de sangre y órganos así como los demás casos previstos en el Reglamento de la Ley y en el artículo 6°.

El Reglamento de la citada Ley (D.S. 044-97-SA) precisa en lo que es relevante para el tema que ahora nos ocupa que la prueba de diagnóstico de VIH no debe ser requerida como condición para iniciar o mantener una relación laboral, educativa o social (artículo 15°) y que la nulidad del despido a que se refiere el artículo 6° de la Ley, se sujetará a las normas y procedimientos establecidos en las disposiciones laborales vigentes (Artículo 21°).

Merece destacar también la Ley N° 27270, que penaliza la discriminación y que constituye un instrumento eficaz para combatir la estigmatización y discriminación de que son objeto los afectados por el VIH/SIDA.

Recientemente se aprobó por Decreto Supremo N° 005-2007-SA (03 de mayo de 2007) el Plan Estratégico Multisectorial 2007-2011 para la prevención y control el mismo que deberá guiar las acciones contra el VIH/SIDA entre los años 2007-2011, tanto del sector gubernamental como del sector no gubernamental y de la cooperación internacional. Este plan contiene nueve objetivos estratégicos dentro de los que destaca el promover un entorno político, social y legal favorable para el abordaje integral del VIH/SIDA y la diversidad sexual desde una perspectiva de derechos humanos, con la participación de las comunidades con mayor prevalencia y fortalecer los sistemas de información estableciendo un sistema de monitoreo y evaluación para permitir la toma de decisiones oportuna y la medición de los logros obtenidos.<sup>8</sup>

Coincido con el jurista peruano Luis Lamas Puccio cuando dice que “La experiencia obtenida hasta la fecha sugiere que lejos de disminuir la efectividad de las medidas destinadas para combatir el SIDA, dado que el virus se propaga principalmente por medio de las relaciones sexuales o la inyección de drogas vía intravenosa, las medidas de tipo autoritario que no respetan principios fundamentales inherentes a la persona humana, tendrán como consecuencia que lo que ya pertenece a la esfera del comportamiento privado se haga aún más clandestino “. Efectivamente, como lo señala el jurista citado toda legislación discriminatoria tendrá dos clases de efectos. En primer lugar, puede conducir a abogados y funcionarios de salud pública a emplear medidas

restrictivas injustificadas y rigurosas. En segundo lugar, puede fomentar el temor a la discriminación entre quienes hayan contraído la enfermedad o teman contraerla, lo que los llevará a la clandestinidad y les impedirá beneficiarse de los programas de salud pública y de las medidas de control.<sup>9</sup>

## **7. EL VIH/SIDA EN EL MUNDO DEL TRABAJO**

### **Cifras que asustan**

Según el informe de la OIT hacia el 2010 el número de trabajadores perdidos para el mercado laboral debido a esta enfermedad ascenderá a 48 millones y a 74 millones en el 2015, y según lo señala Odile Frank, autora de este informe "Tal pérdida equivale a la desaparición de la población de un país de gran dimensión de la faz de la tierra", lo que obviamente significa que su repercusión será grande en la economía mundial.<sup>10</sup>

Este Informe refiere que la repercusión directa del VIH/SIDA en los trabajadores es doble, millones han muerto y otros millones abandonan el mundo del trabajo, calculándose que para el año 2015 el número de incapaces para trabajar por estar infectados ascenderá a 4 millones. Otros datos que brinda es que otros trabajadores económicamente activos se verán obligados a soportar una mayor carga económica debido a que sus colegas habrán fallecido de VIH/SIDA y otros adultos que vivan con personas infectadas también deberán soportar la carga añadida de cuidarlas y los adultos en edad de trabajar, participen formalmente o no de la fuerza laboral quizá deban dejar sus actividades económicamente productivas para dedicar el tiempo al cuidado de sus enfermos, lo cual significa que si 2 millones de trabajadores no pueden trabajar por haber contraído el VIH/SIDA, otros 2 millones de personas no podrán hacerlo porque tendrán que cuidarlos.<sup>11</sup> En términos macroeconómicos las cifras son impresionantes acerca de la repercusión directa e indirecta del VIH/SIDA en la fuerza laboral.

La doctora Sophia Kisting, Directora de OIT/SIDA ha mencionado que los lugares de trabajo son de vital importancia para la información, prevención, no discriminación y acceso a tratamiento relacionado con el VIH/SIDA, reconociendo al mismo tiempo que cada vez hay más pruebas de que el lugar de trabajo funciona como un punto de entrada para una gran variedad de cuestiones que surgen con esta pandemia.

Este panorama sombrío ha llevado a la OIT a realizar un enfoque tripartito del VIH/SIDA donde los objetivos relativos al trabajo decente se combinan con

las respuestas a esta enfermedad en el lugar de trabajo, siendo esto posible gracias al papel estratégico que desempeñan los interlocutores tripartitos -los ministros de trabajo y sus autoridades-, los empleadores y trabajadores. El enfoque que mencionamos está en el Repertorio de Recomendaciones Prácticas sobre esta enfermedad y el Mundo del Trabajo que la OIT ha elaborado y donde se ha establecido principios fundamentales importantes como:

- Se reconoce que el VIH/SIDA es un problema en el lugar de trabajo y debería tratarse como cualquier otro tipo de enfermedad profesional grave que con arreglo al principio del trabajo decente y del respeto de los derechos humanos y la dignidad de las personas infectadas por esta enfermedad no debería haber discriminación alguna contra los trabajadores basada en una infección por el VIH real o supuesta;
- No se debería exigir la presentación de diagnósticos relativos al VIH ni exigir información personal sobre este a los solicitantes de un puesto de trabajo ni a quienes ejercen un empleo;
- Tampoco existe razón para obligar a los trabajadores a dar a conocer informaciones de esta índole a un compañero;
- Una infección por el VIH no constituye una causa justificada de despido y tal como sucede con otras enfermedades deberán tener la posibilidad de trabajar mientras sean médicamente aptos para hacerlo en un puesto apropiado existente.
- Debe adoptarse en el centro de trabajo una actitud solidaria de asistencia y de apoyo frente a esta enfermedad que ya es catalogada como una pandemia.<sup>12</sup>

En el caso del Perú, también las cifras asustan pues según datos de la Oficina General de Epidemiología del Ministerio de Salud, entre los años 1983 al 28 de febrero de 2007 se han registrado 19,617 casos de SIDA y 28,115 casos de VIH, siendo el Departamento de Lima el que más casos registra: así entre 1991 al 2000 fueron registrados 7,183 casos de SIDA y 6,862 de VIH; del 2001 al 2006 han sido 8,716 casos de VIH y 4,586 de SIDA y de enero a febrero de 2007 se tuvo 82 casos de VIH y 4 de SIDA.<sup>13</sup> Si esto es así, urge entonces averiguar qué está sucediendo con el trabajador peruano afectado de VIH/SIDA y cuál es el comportamiento del empleador frente a esta pandemia.

## **El centro de trabajo y su relación con el VIH/SIDA**

No debemos olvidar que en el centro de labores es donde se crean actitudes sociales, hay una escala de valores y también se intercambian informaciones y experiencias sobre comportamientos sexuales; sin embargo a la hora de enfrentar un caso de VIH/SIDA la respuesta inmediata de los compañeros de trabajo es el aislamiento, la discriminación, la estigmatización (rechazo, marginación) hasta que el empleador termina despidiéndolo.

El silencio, el miedo, la ignorancia sobre la forma como se contrae la enfermedad, son entre otros factores, los que más conspiran para no dar una respuesta adecuada al trabajador enfermo de VIH/SIDA, ofreciéndole en contrapartida una actitud discriminatoria y estigmatizadora que aún no se supera y que contribuye a que la pandemia siga su curso en nuestro país.

Carlos Monsiráis sostiene que el problema más agudo de la lucha contra el sida, luego de los planteados por la enfermedad misma, es de carácter informativo y cultural, incluyendo lo relativo al prejuicio; puesto que del sida la mayoría sabe poco o nada, esta enfermedad tanto más brutal por inesperada se convierte en el peor delito.<sup>14</sup> En el mundo del trabajo este hecho no le es ajeno.

Bien lo dice Javier Momethiano Santiago, el VIH/SIDA es el mayor desafío a la ciencia médica y a la salud pública en el siglo XX y en el presente<sup>15</sup>, es por ello que resulta necesario una normativa adecuada que tenga como corolario la protección de los derechos humanos<sup>16</sup>; sin embargo, consideramos que representa también un gran desafío para el mundo del trabajo, pues se necesita entender y adoptar medidas que incidan en las interconexiones que existen entre el SIDA, el trabajo y el desarrollo de un país; y se necesita tener igualmente una clara responsabilidad para movilizar el mundo del trabajo hacia la prevención de esta pandemia; y es que la prevención del VIH debe ser integrada en los servicios y en las estructuras de seguridad y de salud en el trabajo; en los programas de formación en materia de iniciativa empresarial y de aprendizaje, y en la formación destinada a los sindicatos y a los empleadores; tarea que no es nada simple en el caso de nuestro país si tomamos en cuenta los tabúes y prejuicios que existen alrededor.

El 09 de mayo de 2006 la OIT destacó la necesidad de intensificar la movilización contra el VIH/SIDA en los centros de trabajo en América Latina y el Caribe, señalando Juan Somariva, Director General de la OIT, que “el desafío es hacer que el lugar de trabajo sea un sitio de protección, prevención,

atención y esperanza en el corazón mismo de la respuesta al VIH y al SIDA". Por su parte en el Foro de Liderazgo sobre el Mundo del Trabajo organizado por la OIT en la 15ª Conferencia Internacional sobre el SIDA en Bangkok los líderes del ámbito del trabajo convinieron en señalar que: "el lugar de trabajo constituye una plataforma de acceso esencial para la provisión de educación, asistencia y tratamiento, así como para el desarrollo de actividades de lucha contra la discriminación (...) y que por tal razón los gobiernos, empleadores y las organizaciones que los representan, así como los sindicatos y sus afiliados, debían otorgar a esta cuestión la más alta prioridad".

La doctora Sophia Kisting, Directora de la OIT/SIDA ha referido que en junio de 2009, la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT celebrará una primera discusión tripartita sobre una nueva norma internacional del trabajo destinada a ampliar y reforzar las respuestas ante el VIH/SIDA en el mundo del trabajo; previéndose que la nueva norma adopte la forma de lo que ellos llaman una recomendación, que se ha de adoptar tras una segunda discusión en junio de 2010. Si bien las recomendaciones de la OIT no son de por sí vinculantes desde el punto de vista jurídico, pero proporcionan valiosas orientaciones y los Estados Miembros de la OIT tienen la obligación de presentar memorias sobre la manera en que aplican los instrumentos, lo cual proporciona informaciones útiles para las tareas de supervisión. En este proceso de preparación se celebrarán consultas con los gobiernos, y las organizaciones de empleadores y de trabajadores.

### **El derecho al trabajo, discriminación y el VIH/ SIDA**

El derecho al trabajo está previsto en la Constitución Política del Estado como un derecho y un deber (Artículo 22º). Por ser el trabajo un hecho social y un derecho fundamental para el desarrollo del ser humano, el Estado lo protege, asumiendo en consecuencia obligaciones cuyo fin último es la igualdad en el acceso al mismo y su efectivo ejercicio (Artículo 23º).

Por su parte la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 23º expresa que toda persona tiene derecho al trabajo, así como condiciones equitativas y satisfactorias. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala respecto a este derecho en su artículo 6º que los Estados partes reconocen el derecho de las personas a trabajar, de manera que los mismos se comprometen en el logro efectivo de este derecho.

Las normas citadas no expresan la necesidad de la elaboración de la prueba VIH/SIDA como un requisito para optar a un puesto de trabajo o mantenerse

en él, sin embargo, son muchos los empleadores que exigen a quien solicita un empleo o a quien ya está empleado que se someta a la prueba de VIH y si el resultado es positivo se le niega el empleo, se le desmejora las condiciones laborales o se le despide.

Existen muchas formas de discriminación en el lugar de trabajo por motivos del VIH y estos son aceptados conscientemente e inconscientemente por todos, lo que es grave si se toma en cuenta que las personas que padecen de VIH/SIDA están en una posición de desventaja debido a la desinformación o información mal dada, a su pobreza o a otros aspectos.

Precisamente la OIT ha señalado que la discriminación referida a personas seropositivas (o incluso de las que se sospechan que tienen el virus) agrava las desigualdades existentes en las sociedades y la detección de quienes tienen el virus para despedirlos, negarles un ascenso o excluirlos de la protección o de las prestaciones sociales es una forma de discriminación relacionada con el SIDA, como lo es también la difusión de datos confidenciales o el hecho de negarse a introducir modificaciones en el lugar de trabajo para adaptarlo a las características de los trabajadores enfermos de VIH/SIDA.<sup>17</sup>

Los casos de estigmatización y discriminación en los espacios laborales de nuestro país se presentan con frecuencia, pero no son denunciados por vergüenza, miedo o desconocimiento. En este año un diario local dio cuenta de que un joven de 23 años de edad que laboraba en una conocida cadena de grupos en el Distrito de Independencia denunció a Inspectoría del Ministerio de Trabajo la discriminación que sufrió y su posterior despido del centro de trabajo. Según el citado joven los hechos se iniciaron en febrero de 2008 cuando un compañero de trabajo que se encargaba de hacer tareas en la zona de los surtidores, sin su consentimiento revisó un cuaderno de apuntes que era usado como un diario y donde leyó su confesión de ser una persona que vive con el VIH; luego de ello el 14 de abril el administrador del grupo le preguntó delante de todos los trabajadores de turno tarde si tenía VIH, lo que fue negado por miedo al despido, sin embargo, fue despedido el 24 de abril sin existir motivo.<sup>18</sup>

Otras formas sutiles pero efectivas que adoptan los empleadores para desembarazarse de sus empleados enfermos de VIH/SIDA es apartarlo de sus tareas habituales, se le relega y se le expone a las actitudes reticentes o abiertamente discriminatorias de jefes y compañeros, entonces la renuncia se convierte en la única salida. Las empresas invocan otras razones para el despido y pueden incluso demostrarlas quedando la discriminación oculta, resultando difícil que el trabajador pruebe la discriminación.

El Perú no cuenta con una Ley que regule específicamente las relaciones entre el SIDA y el trabajo, de cómo debe compatibilizar el derecho a la intimidad por un lado y el derecho social a la protección de la salud por otro; así como que regule la prevención, la asistencia o la reubicación del trabajador enfermo, las tareas acordes a sus posibilidades, entre otros aspectos.

Urge una legislación laboral adecuada y coherente con nuestra realidad y si bien el entonces Director Nacional de Inspecciones del Ministerio de Trabajo, Jorge Villasante Aranibar advirtió que se impondría multa de hasta S/ 6,900.00 Nuevos Soles a las empresas que despidan a un trabajador solo por el hecho de tener VIH/SIDA y que el nuevo Reglamento de Inspecciones consideraba como una falta “muy grave” cesar a un trabajador por tener esta enfermedad, lo cierto es que hasta el año 2007 el Ministerio de Trabajo no registraba un denuncia formal de despido por padecer de VIH/SIDA.

El Estado tiene la obligación de impedir toda forma de discriminación en el lugar de trabajo (en este caso por padecer de VIH/SIDA) y como ente rector de políticas públicas le corresponde vigilar y garantizar que estas sean eliminadas de las empresas privadas y públicas. No sería mala idea incorporar en nuestra Constitución Política una norma similar.

- 
- <sup>1</sup> El Vih/Sida y el Trabajo: estimaciones, repercusiones y respuestas mundiales, Programa de la OIT sobre el VIH/SIDA y el Mundo del Trabajo-Ginebra 2004.
  - <sup>2</sup> <http://www.metrokc.gov/health/APU/spanish/basic.htm>
  - <sup>3</sup> Irwin, Alexander; Millen, Joyce y Fallows, Dorothy. Sida Global: Verdades y Mentiras-Herramientas para luchar contra la pandemia del siglo XXI. Barcelona-España: Ed. Piados, 2004. Pág. 31.
  - <sup>4</sup> Irwin, Alexander y otros. Ob. Cit. Pág. 32.
  - <sup>5</sup> Max Essex, Harvard AIDS Institute- H.I.V. sida, citado por Oscar R. Puccinelli en su obra: Derechos Humanos y Sida. Buenos Aires: Edit. Depalma, 1995. Pág. 15 y 16.
  - <sup>6</sup> Puccinelli, Oscar R. Derechos Humanos y SIDA. Buenos Aires: Edit. Depalma, 1995. Págs. 17y 18.
  - <sup>7</sup> Irwin, Alexander; Millen, Joyce y Fallows, Dorothy. Sida Global: Verdades y Mentiras- Ob. Cit. Pág. 33.
  - <sup>8</sup> [www.onu.org/p/Público/Infocus/vihsida\\_peru.aspx](http://www.onu.org/p/Público/Infocus/vihsida_peru.aspx)
  - <sup>9</sup> Lamas Puccio, Luis. Perspectivas Jurídicas del Sida en Derecho Penal-Consideraciones sobre la ETS-Retrovirus del Sida y sus efectos jurídicos penales. Lima: Edit. San Marcos, 1999. Pág. 359.
  - <sup>10</sup> [www.apinta.org/elmundodeltrabajo/sida](http://www.apinta.org/elmundodeltrabajo/sida). Fecha en la web: 23-04-08
  - <sup>11</sup> 15° Conferencia Internacional sobre el SIDA en Bangkok-Tailandia, celebra del 11 al 16 de julio de 2005.
  - <sup>12</sup> Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT sobre el VIH/SIDA y el mundo del Trabajo-OIT-Ginebra 2001. Págs. 2 y 3.
  - <sup>13</sup> Fuente: Oficina General de Epidemiología del Ministerio de Salud.
  - <sup>14</sup> Monsiráis, Carlos. El Sida y el sentido de Urgencia, en Sida: Aproximaciones Éticas-Mark Platts (compilador). Universidad Autónoma de México. México: Edit. Fondo de Cultura Económica. Pág. 77 y 81.
  - <sup>15</sup> Momethiano Santiago, Javier Ysrael. Consideraciones sobre las ETS-Retrovirus del SIDA y sus efectos Jurídico Penales. Lima: Edit. San Marcos, 1999. Pág. 352.
  - <sup>16</sup> Momethiano Santiago, Ob. Cit. Pág. 351.
  - <sup>17</sup> El VIH/SIDA: La epidemia y su impacto en el mundo del trabajo, Modulo 1-OIT-Ginebra Pág. 12.
  - <sup>18</sup> <http://www.pressperu.com/index2.php>

# TEORÍA DEL ACTO JURÍDICO Y CONCEPTO DEL NEGOCIO JURÍDICO

LUZ GLADYS ROQUE MONTESILLO\*

## Resumen

El artículo tiene la finalidad de hacer conocer la teoría del acto jurídico y el concepto y contenido del negocio jurídico en relación con el artículo 140° del Código Civil Peruano.

Se avoca a realizar un planteamiento para establecer que concepción debe seguir la norma sustantiva civil, debiendo tener en cuenta la realidad social de cada ordenamiento jurídico.

**Palabras clave:** Acto jurídico - negocio jurídico - hecho jurídico.

## Abstract

This article has the purpose of making the theory of the legal transaction known, as well as the concept and the content of the legal business in relation to the article 140° of the Peruvian Civil Code.

It aim to realize an exposition to establish which conception must be followed by the substantive civilian norm, having to consider the social reality of each legal ordering.

**Key words:** Legal transaction - legal business - legal fact.

## Sumario

1. Introducción.
2. La teoría del acto jurídico y concepto del negocio jurídico.
3. El acto jurídico.
4. Negocio jurídico.

---

\* Vocal Titular de la Corte Superior de Justicia de Cañete - Poder Judicial de Perú.

## 1. INTRODUCCIÓN

El fenómeno del acto jurídico, al igual que el contrato, están basados o fundamentados en la necesidad de explicar y entender adecuadamente cuándo las intenciones de los sujetos de derechos, en un determinado ordenamiento jurídico, en una sociedad y en un momento histórico determinado, deben ser valoradas y tomadas en consideración por dicho ordenamiento para la atribución de efectos jurídicos<sup>1</sup>.

## 2. LA TEORÍA DEL ACTO JURÍDICO Y CONCEPTO DEL NEGOCIO JURÍDICO

### 2.1. Código de Francia

Estamos frente a una concepción completamente individualista y artificial de los comportamientos del hombre que producen consecuencias legales; “individualistas” porque se deja de lado toda valoración social y normativa, y “artificial” porque se pretende hacer creer que es en la voluntad del individuo donde reposa la esencia del concepto mismo de acto jurídico.

Como veremos más adelante, es justamente ésta concepción abstracta y artificial, lo que ha originado en nuestro medio, cierto rechazo al estudio de la *doctrina general del acto jurídico*; es decir, por pensar que se trata de un asunto meramente académico, puramente abstracto y de ninguna aplicación práctica.

Pothier, señala que por objeto del contrato debe entenderse el objeto de la obligación que constituye la prestación estipulada por una de las partes y prometida por otra; y así lo entienden en general los comentadores del Code (Mercadé, Demolombe, Laurent, Baudry-Lacantinerie, Capitant, etcétera). Como es sabido, los autores clásicos fueron los primeros comentaristas del Código Civil Francés, quienes se basaron en las ideas expuestas por Domat y Pothier.

Las obras doctrinarias de estos dos grandes civilistas del antiguo Derecho Francés fueron el reflejo de la corriente del pensamiento predominante en la época; nos estamos refiriendo al “iusnaturalismo” que resalto en todo momento como valor fundamental “la libertad del hombre”, entendiendo a éste último como el centro de la sociedad y por ende el centro del ordenamiento jurídico, cuya función debe limitarse en último término a consagrar todos los propósitos de los sujetos de derecho.

Corresponde pues, a esta época la idea del denominado “dogma de la voluntad”, en el sentido que el Derecho tiene como función la de recoger las aspiraciones de los sujetos y darles protección legal. De ahí se derivaron como algo natural los principios de la “autonomía de la voluntad”, del simple “consensualismo”, del “valor de la palabra dada”, y todos aquellos principios jurídicos que tienen como común denominador el resaltar el valor de la voluntad como fuente de derechos y obligaciones en el ordenamiento jurídico, correspondiendo a este último, como ya se ha indicado, únicamente el recibir las expresiones de voluntad de los sujetos y conceder en lógica correspondencia los efectos jurídicos perseguidos, siempre y cuando, claro está, no convengan los principios y valores que conforman el orden público y las buenas costumbre, entendidas como reglas de convivencia social aceptadas por todos los miembros de una determinada comunidad, como de cumplimiento obligatorio, o normas imperativas.

Dentro de la *concepción iusnaturalista del derecho*<sup>2</sup>, es lógico pensar que se definan los actos del hombre relevante jurídicamente como simples manifestaciones de voluntad dirigidas a la producción de efectos jurídicos, sin tomar en cuenta en absoluto la función organizadora y ordenadora del ordenamiento jurídico pues siendo el hombre el centro del sistema jurídico, nada más fácil y consecuente resulta concebir el acto jurídico como una simple manifestación de voluntad o la expresión de un deseo, pero de producir consecuencias jurídicas.

Como se podrá apreciar, el fenómeno del acto jurídico, al igual que el contrato, están basados o fundamentados en la necesidad de explicar y entender adecuadamente, cuando las intenciones de los sujetos de derechos, en un determinado ordenamiento jurídico y en una sociedad y en un momento histórico determinado deben ser valoradas y tomadas en consideración por dicho ordenamiento jurídico para la atribución de efectos jurídicos, porque se trata de diferencias, dentro de todos los comportamientos del hombre, en el ámbito social los que deben merecer la tutela legal en atención al propósito práctico que los hubiera determinado, con la consiguiente imposibilidad de retractarse, de aquellos otros que son intrascendentes, o que siendo también relevante jurídicamente, producen efectos atribuidos directa y abstractamente por la norma jurídica al simple comportamiento voluntario sin interesar el fin práctico perseguido por sus autores.

Habiendo llegado algunos a plantear, copiando ideas de autores extranjeros, el que deba prescindirse de toda referencia al acto jurídico dentro del Código Civil Peruano, pues bastaría la noción genérica del contrato para resolver los problemas que sugiere y plantea la teoría general del acto jurídico.

Posición que comparto igual que Lizardo Taboada Córdova, que desde nuestro punto de vista, es completamente equivocada y que responde en gran medida a la costumbre, muy arraigada en algunos sectores de nuestro medio jurídico, de copiar y aceptar sin discusión algunos preceptos doctrinarios de autores extranjeros de gran prestigio. Esta posición, felizmente minoritaria, olvida que el acto jurídico, además de un problema teórico es también una opción legal, sin embargo, sobre este aspecto, volveremos nuevamente más adelante.

### El Código Alemán

Ahora bien, una vez creado este concepto por los autores clásicos franceses y difundido a nivel doctrinario con mucha fuerza, en Alemania, desde antes de la promulgación del Código Civil Alemán y con mayor razón a partir de la entrada en vigencia en 1900, los pandectistas, ante la necesidad igual de justificar y conceptualizar los actos del hombre que son relevantes jurídicamente, por una diversa interpretación de las fuentes, crearon y elaboraron el concepto de “negocio jurídico”, que en su primera versión, clásica pandectista, coincidió totalmente con la versión clásica francesa, salvo el cambio de término, mientras los “clásicos franceses” prefirieron la denominación de “acto jurídico, los pandectista optaron por el “negocio jurídico”, pero coincidiendo totalmente en los postulados, pues entendieron y definieron el negocio jurídico al igual que los franceses, como una declaración de voluntad que produce efectos jurídicos perseguidos por los sujetos como jurídicos precisamente.

**2.2. La Doctrina Contemporánea** desarrolló la Teoría del Negocio Jurídico, uno de los principales representantes fue el Código Civil Alemán de 1900 BCG:

**Primero:** la doctrina alemana elaboró la teoría del negocio jurídico, esta doctrina señala que el “negocio” es una declaración de voluntad orientada a conseguir una finalidad práctica lícita amparada por el ordenamiento legal, esta definición la saca de los pandectistas alemanes.<sup>3</sup>

Los pandectistas ante la necesidad de justificar y conceptualizar los actos del hombre que son relevantes jurídicamente crearon y elaboraron el concepto del “negocio jurídico”, que en su primera versión clásica pandectista coincidió totalmente con la versión clásica francesa, salvo el cambio de termino, pues mientras los clásicos franceses prefirieron la denominación de “acto jurídico” los pandectistas optaron por la de “ negocio jurídico”, pero coincidiendo totalmente en sus postulados, pues entendieron y definieron al negocio

jurídico al igual que los franceses, como una declaración de voluntad que produce efectos jurídicos perseguidos por los sujetos.

**Segundo:** El alejamiento, que posteriormente determinaría el total desprestigio del concepto francés del acto jurídico y su casi total abandono por los juristas de los diversos sistemas jurídicos latinos y que después da lugar a la enorme difusión y aceptación del concepto del negocio jurídico, se inició desde el mismo momento, en que los autores alemanes y por ende todos sus seguidores, empezaron a definir y entender el “negocio jurídico”<sup>4</sup> ya no como una simple manifestación de voluntad, sino como un “supuesto de hecho”, es decir, *como una hipótesis prevista en abstracto por las normas jurídicas de una o más declaraciones de voluntad que producirán consecuencias jurídicas.*

Por todo lo expuesto anteriormente, y como será fácil deducir, debemos señalar con toda claridad que desde nuestro punto de vista, es completamente inadecuado la definición del artículo 140° del Código Civil por estar inspirada directamente en la concepción clásica del acto jurídico, completamente destruida y abandonada en la actualidad, por lo que debe eliminarse la definición de acto jurídico contenida en el artículo 140°, debiendo mantenerse únicamente la segunda parte referida a los requisitos de validez, que si nos parece pertinente.

Se trata de dos nociones elaboradas por diferentes sistemas doctrinarios con el mismo objetivo: establecer una teoría general sobre los actos humanos relevantes jurídicamente; igualmente se trata de dos nociones que coincidieron en un primer momento pero que posteriormente se alejaron.

Asimismo debemos añadir que si por tradición jurídica se ha decidido mantener en el nuevo Código Civil al igual que en el de 1936, la terminología francesa, ello no es impedimento para entender el acto jurídico del Código Peruano bajo la óptica del negocio jurídico, por tratarse justamente de dos nociones dirigidas al mismo objetivo conceptual, aún cuando han experimentado una evolución distinta. El enfoque adecuado debe sin duda al de los postulados de la teoría general del negocio jurídico, pues se trata de un tema íntimamente vinculado con la realidad social a la cual se aplica.

**Tercero:** Posteriormente nació la tercera corriente, la Teoría Preceptiva<sup>5</sup>, entendiéndose que el negocio jurídico es un supuesto de hecho pero que contiene no simples declaraciones de voluntad sino un precepto social, es decir, una autorregulación de intereses privados socialmente útiles. Posteriormente se empezó a hablar de finalidades *socialmente razonables o no absurdas* como

requisitos de validez de los negocios jurídicos atípicos. Como se podrá apreciar ya no se puede sostener más, sin peligro de riesgo absurdo, que el negocio jurídico es una declaración de voluntad destinada a crear, modificar, regular o extinguir relaciones jurídicas, pues se trata de una definición totalmente desactualizada y destruida por la evolución del propio concepto negocial; menos aún, nos podemos aferrar al concepto francés clásico del acto jurídico, por tratarse de una noción que se estancó definitivamente y que no supo adaptarse a los cambios políticos, sociales, filosóficos y económicos.

El enfoque adecuado debe ser sin duda el de los postulados de la teoría general del negocio jurídico. Ahora bien, dentro de las variantes respecto de la noción del negocio jurídico, existe total libertad para el jurista y el intérprete, dependiendo de su propia concepción.

### 3. EL ACTO JURÍDICO<sup>6</sup>

La primera cuestión es resuelta por la ciencia del derecho, cuya tarea es definir el concepto de acto jurídico. La cuestión puede ser resuelta de distintas maneras por las diferentes escuelas científico-jurídicas.

La Teoría Pura del Derecho define al “acto jurídico” como un acto con el que una norma es establecida (hablando figurativamente, creada) o aplicada; y afirma que un acto es un acto creador o aplicador del derecho dentro del orden jurídico, esto es, si el acto en cuestión es establecido con fundamento de orden jurídico. Acto jurídico se define como la “manifestación de la voluntad que se hace con la intención de crear, modificar, transferir o extinguir un derecho”. Acto jurídico es el acto humano voluntario o consciente y lícito, que tiene por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o extinguir derechos. Acto jurídico es el instrumento con el cual se da concreta actuación a la autonomía privada. Autonomía privada quiere decir que los sujetos de derecho –dentro de los límites permitidos por el ordenamiento jurídico- tienen la libertad de regular sus intereses como mejor les parezca, regulación que está garantizada por el ordenamiento<sup>7</sup>.

El acto jurídico es el acto *humano voluntario o consciente*, que tiene por fin inmediato establecer entre las personas *relaciones jurídicas*, crear, modificar o extinguir *derechos*. El acto jurídico produce una modificación en las cosas o en el mundo exterior porque así lo ha dispuesto el *ordenamiento jurídico*.

Para que se dé el acto jurídico no basta con que haya un sujeto y un objeto con bastante capacidad, se necesita algo que los ponga en relación, estableciendo

un lazo o un vínculo que los una, haciendo pasar la relación jurídica del estado de posibilidad al estado de existencia.

#### **4. NEGOCIO JURÍDICO**

Con el negocio el individuo no viene a declarar que quiere algo, sino que expresa directamente el objeto de su querer y ésta es una regulación vinculante de sus intereses en las relaciones con otros.

También, se considera como negocio jurídico: “La declaración o acuerdo de voluntades, con que los particulares se proponen conseguir un resultado, que el Derecho estima digno de su especial tutela, sea en base sólo a dicha declaración o acuerdo, sea completado con otros hechos o actos”. Se destaca el resultado propuesto con la declaración de voluntad, ésta ha de seguir siendo estimada como el fundamento del negocio jurídico.

Pero el problema surge cuando se trata de precisar los últimos términos de la definición ¿La voluntad que constituye el alma del negocio jurídico, qué alcance debe tener?

Si de la ciencia pandectística pasamos a la época actual en que filósofos, juristas y sociólogos han contribuido a crear una teoría fundamental del Derecho, observamos claramente un progreso jurídico extraordinario. Pero a pesar de estas afirmaciones que hacemos como una introducción al estudio de la teoría del negocio jurídico en relación con la legislación romana, no podemos dejar de expresar nuestra creencia en la posibilidad de construir sobre los datos que nos proporcionan las fuentes romanas, una doctrina de esta clase, ajustada al espíritu de aquel pueblo.

Afirmamos que en los textos romanos encontramos soluciones prácticas y principios de aplicación positiva, aunque no teorías ni sistemas. Pero esto no es óbice para que, tomando como base esas soluciones y generalizaciones muy frecuentemente formuladas con independencia de las instituciones, puedan servir de fundamento a nuestros propósitos de elaboración de un sistema o teoría general del negocio jurídico a tono con las ideas de los romanos.

Esta “costumbre nacional” se ha visto reflejada, a nivel legislativo, en el propio Código Civil de 1984 en el artículo 140°, que textualmente define el acto jurídico como “la manifestación de voluntad productora de efectos jurídico”, bien se trate de la creación, modificación, regulación o extinción de relaciones jurídicas. De esta manera, nuestro Código Civil ha consagrado

a diferencia del Código de 1936, el concepto clásico francés del acto jurídico, elaborado por los primeros comentaristas del Código de Napoleón sobre las bases de Domat y Pothier<sup>8</sup>.

#### **4.1. Hecho jurídico**

Se denomina hecho jurídico en sentido amplio a un acontecimiento que tiene trascendencia en el ámbito del Derecho, es decir, se modifican ciertos estados jurídicos iniciales desde el punto de vista legal.

Una norma jurídica parte siempre de un presupuesto de hecho, para posteriormente regular las consecuencias que ello tiene en el área del derecho. El presupuesto de hecho de la norma es un hecho jurídico.

Es importante distinguir, dentro de los hechos jurídicos en sentido amplio, los llamados actos jurídicos y los hechos jurídicos en sentido estricto. Un hecho jurídico en sentido estricto no tiene por qué ser voluntario ni controlable por la persona, mientras que en un acto jurídico, la voluntad de la persona es esencial. Por lo tanto, todos los actos jurídicos son hechos jurídicos, pero no todos los hechos jurídicos son actos jurídicos.

Ejemplos de hechos jurídicos: la muerte, la promulgación de una Ley, una declaración de guerra o una catástrofe natural.

Ejemplos de hechos jurídicos que además son actos jurídicos: la comisión de un delito, la firma de un contrato o el otorgamiento del consentimiento matrimonial.

#### **4.2. Hechos naturales**

Para comprender la naturaleza del acto jurídico, debemos considerar en primer lugar los hechos, y especialmente a los hechos jurídicos.

Los hechos pueden tener su origen en la naturaleza o en el hombre, y en uno y otro caso, pueden producir efectos jurídicos. Si los producen, estamos ante hechos jurídicos, y en caso contrario, estamos ante hechos materiales.

#### **4.3. Hechos humanos**

Se ubican aquí los delitos y cuasidelitos. Si bien el delincuente actúa voluntariamente, no ejecuta un acto con el propósito de ser penado o de responder civilmente indemnizando los prejuicios; según algunos autores,

necesariamente debe tener un contenido pecuniario o económico; sin embargo, las últimas tendencias han señalado que es perfectamente posible que el contenido sea de índole estrictamente moral, o en una posición ecléctica, que tenga un interés valuable indirectamente en dinero.

En lo que respecta a los actos contrarios a las buenas costumbres (concepto de carácter eminentemente variable y relativo), señala Avelino León que el acto jurídico que las contravenga adolecerá de objeto ilícito y consecuentemente será nulo, de nulidad absoluta. Igual regla aplica en los casos de actos contrarios al orden público, lo cual es de toda lógica, pues un acto que atenta contra la moral, será también un ataque al orden público, es por ello que los conceptos de orden público y buenas costumbres se encuentran íntimamente relacionados.

En un sentido similar se pronuncia Luis Claro Solar, que relaciona los tres casos, "Por lo demás, la prohibición del acto o contrato por la ley tiene generalmente como fundamento las buenas costumbres contra las cuales pugna dicho acto o contrato, razones de orden e interés público que han llevado al legislador a establecer la prohibición".

#### **4.4. Hechos jurídicos voluntarios realizados con la intención de producir efectos jurídicos**

Son actos jurídicos, los que podemos definir como actos voluntarios por el hombre con la intención de crear, modificar, transferir o extinguir derechos. Ejemplo, creará derechos el contrato de compraventa, modificará derechos la novación, transferirá derechos la tradición, y extinguirá derechos el pago. Hay autores como Carlos Ducci que señalan que los hechos jurídicos solo se dividen en voluntarios e involuntarios. Los hechos jurídicos del hombre involuntarios son fruto de una actividad realizada sin la voluntad consciente. Tal acontece con los actos de los dementes y los infantes. Los hechos jurídicos del hombre voluntarios son aquellos que la ley atribuye un efecto jurídico no querido o distinto del perseguido por el autor. Se subdividen en lícitos e ilícitos.

#### **4.5. El hecho y acto jurídico, su relación con el negocio jurídico**

Si se concibe el derecho privado como un sistema de derechos subjetivos, surge la cuestión primordial de estudiar de qué manera nacen éstos a la vida y cuáles son los hechos que tienen la virtualidad de crearlos. Tal estudio exige la consideración de los llamados hechos y negocios jurídicos.

Los jurisconsultos romanos, con su proverbial espíritu práctico y su característica hostilidad hacia la abstracción, no construyeron una teoría general de los hechos y negocios jurídicos, sino que fueron considerando en los casos concretos que se les presentaban, qué situaciones merecían ser protegidas por medio de acciones y en qué circunstancias debía reconocerse a una determinada persona una facultad para actuar respecto de una cosa o de otra persona también determinada.

La dogmática moderna, recogiendo los principios básicos suministrados por la jurisprudencia romana, elaboró la teoría del negocio jurídico, cuya paternidad se atribuye al jurista alemán Gustavo Hugo. Con los antecedentes romanos, que son los que particularmente nos interesan, y con los resultados de las construcciones doctrinarias actuales, abordaremos el tema de los hechos y negocios jurídicos.

La norma jurídica, considera como relevante y digno de valoración exclusivamente su carácter de ser fenómenos naturales, lo cual significa que sus efectos jurídicos se producen por imperio de la ley (*ope legis, ipso jure*). Ahora bien, cuando el hecho jurídico no es producido por factores naturales, sino por el actuar del hombre, por un acto de voluntad del sujeto, estamos en presencia del acto jurídico, que podemos definir diciendo que es el acto voluntario susceptible de producir el nacimiento, la modificación, la transformación o la extinción de los derechos.

En el Perú, está previsto en el artículo 140° del Código Civil, en forma expresa noción de acto jurídico: elementos esenciales: "El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere: 1) Agente capaz; 2) Objeto física y jurídicamente posible; 3) Fin lícito y; 4) Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad."

Son requisitos de existencia: la voluntad, el objeto, la causa, las solemnidades en aquellos actos que la ley lo exige.

Son requisitos de validez: la voluntad exenta de vicios, la capacidad, el objeto lícito, y la causa lícita<sup>9</sup>.

<sup>10</sup>Artículo 141° del Código Civil.- La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo. Capacidad como elemento de validez del acto jurídico.

Negocio jurídico es una manifestación de voluntad que tiene por objeto la producción de ciertos y determinados efectos jurídicos.

### **Las formalidades en los actos jurídicos <sup>11</sup>**

Los actos jurídicos, en general, pueden ser formales o no formales. Son formales aquellos actos jurídicos para cuya existencia o validez es necesaria la manifestación de ciertos caracteres externos, en vista a producir plenos efectos jurídicos. Ejemplo de esto son los contratos solemnes, que requieren de una solemnidad propiamente tal, o los contratos reales, que requieren de la entrega de una cosa.

Las formalidades, tal como las reconoce la doctrina, pueden ser:

- *Formalidades objetivas o ad-solemnitatem*: se refiere a aquellas formalidades que constituyen requisito de existencia o validez del acto en cuestión y ante cuya omisión el acto es nulo, inexistente o no produce efecto jurídico alguno. Por ejemplo, en la mayoría de los países, la compraventa de bienes raíces debe celebrarse en escritura pública, sin la cual se entiende que la venta es nula. Dichas solemnidades se establecen en consideración a la naturaleza del acto, dada la importancia que el determinado negocio jurídico tiene para el ordenamiento jurídico nacional.
- *Formalidades habilitantes*: son aquellas formalidades establecidas en consideración de las personas incapaces o ausentes, en vistas de proteger su patrimonio con ciertas cortapisas legales que impiden a sus representantes disponer libremente de su patrimonio. Tal es el caso, de las restricciones de los guardadores de la venta de bienes raíces de sus pupilos, la que, en la mayoría de los países, debe hacerse en pública subasta previa autorización del juez competente. Su omisión implica la nulidad del acto en cuestión.
- *Formalidades de prueba o ad probationem*: aquellos requisitos externos al acto jurídico que se exigen en consideración a la acreditación formal de un acto ante la sociedad o las autoridades. Por regla general, se traduce en la escrituración del determinado acto, como es en el caso de los contratos de trabajo, donde es de interés del legislador que dichos actos se mantengan escriturados y/o registrados, en protección de los trabajadores. Su omisión jamás acarrea la nulidad, sino que formas distintas de ineficacia de los actos jurídicos, tales como la inadmisibilidad de la prueba testimonial.
- *Formalidades de publicidad*: aquellas formalidades destinadas a dar

publicidad al determinado acto jurídico y que por regla general se traducen en la inscripción del negocio en un registro público, de modo que todas las personas tengan acceso al conocimiento de su contenido y efectos. Su violación acarrea, como norma general, la inoponibilidad del acto frente a terceros.

**Clases de actos jurídicos en sentido estricto.** Se subdistinguen éstos en actos semejantes a los negocios y actos no semejantes a los mismos<sup>12</sup>.

a) *Actos semejantes a los negocios jurídicos.* Son actos semejantes a los negocios, aquellos en los que si bien el efecto se produce ex lege, sin embargo, la realidad es que suelen ejecutar con conciencia de la misma y normalmente con la intención de producirlo. Es decir, aunque su producción no se basa en que sea querido, el agente lo suele querer.

A su vez, dentro de estos actos semejantes a los negocios jurídicos cabe señalar diversos tipos:

- *Exteriorización de la voluntad,* que la ley dota de efectos jurídicos pero sin que estos correspondan al contenido de voluntad que se exterioriza, ni ésta pueda modificarlos<sup>13</sup>.

La diferencia, entre esas exteriorizaciones constitutivas de actos semejantes a los negocios y las declaraciones de voluntad está en que a éstas el efecto jurídico corresponde al contenido de la voluntad declarada (voluntad que regula esos efectos y que - como regla - puede modificar, en los casos concretos, los que la ley estableció en abstracto) y en aquellas no, porque en éstas lo importante es la voluntad declarada, mientras que en aquellas, aunque consisten también en manifestar una voluntad, lo que importa no es tanto lo que se manifiesta querer, sino el haberlo manifestado voluntariamente. Por ejemplo, si en una declaración de voluntad se intuye heredero, el efecto jurídico ex voluntate consiste en el llamamiento a la herencia del instituto, efecto cuyo contenido corresponde a la voluntad que se declaró. Mientras que, diferentemente en la intimación que el acreedor dirige al deudor para que éste cumpla la obligación - intimidación que es una exteriorización de voluntad constitutiva de un acto semejante a los negocios - el efecto jurídico que se produce - en el caso de la deuda no cumpla - es el quedar éste constituido en mora (Código Civil, artículo 100°), efecto que no corresponde al contenido volitivo que el acreedor exteriorizó, pues éste manifestó querer el cumplimiento de la obligación, cosa que es distinta de la constitución en mora.

Ello ocurre así porque los efectos del hecho - contrariamente al derecho, que sucede por necesidad jurídica - pueden no tener lugar (así, si el deudor hace caso omiso de la intimación, no se produce el efecto de hecho que el acreedor manifestó querer: el cumplimiento). Por eso, el ordenamiento dota a la intimación de unos efectos jurídicos distintos de los que el acreedor expresó querer. Este puede - independientemente de esto - tener conciencia de ellos y desearlos, puede también haber intimado al deudor precisamente para que se produjeran, puede además, manifestar explícitamente que los persigue o bien puede hacer todo lo contrario diciendo no desear su producción. En cualquier caso sus manifestaciones en orden a querer o no querer la constitución en mora del deudor, son indiferentes para la ley que produce simplemente por la intimación. Otros ejemplos de exteriorizaciones de voluntad constitutivas de actos jurídicos semejantes a los negocios son numerosos requerimientos, reclamaciones, conminaciones, negativas, etcétera. Así, el hecho al tutor para que inscriba en el inventario los créditos que tenga contra el pupilo (Código Civil, artículo 267°), la de los acreedores a que se haga sin su concurso, la división de la cosa común (Código Civil, artículo 403°), la dirigida al tercer poseedor de la finca hipotecada para que la desampare, la del propietario a contribuir al seguro del precio, sujeto a usufructo (Código Civil, artículo 518° numeral 2), etcétera.

- *Exteriorizaciones de acontecimiento espirituales que no son su voluntad, así exteriorizaciones de una creencia o de un conocimiento convicción. Opinión, sentimiento, etcétera, no se declara voluntad alguna. No hay duda de que el efecto jurídico no se produce ex voluntate. Que accidentalmente el sujeto manifieste, determina voluntad, favorable o no a los afectos jurídicos, es perfectamente inoperante. Los casos más típicos son quizás, las llamadas declaraciones de ciencia, uno de cuyos ejemplos es el reconocimiento de un hijo natural (Código Civil, artículo 129° y siguientes).*

Cuando se trata de manifestaciones dirigidas a otra persona se habla de notificaciones.

A los actos semejantes a los negocios - cuando falten normas específicas dictadas para ellos - serán aplicables las referentes a las declaraciones de voluntad en tanto los justifique la analogía de unos y otras. La analogía no sólo existe cuando el elemento contemplado en ambos sea en sí diverso, sino tampoco, cuando tiene valor diferente o desempeña función distinta en un caso respecto de otro.

En los singulares supuestos será a veces preciso aclarar hasta donde es pertinente el argumento de analogía o si el que procede es al contrario.

*b) Actos no semejante a los negocios<sup>14</sup>*

Junto a los actos semejantes a los negocios, la doctrina española más moderna suele situar, siguiendo a un autorizado sector de la doctrina alemana otro grupo de actos llamados reales, que conjuntamente con aquellos integran la categoría de actos en sentido estricto. Nosotros sin embargo; preferimos agruparlos bajo la calificación de “no semejantes a los negocios”, que es de mayor amplitud. En ellos, el sujeto al ejecutar el acto, no suele perseguir los efectos que el ordenamiento fija ex lege, a diferencia de lo que ocurre en lo semejante a los negocios, en los que si suelen hacerlo.

La conducta que el agente observa va encaminada a un resultado de hecho - material generalmente -, o bien siendo voluntario, lo produce sin pretenderlo, pero lo cierto es que el conjunto formado por la conducta humana y el resultado de hecho, es a su vez considerado por la ley como búsqueda de un efecto jurídico<sup>15</sup>.

Ejemplos tenemos en la especificación (Código Civil, artículo 383°).<sup>16</sup>

Negocio jurídico<sup>17</sup>. Definición: el negocio jurídico es el acto de autonomía privada de contenido preceptivo con reconocimiento y tutela por parte del orden jurídico.

La formulación conceptual que mejor representa al negocio jurídico es la propuesta de acto de autonomía privada de contenido preceptivo con reconocimiento y tutela por parte del orden jurídico, por representar esta fórmula su estructura, función y resultado.

La consideración del negocio jurídico como acto de autonomía privada - como ejercicio del poder reconocido en virtud de ese principio - resalta su estructura; el contenido preceptivo de ese acto - como medio de organización por los particulares de sus propios intereses - destaca su función; y la intervención del orden jurídico - como valoración dada por la norma a ese acto - resalta su contenido.

El negocio jurídico como cauce de exteriorización del principio de autonomía privada en su faceta del poder de creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas y conformación o autorregulación de las mismas, es el

instrumento práctico con el que cuentan los particulares para el efectivo ejercicio del poder reconocido en virtud de dicho principio.

El precepto negocial, como expresión del contenido preceptivo del negocio, representa al conjunto de reglas de conducta establecidas por las partes para regular una relación jurídica por ellos mismos creada, con eficacia vinculante para sus otorgantes desde su creación; es decir, como regulación vinculante de intereses dispuesta para el futuro por los propios interesados. Esta eficacia vinculante - con refrendo positivo a través de la fórmula fuerza de ley - no significa la atribución de normatividad jurídica al precepto negocial, sino vinculante como determinante de una conducta o de un comportamiento concreto para los sujetos de una relación.

La intervención el orden jurídico en el proceso formativo del negocio se despliega desde una doble vertiente; por un lado mediante un reconocimiento del principio de autonomía privada, previo genérico e independiente de la formación del negocio, y por otro lado, mediante un reconocimiento posterior, por el que perfeccionado el negocio y valorado positivamente se integra dentro del sistema negocial, atribuyendo, colmando o modificando los efectos jurídicos. “Dogmática y formulación conceptual del negocio jurídico”.

En el caso del negocio jurídico típico no cabe duda que exista el valor de la utilidad social, que justifica la existencia de los mismos a nivel legal. La utilidad social determina que el ordenamiento jurídico se vea en la imperiosa necesidad de elevar la figura del negocio jurídico, que se práctica en el ámbito social, al rango de negocio jurídico a través de su incorporación a un determinado supuesto de hecho.

Sin embargo, el problema se manifiesta en toda su amplitud en el campo de los negocios jurídicos atípicos, que por no estar contenidos en supuestos específicos, carecen de respaldo de un tipo legal que justifique su existencia y regulación legal.

Como es sabido, en estos negocios también cumple el requisito de la necesidad de un supuesto de hecho específico, es decir, un supuesto rehecho que no es un tipo legal sino únicamente un esquema legal genérico.

Pues bien, para los tratadistas que se acogieron a la concepción preceptiva, el supuesto de hecho genérico tenía como única exigencia el de la utilidad social, de forma tal que entendían que cualquier autorregulación de intereses privados que estuviera orientada a la consecución de una finalidad socialmente

útil, merecía la calificación de negocio jurídico para adaptarse al supuesto de hecho genérico.

De esta manera, se entendía que todos los negocios jurídicos atípicos, eran todos aquellos dirigidos a una función socialmente útil, que como tal, se encontraba tipificada, ya no por la norma jurídica, sino por la misma realidad social; es así como se llega a la *tipicidad social* en contraposición a la *tipicidad legal*, señalando que en los negocios típicos es legal y en los atípicos debía entenderse siempre la existencia de una tipicidad social.

Con este cambio en la concepción *radical* de la utilidad social, el concepto preceptivo del negocio jurídico se ha adaptado a los tiempos modernos y actuales, en los que el individuo juega un rol fundamental dentro del ámbito social, sin dejar de lado en ningún momento el valor social de todo negocio jurídico y sin desconocer que además del significado social, todo negocio supone siempre una valoración del ordenamiento jurídico, pues en principio el negocio jurídico es siempre un supuesto de hecho.

De esta forma ha quedado abandonada, para siempre, las concepciones individualistas de los actos de la persona que producen consecuencias legales, desconocían la intervención del ordenamiento jurídico en su función ordenadora, valorativa y dejaban de lado abiertamente el significado social de dichos actos, limitándose a construir concepciones meramente artificiales y abstractas de los mismos.

Siendo ello así, ya no se puede sustentar más, sin peligro y riesgo de ser absurdo, que el negocio jurídico es una *declaración de voluntad destinada a crear, modificar, regular o extinguir relaciones jurídicas*, pues se trata de una definición totalmente desactualizada y destruida por la evolución del propio concepto negocial; menos aún, nos podemos aferrar al concepto francés clásico del acto jurídico, por tratarse de una noción que estancó definitivamente y que no supo adaptarse a los cambios políticos, filosóficos y económicos.

Se ha pretendido señalar que el acto jurídico y el negocio jurídico no son figuras distintas. Grave error, ya que el acto jurídico de la doctrina francesa no es igual al negocio jurídico de la doctrina alemana.

Federico de Castro y Bravo señala que el negocio jurídico es como para todos los demás un supuesto de hecho, pero un supuesto de hecho diferente, porque contiene en si mismo normas jurídicas, tiene un contenido normativo. La noción causa se encuentra íntimamente vinculada con la del negocio jurídico

y que dependerá de nuestra concepción del negocio jurídico lo que debe entenderse por causa negocio.

Por todo lo expuesto anteriormente y como será fácil deducir, debemos señalar con toda claridad que es completamente inadecuado la definición del artículo 140° del Código Civil, por estar inspirada en la concepción clásica del acto jurídico, completamente abandonada en la actualidad, por lo que se debe optar por la concepción negocial, que es seguida mayoritariamente en la doctrina y por la jurisprudencia de un determinado sistema jurídico, pues se trata de un tema íntimamente vinculado con la realidad social a la cual se aplica.

En tal sentido, compartiendo con la posición de Lizardo Taboada Córdova debe eliminarse la definición del acto jurídico.

---

<sup>1</sup> Taboada Córdova, Lizardo. Conferencia: La teoría del acto jurídico y el concepto del negocio jurídico dentro del Código Civil Peruano. Lima-Perú: septiembre, 1999.

<sup>2</sup> *Ibidem*.

<sup>3</sup> *Ibidem*.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

<sup>6</sup> Kelsen, Hans. ¿Qué es un acto jurídico? *Isinomía*, N° 04. Abril, 1996. Pág. 66.

<sup>7</sup> Torres Vásquez, Aníbal. *Acto Jurídico*. 2da. Edición. Ideosa: Lima, 2001. Pág. 63.

<sup>8</sup> Taboada Córdova, Lizardo. Conferencia: La teoría del acto jurídico y el concepto del negocio jurídico dentro del Código Civil Peruano.

<sup>9</sup> Universidad de los Lagos, Campus Chiquihue, Puerto Montt.

<sup>10</sup> (\*) Artículo modificado por el artículo 1° de la Ley N° 27291, publicada el 24-06-2000, cuyo texto es el siguiente: Manifestación de voluntad "La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo. Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia. No puede considerarse que existe manifestación tácita

<sup>12</sup> Artículo 142°.- El silencio: "El silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado".

<sup>13</sup> Forma del acto jurídico.- Artículo 143°.- Libertad de forma: "Cuando la ley no designe una forma específica para un acto jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente."

Artículo 144°.- Forma ad probationem y ad solemnitatem: "Cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye sólo un medio de prueba de la existencia del acto."

<sup>12</sup> La terminología no es, sin embargo, uniforme, ni tampoco esa bipartición se acepta por todos. Es más, la corriente en nuestra actual doctrina es contraponer los "los actos reales" a los "actos semejantes a los negocios jurídicos". A parte de eso, hay que tener en cuenta que como no toda declaración de voluntad constituye de por sí un negocio jurídico (sino que precisa de otros elementos), en vez de hablar de actos semejantes o no a los negocios jurídicos sería más exacto de hablar de actos semejantes o no a las declaraciones de voluntad. Sin embargo, con esta advertencia conservamos la terminología por razón de ser usual. Academia de la Magistratura, Programa de formación de aspirantes. Módulo Derecho Civil, sobre Manuel Albaladejo. *Negocio Jurídico*. Capítulo: El Hecho Jurídico. Lima, 1999. Pág. 37.

<sup>13</sup> Otros hablan de "exteriorizaciones de voluntad parecidas a los negocios" o "de manifestaciones de voluntad carentes de carácter negocial" o de "manifestaciones de voluntad no decisivas" (porque el

---

contenido de la voluntad manifestada no es decisivo para el efecto jurídico) o de “manifestaciones de voluntad irrelevantes por la voluntad manifestada”, etcétera.

- 14 Violeta Gustale.- “El origen de los negocios jurídicos”  
violeta.gustale@idea.org.py www.monografias.com
- 15 Cuando el derecho toma en cuenta sólo el resultado de hecho con omisión de que sea provocado por la conducta humana, no estamos - como ya dijimos - en presencia de un acto jurídico, sino de un hecho natural.
- 16 Al que piense que convirtiéndose también el loco en dueño de la obra en la que emplea materia ajena, es irrelevante la conducta humana.
- 17 De Wikipedia, la enciclopedia libre.

## VIOLENCIA FAMILIAR EN LA TERCERA EDAD

MAX MARCO DELFÍN RIVERA DUEÑAS\*

### Resumen

El artículo analiza un problema recurrente en el área del Derecho de Familia que subyace en nuestra sociedad, referido a la violencia intrafamiliar, que se inicia con una introducción en la idea del tiempo como medida o marco de referencia y su concepción científica, para llegar al tema de la edad de las personas, el efecto y consecuencias del tiempo en los seres humanos en su aspecto sicofísico-somático y la percepción que tenemos las personas de la vejez; para finalmente analizar lo que ocurre en los casos donde están involucradas personas de la tercera y cuarta edad en los procesos de violencia familiar y algunas sugerencias al respecto.

**Palabras clave:** Familia - violencia - tercera edad - derecho.

### Abstract

This article analyzes the recurrent problem in Family rights, in our society known as intra-family violence, the text begins with an introduction about time as a measure or work frame and its scientific conception, then talks about the age of the people, the effect and consequences of the pass of the time in human beings and its somatic aspect and the perception that we have about the elders. Finally analyzes what is happening in the cases where elders are involved in process of domestic violence and some suggestions about it.

**Key words:** Family - violence - elders - right.

### Sumario

1. Introducción. 2. Cita con el tiempo. 3. Cita con la edad. 4. Cita con el Poder Judicial.

---

\* Vocal Titular de la Corte Superior de Justicia de Arequipa - Poder Judicial de Perú.

## 1. INTRODUCCION

La violencia familiar como fenómeno social recurrente, abarca todas las esferas de la familia, pero existe una que no ha recibido la atención especial que merece, precisamente porque los actores principales son ancianos, sea en su condición de víctimas como de agresores, quienes son considerados por la mayoría de personas como sujetos en plena capacidad civil y física, lo que científicamente no es correcto y los magistrados de todas las instancias debemos tener un conocimiento especial sobre los aspectos referentes a la edad de estas personas para resolver los casos donde están involucrados; pues aunque somos iguales ante la ley, precisamente existen circunstancias que deben ser consideradas adecuadamente para analizar y resolver algunos casos, como el de los niños, adolescentes, personas con discapacidad y finalmente los ancianos.

Luego de ubicarnos en la realidad de lo que significa el tiempo como factor determinante, nos ubicaremos en aspectos referidos a la edad y la percepción que tenemos los seres humanos de esta etapa natural de la vida, pero que nos afecta mucho; para finalmente tener una mejor visión de lo que es la ancianidad. Así podremos contar con mejores elementos de juicio para resolver los casos desde una perspectiva más humana y con mejor sentido social y de justicia, lo que permitirá que en un futuro cercano se hagan algunas correcciones en la legislación, en la capacitación de los jueces y en la forma de administrar justicia a personas con capacidades y cualidades diferentes.

## 2. CITA CON EL TIEMPO

San Agustín hizo una observación muy justa cuando pregunto: “¿Qué es, pues el tiempo? Si nadie me lo pregunta, se lo que es, pero si se lo quiero explicar a quien me lo pregunta, entonces no lo se.” Por supuesto que ello le permitió al sabio hacer un análisis más concienzudo sobre el tema, concluyendo al final que el tiempo era algo que residía en el alma.

Cuando nos preguntan que es el tiempo, cualquiera puede dar una respuesta simple, el tiempo es lo que se mide en el reloj..., así de sencillo, pero eso es todo?; no, ya que existen muchas preguntas mas alrededor del tema que obviamente no podremos analizar, pero lo que si podemos hacer es dar un pequeño atisbo acerca de lo complejo del tema y su influencia en el mundo del Derecho Familiar.

Desde la Revolución Científica del siglo XVI la ciencia ha ido apropiándose de

temas pertenecientes a la filosofía. En épocas pasadas, la noción del tiempo ha sido totalmente diferente de lo que es hoy, la mayor parte de las civilizaciones antiguas no compartían nuestra visión del tiempo, como un continuo lineal que se prolonga en un futuro indefinido, ya que creían que el tiempo era de carácter cíclico, es decir que los acontecimientos históricos seguían unos esquemas cíclicos, reflejándose dichos esquemas en la propia naturaleza del tiempo.

Hoy en día consideramos al tiempo como una continuidad, como algo que se prolonga en línea recta hacia el pasado y el futuro, ya no creemos que el tiempo sea circular, aunque esta idea aun se conserva en el cristianismo, pues hasta ahora se recalca que tiempos históricos se volverán a repetir; hoy en día hemos evolucionado en la idea de lo que es el tiempo y lo pensamos como una cantidad abstracta con existencia propia que puede dividirse en horas, minutos y segundos.

Y aunque resulte paradójico a medida que los sabios y científicos intentan comprender la naturaleza del tiempo, van surgiendo tantas incógnitas como respuestas; cuanto mas se sabe del tiempo, mas difícil se ha vuelto el tema, por ejemplo los físicos han descubierto cuatro diferentes flechas<sup>1</sup> que pueden usarse para definir la dirección del tiempo (Flecha del Tiempo Termodinámico, la Expansión del Universo, Flecha del Mesón K, Flecha Electromagnética). Pero nadie sabe con seguridad de que forma las diferentes flechas del tiempo están relacionadas entre si y tampoco se sabe como enfocar una quinta flecha que es la Percepción Sicológica del Tiempo.

Se ha descubierto que, en ciertas circunstancias, se puede especular sobre el retroceso del tiempo o sobre objetos que viajaran hacia atrás en el tiempo. Los físicos se han encontrado con que el tiempo que han experimentado observadores diferentes, no siempre pueden sincronizarlo entre si y sin embargo existe un tiempo cósmico que caracteriza al conjunto del universo; los científicos disponen de pruebas que demuestran la existencia de una interacción subatómica rara y única que actúa de forma diferente a cualquiera otra con respecto al tiempo, pero desconocen de que manera es importante este hecho y es que en realidad no sabe nadie si se trata de un fenómeno lineal que tuvo un inicio, o si resultara al final que es de carácter cíclico.

Y como el tema tiene para mayores análisis y deducciones trataremos acerca del tiempo en lo efectos que producen en las personas de manera somera para ingresar a lo que es el tema principal.

### 3. CITA CON LA EDAD

Aunque el tema de la edad de las personas no es un tópico acabado ni pacífico, ya que envuelve al ser humano aun antes de su nacimiento y puede determinarse desde diferentes puntos de vista y desde el análisis de las diferentes disciplinas y ópticas del conocimiento; es un aspecto que tratándose del hombre como concepto general de ser humano nos afecta de una u otra manera, sea que obviamente estemos en alguna de sus etapas, sea que tengamos que analizar alguna circunstancia relacionada con la cronología de las personas.

Todos tenemos dos opciones: o morir jóvenes o hacernos viejos; por lo que de una u otra manera o nos estamos haciendo viejos a medida que leemos estas líneas o ya estamos muertos; ya que el envejecimiento es algo que nos ocurre a todos democráticamente sin respetar ninguna jerarquía ni linaje, el envejecer es un hecho de la naturaleza...o de Dios...?

El envejecimiento sugestivamente nos da una idea de la sabiduría, de la necesidad y de la realidad. El envejecimiento es un fenómeno histórico, médico, biológico, antropológico, sociológico, psicológico y filosófico; es un hecho curiosamente marginado; sin embargo, es un punto neurálgico en nuestras vidas.<sup>2</sup>

La vejez resulta ser tan contradictoria, pues mientras todos tememos llegar a ella, al mismo tiempo la ansiamos para poder seguir viviendo; el poeta griego Menandro exclamaba: "¡Oh vejez enojosa! No tienes nada bueno que ofrecer a los mortales sino que por el contrario, eres prodiga en dolores y enfermedades. Y sin embargo, todos esperamos alcanzarte y hacemos todo lo posible para tener éxito".

Hacerse más viejo y ser definitivamente viejo, conlleva un proceso de transición gradual e imperceptible por medio del cual nos transformamos en un ser diferente, al tiempo que seguimos siendo los mismos.

Una respuesta al envejecimiento, pues es negarlo, hay personas que incluso llegan a negar la posibilidad del propio envejecimiento e intentan evitar cualquier referencia sobre la edad, para ellos los viejos son inoportunos y desagradables recuerdos de la muerte que les habrá de llegar cualquier día.

Existe sin duda, una insistencia inconsciente, incansable y perversa en el mismo transcurso del tiempo; y aunque en ocasiones podemos valorar sus

cualidades curativas, en especial cuando hay que sobreponerse a los males o a la tristeza, “el tiempo cura todas las heridas” solemos decir; pero al mismo tiempo acostumbramos considerarlo con más frecuencia como torvo segador, flaca y gris figura de maligna guadaña.

El envejecimiento en el mundo occidental es aborrecido y no deseado mientras que en el mundo oriental tiene una connotación especial de sabiduría, respeto y paz; en realidad lo más seguro es que el envejecer este situado en algún punto entre los horrores de la mente griega y las glorias de la tradición del medio oriente; pero cuando pensamos en la vejez lo hacemos por medio de clichés, entre los dos extremos: el personaje repulsivo, sucio, viejo, desvalido y tonto de remate, o bien el digno y venerado sabio que está por encima de de la trivial escoria de los asuntos cotidianos y que es la encarnación de la sabiduría, la fuerza y la perfección: tememos al primero y adoramos al último.

Sin embargo, es difícil para la mayoría superar los embates del tiempo de manera hidalga y serena, por lo general lo hacemos con reproches y achaques y aun con mentalidad adolorida y retraída; un comentario como el siguiente de una anciana, nos lleva de la mano por lugares por donde alguna vez transitaremos ateridos de frío, con caminar inseguro y temeroso, esperando lo inesperado y añorando lo vivido y ya perdido: “¿Qué sentido tiene mi vejez? Arrastrarme en busca de sustento, dormir para tener fuerzas, vestirme para nadie, esperar determinado visitante; soy un yo disminuido, sin letra mayúscula. No soy un yo que se lance libre, pájaro que vuela hacia el cielo. No hay más que un yo diminuto aplastado por el peso de los años. En algún lugar de la madrugada insomne, cuando la luz del día trae revoloteos de promesas, estoy tendida, joven en mi cama, que apenas esta arrugada, y recibo el calor de las manos conyugales que me acarician sabiamente o el roce de los dedos infantiles en mi rostro o el contacto de las manos del amigo. Pero estos momentos se desvanecen. El día no trae calor y por fin me levanto porque siempre me he levantado y me dispongo a prepararme para un día que queda demasiado reducido y para una noche que viene demasiado pronto. Soy una isla estéril, rodeada por las agua de mi triste condición.

Nuestro concepto de la vejez es un cúmulo de contradicciones, quizá debido a que la vejez es de por sí contradictoria; pues si somos viejos es que hemos vivido mucho tiempo, pero cuanto más hayamos vivido menos vitalidad nos quedará.

Los viejos son diferentes del resto de nosotros: ya que aunque han vivido más

tiempo, el envejecer es profundamente personal. Es nuestra única transacción con el tiempo. Pero también es algo que todos compartimos.

Cuando envejecemos el tiempo primero aumenta, luego disminuye; todos los días perdemos unas cien mil células nerviosas que jamás llegan a reponerse, perdemos progresivamente papilas gustativas, folículos pilosos y sensibilidad para los sonidos muy agudos. Lo extraño de envejecer proviene de su irrealidad, puede que nuestros cuerpos envejezcan, pero no el yo interior, probablemente sea significativo del niño que llevamos adentro pero no del anciano o de la anciana.

Pero existen también buenas noticias, como la que el promedio de vida se ha incrementado por término medio y mientras en 1900 alguien que tenía 65 años, tenía la posibilidad de vivir unos 13 años más; en 1974 alguien de la misma edad podía esperar una prolongación de unos 15 años; más en este nuevo milenio las cosas no han ido mejor y se puede esperar vivir dos años más de los que hablamos anteriormente, es decir añadimos otros 17 años.

Pero por otro lado tenemos que nuestro cuerpo sufre una decadencia incesante y constante de las células, aumenta la pérdida del oído, las apendicitis son mayores, las úlceras y el asma bronquial se incrementan igual que la tensión arterial; los sentidos pierden más precisión y agudeza, encontrándonos cada vez más aislados en nuestro entorno.

Además resaltan las muestras visibles de nuestra anatomía, la piel pierde tersura, aumenta la profundidad de la grasa subcutánea, se hace más gruesa la cintura y más delgado el rostro, los pliegues de la piel sin apoyo forman arrugas y el tejido conjuntivo del cuerpo tiene menos capacidad para mantener en su sitio los apuntalamientos. Los lóbulos de las orejas se alargan al ceder los tejidos elásticos, la nariz tiende cada vez más hacia la barbilla, se aprecia más la pérdida de los dientes, los huesos se vuelven más frágiles y pierden calcio. La pérdida de la batalla contra la gravedad es cada vez mayor. La osteoporosis es la culpable de aproximadamente 2000,000 fracturas de cadera, 190,000 fracturas de vértebras y 100,000 antebrazos fracturados solo en los Estados Unidos.

El endurecimiento de las arterias denominado arteriosclerosis se incrementa notablemente al llegar a la vejez, aumentando la posibilidad de tener afecciones al corazón, hay mayor posibilidad de sufrir de flebitis en brazos y piernas o de sufrir un ataque de apoplejía, obviamente no es un panorama nada hermoso. Pero hay más, las grandes enfermedades modernas como el cáncer van ganando la batalla, de igual manera la diabetes y la neumonía y

un mal común en casi todos los varones el problema de la próstata que resulta ser una variante de cáncer.

En el caso de las mujeres no sólo dejan de ovular años antes de entrar a la vejez, trayendo como consecuencia la extraña y antipática etapa de la menopausia; luego varones y mujeres sufrimos problemas de autorregulación para el frío o el calor, todo empieza a cambiar y sufrimos mas las inclemencias del tiempo, además el dormir no es igual, pues cada vez tenemos más insomnio de noche y mas sueño de día.

Pero si esto es poco, nuestra mente y nuestro cerebro empiezan a sufrir alteraciones de menor a mayor gravedad, manifestadas a través de enfermedades psicológicas funcionales y orgánicas que van desde los desórdenes hasta las disfunciones orgánicas; apareciendo la depresión, la desmoralización, una persona vieja suele experimentar la disminución de sus facultades físicas, de su papel en la sociedad, la pérdida de los seres queridos, además de la posibilidad de sufrir trastornos bioquímicos; los intentos de suicidio son mayores y frecuentes, aunque en muchos casos es un llamado de auxilio desesperado.

La paranoia ocupa el segundo lugar entre las enfermedades mentales funcionales de los ancianos, lo que indica que se tiene desequilibrios graves, similar situación ocurre con la esquizofrenia, manifestada en psicosis con delirios de persecución; y llegamos a la hipocondría, como respuesta común a que el cuerpo cada vez es más frágil con la edad y cada vez hay más cosas que funcionan mal.

Perola vejez nos trae más pesares, pues nos suelen acompañar las enfermedades crónicas que crecen dramáticamente, ocasionando desordenes mentales, incapacidad para cuidarse uno mismo, pérdida de memoria, enfisemas, eficiencias de la nutrición, hipotiroidismo, neumonía, arteriosclerosis, deficiencias vitamínicas llegando por fin a la senilidad.

Y si el paisaje aun no es muy sórdido y deprimente, llegan las enfermedades del cerebro que se inician con pesadillas que van más allá de toda esperanza; la enfermedad de Pick y la de Alzheimer denominadas demencias preseniles, empiezan a manifestarse, hasta que finalmente nos llega la demencia senil; estas tres demencias tienen síntomas similares, como pérdida de memoria, incluso hasta el punto de ser incapaz de recordar el propio nombre; cambios de personalidad a menudo con irritabilidad creciente, trastornos del habla, inestabilidad motora.

Estas atrofas cerebrales se acrecientan constantemente y las perspectivas actuales para cualquier persona que sufra de demencias irreversibles y crónicas son tristes y ni hablar de la sexualidad que también afecta a las personas de la tercera edad pues hay una declinación de la potencia sexual y reproductora que tiene grandes repercusiones en la organización emocional y afectiva de las personas.

Con este panorama tan desolador pero inevitable, transitan las personas ancianas sus últimos días hasta su lecho de muerte; pero aún quedan más cosas por mencionar, como el hecho de su vida diaria, solos en su soledad, llenos de ansiedades, temores e inseguridades, sintiéndose como una carga para su familia, casi sin amistades y con una serie de limitaciones físicas y orgánicas se encuentran más débiles ante los nuevos adversarios que el tiempo le ofrece.

¿Y cómo se manifiestan estos nuevos problemas?, extrañamente en las figuras de los que otrora eran su seres más queridos; ahora el o la cónyuge es menos tolerante, pues también le irrita todo lo que uno hace, los genios de todos los miembros de la familia parecen trastocarse y cada vez hay menos tolerancia y menos paciencia para atender y entender a los ancianos; los hijos ya mayores, encuentran una carga muy pesada la atención de sus padres ancianos, olvidando la carga que significaron cuando eran niños ellos mismos.

Resultando este un ambiente ideal para que los cambios al interior del hogar se acrecienten y de haber vivido una relativa calma, tolerancia y paz, dramáticamente las cosas van cambiando hasta hacerse insoportables, tanto para los ancianos entre sí como para los demás miembros de la familia, hasta que los primeros atisbos de violencia aparecen por los resquicios de la convivencia, primero resultan ser algunos reclamos, luego grandes gritos y maltratos psicológicos o morales hasta llegar a la violencia física.

Muchas de estas manifestaciones obedecen no solo al estado de ancianidad, sino también porque algunos miembros de la familia empiezan a tratar de sacar ventajas materiales y económicas de la situación, acrecentando las diferencias entre hermanos, padres y demás parentela; la herencia en ciernes es una de las causas que mayor violencia trae, pues se pretende disponer de lo que aun no es de uno mientras los padres ancianos viven.

No siendo concientes los hijos y familiares que los ancianos sufren problemas preseniles o seniles que les impide actuar con voluntad conciente y propia ya que solo son respuesta a estímulos condicionados por su estado de salud mental.

#### 4. CITA CON EL PODER JUDICIAL

Para todos es conocido lo trascendente que es la edad en las diferentes figuras del Derecho, así como lo inexorable que resulta tratar acerca del tiempo como un factor que escapa al dominio del hombre en la naturaleza. Pero como se tiene dicho, el comportamiento humano se ve seriamente afectado por el estado de ancianidad y vejez que sufren las personas, y es que el tiempo como factor inevitable de transcurso y de sufrimiento de cada persona es inexorable.

Por lo que resulta una lástima ver tantos casos de violencia donde están involucradas las personas de la tercera edad, sea porque son estos los que aparentemente generan actos de violencia inconsciente o porque son víctimas de la misma, pero el resultado es el mismo y un gran número de procesos por violencia familiar involucran a ancianos y esto trae otros problemas para el Derecho, pues la especialidad de Familia aún no está preparada en su integridad para entender esta problemática, debido a que existe una serie de procesos de diferente índole que no permiten dar el lugar a los ancianos en la medida en que se lo merecen y si aun es incipiente la cuestión jurisdiccional para los menores de edad es mucho mas desolado el panorama para la tercera edad.

Es cierto que se espera que los jueces de familia sean personas de noble corazón y sentimientos humanos más acendrados, que permitan poner al Derecho y a la justicia al alcance y servicio de las personas que más lo necesitan, pero un gran número de casos escapa a esta esperanza de trato que se merecen los involucrados en estos problemas.

Tal vez como dijimos anteriormente la problemática sicosomática que asola a los ancianos los hace reaccionar de manera que sin desearlo o sin tener control sobre sus emociones desencadena en actos de intolerancia o de suspicacia, que origina algún tipo de maltrato en favor o en contra; pero lo importante es determinar si estas personas se encuentran en la cabalidad de sus funciones motoras y síquicas, pues ocurre frecuentemente que tales reacciones no son mas que la respuesta a algún grado de senilidad o de la arteriosclerosis o Alzheimer que sufren las personas de la tercera edad y que los impele a actuar sin tener real voluntad para ello.

Resulta común en algunos juzgados ver en los procesos que las discusiones y agresiones se originan por alguna conducta de los ancianos padres o de los abuelos que afecta a los demás miembros del hogar, hasta que se hace

insoportable y deciden denunciar los hechos como manifestación de violencia familiar; cuando en realidad se debería en primer lugar determinar la sanidad de sus ancestros y tratar de entender la problemática de la ancianidad y de la vejez, sin embargo, es compleja a veces la relación de las personas aún dentro del hogar, que no les permite analizar con frialdad comportamientos, conductas y respuestas de las personas que otrora eran respetadas, toleradas y amadas con intensidad y que ahora por el detrimento en su cuerpos enjutos y en su psiquis alterada por los años dan respuestas desconcertantes y hasta agresivas que hacen muchas veces la situación intolerable, resultando deplorable y triste ver que llegan a los juzgados abuelos que denuncian a sus hijos y nietos o de hijos que solicitan la salida del hogar del agresor anciano por que manifiestan resulta insoportable la vida en tales condiciones de mentira, insulto y agresión; sin percatarse que en realidad quien domina estos sentimientos y conductas no es la persona que aparenta ser normal, sino que es el deterioro que sufre en su arteriosclerosis que se manifiesta agresivamente y fantasiosamente; tal vez lo ideal tendría que hacerse que previamente al inicio de las acciones judiciales exigir a las partes que presenten un certificado real de sanidad mental de las personas mayores de edad, especialmente si son ancianos, y en caso de no hacerlo sea el Ministerio Público quien disponga lo pertinente, a fin de que solo lleguen ante el órgano jurisdiccional los casos "reales" de agresión y maltrato familiar, que pueda determinar con certeza quien es el agresor y quien la víctima, pues caso contrario puede ocurrir que se estaría tomando medidas de protección en contra de quien no las merece, debido sencillamente a que el problema subyacente es el de la vejez con rasgos de senilidad.

Alguna de estas situaciones se establece en el trato directo que se tiene con estas personas en las audiencias judiciales y otras al evaluar y valorar las pruebas y emitir sentencia, desde una perspectiva - a decir del infrascrito - civilista o penalista, lo que a mi entender no es adecuado porque no es pertinente ni atinado tratarse los problemas familiares como si fueran de orden civil exclusivamente o como si fuera uno penal, pues obviamente los principios y normas que las envuelven son absolutamente diferentes.

Y es que la ley de protección a las víctimas de violencia familiar, no establece en qué casos es justificado agredir a un familiar o a alguna persona que se halle dentro de los alcances del artículo 2º de la Ley de Violencia Familiar; es más, para efectos de evitar la violencia de cualquier clase no es necesario que exista razón o motivo alguno, en consecuencia no hay nada que justifique actuar con violencia contra otro ser humano; salvo las excepciones que la ley penal contempla; y lo que se pretende es intentar erradicar cualquier manifestación

de violencia intrafamiliar, por ello es que se aspira fortalecer la enseñanza de valores éticos, el respeto de la dignidad a la persona y de los derechos de las personas, sea cualquiera la edad que tenga ésta; como lo establece el literal a. del artículo 3° de la Ley N° 27306.

La Ley de Protección frente a la Violencia Familiar, ha sido creada para brindar un marco de protección a los millares de víctimas silenciosas que existen dentro de la generalidad de hogares y que en la mayoría de los casos sufren desde oprobios, maltratos, deshonras, afrentas, injurias, ofensas, vejámenes, insultos y otras formas sutiles de violencia, que afectan la integridad psicológica, moral y ética de las víctimas, hasta la desleal agresión física que produce huellas notables, algunas de ellas indelebles.

La ley que protege a las víctimas de violencia familiar actúa tuitivamente amparando, ayudando y defendiendo a estas personas, propendiendo y tratando de disponer las medidas de protección más adecuadas y oportunas posibles; de alguna manera lo que quiere la ley de protección frente a la violencia familiar, es recurrir a la parte más humana del juez y de los demás operadores judiciales (y porqué no también a la Policía y al Ministerio Público), para que presten su diligencia y atención pronta y eficaz a las personas que sufren violencia familiar; por ello es que este tipo de procesos es tan singular, pues sin llegar a ser un proceso penal no deja de ser un proceso civil pero con características peculiares y por ello es que las reglas que se exigen para aquellos procesos son bastante rígidas y en la generalidad de los casos se exige una probanza absoluta de lo que se demanda o denuncia; sin embargo en los procesos de violencia familiar la norma resulta ser más flexible, maleable y hasta dúctil; pues lo que interesa a la ley y a la sociedad organizada, es evitar los excesos de sus miembros dentro del seno de los hogares, allí donde normalmente no ingresan extraños y donde se producen los más dulces y cariñosos tratos, pero también los más abominables, execrables y desmedidos maltratos; por ello, es que en su afán de ofrecer algún tipo de cobijo a los sufrimientos, padecimientos, tribulaciones y aflicciones de las víctimas de violencia, ha establecido un proceso, - perfectible por cierto -, pero que pretende ser eficaz, caracterizado por el mínimo de formalidades y con una clara y férrea decisión de brindar protección a las víctimas, tal como lo prevé el artículo 3° de la Ley N° 26260.

El querer de esta ley de protección contra la violencia intrafamiliar también pretende llegar al corazón, la conciencia y raciocinio de los agresores, para que no solo cesen los actos de violencia de los que se les acusa, sino para que tomen conciencia de que sus conductas son anómalas y en realidad obedecen

a un problema de conducta que debe ser tratado por especialistas; ya que probablemente con anterioridad no eran concientes de que estaban actuando con violencia, pero un proceso como estos, o aún la sola denuncia policial o al Ministerio Público es una llamada de atención a su vida y a su comportamiento familiar y social; ya que de persistir y continuar actuando como hasta entonces y tratar de justificar con argumentos pueriles su conducta agresiva, lo único que hace es que continúe la violencia y el maltrato, asegurando que se desintegre definitivamente su vida familiar; no siendo razonable justificar por los agresores indicar que por una sentencia que los condena, donde el actor de violencia es el mismo, se pretenda justificar su conducta indicando que se resquebrajará definitivamente su vida familiar, pues a esta altura de la vida de aquel y de los demás miembros de su familia, la unidad familiar ya esta resquebrajada, los sentimientos familiares se han hecho tan débiles y lo que impera es el temor, la inseguridad, la frustración el dolor, la ansiedad y los anhelos de los conformantes de su familia es que cesen los actos de hostilidad y se retomen las actitudes positivas y buenas relaciones que deberían adornar a la familia.

Es frecuente que los autores de violencia de todas las edades y especialmente los ancianos aparenten no darse cuenta que son los autores no sólo del inicio de un proceso, sino de las aflicciones a las que ha asumido a su cónyuge tan anciana como él y a los demás miembros de su familia, y que su comportamiento es consecuencia de sus actitudes heredadas o adquiridas, pero que finalmente se demuestran en actos de agresión, maltrato y violencia que tiene atemorizados a sus hijos y esposa o conviviente.

El agresor de la tercera o cuarta edad con la ayuda médica psicológica especializada debe tomar las cosas con mas calma y pensar que se está acercando al ocaso de su vida, a los momentos en que estará más desvalido debido a su vejez y enfermedades y que requerirá no sólo de compañía, de atención de su compañera, esposa, hijos u otros familiares, sino del afecto y tolerancia y si no hace una parada en esta ultima parte del camino de su vida, lo único que se asegura es terminar sus días solo y abandonado a su suerte, renegando de todo, lamiendo sus propias heridas y sufriendo su soledad y dolor de haber perdido a su familia por su culpa pero sin que necesariamente haya actuado con voluntad.

La ley de protección contra la violencia familiar no tiene como objetivo el sancionar al agresor, sino a) demostrar la existencia o no de violencia familiar; b) dictarse las medidas de protección en favor de la víctima; c) el tratamiento que debe recibir la víctima, su familia y el agresor; d) la reparación del daño;

e) en su caso el establecimiento de una pensión alimentaria para la víctima, tal como lo prevé el artículo 21° de la Ley contra la violencia familiar; por lo que buscar una sanción para el agresor en esta vía no es lo idóneo ni legal y eso debe ser de conocimiento de ambas partes; en consecuencia, si bien es cierto que es obligación de cada parte el demostrar los extremos de su aseveración, caso contrario se contraviene el contenido del artículo 196° del Código Procesal Civil; también lo es que este tipo de procesos sólo pretenden acabar con cualquier maltrato sea la razón que exista para intentar justificarlo.

Por ello es que gran cantidad de procesos se elevan en apelación por que manifiestan los apelantes, que se ha meritado deficientemente por los señores jueces inferiores lo referente a lo manifestado por los agraviados, interpretando inadecuadamente los certificados médicos y psicológicos; llegando a conclusiones pueriles y hasta aceptar que lo denunciado por los agraviados nunca sucedió, que las imputaciones son falsas, que los aludidos maltratos son inexistentes, dándose a entender que además de la posible mentira de la parte agraviada, está su situación psicológica plasmada en el certificado médico psicológico correspondiente, aceptándose por algunos magistrados que dicho certificado no es prueba de nada, porque sencillamente no concluye indicando quien es el responsable de los resultados consignados allí; llegándose a aceptar la aseveración del agresor en el sentido de que la agraviada ha inventado circunstancias que nunca ocurrieron en el seno de su hogar y que la acusación se origina porque estuvieron “conversando” alturada, madura y civilizadamente respecto de problemas conyugales y familiares existentes; aceptándose por los magistrados la posición típica de los agresores en el sentido de que su cónyuge o su familiar agredido ha inventado y fantaseado acerca de insultos jamás proferidos, de palabras nunca pronunciadas, afirmando los agresores que jamás pronunciaron ninguna palabra altisonante, ofensiva o insultante o referida al honor, o al estado de salud de su cónyuge o característica personal de aquella; siendo esta la imagen que pretende dar a conocer el agresor; negando tozudamente que el problema también se origina por el consumo de bebidas alcohólicas regularmente. (circunstancia muy típica en nuestro país en todos los estratos sociales).

Aunque es cierto que los hechos ocurren generalmente dentro de los ambientes de un inmueble donde no hay testigos de lo ocurrido allí, sin embargo, se debe tener en cuenta que las personas adultas normales suelen tener un comportamiento y conducta regular, hasta cuando ocurren circunstancias que los pueden alterar y cuando ocurren estos eventos los comportamientos normales dejan de ser tales, para convertirse en diferentes

formas de manifestación de los sentimientos de las personas, y así como de una conversación se puede llegar a una discusión; ésta puede tener parámetros aceptables cuando sólo se discrepa de la opinión contraria y se escucha y respeta a la contraparte.

Pero también ocurre que puede llegarse a ofuscar o a permitir algunas faltas de respeto mínimas y otras cada vez mayores y de acuerdo al nivel social, cultural y de crianza de las personas y edad de los sujetos se puede utilizar términos y frases de diferente índole y calibre; desde palabras, frases, oraciones y conceptos bien hilvanados, coherentes y lógicos hasta la reproducción de adjetivos, groserías, zafiedades, términos soeces, ofensivos, injuriosos, insultos, agravios, afrentas, oprobios, ofensas o incluso gesticulaciones agresivas, ofensivas, impúdicas, groseras, obscenas o amenazantes que pueden afectar de diferente forma a las personas de acuerdo a su género, edad, crianza, delicadeza y sensibilidad; y la situación es tan compleja que a veces el sólo levantar la voz o ignorara a alguien puede afectar de manera determinada a una persona.

Los seres humanos si bien podemos llegar a exagerar para convencer de nuestra posición a alguien o minimizar las cosas con el mismo fin, sin embargo (salvo casos patológicos o de anormales), las personas solemos decir la verdad regularmente como una forma normal y común de informar, compartir y convivir y sólo cuando ocurren circunstancias especiales, peculiares o excepcionales podemos alterar las cosas o la realidad; ello implica también que dentro de las reglas existentes o no de convivencia pacífica no existe un solo límite a nada, pues el comportamiento humano es tan especial que mientras una palabra, gesto o sonido puede ser aceptado, compartido y hasta disfrutado en determinada circunstancia favorable, en otra puede ocasionar todo lo contrario.

En consecuencia, también en experiencia de los juzgadores, las personas tienen un límite a todo y cuando éste llega a su fin, existe una reacción natural, inmediata o reprimida; lo que implica dos circunstancias, la primera: que efectivamente la parte agraviada miente descaradamente, con fines inconfesables o con la intención de castigar, vengarse, hacer quedar mal a su cónyuge o familiar o algo mas oculto; o segundo: que realmente ocurrieron las cosas como se denunciaron permitiendo el agresor que las cosas se le escapen de control, llegando a reproducir palabras soeces o altisonantes, amedrentantes o insultantes pero sin una intención interna de que trascienda mas allá de lo tolerable y sin embargo la agraviada no percibió lo mismo, sintiéndose seriamente afectada por lo que su reacción fue hacer la denuncia.

Ahora bien, las discusiones conyugales, convivenciales o familiares se espera que se desarrollen dentro de un nivel determinado que sean alturas y con consideración y respeto; sin embargo, a veces las cosas se precipitan y se produce otro desenlace no querido o no calculado.

Lo que se espera que ocurra finalmente es que muchos jueces y aún tribunales lleguen al convencimiento en mérito a lo que aparece en los expedientes y las pruebas actuadas que las cosas ocurrieron como se denunciaron y que lo único que interesa a la sociedad y al sistema es que estas manifestaciones equivocadas, extremas o impensadas no continúen y se ponga coto a conductas extremas o excesivas de los miembros de una familia en su relación interpersonal; no permitiéndose la existencia de violencia de ninguna índole, y es que dentro de las relaciones familiares un grito o un gesto o una palabra a otra persona, no es algo que determine la existencia de violencia familiar, ya que no es posible regularmente determinarse la intensidad o gravedad de lo sucedido, pero si se puede concluir que ocurrieron y que produjeron un efecto y que posteriormente se manifestó en una denuncia ante la autoridad.

Pero además se debe tener en cuenta que no es necesario que sea la primera o única vez que ocurra un evento conyugal o familiar incomodo, sino porque los comportamientos faltantes y ofensivos se produjeron en otras ocasiones, y aunque las razones verdaderas de cual fue la causa que originaron estas reacciones fueran la infidelidad o no de los ocasionales demandados, los son sus conductas sociales, culturales, personales o intimas inadecuadas o los temores, experiencias, frustraciones, crianzas o incertidumbres de la parte agraviada.

Lo que finalmente interesa al proceso y a la sociedad es que acaben y cesen en definitiva, cualquier acto que pueda implicar cualquier tipo de violencia intrafamiliar; esperando que las cosas se apacigüen, se calmen o que lleguen al camino más adecuado para el restablecimiento del respeto y orden dentro de las relaciones interparentales, no siendo aceptable que la sociedad deje de lado cualquier maltrato existente dentro de su seno.

Los jueces de todas las categorías y jerarquías no debemos dejar de lado el hecho de que la violencia familiar en la modalidad de violencia psicológica, por su naturaleza resulta difícil de probar y en principio no todas las personas tienen la misma sensibilidad frente al mismo estímulo; y es que en realidad la violencia psicológica puede ir desde un simple maltrato, acciones torpes o sutiles, ásperas o refinadas, hasta que estas sean manifestaciones graves de crueldad, de manera despiadada y con la intención de causar sufrimiento a la víctima en todos los casos.

En consecuencia violencia psicológica, implica todo acto humano que encierre crueldad y sevicia, que sea voluntario y con la intención de causar dolor de naturaleza síquica, tal maltrato incluso puede llegar a ser gratuito, es decir, sin motivo o por el placer de satisfacción de producir un estado de padecimiento psicológico; es posible que estos actos vejatorios sean ejecutados con el propósito deliberado de hacer sufrir material o moralmente; y por su característica resulta ser muy subjetivo en cuanto a las apreciaciones de cada persona, pues puede ir desde el simple trato vulgar, hechos o palabras despreciativas o deprimentes o que impliquen autoritarismo, "machismo", desprecio con tendencia a ridiculizar los actos, pudiendo existir hasta perversión, lo que trae como consecuencia un sufrimiento moral y no es necesario la continuidad de estos actos, pues puede bastar un solo acto que encierre gravedad.

Y es en la mayoría de los casos que el agresor demandado ha cometido, actos de violencia psicológica que han afectado la esfera interna de las agraviadas; resaltándose que nada justifica ningún acto de violencia por parte de ninguno de las partes, y si uno de ellos o ambos tomaron la iniciativa de actuar rompiendo las reglas de la pacífica convivencia, ambos por su grado de cultura y por su edad, deben saber que existen caminos policiales, administrativos, legales o de otra índole que permiten arribar a un buen fin, y nada justifica que dentro de la convivencia humana se reaccione con violencia, pues los seres civilizados deben actuar racionalmente y no instintivamente o de manera temperamental, ni dejándose llevar por sus emociones más atávicas y primitivas.

Más aún que las partes están obligadas a actuar dentro de un perfil de tolerancia, buena fe y respeto, debiendo ser paradigma para los demás; por el contrario sabiendo los agresores demandados que existen desavenencias, hacen mal en negar todo, tratando de justificar sus actitudes irreflexivas con cuestiones banales y pueriles, que lejos de conseguir un arreglo a sus diferencias, agrava más su delicada relación familiar, que por el contrario debido a la madurez que deben tener, está en la obligación de acrecentarla y no conseguir la ruptura de una familia por cuestiones abyectas y envilecidas.

Los involucrados en acciones de violencia familiar también deben tomar conciencia que el consumo de alcohol, es lo que ha ocasionado agresiones y conductas agresivas de su parte y aunque a veces lo reconocen, sin embargo, no recuerdan lo que hacen cuando están ebrios, por lo que lo más sensato y prudente es someterse a un tratamiento para dejar de beber definitivamente o aprender a hacerlo con moderación, porque su conducta en estado de ebriedad los lleva hasta el lugar donde se hallan, ante los estrados judiciales, con la

vergüenza a cuestras y en riesgo de perder a su familia, sus hijos y esposa y aún de quedar fuera de su casa, por lo que las sentencias y los procesos son una de las últimas llamadas de atención que les hace la sociedad y el Estado para que enmiende sus actitudes y decida vivir con respeto y en paz.

Por otro lado, es cierto que las sentencias son concluyentes en un proceso y terminan de una manera definitiva con alguna situación litigiosa o de conflicto existente entre personas, pero no obedecen más que a las conductas equivocadas de las personas que de manera conciente o inconsciente causan sufrimiento a uno o más miembros de su familia y que por mandato de una sentencia deben acabar bajo sanción, no sólo monetaria de multa o de reparación del daño, sino porque fundamentalmente se pretende y se espera que esta decisión jurisdiccional permita reflexionar a los actores y les haga ver sus errores, pues las consecuencias posteriores serán devastadoras para su vida y también para su familia.

Finalmente, y a modo de propuesta sería menester que en los casos inicialmente de violencia doméstica, se deban analizar los casos y participar en las audiencias con presencia de psicólogos y hasta de psiquiatras, quienes a diferencia de las conclusiones legales que tomara el juez en su oportunidad pueden analizar si la o las personas en proceso se hallan en condiciones de normalidad y aprovechar la coyuntura para tratar a las personas desde un ámbito diferente al meramente judicial.

Este análisis compartido profesionalmente, permitirá examinar los problemas tratando de resolverlos legalmente pero fundamentalmente desde una perspectiva más humana, porque lo más importante es la resolución de los problemas de las personas en su integridad, considerándolas como seres humanos y no como un caso más.

---

<sup>1</sup> Morris, Richard. Las Flechas del tiempo. Edición original. Barcelona: Salvat Editores, 1987.

<sup>2</sup> Barash, David P. El Envejecimiento. Edición original. Barcelona: Salvat Editores, 1987.



# ESQUEMA COMPARATIVO DEL PENSAMIENTO DE EUGENIO RAÚL ZAFFARONI Y CARLOS SANTIAGO NINO EN RELACIÓN A LA TEORÍA DE LA PENA: CUADERNO DE NAVEGACIÓN

JUAN ALEGRÍA HIDALGO\*

## Resumen

El tema de la teoría de la pena, sus fines y la finalidad en general del sistema jurídico penal, siempre han traído cuestionamientos sustanciales por la dogmática penal, de tal forma que en estricto la legitimidad del mismo ha quedado en cuestionamiento a falta de mejores argumentos. Es en este contexto que el maestro argentino Eugenio Raúl Zaffaroni expuso ciertas posiciones por las que cuestiona a todo el Sistema Penal Latinoamericano. Con este motivo se iniciaría un debate con el también penalista y muy conocido filósofo del Derecho, Carlos Santiago Nino. Nos parece muy interesante conocer los puntos de divergencia así como las conformidades entre ambos. Esa es la razón del presente trabajo que se presenta como guía de ruta para mayores disquisiciones y desarrollos.

**Palabras clave:** Derecho Penal - teorías de la pena.

## Abstrac

The theory of the sanction, its purpose and the generally object of the criminal legal system, always have brought substantial questionings by the dogmatic penitentiary, that is why the legitimacy of it, has been in questioning, for the lack of better arguments. It is in this background that the teacher Eugene Raul Zaffaroni from Argentina, sets out certain positions by which they question all the Latin American criminal system. In this context, began the debate within criminal attorney and well known philosopher of law Carlos Young Santiago. It seems to us very interesting to know the divergence points as well as the conformities between both. That is the reason of the present work that is presented as guide for majors disquisitions and developments.

**Key words:** Criminal Law - theories of efficient penalty.

## Sumario

1. Introducción. 2. Punto de partida y pretensión de validez universal. 3. Las teorías de la pena. 4. Semejanzas y diferencias. 5. Propósito in abstracto.

---

\* Juez Especializado Titular de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca - Poder Judicial de Perú.

## 1. INTRODUCCIÓN

El tema de la Teoría de la Pena resulta de relevante importancia para el Derecho Penal, pues a través de ella se intenta dar una base de legitimación para imponer penas a los ciudadanos, quienes gozan en nuestra región de un derecho elemental aunque sumamente sustancial como lo es el derecho a la libertad. En tal sentido, se evidencia un conflicto entre dos situaciones contradictorias: por un lado, el aludido derecho a la libertad de los ciudadanos, y por otro lado el derecho de punir o ius puniendi que favorece a los Estados a fin de combatir la criminalidad.

Así, en un Estado Democrático de Derecho, o como actualmente proponen las corrientes garantistas, en un Estado Constitucional de Derecho, la limitación a la libertad debe tener tanto una justificación como argumentos de legitimación, pues no se puede lesionar la libertad si no se cuenta con la legitimación necesaria así como si no se encuentra un fin razonable y justificado.

Es dentro de este contexto que van a surgir ya desde finales del siglo XIX teorías que pretenderán - con seriedad y sustentados principalmente en los pensamientos de Kant y Hegel y los postulados de Feuerbach y Von List - justificar la función de penar los delitos. Sin embargo, estas "teorías" - las cuáles en realidad no constituyen teorías sino meras líneas programáticas - no estarán exentas de críticas que en realidad las han puesto en cuestión - a todas ellas- determinando que en el momento actual no se encuentre, en estricto, una justificación sólida y sustancial para la función de punir.

Es dentro de este contexto que el reconocido jurista Eugenio Raúl Zaffaroni también postula, con su peculiar aunque no menos original punto de vista, críticas demolidoras al sistema penal imperante en Latinoamérica, críticas que ha recogido y desarrollado en su libro "En busca de las penas perdidas" (Ediar, 1989).

Justamente la publicidad de dicho texto crítico dio ocasión para que se produzca un debate jurídico alrededor del tema de la pena entre el mencionado Zaffaroni y otro reconocido filósofo del Derecho y también penalista argentino, Carlos Santiago Nino, principalmente en relación a la función que debería cumplir el Derecho Penal y las que de hecho y en la realidad cumple, debate enriquecedor que será materia de este breve ensayo, el cual tiene como finalidad comparar esquemáticamente el pensamiento de ambos acerca del aludido tema de la teoría de la pena.

Como se verá y concluirá luego de tal debate, lo que quedó en claro es que existían más coincidencias que diferencias, pues como lo precisara el mismo Zaffaroni, "Si no me equivoco, creo que llegamos a esclarecer una coincidencia general en cuanto a objetivos y también, salvo cuestiones secundarias, en soluciones prácticas. Las diferencias permanecen en el nivel teórico y en éste, estimo que hay una diferencia medular (las restantes serían tributarias): Nino prefiere conceptuar como *pena* una coacción estatal mucho mayor, porque cree que así puede limitarla mejor; yo sigo el camino contrario: creo que es necesario distinguirlas cada día más nítidamente, para controlar mejor a ambas".

Y es que, como se verá, Zaffaroni expuso en "En busca..." -entre otros postulados- que el Estado impone medidas limitadoras del derecho a la libertad a través de instituciones extrajudiciales (Zaffaroni prefiere llamarlas "agencias") y que vienen a ser verdaderas limitaciones a la libertad sin pronunciamiento judicial. Nino ve esta coerción como parte de la función preventiva general de la pena, mientras que Zaffaroni se declara a sí mismo como un agnóstico de la pena, por descreer de la dogmática que sustenta la teoría respectiva, por lo que sin acogerse plenamente a las teorías negativas de la pena (como lo son el Abolicionismo y la Intervención Penal Mínima o Derecho Penal Mínimo) las encuentra como la única salida viable a falta de otra mejor, ya que la implementación del sistema penal basado en las teorías positivas - como lo es hasta ahora en el penalismo latinoamericano - dice, únicamente produce más violencia de la que previene o restaura.

Con este fin, el objeto específico materia de nuestra comparación será el libro *Un debate sobre la pena: Carlos S. Nino Vs Eugenio Raúl Zaffaroni*. Ediciones Jurídicas. 1999. Previamente se debe referir, como ya se ha adelantado, que Zaffaroni se adscribe a lo que él mismo precisa como agnosticismo en relación a las teorías de la pena, por descreer de toda dogmática que las sustenta, y dado que la implementación del abolicionismo en las condiciones actuales es irrealizable, se acoge, sin convencimiento, al establecimiento de un Derecho Penal Mínimo. Nino por su parte, como filósofo del Derecho se presenta como un contractualista de tendencia Liberal Democrático, que en Derecho Penal se expresa como partidario del Derecho Penal Liberal o Garantista. Sin embargo, ambos pertenecen a la tradición jurídica del Civil Law, es decir, a la familia jurídica romano-germánica.

En cuanto a la literatura utilizada para este trabajo, proviene tanto de Argentina -en relación a los autores en debate- como bibliografía latinoamericana, española y alemana en cuanto a la Teoría de la Pena. Como se sabe, los

juristas que mayormente han analizado el tema de la Teoría de la Pena son los alemanes. Sin embargo, a través de la dogmática penal española, este pensamiento se ha difundido en Latinoamérica, incluyendo a la Argentina, país del cual son oriundos los juristas Zaffaroni y Nino.

## 2. PUNTO DE PARTIDA Y PRETENSIÓN DE VALIDEZ UNIVERSAL

Previamente a ingresar a la determinación de las semejanzas y diferencias, debemos partir por exponer el punto de partida del debate, es decir, las ideas fundamentales del libro de Zaffaroni “En busca de las penas perdidas” y luego hacer referencia a la Teoría de la Pena.

Asimismo, se debe poner de manifiesto la importancia del debate bajo análisis toda vez que, en cuanto el tema de la teoría de la pena -que, como se ha dicho, nos llega por los españoles desde la dogmática penal alemana- se ha irradiado por Latinoamérica con singular homogeneidad. En consecuencia, un debate sobre el tema entre dos reputados juristas presenta un alto interés para el penalismo de nuestra región. En lo que respecta al tiempo y espacio, el debate es contemporáneo dentro del penalismo Latinoamericano, considerando que se ha dado durante el año 1999 en los números de la Revista Jurídica Argentina No hay derecho, y no obstante aún mantiene vigencia en toda Latinoamérica por la fortaleza de los argumentaciones e ideas expuestas.

El pensamiento de Zaffaroni

El profesor Zaffaroni, mediante un análisis lógico de contraposición de ideas y situaciones concretas, pone de manifiesto, como se ha mencionado, la crítica situación por la que atraviesa el sistema jurídico penal establecido en Latinoamérica, localidad que el connotado jurista argentino encuentra ubicada “al margen” de los países “centrales”, haciendo énfasis en la deslegitimación tanto del propio sistema penal implementado como del sustento doctrinario que lo informa, es decir, del discurso jurídico penal.

En puridad, observamos que la crítica realizada por Zaffaroni, si bien es cierto tiene connotaciones esencialmente penales, no deja de ser un cuestionamiento al sistema político, por lo que trasciende al campo netamente penal. Pero el cuestionamiento no se agota en tal naturaleza de críticas pues va más allá, dado que contrasta la realidad “operativa” del sistema jurídico penal para verificar, como es evidente, que dicho sistema no cumple con lo que teórica y normativamente ofrece y establece, de tal manera que el autor concluye por la

deslegitimación del sistema, deslindando tal concepto con el de legalidad, por lo que deviene en afirmar que el discurso jurídico penal es innegablemente falso y que su producto, el sistema jurídico penal, es simplemente un embuste, entre otros calificativos.

Al respecto refiere que tal situación se mantiene por no haberse encontrado hasta el momento otro discurso penal – dígame Teoría de la Pena- que lo reemplace con eficiencia y considera que la argumentación de que únicamente se trata de una situación transitoria producto de nuestra propia limitación condicionada por los defectos coyunturales, producto de nuestro subdesarrollo, es falsa, dado que la realidad operativa de nuestros sistemas penales jamás podrán adecuarse a la planificación del discurso penal por existir un fenómeno de contradicción entre el discurso y la realidad operativa.

Zaffaroni señala que el sistema penal no tiene características de legitimidad, y sostener lo contrario es utópico, pues el discurso penal tiene en su interior una serie de contradicciones que lo privan de coherencia y calidad de verdadero, es decir, por un lado lo privan de su calidad de racional, pues está establecido como un discurso que no considera al hombre como persona, siendo que al no concurrir esta esencial condición toda tentativa de construcción racional está destinada al fracaso, más aún cuando no ha alcanzado los niveles de “verdad social” necesarios (tanto abstracto como concreto) para este fin, y por otro lado se verifica como consecuencia de su operatividad que se ha implementado *un ser que jamás será*, en contraposición a lo que predica, es decir, postulados y normas con un *deber ser* que supuestamente en algún momento devendrá en un *ser*. Afirma Zaffaroni “De allí que el discurso penal socialmente falso sea también perverso”. En consecuencia, la quiebra de la racionalidad aludida por el discurso del penalismo latinoamericano determina, entre otras consecuencias, la ilegitimidad del ejercicio del poder de las agencias de nuestros sistemas penales, lo cual no puede ser suplantada por la legalidad, que es un concepto más bien formal que sustancial.

Zaffaroni advierte también que la propia ley penal ha renunciado a la legalidad pues con motivo de la minimización jurídica se han dejado otros espacios a agencias no judiciales para que apliquen sanciones que en el fondo son de esencia penal. Es decir, además de la ilegitimidad del ejercicio del poder que se ejerce fuera del sistema jurídico, también existe un espacio en el que el poder es ejercido (violencia dice Zaffaroni) con legalidad pero sin legitimidad, desapareciendo en estas zonas grises los principios garantistas que sí -supuestamente- informan al derecho penal, constituyéndose así un control social militarizado y verticalizado cuya acción disciplinante se

ejerce, coincidentemente, sobre los sectores más carentes de la población y algunos disidentes, convirtiéndose de esta forma el sistema en uno de carácter represivo y configurante del ejercicio del poder.

Adicionalmente, advierte que la represión establecida por el poder no sólo actúa a un nivel de sistema jurídico penal sino que tiene también una actuación a nivel inconsciente que parte desde los años de formación del ser humano, a través de los medios de comunicación y otras instituciones como la familia, las escuelas, etcétera, de tal manera que no se perciba justamente el carácter represivo y expreso del sistema jurídico penal y sea así aceptado por configurar un sistema penal formal.

Finaliza comentado acerca de ciertos ángulos del pensamiento latinoamericano que también han puesto de manifiesto la crítica situación aludida como son la crítica general del derecho, las áreas de estudio acerca de la legitimación del poder (filosofía jurídica) la preocupación ius humanista y la crítica criminológica o criminología de la reacción social.

### **3. LAS TEORÍAS DE LA PENA**

Debemos referir que desde tiempos antiguos se ha tratado de justificar la imposición de penas. Platón y otros filósofos de la antigua Grecia precisaban que ante un acto dañoso era necesario reaccionar mediante la sanción a su autor.

Sin embargo, no sería sino hasta mediados del siglo XIX que se trataría a profundidad el tema ya desde la reciente dogmática penal. Debemos recordar que sería con la ilustración y con las ideas de Beccaria que el Derecho Penal iniciaría un camino de asimilación de principios que lo llevarían a evolucionar hasta el actual Derecho Penal, ya que Beccaria asimiló la sustancia de las ideas de Montesquieu, Rousseau, Marat, Voltaire, entre otros, acerca de un nuevo modelo de sociedad basado en la libertad del individuo. En su libro "Dei delitti e delle pene" Beccaria sentó las bases del Derecho Penal Liberal, pues fue un texto de política criminal que propugnaba el principio de legalidad, la humanización de las penas, la abolición de la tortura, el principio de igualdad ante la ley, el principio de proporcionalidad entre el delito y la pena, entre otros. Estas ideas iniciales de Beccaria generarían una corriente que en el Derecho Penal se llegaría a conocer como la Escuela Clásica, surgida principalmente en Italia, siendo sus principales figuras Filangieri, Romagnosi, Carmignani, Rossi y Carrara, y en Alemania Feuerbach. Todos ellos realizaron importantes aportes a la dogmática penal, aunque realmente no formaron

una escuela homogénea, sino simplemente bajo este rótulo se congregó a los juristas surgidos entre la ilustración y el advenimiento del positivismo.

Es en esta escuela que -como se ha dicho, no constituyó una corriente homogénea, pues entre sus miembros existirían incluso posiciones contrapuestas- surgirían los primeros intentos de justificar la pena. Así, Rossi se adscribiría a una teoría retribucionista de la pena mientras que Carmignani postularía una teoría preventiva.

Sin embargo, posteriormente el positivismo generaría un viraje en el Derecho Penal hacia posiciones que posteriormente serían consideradas como sumamente peligrosas para los individuos de la sociedad, dado que las corrientes positivas en el derecho penal propusieron y positivaron legislaciones que contenían un derecho penal de autor en vez de un derecho penal de acto, abandono de las tesis retribucionistas por la adopción de posiciones preventivas que fomentaban penalizaciones incluso hasta la inocuización de los delincuentes sustentado en su potencialidad de daño por características de su personalidad, esto por influencia de la criminología reinante en dicho momento que recogía los postulados de Lombroso, Ferri y Garófalo, principalmente, quienes crearon a través del positivismo criminológico las bases para la existencia de un Estado extremadamente intervencionista.

El positivismo jurídico, en Derecho Penal, daría origen a dos corrientes de interpretar dicha sección del Derecho: El positivismo jurídico normativista y el positivismo jurídico sociológico. Sin embargo, dentro de este panorama sombrío generado por el positivismo se generaría un instrumento de tal importancia como lo es la dogmática de la teoría del delito, de la cual se desprendería posteriormente el Neokantismo, el Finalismo y - el más actual - Funcionalismo.

Contemporáneamente, podemos encontrar las llamadas Teorías Positivas de la Pena, es decir, aquellas que proponen que la pena debe existir; mientras que por otro lado, propugnado por la Criminología Crítica y la Escuela Crítica del Derecho Penal, se tienen las Teorías Negativas de la Pena, que proponen desde la desaparición del Derecho Penal y la pena, así como su consiguiente reemplazo por alternativas de solución de conflictos hasta la minimización del mismo.

Dentro de la primera clasificación encontramos las Teorías Absolutas, las Teorías Relativas y las Teorías Mixtas. Dentro de la segunda clasificación se aprecia, principalmente, las Teorías Abolicionistas y las Tendencias del Derecho Penal Mínimo o de Intervención Mínima.

### 3. 1. Las Teorías Positivas de la Pena

#### 3.1.1. Las Teorías Absolutas, de la Retribución, de la Expiación o de la Justicia

Retrocediendo en este panorama tenemos que referir que sería la Escuela Clásica la que propugnaría las Teorías Absolutas de la Pena, que se sustentan en el valor justicia, es decir, esencialmente propugnan que la pena tiene como función hacer justicia al retribuir el daño causado por el autor del delito, de tal manera que con Kant y Hegel, afirmarían que “la pena es legítima si es la retribución de una lesión cometida”. Así, mediante la pena se produce al autor del delito un mal que compense el mal que ha causado.

Contra esta posición se ha argumentado que afirmar que la pena compensa el daño causado por el delincuente no tiene sustento empírico, es decir, tal afirmación no es demostrable y es una simple especulación. Asimismo, se afirma que no es cierto que la pena impuesta compense el daño que el delincuente ha causado, sino que al mal originado por el delito se le sumará el mal que causa la imposición de la pena. En consecuencia, sustentar la pena, refieren los críticos de estas teorías, en el valor justicia no genera ninguna consecuencia social positiva, es decir, per se no permite combatir la criminalidad, entendiendo esto como reducirla lo más posible, lo cual es inaceptable en un sistema jurídico que pretenda tener visos de legitimidad. Es decir, una teoría de la pena basada en el concepto o valor justicia no podría justificar la intervención estatal pues no genera ningún resultado de importancia para variar las condiciones que generan la delincuencia. Así, deben descartarse las teorías absolutas como sustento de la pena.

#### 3.1.2. Las Teorías Relativas o Preventivas

Por otro lado sería la Escuela Positiva la que postularía las teorías preventivas, las cuáles pretenden tener fines de utilidad social. Es decir, pretenden hacer disminuir la incidencia en el delito mediante la prevención al encontrar una función social a la pena: un sector propugna que dicha función es la protección de bienes jurídicos, mientras que otro sector refiere que la función de la pena es la de reafirmar la norma vulnerada a través de la desautorización que de ella hace el infractor de la ley penal con su conducta. De esta forma, refieren sus defensores, se logra justificar la intervención del Estado en la esfera de libertad de las personas que cometen delitos.

#### a. Las Teorías de la Prevención General

Inicialmente propuesta por Paul Ansel Feuerbach, éstas pretenden prevenir el delito mediante la intimidación de la generalidad de los integrantes de la sociedad, inhibiendo los impulsos delictivos de indeterminados potenciales autores de delitos. Es decir, plantean que el tipo penal, entre otras funciones, tiene la de motivación, ya sea a través de un mensaje que fomenta los valores positivos al hacer conocer las conductas prohibidas (Prevención General Positiva), o mediante la intimidación que genera la imposición de una pena (Prevención General Negativa).

Estas teorías también han recibido cuestionamientos y críticas. Así, al igual que las posiciones retribucionistas, también se sostiene que el efecto desincentivador de la pena, es decir, su efecto motivador de no cometer delitos, tampoco ha sido demostrado pues no existe prueba empírica de tal motivación o desincentivación del delito. Igualmente se critica que el intentar disuadir mediante la amenaza permite y fomenta la elevación indefinida de las penas ya que responde a la lógica de que cuanto más grande es la amenaza más fuerte será el efecto intimidante y en consecuencia se disminuirá el delito, lo que la realidad ha demostrado no ser acertado, pues inclusive la imposición de pena de muerte como pena conminada no ha determinado que los delitos sancionados con dicha pena disminuyan sustancialmente, con lo cual sí se puede concluir que los que se intimidan con la prevención general son, usualmente, el mismo sector de la población que siempre respeta la ley y que no comete delitos. Entonces, con estos argumentos también, dicen sus detractores, se debe descartar las teorías relativas como sustento de la pena.

#### b. Las Teorías de la Prevención Especial

Franz Von List, uno de los principales representantes de la Escuela Positivista en el Derecho (más específicamente del Positivismo Jurídico Sociológico) refería que “La pena es prevención mediante represión”. Posteriormente, se recurriría al concepto de “Tratamiento” a fin de obtener un resultado en el delincuente a fin de que no reitere su conducta lesiva de bienes jurídicos protegidos por la ley penal, intentando su resocialización, readaptación y resocialización (Prevención Especial Positiva) y finalmente, en casos incorregibles, proceder a su inocuización, es decir, a su inutilización a fin de privarlo de su capacidad de daño (Prevención Especial Negativa).

Se han hecho también diversas críticas que descalifican a estas posiciones. En primer término se constata que se utiliza al ser humano para obtener fines

sociales, esto es, la disminución de la delincuencia, lo cual, se dice, lesiona la dignidad humana, pues el ser humano no puede ser utilizado como objeto para la búsqueda de fines. Asimismo, también se verifica que el tratamiento no tiene el éxito esperado en la gran mayoría de casos, teniendo presente que más bien los centros de reclusión son sensiblemente criminógenos en vez de rehabilitadores.

### 3.1.3. Las Teorías de la Unión, Mixtas, de la Combinación o Unificadoras

Las Teorías Mixtas intentan combinar los principios legitimantes de las teorías absolutas y de las teorías relativas en una tercera teoría unificadora. Es decir, procuran justificar la pena en su capacidad para reprimir y prevenir al mismo tiempo. Así, refieren que la pena es legítima porque es justa y útil. Sin embargo, la combinación puede dar mayor énfasis a uno de estos elementos sobre el otro, de tal forma que pueden generarse dos posiciones teóricas.

En las Teorías Unificadoras Retributivas, la utilidad de la pena puede contemplarse legítimamente siempre y cuando ni se requiera no exceder ni atenuar la pena justa. Por otro lado las Teorías Unificadoras Preventivas señalan que la utilidad es lo que fundamenta la imposición de la pena, haciéndola legítima; pero dicha utilidad no puede sobrepasar los límites de la pena justa. Jakobs ha criticado estas posiciones unificadoras refiriendo que: En primer término, les afecta las mismas críticas que a las teorías absolutas y relativas, y por otro lado se pretende unificar con el simple uso del lenguaje realidades que son incompatibles entre sí.

Finalmente, sobre el extremo de las Teorías Positivas de la Pena, Roxin ha propuesto una concepción o teoría dialéctica de la pena, pues plantea que el tipo penal tiene un efecto desmotivador general de conductas delictivas, por lo que el tipo tiene de por sí un efecto de prevención general. Al momento de imponerse la pena, y en el instante de su determinación, la retribución limita a la prevención especial, la cual pondrá de manifiesto su esencia preventiva especial cuando la pena se ejecute en la búsqueda de fines resocializadores.

## 3. 2. Las Teorías Negativas de la Pena

Estas teorías precisan que el Derecho Penal no ha solucionado el problema del delito y por el contrario, ha generado mayor violencia, tanto legítima como ilegítima. Refiere el mismo Zaffaroni que “ninguna de las teorías positivas de la pena, es decir, de las que creen que pueden definir la pena por sus funciones fue verificada en la realidad social” por lo que “el concepto de pena

útil al Derecho no se puede obtener de modo positivo (es decir, a partir de sus funciones reales, que en buena medida son desconocidas y las conocidas son altamente complejas y mutables y a veces delictivas)...” lo cual “impone la necesidad de construir un concepto negativo de pena obtenido por exclusión y al mismo tiempo confesando la imposibilidad de agotar el conocimiento de sus funciones, de modo que tendremos un concepto negativo y también agnóstico... la pena y su utilidad no es ni puede ser una cuestión de fe”. Así, el concepto negativo de pena es precisado por Zaffaroni como “(a) una coerción, (b) que impone privación de derechos o dolor, (c) que no repara ni restituye y (d) ni tampoco detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes”.

### 3.2.1. El Abolicionismo

Ferrajoli nos refiere que las doctrinas abolicionistas son aquellas que “no reconocen justificación alguna al Derecho Penal y propugnan su eliminación, bien por que impugnan de raíz su fundamento ético-político, bien porque consideran que las ventajas proporcionadas por él son inferiores al costo de la triple constricción que producen: la limitación de la libertad de acción para los cumplidores, el sometimiento a juicio de todos aquellos de quienes se sospecha que son incumplidores y el castigo de cuantos juzgue que lo son”. Deja constancia además que el abolicionismo penal constituye un conjunto heterogéneo de teorías, doctrinas y actitudes ético culturales unificadas por la negación de cualquier clase de justificación o legitimación externa de la intervención punitiva sobre la desviación por parte del Estado, y sus propuestas son de lo más dispares.

Ante tal situación, una de las posturas más difundidas del Abolicionismo plantea reemplazar el sistema de penas por mecanismos alternativos de compensación ante la comisión de delitos. Estos pueden ser mecanismos de reparación, tratamientos terapéuticos, conciliaciones y transacciones.

### 3.2.2. El Derecho Penal Mínimo

Los propulsores de esta corriente plantean que, en primer término, se deben reducir los tipos penales a la protección de los bienes jurídicos de mayor importancia. Asimismo, las penas deben ser cortas con mecanismos de salida a través de beneficios penitenciarios o mediante el uso de formas no efectivas de pena o mecanismos procesales de conclusión de procesos como la aplicación de criterios de oportunidad, acuerdos reparatorios o conclusiones anticipadas del proceso que permitan regular a las partes la consecuencia del

delito. Esta posición parte del parámetro utilitario de propender al máximo bienestar posible de los no desviados, como el mínimo malestar necesario a los desviados.

#### **4. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS**

##### Discusión Zaffaroni-Nino

A continuación entraremos al corazón de este breve ensayo refiriendo puntualmente las coincidencias y divergencias en el pensamiento de Zaffaroni y Nino acerca de la pena y su justificación, derivados del debate ya mencionado. Estas constataciones, cada una de ellas, podrían ser motivo de un desarrollo independiente e interesante, que por motivos de espacio nos abstenemos de realizar por el momento pero que quedan como instrucciones para una posterior navegación y desarrollo.

##### **4. 1. Semejanzas**

Se referirán las coincidencias en los pensamientos de los autores bajo estudios expresamente puestas de manifiesto en el debate.

1. La violencia que genera el Estado en algunos países de nuestra región a través de abusos de sus fuerzas de seguridad debe ser motivo de preocupación profunda de toda persona honestamente comprometida con la preservación de los derechos humanos. Ejemplos: muertes y lesiones en situaciones no claramente justificadas, apremios ilegales, detenciones arbitrarias, regímenes de arresto indignos, intimidaciones, etc.

2. Los aspectos aberrantes del procedimiento penal deben ser objeto del mismo tipo de preocupación. Ejemplo: detenciones preventivas que se convierten en verdaderas penas a presuntos inocentes en razón de procedimientos de excarcelación extremadamente rígidos, un proceso judicial arbitrario en cuanto a su lentitud, burocratismo y falta de transparencia, y un régimen de detención que pervierte gravemente los fines aseguradores de la prisión preventiva de los procesados.

3. La calamitosa deficiencia de los procedimientos penales generan considerable grado de riesgo de que las sanciones dispuestas como consecuencia de él recaigan sobre individuos inocentes.

4. Se agrava esta situación por la inexistencia de un servicio realmente eficaz de defensa jurídica gratuita.
5. El procedimiento penal incluye un factor de considerable arbitrariedad por su carácter formalista y sigiloso que da lugar a sospechas de corrupción y parcialidad en el funcionamiento de la justicia penal.
6. La legislación sustantiva penal es sumamente objetable en cuanto contiene normas que responden a una concepción perfeccionista o incluyen penas absolutamente draconianas en relación a las necesidades de prevención.
7. La situación carcelaria es sumamente dramática, teniéndose que las cárceles más bien se han convertido en un factor de gran poder criminógeno.
8. En el aspecto socio-económico, la abismal desigualdad de ingresos y por lo tanto de oportunidades de educación, trabajo satisfactorio, condiciones de vida dignas hace que los sectores más pobres sean más proclives a la comisión de una variedad de delitos. Esto los hace ser más proclives a ser objeto de sospechas, en consecuencia más vulnerables frente a la actuación arbitraria de las fuerzas de seguridad y más indefensas frente al funcionamiento del sistema penal. Esta situación de desventaja económica también los convierte en las peores víctimas del régimen carcelario.
9. Ambos autores rechazan las Teorías Retributivas de la Pena.
10. Las actuales penas, sobre todo la privativa de libertad, sí pueden ser reemplazadas por otras, con igual o aún mayor eficacia preventiva, medidas que no necesariamente sean punitivas, aunque sí con un componente coercitivo.
11. El Abolicionismo sí ha hecho aportes sumamente valiosos al dirigir la reflexión crítica a la generación de medidas alternativas a las sanciones punitivas, aunque no niegan el peligro de las utopías bucólicas, o sea, de los sueños de “sociedades sin conflictos”.
12. Sí existen gravísimos males que surgen del sistema penal vigente.
13. Ambos aceptan que mantienen posiciones críticas sobre la dogmática jurídica.
14. La progresiva subjetivización de lo injusto en la que está incurriendo la dogmática atenta gravemente contra el principio liberal de intersubjetividad del Derecho Penal.

15. La llamada “definición de delito” no es una verdadera definición conceptual sino un conjunto de principios valorativos sobre las condiciones exigibles al legislador o a un juez para prescribir o aplicar penas.

16. El Derecho es un discurso de poder y dominación y se debe discutir bajo qué condiciones ese poder está justificado y por lo tanto cuáles son los límites de ese poder.

17. Debe sostenerse al Derecho Penal Liberal del violento vendaval que lo azota por parte del pensamiento autoritario, de la debilidad que le brinda una fundamentación científicamente falsa y de la infección con que lo contaminan los que se llaman “penalistas liberales” porque comparten sólo sus errores de fundamentación.

#### **4. 2. Diferencias**

Se expondrán las diferencias sustanciales encontradas en los pensamientos de los autores bajo estudio.

1. Zaffaroni precisa que el carácter preventivo general de la pena es muy débil por no decir casi nulo, mientras que Nino le otorga eficacia sustancial. Así, el primero sostiene que el sistema penal carece inherente e insuperablemente de toda eficacia preventiva, y que no se puede demostrar el carácter preventivo de la pena, ni positivo ni negativo, mientras que el segundo sí le reconoce algún índice de eficacia general desmotivadora del delito. Zaffaroni diferencia y precisa que el efecto preventivo del que habla Nino no es de la pena sino de la coacción directa.

2. Zaffaroni no acepta que los males del sistema penal, tal como se encuentra actualmente estructurado en Latinoamérica, sean superados; sin embargo, Nino sí acepta que puedan ser atenuados y en algunos casos hasta evitados, inclusive el carácter preventivo podría disminuir muchos de los males que Zaffaroni atribuye al sistema penal.

3. Nino sostiene que el aceptar que los problemas del sistema penal no pueden ser superados no puede llevar a concluir que se debe abolir el sistema penal o a recurrir al derecho penal mínimo, a diferencia de Zaffaroni, menos aún si no se cuenta con pruebas empíricas del adecuado funcionamiento de estos últimos o de que dichos sistemas alternativos no generarán asimismo males similares, por lo que no puede aceptarse su implementación sin pruebas demostrativas de su eficacia, pues se puede dar un salto al vacío.

4. Nino precisa que es inútil el recurso de Zaffaroni de acudir a un lenguaje excesivamente metafórico o emotivo.
5. El carácter preventivo de la pena no es percibido por la generalidad de la población, sostiene Zaffaroni en contraposición a Nino.
6. Nino no encuentra una articulación sustancial de los principios de justicia que asume Zaffaroni y que lo hacen adoptar sus posiciones críticas.
7. Según Nino, Zaffaroni no deja claro si, en caso de demostrarse los efectos preventivos generales de la pena, esto justificaría la legitimidad de la pena.
8. Nino critica a Zaffaroni al referir que descalifica diferentes concepciones de moralidad social con poco menos que recurrir a rótulos terminados en “istas” sin sustentar suficientemente, dando por sentado que tácitamente dicho recurso descalifica tales concepciones.
9. Nino no comparte con Zaffaroni de que la tesis de HLA Hart de justificar la pena sobre la base de una maximización de la libertad de elección deba ser considerada como contractualista, pues afirma que no siempre quien valore la libertad de elección es un contractualista.
10. Difieren que sea posible acudir al consentimiento del individuo para justificar la imposición de pena sobre la decisión de éste de cometer un delito por graves apremios que no sufren otros individuos de la sociedad, aunque la pena sea socialmente útil. Zaffaroni sostiene esta postura, que es rechazada por Nino.
11. Las diferencias emergentes de las estructuras sociales, dice Nino, no puede llevar a descalificar los actos de voluntad ejercidos en esas condiciones, como lo hace Zaffaroni para despenalizar las conductas.
12. Para Nino, la Escuela Crítica del Derecho es insuficientemente crítica de los principios de moralidad social de los que debe partirse para enjuiciar las instituciones sociales y observa que esta Escuela centra permanentemente su atención en descubrir supuestos aspectos ocultos de tales instituciones, asumiendo que por darlos a luz intrínsecamente revela su maldad manifiesta, por lo que es usual que lo que la supuesta revelación más bien es bastante evidente, descuidando revelar, por el contrario, los principios que sustentan la condena de esos supuestos aspectos ocultos.

13. Nino sostiene que la Escuela Crítica no puede explicar cómo sus propios presupuestos valorativos están exentos de la relativización y la determinación con que descalifican a todas las demás propuestas.

14. Nino precisa que el Abolicionismo dejaría en la indefensión a la sociedad, inclusive con mayor intensidad a los sectores más débiles.

15. Proponer el Abolicionismo, sostiene Nino, es intentar implementar una utopía ilegítima.

16. Nino asume que el Derecho Penal Mínimo, como forma disminuida del Abolicionismo, puede ser sumamente riesgoso en un marco de considerable violencia, pues puede genera una anomia generalizada que afecte a todos los sectores sociales.

17. Para Nino, los principios que plantea Zaffaroni deben ser motivo de demostración y no de mera postulación en cuanto están dirigidos a hacer más justo y eficiente el sistema penal. Esto además no se logra con sólo minimizar el sistema penal.

18. Por el contrario, Nino propone reformar la legislación penal de fondo para que ella se dirija a reprimir solo a aquellos actos que afectan grave e injustamente intereses de terceros; la adopción de otras alternativas penales menos cruentas que las penas de prisión; la urgente modificación del procedimiento penal para hacerlos transparente, expeditivo y garantizador, incluyendo la introducción de jurados; la racionalización de la acción penal; la revisión de la prisión preventiva y de sus condiciones de cumplimiento: la reforma de los mecanismos que deberían permitir un mayor control de las fuerzas de seguridad; la revisión profunda del sistema carcelario.

19. A pesar que ambos pretenden defender el Derecho Penal Liberal, Zaffaroni refiere que Nino no se percata de las trampas que el autoritarismo le tiende en el camino.

20. Zaffaroni sostiene que el sistema penal crea la ilusión de una solución y como generalmente sucede, la pacífica aceptación de que el problema se resuelve con el sistema penal (o la no menos tranquilizante de que si no se resuelve es por un defecto coyuntural del sistema social) cancela el problema, normaliza la situación y con ello, impide la búsqueda de soluciones efectiva. No puede compartir en modo alguno que Nino crea que acudiendo al poder punitivo se resolverán los problemas de anomia de una sociedad. Y esto

es porque Nino, según Zaffaroni, confunde poder punitivo con coacción jurídica.

21. Difieren en su concepción de Abolicionismo, pues para Zaffaroni no es soltar a todos los presos y cerrar los tribunales de justicia, sino recurrir a modelos alternativos de solución de los conflictos como reparaciones, tratamientos terapéuticos, conciliaciones, transacciones, etc., pues tener presos a los delincuentes no pasa de eso mismo y nada más. No se resuelve ningún conflicto, no se repara a ninguna víctima, no se asegura a nadie contra lo que pueden hacer los demás ciudadanos libres, sino que simplemente se tiene encerrados a los delincuentes más torpes y rudimentarios de todo el país.

22. Para Zaffaroni el problema no es si la pena tiene efectos preventivos sino en saber si el precio que se paga en vidas y dolor de los pocos fracasados que se ponen al alcance del sistema penal y las limitaciones a la libertad que sufrimos todos con el pretexto de pena a torpes, están ética y políticamente justificados y si no hay disponibles otros mecanismos de solución de conflictos más eficaces (que incorporen a la víctima) y que, en definitiva, serían pacificadores y no meramente tranquilizadores, porque serían auténticos.

23. A diferencia de Nino, Zaffaroni sostiene que, por brutal que sea lo que haya hecho, por justificada que esté nuestra indignación y hasta nuestra venganza, por inevitable que sea que se deba hacer algo, lo que no podemos pasar por alto es que la estructura del poder punitivo, en cualquier sistema históricamente dado, desde el siglo XII hasta hoy, hace que ineludiblemente sus objetos sean siempre los más inhábiles, torpes y hasta tontos. Sin esa torpeza no caerían bajo ese poder. Es decir, los presos no están presos por lo que hicieron -aunque lo hayan hecho- sino porque lo hicieron con notoria torpeza, sin perjuicio de que lo que hayan hecho en unos poquísimos casos sea repugnante.

24. Zaffaroni refiere que Nino no demuestra la “utilidad social” de la pena. Simplemente recurre a un nebuloso “sentido común”.

25. Sostiene Zaffaroni que en el seno de todo Estado de Derecho hay un Estado de Policía y cuando se debilita el primero, emerge el segundo. No hay Estados de Derecho puros, sino Estados de Derecho que tienen controladas las pulsiones del Estado de Policía que contienen. El peligro además es que el poder punitivo no es ejercido por el legislador sino por las agencias ejecutivas y los únicos que pueden controlarlas cercanamente son los jueces.

26. Para Zaffaroni la reducción del poder punitivo es saludable.

27. Para Zaffaroni la salvación del discurso reductor y garantista es posible a través de una teoría negativa de la pena.

## **5. PROPÓSITO IN ABSTRACTO**

De lo que antecede podemos extraer lo siguiente:

### **5.1. Conclusiones**

- El discurso acerca de la pena que acoge el penalismo latinoamericano se encuentra totalmente alejado de la práctica penal que se evidencia en la realidad.

- Entendiendo al Derecho Penal como el uso legítimo de la violencia para combatir el delito, se tiene que este sistema genera también gran cantidad de violencia ilegítima ejercida por diversas instancias del Ejecutivo.

- Dicha violencia del Ejecutivo muchas veces se encuentra fuera del control jurisdiccional.

- Es evidente que la pena tiene un índice de efecto preventivo en la población, aunque también es cierto que dicho índice no puede ser medido.

- El fracaso de la aplicación de las teorías preventivas o mixtas no determina necesariamente que la alternativa de las teorías negativas de la pena sean viables.

- Para implementar formas de teorías negativas de la pena como las Abolicionistas o las del Derecho Penal Mínimo debe tenerse datos empíricos acerca de su eficacia.

- Las personas comprometidas con la defensa de los derechos humanos no pueden aceptar la falta de control jurisdiccional sobre la violencia extrajudicial.

- Las personas que sufren detención procesal o preventiva deben tener un trato diferenciado de los condenados. Esto se explica pues les favorece el principio de presunción de inocencia, por lo que no deben ser sometidos a tratos y

condiciones indignas, por más aberrante o repulsiva que sea la imputación que genera la detención.

- Si se quieren procesos judiciales rápidos y con las seguridades que garanticen el debido proceso, es necesario dotar al órgano jurisdiccional de lo que requiere para tal fin. Esta afirmación tan simple y razonable no se condice actualmente con la realidad.

- Se debe reforzar el servicio de defensoría legal gratuita a fin de atender eficazmente las necesidades de la población.

- Se debe establecer entre los lineamientos de la política penitenciaria el impedir que dentro de las cárceles se generen estados de fomento al delito.

- Ambos autores rechazan el Retribucionismo como sustento de la pena y por el contrario reconocen méritos a los aportes del Abolicionismo.

- Los autores coinciden en que es esencial justificar el uso del poder dentro del Derecho, sobretodo debe reforzarse al Derecho Penal Liberal a fin de que pueda hacer frente a las posiciones autoritarias.

- En Zaffaroni el efecto de prevención general es casi nulo mientras que Nino sostiene que la pena tiene eficacia preventivo general.

- Según Nino, no están claros los argumentos de Zaffaroni para deslegitimar tanto la prevención general como las concepciones de moralidad social.

- Justificar la pena sobre la base de la libertad de elección no determina que se sea Contractualista en la corriente propuesta por HLA Hart.

- Zaffaroni pretende despenalizar conductas sustentándose en diferencias emergentes de las estructuras sociales, posición que Nino rechaza.

- La Escuela Crítica del Derecho no explica cómo sus propios presupuestos valorativos superan la descalificación que ellos mismos hacen a otras propuestas.

- Zaffaroni encuentra viable la implementación del Abolicionismo mientras que Nino lo percibe como una utopía ilegítima.

- Finalmente, luego de aclarar sus posiciones, los autores encuentran que la diferencia sustancial entre sus pensamientos radica en un nivel netamente

teórico y que consiste en que Nino prefiere conceptual dentro de la idea de pena también la de coacción estatal, mientras que Zaffaroni diferencia pena de coacción de Estado.

## 5.2. Valoraciones

Ciertamente las críticas que Zaffaroni hace al sistema penal latinoamericano a través de su obra "En busca de las Penas Perdidas" ponen de manifiesto la grave crisis por la que éste atraviesa. Sin embargo, la alternativa que propone, es decir, recurrir al Derecho Penal Mínimo realmente también presenta matices de dudas. Y no únicamente por efecto de las observaciones que Carlos Nino le ha hecho en el sentido de que por qué un sistema falle la alternativa teórica es la solución. Como dice Nino, debe demostrarse empíricamente, con cifras en la mano, que la alternativa sí va a cumplir con los objetivos que el sistema se proponga.

Sobre el tema en nuestro país ya tenemos pruebas al respecto, pues como se recordará, nuestro actual Código Penal, que data de 1991, se dio justamente bajo la teoría del Derecho Penal Mínimo, luego de varios antecedentes normativos de despenalización. Este Código, en su versión original, no sólo establecía para la mayoría de los tipos penales penas muy benignas, es decir, muy cortas, sino que estableció modalidades novedosas como alternativas a la pena privativa de libertad efectiva, tanto en su ejecución como son la reserva del fallo condenatorio y la exención de pena, la conversión y la sustitución de la pena, así como modalidades alternativas a dicha pena como son la de multa y las restrictivas y limitativas de derechos. No referimos la pena suspendida pues esta alternativa siempre estuvo a disposición del juzgador con la antigua normatividad penal.

Sin embargo, muy poco queda de ello pues los tipos penales, en gran mayoría, han visto modificar en extremo la pena conminada convirtiendo actualmente nuestra legislación penal en una de desproporciones evidentes, corriente legislativa evidentemente conducida por las equivocadas teorías de la prevención general, que, como ya se ha mencionado, generan la creencia de que cuanto más alta es la pena legal abstracta más motivará a no cometer delitos, llegando con el tiempo mediante la aplicación de esta posición a generar penas irrazonables y carentes de toda proporción, ingresando en ciertos momentos al campo del Derecho Penal del enemigo. Como se puede apreciar, nuestro Código Penal, por este motivo, entre otros, se encuentra completamente desarticulado y sin rumbo, más aún cuando no se percibe el establecimiento de una Política Criminal coherente y clara.

### 5.3. Corolario

De la comparación realizada podemos extraer algunas derivaciones, como lo son:

1. Se debe regular adecuadamente las facultades coercitivas del Ejecutivo a fin de que no se conviertan en verdaderas penas, sobre todo en cuanto a las limitaciones al derecho a la libertad. Claro ejemplo son las detenciones injustificadas que realiza la Policía Nacional, muchas veces justificadas, aunque otras sin razón que determine proporcionalidad en la medida de detención.

No nos estamos refiriendo a la detención como figura similar a la que se dispone por el juez dentro de un proceso penal, sino al abuso de detener hasta por veinticuatro horas, facultad que la Constitución y la ley ordinaria establecen para el órgano policial. Sin embargo, se constata que en múltiples ocasiones se hace un abuso de autoridad, con fines diversos aunque siempre ilegítimos, maquillándolo de una detención en flagrancia.

Otro tanto acontece con las fuerzas armadas, que persisten en su práctica de disponer detenciones de civiles sin justificación alguna; simplemente son casos de abuso de la fuerza.

2. Se debe concientizar a la población en general que al Derecho Penal, en su estado actual o en un eventual estado de eficiencia total, no es la solución a la delincuencia y que ésta tiene orígenes múltiples que nada tienen que ver con el Derecho ni menos con la sanción penal, a fin de permitir atacar realmente dichas causas y no crear falsas expectativas de solución mediante la aplicación de las penas, que, como se ha puesto en evidencia, muy poco hacen para hacer desaparecer el delito en la sociedad. Como señaló Zaffaroni, únicamente sirve para crear la ilusión de que el sistema tiene una finalidad y que la delincuencia se está combatiendo.

3. Debe implementarse en todo el país el Nuevo Código Procesal Penal, dado que el mismo responde a un paradigma distinto al que informa la actual normatividad procesal penal. Como se sabe, este nuevo instrumento procesal ha asumido las posiciones garantistas que permiten un juzgamiento dotado de las garantías que prescribe el principio del debido proceso, respondiendo a un modelo adversarial garantista.

4. Se evidencia fácilmente que el estado actual de los penales en el Perú

hacen inviable cualquier teoría de la pena que busque fines de resocialización mediante el tratamiento. Por el contrario, basta constatar el estado de la infraestructura así como de los programas que se implementan para el tratamiento, para concluir que dicha rehabilitación, es meramente simbólica sin ningún resultado efectivo sobre la gran población penal. Únicamente un minúsculo sector de la población carcelaria logra una real resocialización, usualmente por factores ajenos al sistema.

5. No debe descartarse de plano las propuestas del Abolicionismo. A nuestro criterio sí es factible la implementación de sus propuestas aunque yo propondría su aplicación facultativa a ciertos delitos y bajo determinadas circunstancias. Actualmente podemos apreciar su influencia en nuestra legislación penal y procesal penal en figuras como el Principio de Oportunidad - artículo 2º del Código Procesal Penal de 1991, los Acuerdos Reparatorios contenidos en la misma norma, el procesos de Conclusión Anticipada normados en la Ley N° 28122, la Terminación Anticipada normada en el Nuevo Código Procesal Penal del 2004 y ya puesto en vigencia, y las diversas normas sobre beneficios por colaboración eficaz, llamado también derecho premial.

## Epílogo

Luego de la comparación de las posiciones de ambos juristas se puede concluir que más son las coincidencias que las divergencias, pues el debate ha servido más bien para aclarar confusiones entre ambos autores y sus posiciones.

---

### Bibliografía

- Zaffaroni, Eugenio Raúl. En busca de las penas perdidas. Ediar, 1989.  
Un debate sobre la pena - Carlos S. Nino vs. Eugenio Raúl Zaffaroni. Ediciones Jurídicas, 1999.  
Bacigalupo Zapater, Enrique. Derecho Penal - Parte General. ARA Editores, 2004.  
Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio. Lecciones de Derecho Penal - Parte General. Editorial Praxis, 1996.  
Bramont-Arias Torres, Luis Miguel. Manual de Derecho Penal. 2005.  
Cerezo Mir, José. Curso de Derecho Penal Español. Vol. 3. Tecnos, 2003.  
Hurtado Pozo, José. Manual de Derecho Penal. Parte General I. Editorial Grijley, 2005  
Jakobs, Günther. El fundamento del sistema jurídico penal. ARA Editores, 2005  
Jakobs, Günther. Derecho Penal - Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Marcial Pons, 1995.  
Jescheck, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal - Parte General. Editorial Comares, 2002.  
Maurach, Reinhart. Derecho Penal - Parte General. Vol. 2. Astrea, 1995.  
Mir Puig, Santiago. Derecho Penal - Parte General. Fundamentos y Teoría del Delito. 1985.  
Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. Derecho Penal - Parte General. Tirant LoBlanc, 2004.  
Roxin, Claus. Derecho Penal - Parte General. Vol. 1. Editorial Civital, 1997.  
Stratenwerth, Günter. Derecho Penal - Parte General. Hammurabi, 2005.  
Villa Stein, Javier. Derecho Penal - Parte General. Editorial San Marcos, 1998.  
Villavicencio Terreros, Felipe. Derecho Penal - Parte General. Editorial Jurídica Grijley, 2006.  
Zaffaroni, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal - Parte General. EDIAR, 2005.

# EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL (NCPP) DEL 2004, LA JURISDICCIÓN COMUNAL Y LAS RONDAS CAMPELINAS

J. FERNANDO BAZÁN CERDÁN\*

## Resumen

En el artículo se examina el proceso de implementación progresiva del Nuevo Código Procesal Penal aprobado en el año 2004 en el Perú, destacando el análisis del contenido y los alcances de su artículo 18°, que establece límites a la jurisdicción penal ordinaria para el conocimiento de hechos punibles, a partir del reconocimiento constitucional de la denominada jurisdicción especial indígena o jurisdicción comunal establecida en el artículo 149° de la Constitución Política del Perú de 1993, que en definitiva suscitan diversas cuestiones entre la jurisdicción comunal y el reconocimiento legal de la atribución para resolver conflictos por las rondas campesinas, así como la generación de potenciales factores de conflictividad competencial entre la jurisdicción penal ordinaria y la justicia comunal.

**Palabras clave:** Código Procesal Penal - sistema de enjuiciamiento penal - jurisdicción penal ordinaria - jurisdicción comunal - rondas campesinas.

## Abstract

This article examines the process of the progressive implementation of the new Procedural Criminal Code approved in 2004 in Peru, emphasizing the analysis of content and reaches of its article 18°, which establishes the limits of the ordinary criminal jurisdiction for the knowledge of punishable facts from the constitutional recognition of the denominated indigenous special jurisdiction or communal jurisdiction established in the article 149° of the Political Constitution of the Peru of 1993, that really provokes diverse questions between the communal jurisdiction and the legal recognition of the attribution to solve conflicts by the armed farmers, as well as the generation of potential factors of competencial confliction between the ordinary criminal jurisdiction and communal justice.

**Key words:** Penal Procedural code - system of penal judgment - ordinary penal jurisdiction - communal jurisdiction - rounds farmers.

## Sumario

1. Introducción. 2. Límites a la jurisdicción penal en el NCPP. 3. La jurisdicción comunal. 4. Las rondas campesinas. 5. Cuestiones sobre la jurisdicción comunal y las rondas campesinas. 6. Factores de conflictividad competencial entre la jurisdicción penal ordinaria y a justicia comunal. 7. Colofón.

---

\* Juez Especializado Titular de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca - Poder Judicial de Perú.

## 1. INTRODUCCIÓN

Actualmente el Perú viene dando los primeros pasos para reformar su sistema procesal penal, siguiendo el camino que en su oportunidad comenzaron a transitar muchos países de América Latina en los últimos tres lustros -tales como Puerto Rico, Chile, Colombia, etcétera-, aunque cada cual con sus propias particularidades, en términos de grados de compromisos institucionales de los actores, intensidades de voluntades políticas, montos de recursos aplicados, niveles de cualificación técnica de operadores jurídicos y resistencias al cambio cultural.

De esta manera, el 29 de julio del año 2004 y mediante el Decreto Legislativo N° 957<sup>1</sup> se promulgó el Nuevo Código Procesal Penal (NCPP), el cual en su Primera Disposición Final declaró un periodo de *vacatio legis* y estableció el carácter progresivo de su proceso de implementación en los diferentes distritos judiciales, de acuerdo a un calendario oficial. Así, el 01 de julio de 2006 el NCPP entró en vigencia en el distrito judicial de Huaura, el 01 de abril de 2007 comenzó su aplicación en el distrito judicial de La Libertad, el 01 de abril de 2008 se inició la implementación en los distrito judiciales de Tacna y Moquegua, y el 01 de octubre de 2008 en el distrito judicial de Arequipa<sup>2</sup>. Se espera que sucesivamente entre en vigencia en el resto de distritos judiciales del Perú, hasta culminar su aplicación progresiva con el distrito judicial de Lima.

Con el NCPP se proyecta reemplazar el modelo procesal penal inquisitivo-mixto vigente desde 1940, por un sistema acusatorio oral. Según el último Reporte de la Justicia del CEJA<sup>3</sup>, las principales críticas al actual sistema procesal penal se relacionan con su estructura inquisitiva y secreta, la asignación de funciones de investigar y juzgar en una misma persona, el carácter secreto de la investigación, el proceso burocrático, y el escaso contacto de acusados y víctimas con el Juez.

Por el contrario, las principales características del nuevo proceso penal reformado radican esencialmente en el abandono de la estructura inquisitiva y reservada; el otorgamiento de una nueva orientación basada en la igualdad de condiciones para las partes; la facultad del Ministerio Público para investigar los delitos que se cometan y dirigir la investigación policial; el derecho de defensa al imputado en un plano igualitario en el marco del debido proceso; y la instauración del juicio oral y público.

Asimismo, tal como también lo sostiene el aludido Reporte<sup>4</sup>, el proceso de implementación del nuevo ordenamiento procesal penal en el Perú, en términos

de reforma estructural del actual sistema de justicia, implicará reordenar el sistema de enjuiciamiento penal y acercarse al ideal de justicia pronta y cumplida; potenciar el derecho a la defensa; y asegurar en lo posible la vigencia de los derechos humanos cuando el Estado haga valer su pretensión punitiva.

## **2. LÍMITES A LA JURISDICCIÓN PENAL EN EL NCPP**

En la perspectiva del reordenamiento del sistema de justicia penal y de la aproximación al ideal de acceso generalizado a la justicia, que subyace al proceso de implementación progresiva del NCPP, resulta especialmente sugestivo y controversial intentar analizar el sentido y alcances de su artículo 18°, norma –aún no vigente en gran parte del país- que establecerá los límites de la jurisdicción penal ordinaria, en especial el referido al ejercicio del derecho humano a la función jurisdiccional por las comunidades campesinas y nativas (también denominado jurisdicción especial indígena o jurisdicción comunal). El artículo 18° del NCPP establece lo siguiente:

“Artículo 18°. Límites de la jurisdicción penal ordinaria.- La jurisdicción penal ordinaria no es competente para conocer:

1. De los delitos previstos en el artículo 173° de la Constitución.
2. De los hechos punibles cometidos por adolescentes.
3. De los hechos punibles en los casos previstos en el artículo 149° de la Constitución”.

Sobre el particular, debe recordarse que, conforme a los artículos 16° y 17° del NCPP, la jurisdicción penal ordinaria o la potestad jurisdiccional del Estado en materia penal se extiende a los delitos y faltas, y será ejercida –como actualmente viene sucediendo en gran medida- por la Sala Penal de la Corte Suprema, las Salas Penales de las Cortes Superiores, los Juzgados Penales (constituidos en órganos colegiados o unipersonales), los Juzgados de la Investigación Preparatoria, y los Juzgados de Paz Letrados, con las excepciones previstas para los Juzgados de Paz.

Sin embargo, el artículo 18° del NCPP establece los casos de excepción en que la jurisdicción penal ordinaria no será competente para conocer ciertos delitos y hechos punibles (delitos y faltas), estableciendo límites a su ejercicio. Se establecen tres excepciones al conocimiento de la jurisdicción penal ordinaria.

La primera excepción, está referida a los delitos de función cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, en cuya eventualidad son sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar Policial, conforme a lo previsto en el artículo 173° de la Constitución Política.

La segunda excepción, esta vinculada a los hechos punibles cometidos por adolescentes infractores de la ley penal, conforme al tratamiento previsto en los artículos 183° al 192° del Código de los Niños y Adolescentes.

Finalmente, la tercera excepción se refiere a los hechos punibles en los “casos previstos” en el ejercicio de la función jurisdiccional por las comunidades campesinas y nativas, según lo establecido por el artículo 149° de la Constitución Política del Perú (1993).

### **3. LA JURISDICCION COMUNAL**

En este punto, es posible avizorar que este último límite o excepción a las competencias de la jurisdicción penal ordinaria, constituido por la denominada jurisdicción especial indígena<sup>5</sup> o jurisdicción comunal, será el que mayores dificultades entrañará para su aplicación y efectiva vigencia en el marco del proceso de implementación progresiva del NCPP. Varias son las razones para prever dicho escenario futuro. Aproximarse a algunas de ellas nos permitirá conocer las causas que potencialmente podrían conspirar contra la necesaria implementación del NCPP y el adecuado respeto del ejercicio de la jurisdicción comunal, en ambos casos en regiones o distritos judiciales con presencia significativa de comunidades y población campesina y nativa, así como de rondas campesinas.

Para ello es preciso recordar el contenido del artículo 149° de la Constitución Política del Perú<sup>6</sup>, que a la letra establece que:

“Artículo 149°.- Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de las personas. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.”

Al respecto, de la interpretación del artículo 149° de la Constitución Política del Perú de 1993, que reconoce la jurisdicción especial indígena o comunal, tal como lo sostiene Tamayo Flores<sup>7</sup>, se pueden desprender los siguientes elementos centrales para su configuración: 1) El reconocimiento de funciones jurisdiccionales a las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las rondas campesinas; 2) La potestad de dichas autoridades de ejercer tales funciones en su ámbito territorial; 3) La potestad de dichas

autoridades para aplicar su derecho consuetudinario; 4) La sujeción de dicha jurisdicción al respeto de los derechos fundamentales; y 5) La competencia del Poder Legislativo para señalar las formas de coordinación de la jurisdicción especial indígena con el sistema judicial nacional.

Los tres primeros elementos conformarían el núcleo de autonomía otorgado a las Comunidades Campesinas y Nativas. Por su parte, los dos últimos elementos constituyen los mecanismos de integración de los ordenamientos jurídicos indígenas con el contexto del ordenamiento jurídico nacional<sup>89</sup>.

A pesar de lo indicado anteriormente, también se puede desprender que las relaciones entre la jurisdicción penal ordinaria y la jurisdicción comunal, entendida ésta como límite o excepción al ejercicio de las competencias de aquélla, no serán en modo alguno pacífico, aunque no necesariamente deben ser entendidas en términos de oposición sino de complementación dinámica. Tal situación se aprecia con meridiana claridad del examen de la situación de las rondas campesinas con relación a la entrada en vigencia del NCP en determinados distritos judiciales en los que resulta notoria su presencia, tales como La Libertad, Cajamarca, Piura, San Martín, Ancash, Puno, etc.

#### **4. LAS RONDAS CAMPESINAS**

En el Perú, junto al reconocimiento constitucional para ejercer funciones jurisdiccionales a las Comunidades Andinas y Amazónicas, desde aproximadamente tres décadas atrás han surgido y se han desarrollado otras formas de resolución de conflictos por parte de las organizaciones rurales denominadas Rondas Campesinas, que pueden ser definidas como organizaciones del campo, constituidas por decisión de los propios campesinos o vecinos de un sector, estancia o caserío, con el objeto de servir a su localidad en la lucha y la prevención de la delincuencia y la violencia.

##### **4. 1. Historia**

Las Rondas Campesinas surgieron como organizaciones de autodefensa, con funciones básicas del cuidado de bienes y control del abigeato, ante la ausencia de las autoridades estatales o por su poca capacidad y legitimidad para resolver los conflictos sociales, a mediados de la década del 70 del siglo pasado en las provincias de Chota (Cuyumalca) y Bambamarca, del departamento de Cajamarca, al norte del Perú.

Es innegable que Cajamarca es la cuna de las rondas campesinas, las cuales encuentran sus antecedentes remotos en las guardias rurales de fines del Siglo

XIX y en las rondas de hacienda de las primeras décadas del Siglo XX<sup>10</sup>. Con variantes, la experiencia de las rondas campesinas se ha extendido hacia otras importantes zonas del país<sup>11</sup>.

Empero, actualmente no se cuenta con información precisa sobre su número, los asuntos y el modo en que resuelven los casos sometidos a su conocimiento, sin perjuicio de los múltiples estudios realizados sobre el particular. Sólo existen estimados no tan recientes que indicaban que a 1990 existían aproximadamente unas 3,435 organizaciones ronderas en el norte del Perú, correspondiendo a Cajamarca de dicho total la cantidad aproximada de 2,362 rondas campesinas<sup>12</sup>.

#### **4. 2. Asuntos conocidos por las rondas campesinas**

En cuanto a los asuntos que conocen las rondas, enunciativamente se pueden mencionar en orden sucesivo de importancia: pleitos familiares, disputas por tierras, robos de bienes materiales (artefactos eléctricos, dinero, herramientas, etc.), daños por la entrada de animales a chacras ajenas, asaltos, robo de animales, deudas no pagadas, disputas por agua, difamación, robos de cosechas, violación, etc.<sup>13</sup>

Respecto a cómo resuelven los conflictos, se ha enfatizado su eficacia y la legitimidad social de sus decisiones, señalándose que resuelven a través de "...una búsqueda pragmática, no arbitraria de la decisión más adecuada. No se trata de la aplicación de normas, sino de un debate normativo, en el cual las normas forman el punto de partida... La discusión no son los hechos, que ya se toman por dados. El debate es cuál fue la causa del problema (...) Es una pelea sobre normas que provienen de diferentes lugares, a veces tradicionales, a veces de la ciudad, a veces de la televisión<sup>14</sup>."

Así, se sostiene que las rondas campesinas aplican "...una justicia reconciliadora que se basa en un debate normativo, en el que lo más importante es que los involucrados acepten su responsabilidad, pero no es solamente conciliatoria entre dos personas. También se busca la reconciliación con la comunidad, por ello es fundamental en el arreglo el reconocimiento de la organización de rondas o que la comunidad tiene el derecho de imponer normas. ¿Por qué es tan importante esto? Porque en el fondo, las rondas se basan fundamentalmente en esta convicción. Toda persona que no acepte lo que ha dicho la ronda, siempre tiene la posibilidad de ir al Estado y denunciar y la ronda siempre tiene el problema de imponer su autoridad. En tercer lugar la ronda debe manejar su relación con el Estado, que no necesariamente es una relación de enfrentamiento, pero siempre es difícil.<sup>15</sup>"

En este punto debe indicarse que, sin perjuicio de la constatación empírica de la existencia de las rondas campesinas y el dato fáctico respecto a que éstas ejercen mecanismos tradicionales de resolución de conflictos, tales aspectos no han tenido un correlato preciso con el reconocimiento normativo de las mismas y con la interpretación doctrinal sobre su rol de entes que asumen funciones de administración de justicia en el campo.

#### **4. 3. Posiciones doctrinales**

Por su parte, las posiciones doctrinales al respecto se encuentran divididas, con diversos matices, entre los que sostienen que las rondas campesinas tendrían relativas facultades de colaboración en las funciones jurisdiccionales y policiales<sup>16</sup>; los que plantean que las rondas campesinas constituyen instancias informales de resolución de conflictos<sup>17</sup>; y quienes afirman que las rondas campesinas tienen y deben ejercer de manera plena funciones jurisdiccionales<sup>18</sup>.

De lo señalado anteriormente, se puede apreciar que no resulta pacífico el reconocimiento del innegable papel que cumplen las rondas campesinas en el ámbito de la resolución de conflictos y administración de la justicia. Esta situación se ha visto acrecentada en los últimos tiempos debido a los conflictos suscitados con los órganos de administración de justicia del Estado, en los que se ha evidenciado la resistencia de la cultura judicial formal, expresándose en argumentos que apuntan a negar el ejercicio de tales funciones jurisdiccionales, y que normativamente pueden ser válidas, tales como aquel argumento que sostiene que falta una ley reglamentaria (Ley de Coordinación) para aplicar el artículo 149° de la Constitución; o aquel otro que afirma que las rondas campesinas no tienen la titularidad para ejercer funciones jurisdiccionales; o el argumento que postula que las autoridades de las comunidades sólo pueden actuar con apoyo de las rondas campesinas; que las rondas campesinas son sólo órganos de apoyo de las comunidades y no pueden actuar de modo autónomo; que la expresión “con apoyo” significa funciones restringidas de justicia, etc.

#### **4. 4. La ley N° 24571**

A pesar que la Constitución Política del Perú de 1979 no contempló expresamente la situación de las Rondas Campesinas, desde fines de 1986, año en que se promulgó la Ley N° 24571 que las reconoció<sup>19</sup>, el desarrollo legislativo experimentado por esta institución campesina se realizó bajo el manto de dicho cuerpo constitucional, que definió la obligación estatal de respetar y proteger la autonomía organizativa y las tradiciones de las Comunidades Campesinas y Nativas (Art. 161°).

De esta manera, la Ley N° 24571 reconoció legalmente a las Rondas Campesinas, ya sea que pertenecieran o no a una Comunidad Campesina, como organizaciones autónomas de defensa al servicio de la comunidad o colectividad en general, con capacidad para cooperar con las autoridades en la eliminación de los ilícitos penales que afecten el orden interno, debiendo sujetarse a las normas constitucionales y civiles que regulan a las comunidades campesinas, y sus miembros estar acreditados ante la autoridad política competente, conforme se advierte de su único artículo:

“Artículo Único.- Reconózcase a las rondas campesinas pacíficas democráticas y autónomas, cuyos integrantes están debidamente acreditados ante la autoridad política competente, como organizaciones destinadas al servicio de la comunidad y que contribuyen al desarrollo y a la paz social, sin fines políticos partidarios.

Tienen además como objetivos, la defensa de sus tierras, cuidado de su ganado y demás bienes, cooperando con las autoridades en la eliminación de cualquier delito.

Su estatuto y reglamento se rigen por las normas de las comunidades campesinas que establecen la Constitución y el Código Civil.”

El Reglamento de la primera Ley de Rondas Campesinas se emitió en 1988<sup>20</sup>. En el año 1993 el referido Reglamento fue dejado sin efecto por una norma administrativa del sector defensa<sup>21</sup>.

A través de la Ley General de Comunidades Campesinas de 1987 (Ley N° 24656) y en su primer Reglamento de 1991<sup>22</sup>, se reguló la constitución y naturaleza jurídica de las Rondas Campesinas, organizadas al interior de las comunidades campesinas, al establecer como atribución de la Asamblea Comunal aprobar su nacimiento e indicar su naturaleza de Comité Especializado de carácter consultivo, asesor, ejecutivo y de apoyo de la comunidad, dependiente de la Directiva Comunal de las comunidades campesinas.

#### **4. 5. Las rondas campesinas y los comités de autodefensa<sup>23</sup>**

A partir de 1991, en el marco de la estrategia contra subversiva del Estado, se expidió el Decreto Legislativo N° 741<sup>24</sup> para regular las relaciones de los Comités de Autodefensa, entendiéndolas como un soporte estratégico en la lucha contra la subversión en el campo, y las instituciones del sistema de defensa nacional. Asimismo, se reconoció a las Rondas Campesinas, ubicadas dentro del ámbito territorial de las zonas en estado de emergencia, la posibilidad de adquirir y usar armas para apoyar a las fuerzas de seguridad

en la situación de conflicto armado interno, así como convertirse voluntaria y transitoriamente en Comités de Autodefensa<sup>25</sup>, bajo la autorización y el control de las autoridades militares.

Lamentablemente, para las Rondas Campesinas la voluntariedad y libertad para su conversión en Comités de Autodefensa fue desnaturalizada con el D.S. N° 002-93-DE/CCFFAA, al establecer su adecuación forzada y obligatoria a la mencionada forma organizativa de autodefensa promovida por las fuerzas de seguridad, sin tener sustento en norma legal alguna de mayor jerarquía<sup>26</sup>.

Desde el punto de vista histórico y normativo-funcional, las Rondas Campesinas se diferencian de los Comités de Autodefensa en que, las primeras, surgen para el combate de la delincuencia, el mantenimiento del orden interno y la resolución de conflictos comunales, son autónomas y permanentes y, las segundas, se originan para enfrentar a los grupos subversivos como parte de la estrategia estatal contrainsurgente, con el carácter de transitorios y dependientes de las Fuerzas Armadas.

#### **4. 6. Las rondas campesinas y la jurisdicción especial indígena**

Tal como se ha señalado anteriormente, la Constitución de 1993, en su artículo 149°, bajo la configuración constitucional del Estado Peruano como una nación pluricultural y multiétnica, al regular el rol de las Rondas Campesinas, se afilió al espíritu de la regulación del instituto rondero contemplado en la Ley General de Comunidades Campesinas de 1987 y en cierta medida recogió la alusión a las Rondas Nativas del Reglamento de Organización y Funciones de los Comités de Autodefensa de 1992, puesto que reconoció su carácter de órganos de apoyo (auxilio) de las autoridades comunales -campesinas y nativas- en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, dentro de su ámbito territorial, conforme a su derecho consuetudinario y con el límite de no violar los derechos fundamentales de las personas.

Sin embargo, del texto constitucional no aparece una mención expresa a las Rondas Campesinas organizadas fuera del ámbito de las Comunidades Nativas y de las Comunidades Campesinas, que, según la primera Ley de Rondas Campesinas de 1986, se rigen en lo que sea pertinente por la legislación de las comunidades campesinas -sin que por ello se conviertan en tales comunidades- y tienen como funciones esenciales la defensa de sus tierras, el cuidado de su ganado y demás bienes, así como la cooperación con las autoridades en la eliminación de cualquier delito.

Aunque en la práctica las Rondas Campesinas vienen efectuando actividades que han desbordado el enfrentamiento al abigeato, tales como la realización de obras de infraestructura de interés para la comunidad, la vigilancia e intervención sobre conductas antisociales de manera amplia; normativamente se puede sostener, por un lado, que las Rondas Campesinas organizadas fuera del ámbito de las Comunidades Campesinas sólo tendrían relativas facultades resolutorias de conflictos de orden penal, en cooperación con las autoridades, y, de otro lado, que las Rondas Campesinas creadas al interior de las Comunidades Campesinas y Nativas tendrían facultades de apoyo para el ejercicio de las funciones jurisdiccionales por las autoridades comunales, las cuales se ampliarían a la directa administración de justicia y resolución de conflictos, en la medida que los dirigentes de este tipo de Comité Especializado formen parte –y no sean dependientes– de la Directiva Comunal de una Comunidad Campesina.

#### **4. 7. Las rondas campesinas y los pueblos indígenas**

Teniendo en cuenta, por un lado, que el concepto normativo sobre los pueblos indígenas ha sido formulado y adoptado en el ámbito de los organismos internacionales multilaterales<sup>27</sup> con el propósito de regular las medidas nacionales que puedan adoptarse y afectar la futura existencia de los indígenas en el ámbito de los Estados; y, por otro lado, que la conciencia de identidad indígena o auto identificación constituye un criterio fundamental para determinar los grupos e individuos a los que se aplica el concepto de indígena y las disposiciones normativas especiales dictadas en su beneficio; es posible concluir –objetivamente y para efectos operativos–, a pesar de que en gran medida el término indígena tiene una acepción peyorativa de carácter histórico para el sector campesino ubicado en la Costa y Sierra del Perú, que las Rondas Campesinas organizadas al interior de las comunidades campesinas pueden ser consideradas como grupos humanos asimilables al concepto de pueblos indígenas, en la medida que se auto identifiquen como tales.

Sin embargo, la situación de las Rondas Campesinas surgidas fuera de las comunidades –como es el caso de Cajamarca<sup>28</sup>, ya sea en los caseríos u otras formas de organización social y jurídica, se complica para efectos de reconocerles el estatus de pueblo indígena, en razón de no haber desarrollado suficientemente expresiones de auto identificación étnica, en tal sentido y considerando que el tratamiento normativo del instituto rondero se orientó hacia la aplicación supletoria de la legislación de las comunidades campesinas, a pesar de no tener la calidad de tales.

Distinta es la situación de las Rondas Nativas y de los Comités de Autodefensa surgidas al interior de las Comunidades Nativas o conformadas con la participación de nativos pertenecientes a distintas comunidades, de manera espontánea o promovidas por el Estado, que histórica y objetivamente se han venido autoidentificando como indígenas, razón por la cual se puede afirmar que tales organizaciones de autodefensa y resolución de conflictos formarían parte de los pueblos indígenas.

#### **4. 8. La ley N° 27908**

Sin embargo, el contexto normativo e interpretativo antes descrito, experimentó una variación sustancial con la promulgación de la nueva Ley N° 27908, Ley de Rondas Campesinas<sup>29</sup> el año 2003, esencialmente en términos de incremento del reconocimiento de derechos para tales organizaciones sociales. Esta Ley de Rondas Campesinas fue reglamentada el 30 de diciembre del 2003<sup>30</sup>.

Preliminarmente, se puede afirmar, por un lado, que la nueva Ley de Rondas Campesinas constituye un significativo avance en cuanto al reconocimiento de personalidad jurídica y derechos a las organizaciones ronderas; y, por otro lado, respecto al rol y funciones de las rondas campesinas en materia de justicia, presenta serias deficiencias en su consistencia interna, por la existencia de disposiciones contradictorias, regulación que al ser interpretada y aplicada a casos concretos es sumamente probable que debilite la institucionalidad de las rondas campesinas.

Entre las bondades de la Ley de Rondas Campesinas, se pueden mencionar la disposición según la cual se reconoce "...personalidad jurídica a las Rondas Campesinas como forma autónoma y democrática de organización comunal, ..." (Artículo 1°); los derechos y deberes de sus miembros (Artículo 3°); el derecho a la no discriminación (Artículo 4°); el derecho de participación, control y fiscalización en los programas y proyectos de desarrollo que se implementen en su jurisdicción comunal (Artículo 6°); la coordinación con autoridades y organizaciones sociales (Artículo 8°); la coordinación y apoyo con autoridades jurisdiccionales (Artículo 9°); etc.

De otro lado, en la Ley de Rondas Campesinas se enfatizan las funciones relativas a la seguridad (Artículo 1°), que en forma casi simultánea fueron contempladas por la Ley N° 27933 del 2003 y el Decreto Supremo N° 012-2003-IN, relativos al sistema nacional de seguridad ciudadana, que a grandes rasgos vinieron a reafirmar la tendencia legislativa sobre el particular desde el año 1986.

Sin embargo, la normativa de la Ley de Rondas Campesinas se complica en lo que se refiere al papel de las rondas campesinas ante la administración de justicia.

Así, en la línea de la posición doctrinal que sostiene que las rondas campesinas tienen relativas facultades de colaboración en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales por parte de las comunidades, la Ley de Rondas Campesinas declara que, éstas "...apoyan el ejercicio de funciones jurisdiccionales de las Comunidades Campesinas y Nativas..." (Artículo 1°), postulado que, a su vez, resulta coherente con la disposición conforme a la cual donde existan comunidades las rondas están subordinadas a aquéllas (Artículo 2°).

Por su parte, afiliándose en forma prudente a la concepción que levanta el argumento de que las rondas campesinas configuran instancias informales de resolución de conflictos, encontramos otra formulación normativa en la Ley de Rondas Campesinas, según la cual las organizaciones ronderiles "... colaboran en la solución de conflictos y realizan funciones de conciliación extrajudicial conforme a la Constitución y la Ley..." (Artículo 1°)<sup>31</sup>.

De otro lado, acercándose aparentemente al planteamiento que propugna que las rondas campesinas tiene y ejercen de manera plena funciones jurisdiccionales, en la Ley de Rondas Campesinas se contempla que éstas tienen "...funciones relativas...a la paz comunal dentro de su ámbito territorial" (Artículo 1°). Este último aspecto es desarrollado por la misma norma legal al tratar las actividades en beneficio de la paz comunal, de la siguiente manera: "Las Rondas Campesinas en uso de sus costumbres pueden intervenir en la solución pacífica de conflictos suscitados entre miembros de la comunidad u organizaciones de su jurisdicción y otros externos, siempre y cuando la controversia tenga su origen en hechos ocurridos dentro de su jurisdicción comunal" (Artículo 7°).

Finalmente, la interpretación de las facultades y derechos atribuidos a las rondas campesinas, que han sido reseñadas en los tres párrafos anteriores, se ve perturbada en mayor medida con la fórmula contenida en la referida Ley de Rondas Campesinas, por la cual "Los derechos reconocidos a los pueblos indígenas y comunidades campesinas y nativas se aplican a las Rondas Campesinas en lo que les corresponda y favorezca" (Artículo 1°, in fine).

## 5. CUESTIONES SOBRE LA JURIDICION COMUNAL Y LAS RONDAS CAMPESINAS

En este nivel del análisis, resulta inevitable el surgimiento de diversas interrogantes sobre el sentido, significado y alcances del reconocimiento constitucional de la jurisdicción comunal y el rol de las rondas campesinas en la resolución de conflictos. Sin ningún orden especial se plantean las mismas.

A. ¿Son las Rondas Campesinas instituciones equivalentes o comparten la misma naturaleza jurídica que las Comunidades Campesinas y Nativas, en términos históricos, sociales y jurídicos?

B. ¿Es posible aplicar y “transferir” derechos por mandato legal de un sujeto de derecho (Comunidades Campesinas y Nativas) a otro sujeto de derecho (Rondas Campesinas), el primero de los cuales tiene un plexo de derechos reconocidos constitucionalmente y en instrumentos internacionales, y a pesar que el segundo responde a una realidad histórica diferente y tiene una naturaleza jurídica particular?

C. ¿A partir de la vigencia de la Ley N° 27908, los derechos reconocidos a los Pueblos Indígenas y Comunidades Campesinas y Nativas se aplicarán únicamente a las Rondas Campesinas formadas y sostenidas al interior de las comunidades, a pesar que aquéllas no tendrían una personalidad jurídica autónoma y están subordinadas a las comunidades?

D. ¿A partir de la vigencia de la Ley N° 27908, los derechos reconocidos a los Pueblos Indígenas y Comunidades Campesinas y Nativas se aplicarán también a las Rondas Campesinas organizadas en los lugares donde no existan o no sean predominantes las comunidades, a pesar de que sus miembros no se identifiquen como indígenas o pertenecientes a pueblos indígenas?

E. ¿La atribución constitucional conferida expresamente a las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas para ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, también se extiende a las Rondas Campesinas en aplicación de la fórmula legal “...en lo que corresponda y favorezca”, a pesar que la disposición constitucional sólo enuncie “...con el apoyo de las Rondas Campesinas,...”?

F. ¿Ya sea en ejercicio de las funciones jurisdiccionales y/o de la potestad de intervenir en la solución pacífica de conflictos, reconocidas a las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas y a las Rondas Campesinas, res-

pectivamente, dicha organizaciones sociales tendrían competencia para conocer toda controversia que surja en su territorio (competencia territorial), sobre cualquier materia (competencia material) y respecto de cualquier persona (competencia personal)?

## **6. FACTORES DE CONFLICTIVIDAD COMPETENCIAL ENTRE LA JURISDICCION PENAL ORDINARIA Y LA JUSTICIA COMUNAL**

En función de lo indicado hasta este punto, deviene en necesario destacar algunos factores de posible conflictividad entre la jurisdicción penal ordinaria y la jurisdicción comunal, derivadas del ejercicio de sus específicos ámbitos competenciales. Entre ellos se puede mencionar algunas cuestiones pendientes de resolución:

6. 1. ¿Quién y cómo se define el contenido de las competencias (territoriales, materiales y personales) de la jurisdicción comunal?

6. 2. En el mismo sentido de las competencias materiales, ¿Qué hechos punibles (delitos y faltas) serán de conocimiento de la jurisdicción comunal?

6. 3. ¿Para definir los “casos previstos”, aludidos en el numeral 3) del artículo 18° del NCPP, constitutivos de hechos punibles, y sometidos a la jurisdicción comunal será requisito imprescindible la elaboración de estudios y registros etnográficos a nivel nacional sobre las formas y contenidos de los sistemas de resolución de conflictos de los grupos étnicos, pertenecientes o no a comunidades campesinas y nativas y sobre las formas de coordinación y relacionamiento con la jurisdicción ordinaria?

6. 4. En el procesamiento de hechos punibles por la jurisdicción comunal, ¿Qué mecanismos se deberán emplear para determinar los derechos fundamentales mínimos que deben respetarse para su ejercicio?

6. 5. Ante los posibles conflictos en el ejercicio de las competencias de ambas jurisdicciones, ¿Cuáles serán los contenidos de las formas de coordinación y cuáles los criterios de coordinación para resolver los conflictos surgidos al interior (entre miembros o no) o al exterior de la comunidad?

6. 6. En la eventualidad de conflictos jurisdiccionales, ¿La coordinación se justifica en temas de grave conflicto intercultural, en materia penal, o la coordinación sólo se justifica en materia civil, no siendo el ámbito penal objeto de coordinación?

6.7. En los distritos judiciales en los que ha entrado en vigencia en su integridad el NCPP, ¿Para aplicar el artículo 18° del NCPP, en el extremo referido al ejercicio de la jurisdicción comunal, resulta necesario exigir la previa aprobación por el Poder Legislativo de la Ley de Coordinación<sup>32</sup> prevista en el artículo 149° de la Constitución?

6.8. En los distritos judiciales en los que ha entrado en vigencia en su integridad el NCPP, ¿El artículo 18° del NCPP le resultaría aplicable a las Rondas Campesinas<sup>33</sup>, en caso ellas existan y tengan reconocida su personalidad jurídica<sup>34</sup>, conforme a la Ley de Rondas Campesinas (Ley N° 27908)?

## 7. COLOFÓN

A modo de colofón, debe señalarse que del adecuado tratamiento que se brinde al tema de las relaciones entre la jurisdicción penal ordinaria y la jurisdicción comunal (específicamente en cuanto al contenido de su competencia en materia de hechos punibles y al rol de las rondas campesinas), establecida la segunda como límite o excepción al ejercicio de la primera, según lo prescrito audazmente por el artículo 18° del NCPP, dependerá en gran medida el futuro reordenamiento del sistema de justicia penal en el Perú, que tiene como su baluarte al proceso de implementación progresiva del NCPP, y la materialización del hasta hoy abstracto derecho al acceso de la justicia en el ámbito penal para la población de zonas rurales del país.

---

<sup>1</sup> Decreto Legislativo N° 957, Promulga el Código Procesal Penal, de fecha 29 de julio del 2004. Ver: <http://www.cajpe.org.pe/RIJ/bases/LEGISLA/peru/957.pdf>

<sup>2</sup> Equipo Técnico Institucional de Implementación del NCPP del Poder Judicial. Secretaría Técnica. Según el Decreto Supremo N° 005-2007-JUS, se reprogramó el calendario oficial de implementación del NCPP. Ver: <http://www.pj.gob.pe/CorteSuprema/ncpp/equipo.asp?opcion=prin>

<sup>3</sup> Reporte sobre el Estado de la Justicia en las Américas 2006-2007, CEJA, 3ra. Ed. Santiago, Chile: 2007. Ver: <http://www.cejamericas.org/reporte/>

<sup>4</sup> Reporte sobre el Estado de la Justicia en las Américas 2006-2007, idem.

<sup>5</sup> Bazán Cerdán, J. Fernando. La jurisdicción especial indígena en la Constitución Política del Perú (1993). Instituto Nacional de Antropología y Pensamiento Latinoamericano. Seminario Internacional: Los Pueblos Indígenas en el Siglo XXI: Interculturalidad, Derecho, Justicia y Desarrollo. Buenos Aires: 30 de agosto - 03 de septiembre 1999.

Ver: <http://cejamericas.org/doc/documentos/lajurisdiccionespecialindigena.pdf>

J. Fernando Bazán Cerdán  
El Nuevo Código Procesal Penal (NCPP) del 2004,  
la jurisdicción comunal y las rondas campesinas

- <sup>6</sup> Con matices y mutatis mutandi, en el derecho comparado, se encuentran disposiciones vinculadas a la resolución de conflictos indígenas en el artículo 86° de la Constitución Política de Panamá (1972); el artículo 66° de la Constitución Política de la República de Guatemala (1985, reformada en 1993); el artículo 89° de la Constitución Política de la República de Nicaragua (1986); los artículos 109°, 231° y 232° de la Constitución de la República Federativa del Brasil (1988); el artículo 246° de la Constitución Política de Colombia (1991); el artículo 63° de la Constitución de la República del Paraguay (1992); el artículo 54° de la Ley N° 19.253, Ley Indígena de Chile (1993); el artículo 171° de la Constitución de Bolivia (1994); el inciso 17) del artículo 75° de la Constitución de la República Argentina; el artículo 191° de la Constitución de Ecuador (1998); el artículo 260° de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), y el artículo 2°, letra A, de la Constitución de México (1917, reformada 2001).
- <sup>7</sup> Tamayo Flores, Ana María. Balance y Perspectivas de la Jurisdicción Indígena y el Derecho Consuetudinario, a partir del contexto de Vulnerabilidad que enfrentan los Pueblos Indígenas Amazónicos. (Documento de Trabajo), Julio de 1997. En: Nosotros y los Otros. Avances en la afirmación de los pueblos indígenas amazónicos. Serie Informes Defensoriales. Informe N° 12. Defensoría del Pueblo. Lima: agosto 1998. Pág. 193.
- <sup>8</sup> Bazán Cerdán, J. Fernando. El Estado del arte del derecho consuetudinario: El caso del Perú. Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH). En Revista N° 41, Especial sobre Derecho Indígena (Enero-Junio 2005). Costa Rica. Ver: <http://www.iidh.ed.cr/Publicaciones/Revista41/Derecho%20indigena.pdf>
- <sup>9</sup> Tamayo Flores, Ana María. *idem*.
- <sup>10</sup> Pérez Mundaca, José. Montoneras, Bandoleros y Rondas Campesinas. Violencia política, abigeato y autodefensa en Cajamarca, 1855-1990. Municipalidad Provincial de Cajamarca, ASODEL y CEDEPAS. Cajamarca: 1997. Pág. 221.
- <sup>11</sup> Márquez Calvo, Jaime. Rondas y Comités de Autodefensa: Historia y Desarrollo. En: Ronderos: Los ojos de la noche. Manual para Promotores de Rondas Campesinas. 2da. Ed. Revisada. Instituto de Defensa Legal. Febrero, 1997.
- <sup>12</sup> Starn, Orin. Con los llanques todo barro: Reflexiones sobre Rondas Campesinas, Protesta Rural y Nuevos Movimientos Sociales. Instituto de Estudios Peruanos. Lima: 1991. Pág. 15.
- <sup>13</sup> Starn, Orin. *op. cit.* p. 43.
- <sup>14</sup> Gitliz, Jhon. Rondas Campesinas y Violencia. En: Justicia y Violencia en las Zonas Rurales. La experiencia de la Región Andina. Seminario - Taller. Lima, 20 a 22 de noviembre del 2002. Instituto de Defensa Legal - Internationale Weiterbildung und Entwicklung gGmbH. Lima, 2003. Pág. 146.
- <sup>15</sup> Gitliz, Jhon. *Op. Cit.* pp.146-147.
- <sup>16</sup> Rojas Vargas, Fidel. Rondas Campesinas: entre el Derecho consuetudinario y el error de comprensión culturalmente condicionado. En: Estudios de Derecho Penal. Doctrina y Jurisprudencia. Jurista Editores E.I.R.L. Lima, 2004. Págs. 95-106.
- Revilla, Ana Teresa. La administración de justicia informal en el Perú. Organización de Estado Americanos, Departamento de Asuntos y Servicios Jurídicos, Ver: <http://www.oas.org/Juridico/spanish/adjusti8.htm>
- <sup>17</sup> Revilla, Ana Teresa. La administración de justicia informal en el Perú. Organización de Estado Americanos, Departamento de Asuntos y Servicios Jurídicos, Ver: <http://www.oas.org/Juridico/spanish/adjusti8.htm>
- <sup>18</sup> Yrigoyen Fajardo, Raquel. Hacia un reconocimiento pleno de las rondas campesinas y el pluralismo legal. En: Revista Alpanchis: Justicia Comunitaria en los Andes. N° 59-60 Edición Especial, Vol. 1. Sicuani, Cusco: 2002, Instituto de Pastoral Andina. Págs. 31-81. Ver: <http://alertanet.org/ryf-alpanchis.htm>
- <sup>19</sup> Ley N° 24571, Ley de Reconocimiento de las Rondas Campesinas (07.11.86).
- <sup>20</sup> Decreto Supremo N° 012-88-IN (12.03.88), Reglamento de Organización y Funciones de las Rondas Campesinas, Pacíficas, Democráticas y Autónomas.
- <sup>21</sup> Decreto Supremo N° 002-93-DE/CCFFAA (16 .01.93), dispone que las Rondas Campesinas adecuen su organización y funciones a las de los Comités de Autodefensa.
- <sup>22</sup> Decreto Supremo N° 008-91-TR (15.02.91), Reglamento de la Ley General de Comunidades Campesinas. Artículo 69° y 73°.
- <sup>23</sup> Ver: Resolución Defensorial N° 55-DP-2000 (09.11.00). Expresan reconocimiento por la labor de las Rondas Campesinas y Comités de Autodefensa en la lucha contra el terrorismo y el restablecimiento del orden y la paz nacional. Diario Oficial El Peruano - Normas Legales. Págs. 194797-194799.
- <sup>24</sup> Decreto Legislativo N° 741 (12.11.91), Ley de Reconocimiento de los Comités de Autodefensa. Artículos 1°, 2° y 3°.

J. Fernando Bazán Cerdán  
El Nuevo Código Procesal Penal (NCP) del 2004,  
la jurisdicción comunal y las rondas campesinas

- 
- <sup>25</sup> Decreto Supremo N° 077-92-DE, Reglamento de Organización y Funciones de los Comités de Autodefensa (11.11.92).
- <sup>26</sup> Ver: Situación de los Derechos Humanos en Jaén, Bagua y San Ignacio. Serie Informes Defensoriales N° 31. Lima: Defensoría del Pueblo, diciembre 1999. Pág. 26.
- <sup>27</sup> Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (1989) fue ratificado por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 26253 del 26 de diciembre de 1993. Este instrumento jurídico entró en vigor –para nuestro derecho interno- a los 12 meses del depósito del registro ante la OIT, vale decir, a partir del 02 de febrero de 1995. El Convenio N° 169 de la OIT sustituyó al anteriormente vigente Convenio N° 107 de la OIT. En cuanto al Convenio N° 107 de la OIT, denominado Convenio relativo a la Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas y de otras Poblaciones Tribales(sic) y Semitribales(sic) en los Países Independientes (1957), fue aprobado por el Congreso peruano a través de la Resolución Legislativa N° 13467 del 18 de noviembre de 1960.
- <sup>28</sup> Según información contenida en el Directorio de Comunidades Campesinas del Perú. PETA. Ministerio de Agricultura (Información a diciembre de 1998), en la región Cajamarca existen 107 comunidades campesinas reconocidas, de las cuales 78 están debidamente tituladas. Del total anterior, las comunidades campesinas se distribuyen por provincias, en atención a su reconocimiento legal (RL) y titulación (T), de la siguiente manera: Chota, 11 RL y 7 T; Cutervo, 7 RL y 5 T; Hualgayoc, 5 RL y 5 T; Santa Cruz, 5 RL y 4 T; Cajabamba, 7 RL y 4 T; y Cajamarca, 34 RL y 24 T.
- <sup>29</sup> Ley N° 27908, Ley de Rondas Campesinas (07.01.03).  
Ver: <http://www.mininter.gob.pe/article/articleview/1089/1/26/>
- <sup>30</sup> D. S. N° 025-2003-JUS, aprueba el Reglamento de la Ley de Rondas Campesinas (30.12.03).
- <sup>31</sup> La conciliación extrajudicial está regulada en nuestro país por la Ley N° 26872, Ley de Conciliación (13.11.97). El Nuevo Reglamento de la Ley N° 26872, Ley de Conciliación fue aprobado por D. S. N° 004-2005-JUS (27.02.05).
- <sup>32</sup> Bazán Cerdán, J. Fernando. La Ley de Coordinación entre la Justicia estatal y comunal: retos para la efectividad del Art. 149° de la Constitución Política del Perú. Lima: Servindi, abril 2008. Ver: <http://www.servindi.org/archivo/2008/3758>
- <sup>33</sup> Bazán Cerdán, J. Fernando. Rondas campesinas: La otra justicia. Comisión Andina de Juristas. Proyecto Auditoría Social al Sistema de Justicia. Lima: marzo 2006. Ver: [http://www.auditoriajudicial.org.pe/pdfs/F\\_BAZAN\\_C-RONDAS\\_CAMPESINAS-LA\\_OTRA\\_JUSTICIA-270406.pdf](http://www.auditoriajudicial.org.pe/pdfs/F_BAZAN_C-RONDAS_CAMPESINAS-LA_OTRA_JUSTICIA-270406.pdf)
- <sup>34</sup> Decreto Legislativo N° 957, promulga el Código Procesal Penal, de fecha 29 de julio del 2004.  
Ver: <http://www.cajpe.org.pe/RII/bases/LEGISLA/peru/957.pdf>



# LA MANIPULACIÓN GENÉTICA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

EDHÍN CAMPOS BARRANZUELA\*

## Resumen

La manipulación genética es en muchas ciudades del mundo, un tema novedoso y controversial y de suma importancia no sólo para el Derecho y la Medicina, sino para toda la sociedad en su conjunto ya que los aspectos derivados de la procreación, ordenamiento y nacimiento de un niño por inseminación artificial trastocan gran parte del ordenamiento jurídico vigente.

En este desarrollo y evolución de las prácticas genéticas no ha sido ajeno al Perú, desde hace más de una década se realizan técnicas de reproducción humana asistida, como la inseminación artificial y la fecundación in vitro y actualmente se cuentan con medios técnicos para efectuar pruebas de identificación a través del ADN, terapias genéticas, localización de genes y además de existir bancos de semen que satisfacen exigentes requerimientos de calidad.

**Palabras clave:** Manipulación genética - derecho genético - bioética.

## Abstract

The genetic manipulation is in many cities of the world, a new and controversial subject that has extreme importance not only for the Law and Medicine, but also for the whole society since the aspects derived from the procreation, ordering a child's birth by artificial insemination changes a great part of the effective legal ordering.

This development and evolution of the genetic practices has affected peruvian people as well, for more than one decade has been realized techniques of attended human reproduction, artificial insemination and test-tube fertilization and now we also have the tools to make tests of identification through DNA, location of genes and we have banks of semen that satisfy demanding requirements and quality.

**Key words:** Genetic manipulation - straight genetic - bioethics.

## Sumario

1. Antecedentes. 2. Manipulación genética. 3. La clonación humana y su perfeccionamiento normativo. 4 Conclusiones. 5. Nuestra propuesta legislativa.

---

\* Juez Especializado Titular de la Corte Superior de Justicia de Piura - Poder Judicial de Perú.

## 1. ANTECEDENTES

Indudablemente investigar hoy en día sobre el derecho genético en el Perú, significa abordar una disciplina relativamente nueva y además obedece a una tarea ardua y de una necesaria compilación de autores nacionales y extranjeros que han investigado al respecto.

La conquista del espacio (la búsqueda de lugares de habitación alternativos al suelo terrestre), la fisión nuclear (su utilización en medios destructivos o armas bélicas) así como la genética (la determinación positiva de la paternidad, el estudio del genoma y la procreación asistida de seres humanos o su manipulación) son poderes que viene utilizando el hombre a fin de lograr progresos científicos en su incesante afán de creación<sup>1</sup>. Aunque en realidad, todos y cada uno de estos descubrimientos se realizan en beneficio del hombre y debido a la especialización de los tratamientos y técnicas, se han desarrollado y surgido nuevas ramas en la ciencia como la genética, la biotecnología, la ingeniería genética y la bioética, pero en relación a estas disciplinas el Derecho no ha dicho su última palabra, por consiguiente, es obvio señalar que la genética transforma la vida jurídica de las sociedades.

El maestro Enrique Varsi Rospigliosi<sup>2</sup>, indica que hoy podemos decir con seguridad que el derecho genético como tal, con su autonomía, principios y teorías propias, se esta posesionando en el quehacer académico y profesional, ocupando un lugar importante en las ciencias jurídicas y médicas.

Por tal razón la Dra. Clara Mosquera Vásquez<sup>3</sup>, en su libro "El Derecho y Genoma Humano", subraya que los adelantos del proyecto del genoma humano, se encuentran orientados a descifrar el mapa genético del hombre y que ciertamente es impredecible.

En suma consideramos que con esta investigación estamos contribuyendo con una disciplina que ya tiene su propio campo de acción y que los Decanos de las Facultades de Derecho de las Universidades Públicas y Privadas del país, están orientando sus currículas, para que el curso de Derecho Genético sea de carácter obligatorio.

Hablar hoy en día del banco de semen, vientre de alquiler, técnicas de reproducción asistida, clonación humana y cambio de sexo registral, es hablar de un tema que ya se esta ventilando en algunos medios de comunicación y por ende la sociedad civil los puede percibir como términos propios de su saber y entender; por tal razón, al poner en conocimiento esta investigación sobre la

manipulación genética en nuestro ordenamiento jurídico peruano y nuestro texto de derecho genético en el Perú, propuestas para su perfeccionamiento normativo en lo referido a la clonación humana, es la ratificación del esfuerzo investigador para que cada vez se conozca más esta disciplina jurídica.

## **2. LA MANIPULACIÓN GENÉTICA**

La manipulación genética, el Derecho Genético en el Perú y las propuestas para su perfeccionamiento normativo sobre la clonación humana, es una investigación que en la actualidad viene cobrando mayor importancia y sobre la que se ha escrito relativamente poco en nuestro país.

Según refiere el profesor universitario Francisco Carruitero Lecca<sup>4</sup>, el derecho genético en el Perú aún cuenta con problemas en nuestro medio, en tanto no solo existe pocas investigaciones jurídicas al respecto sino que además la legislación es insuficiente y en muchos casos hasta deficiente.

Sin embargo, ello no puede constituir justificación para pasar por alto este tema, sino todo lo contrario, debe ser la causa para una pronta solución, teniendo en cuenta que los tópicos que involucran los alcances de este ámbito del Derecho, alcanzan normas constitucionales e internacionales sobre derechos humanos.

El presente trabajo de investigación científica considera empezar, efectuando un análisis sobre la bioética, que no es otra cosa sino el estudio sistemático de la conducta humana en el área de las ciencias biológicas respecto a los valores y principios morales.

Así, promueve la reflexión ética aplicada a los problemas morales que tienen que ver con la vida, extendiendo de esta manera su campo a problemas relacionados con el medio ambiente, al trato con los animales y a la práctica de la medicina.

Siendo ello así, la bioética abarca las cuestiones éticas que surgen en las relaciones entre biología, medicina, política, derecho, filosofía y teología. Es decir su campo de actuación es muy amplio, por lo que no existe consenso acerca del dominio apropiado para la aplicación de la ética en temas biológicos, ni sobre la reducción del ámbito de la ética a la moralidad en tratamientos médicos o en la innovación tecnológica. Así también, algunas posturas consideran que la ética debe incluir la moralidad de todas las acciones que puedan ayudar o dañar organismos capaces de sentir miedo y dolor.

En todo caso, lo que debe quedar claro es que el criterio ético fundamental que regula esta ciencia es el respeto al ser humano, lo que implica el respeto a sus derechos fundamentales, que tienen como punto denominador la dignidad del hombre.

Así las cosas, no pueden desconocerse los principios fundamentales de la bio-ética, que se resumen en: la vida humana es inviolable; nexos verdad - vida - libertad; la ciencia, la técnica y el progreso están al servicio del hombre; no todo lo que es técnicamente posible puede considerarse moralmente admisible; el fin no justifica los medios; la regla de oro de la bioética: tratar a los demás como a uno le gustaría que le traten; y la ciencia, la técnica y el progreso están al servicio de la vida.

Bajo tales consideraciones, investigar sobre los delitos de manipulación genética, constituye desde luego un aporte valioso para el área del derecho genético, en tanto este configura precisamente un límite al avance de la tecnología que muchas veces colisiona con los valores y principios garantes de los derechos de las personas.

En efecto, la importancia de esta materia se refleja en la necesidad de establecer por ejemplo, criterios uniformes al momento de determinar los actos que escapan a las conductas establecidas en el Capítulo V del vigente Código Penal, referida a los delitos contra la humanidad, en la modalidad de manipulación genética y que lindan muchas veces con procedimientos ilícitos atentatorios a la vida y dignidad humana.

En ese sentido, es conveniente realizar estudios sobre el marco teórico general, explicando la naturaleza jurídica de los actos referidos a la manipulación genética y sus implicancias en el ámbito legal y social, cuyas consecuencias no son sancionadas por existir vacíos legales, siendo imprescindible la modificación del Código Penal vigente, toda vez que en la actualidad y de manera muy encubierta existen actos de manipulación genética sin llegar a hablar de la clonación de seres humanos en clínicas locales y que no están siendo reprimidos, pues se hace indispensable la intervención del ordenamiento jurídico para el control de experimentos científicos para de este modo, evitar la vulneración de los derechos fundamentales de la persona, máxime si la doctrina es uniforme en cuestionar las dos modalidades de clonación: la clonación humana terapéutica y la clonación humana reproductiva, por ser atentatorias contra la identidad genética del hombre mismo.

Al respecto, debe decirse que si bien es cierto que la Ley N° 27636 incorpora al Código Penal vigente el capítulo referido a los delitos contra la humanidad,

en la modalidad de manipulación genética, con la finalidad de clonar seres humanos, no obstante ello es insuficiente, pues se deben considerar en el Derecho Penal otras conductas que constituyen actos de manipulación genética, como la selección de genes, sexo de los caracteres físicos o raciales de los seres humanos.

En este conjunto de ideas, la manipulación genética atina en reconocer que atentar contra la integridad del ser humano significa aceptar que se trata de un objetivo que puede ser utilizado como un simple medio. Si el hombre es un fin en cualquiera de sus estadios, entonces se ha de prohibir toda clase de manipulación en base al principio de la no instrumentalización del ser humano, en este sentido, es posible delimitar el uso de la manipulación genética ha aspectos justos y necesarios que no atenten contra la vida humana.

En relación con lo anterior debe reconocerse que existen diversas teorías en el ámbito del derecho comparado que definen los temas vinculados a la investigación realizada y que han sido comprendidas para arribar a las conclusiones y recomendaciones que se basan en la adecuación del sistema legislativo a la realidad actual, teniendo como punto de partida, la dignidad de la persona humana, la libertad humana, la autonomía individual y la inalienabilidad de la persona humana en particular y de la sociedad, derechos reconocidos en nuestro marco constitucional vigente y en el sistema internacional de protección de los derechos humanos.

Es por ello que se debe resaltar el detalle de las investigaciones sobre manipulación genética, en el hecho de abordar temas como la biotecnología, la ética, el genoma humano, las técnicas de reproducción humana, la clonación humana, el banco de semen, vientre de alquiler y cambio de sexo registral, entre otros, así como es conveniente estudiar otras áreas medulares del Derecho como el Derecho Penal y el Derecho Constitucional, de ello se desprende como aporte científico: la propuesta de constitución de una Convención Internacional sobre Delitos de Manipulación Genética y la necesidad de implementar Comités de Bioética y un Sistema de Protección del Embrión Humano.

### **3. LA CLONACIÓN HUMANA Y SU PERFECCIONAMIENTO NORMATIVO**

Para un mejor entendimiento del tema materia de investigación, debemos, en primer lugar, marcar diferencias entre las clases de clonación humana que existen actualmente, las cuales son conocidas como: a) La clonación humana terapéutica y, b) La clonación humana reproductiva.

La diferencia sustancial entre ambas, radica en que en la reproductiva se utilizan núcleos de células adultas o maduras (como las de la piel) con el fin de recrear u obtener la copia genética idéntica de otra persona o ser humano; mientras que en la terapéutica se utilizan núcleos de células madre (stem cells) o germinales para suplantar el lugar del núcleo de una célula defectuosa u ocasionadora de alguna enfermedad. Se discute mucho sobre los aspectos éticos de estas prácticas; los que se encuentra a favor de la clonación terapéutica señalan que podría ayudar a curar enfermedades graves y rechazan al mismo tiempo la práctica de la clonación humana reproductiva porque no genera ningún fin benéfico para la humanidad.

Sin embargo, si bien el rechazo a la clonación humana reproductiva es casi unánime a nivel mundial, hay quienes no están de acuerdo con ninguna de las dos formas de clonación (es el caso de algunos sectores de la iglesia). Dos acotaciones al respecto; los que no están de acuerdo con la clonación terapéutica sostienen que hasta el momento las células embrionarias utilizadas para esta intervención son destruidas posteriormente de su utilización, es decir son inducidas a diferenciarse teniendo en cuenta la función que se necesite (por ejemplo se puede inducir a ese célula a diferenciarse y así obtener las células cardiovasculares que se requiere para salvar la vida de un paciente). Ya esa célula una vez diferenciada, no podrá retroceder ese desarrollo inducido, ya no será jamás tan potente; es decir se le niega la posibilidad de continuar con su normal desarrollo y poder llegar a convertirse en persona y haciendo una comparación, sostienen que al menos en la clonación humana reproductiva no se destruye o causa daño al sujeto del cual se han tomado las células adultas.

Esta posición, si bien esta muy bien sustentada, no es compartida del todo por los especialistas, puesto que pareciera olvidarse del axioma jurídico: “el interés general prima sobre el interés particular”, y sobre esta base entonces no se permitiría tampoco los experimentos o investigaciones en células estaminales o totí potentes que podrían generar valiosa información para la obtención de diversas terapias genéticas para el tratamiento de enfermedades genéticas. Por otro lado, en el caso de la clonación reproductiva, si bien la misma no persigue ninguna finalidad valiosa o perceptible a favor de la humanidad, recordemos que cada ser humano es único e irrepetible, y por las razones que expondremos a continuación, se entenderá que dos personas no puedan ser 100% idénticas.

Analizando el asunto desde el punto de vista biológico es preciso señalar que, en primer lugar, el ser humano es más que sus genes, aparte de genoma, es alma y libertad. En otras palabras, la composición genómica no es determinan-

te. Así pues, si se obtuviera una célula congelada de una persona determinada y se le extrajera el núcleo (el cual contiene toda la información sobre su conformación genética) para insertarlo en otro óvulo desnucleado (al cual le han sustraído su verdadero núcleo), en el citoplasma de este óvulo receptor siempre quedarán residuos de genes de núcleo anterior, lo que es conocido como ADN mitocondrial, con información genética que, aunque en su porcentaje ínfimo (0.01%) existen. La información de estos genes también influida en el desarrollo del ser por nace, es por eso que desde el punto de vista netamente biológico no podemos hablar de una copia 100% idéntica al ser clonado.

Revisando el asunto desde el punto de vista socio-ontológico es pertinente indicar que el medio ambiente, o el área geográfica, o el nivel socioeducativo, entre otros factores sociales difieren de una persona a otra. A pesar de ser iguales pertenecemos a una misma especie), no somos idénticos. Es por esto que el connotado jurista Héctor Gross Espiell afirma que “la cloración humana no lleva necesariamente a la identidad absoluta de dos o más personas sino solo a su identidad genética”<sup>5</sup>.

Así pues, la importancia de estos factores o elementos diferenciales mencionados anteriormente realmente radica en que por más que en una persona se detecte la presencia de algún gen determinado esto no implica que el mismo desarrollará indefectiblemente su función, ya que los factores antes mencionados pueden impedirlo o contrarrestarlo. Por ejemplo, si un músico famoso no se hubiese criado en un ambiente artístico, de repente jamás hubiese desarrollado el gen o genes de lo que podríamos denominar “de la aptitud musical”.

Así pues, el proyecto o plan de vida de cada persona depende de su propia libertad, de su capacidad de decisión y de otros factores sociales. Por tanto, es por esto que aunque la denominación de “socio-ontológico” pueda parecer redundante ya que existencia es coexistencia<sup>6</sup>, en esta ocasión la hemos utilizado por ser de vital importancia para reforzar la idea de que las vivencias de cada ser humano no se puede clonar dado que derivan de su propia libertad (inherente y natural) y corresponden a una determinada época y ámbito de desarrollo. Es por ello que desde un punto de vista ontológico queda demostrado la imposibilidad de esta clase de clonación<sup>7</sup>.

Desde el punto de vista jurídico, esta imposibilidad biológica y socio-ontológica de la clonación humana reproductiva no significa que el Derecho otorgue carta blanca a los científicos para su práctica o realización; al contrario, el papel del Derecho será precisamente establecer parámetros o limitaciones

coherentes al avance científico (sin restringirlo) cuyo abuso perjudicaría al sujeto de derecho por excelencia del ordenamiento jurídico: el ser humano.

Como hemos visto, resultaría descabellado, si se diera el caso, pretender estigmatizar o discriminar a alguien por características genéticas que tal vez jamás llegue a desarrollar, dada su propia libertad y ambiente en el que se desenvuelva. Pues como advertimos, no se trataría de un clon en toda plenitud ya que, al menos hasta el momento, no se puede clonar ese “motor” existencial que hace capaz de decidir por sí mismo al ser humano y lo individualiza distinguiéndolo de los demás. En ese sentido, si se pretendiese “revivir” a un personaje histórico o en definitiva clonar a cualquier otra persona (viva o muerta) el nuevo ser no sería 100% idéntico genéticamente a su “matriz”, puesto que no se puede duplicar la identidad personal entendida tanto en su expresión estática pero sobre todo dinámica.

Ante los problemas que suscita la posibilidad de la clonación humana reproductiva, el derecho comparado hace algunos años empezó a dar los primeros pasos para intentar contrarrestar las perjudiciales consecuencias que trastocarían elementales preceptos del ordenamiento jurídico. Algunos de los principales cuestionamientos son:

A. Reconocer que la vida no empieza únicamente con la concepción (unión de ovulo y espermatozoide) si no que existen técnicas de clonación por las que una misma célula empieza a dividirse sin necesidad de que sea fecundada y por ende atribuirle derechos y deberes a un ser humano generado por acto un ilícito.

B. Establecer la filiación entre el clonado y el clon, dado que no son padre e hijo, ni hermano, tampoco el dador de la célula es el propietario de la célula (porque el ser humano no puede ser objeto de un derecho real). Es decir, será una persona que nacerá huérfano o de padre o de madre a la que habrá que explicarle en algún momento la verdad de su origen. A esto se suma el dilema de la filiación materna del clon, pues en principio se puede presentar hasta tres clases de maternidad: la genética (la cedente del núcleo), la dueña del ovulo (en el cual se inserto el núcleo) y la gestante.

Por ende, es posible concluir que el Derecho no puede consagrar de ninguna manera dentro de su ordenamiento jurídico la aceptación a la clonación humana reproductiva, ni ninguna actividad que vulnere la dignidad, libertad ni otros derechos inherentes a la calidad del ser humano.

Satisfactoriamente, ante estos dilemas existe un amplio consenso mundial respecto a la prohibición de la clonación humana reproductiva, consagrando el no determinismo o reduccionismo genético, es decir, aceptando que la composición genética del ser humano no lo es todo, que el ser humano es más que un conjunto de genes, más que un componente meramente somático, pues como ya lo señalamos “los genes, evidentemente influyen en el comportamiento e incluso en la personalidad, pero no hasta el punto de que ellos sin más determinen una conducta<sup>8''</sup> .

En otras palabras, la presencia de un gen no determina nada, sino solo presenta una predisposición, la cual se manifestará dependiendo de la interrelación con otros factores internos (otros genes u otros componentes genómico) o externos (medio ambiente, etcétera), parece una conclusión simplista y contradictoria, pero así es la real situación. En ese sentido comentaba el conocido periodista Matt Ridley que “El genoma es tan complicado e indeterminado como la vida misma porque es la vida misma...El simple determinismo, tanto si es de tipo genético como ambiental, es una perspectiva deprimente para los aficionados al libre albedrío<sup>9''</sup> .

El ejemplo por excelencia de la adopción del No Reduccionismo genético, y que ha servido de base para otros documentos normativos, se encuentra plasmado en los artículos 2(b),11 y 13 de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos<sup>10</sup>, cuyo tenor es el siguiente:

“Artículo 2°

- a) Cada individuo tiene derecho al respeto de su dignidad y derechos, cualesquiera que sean sus características genéticas.
- b) Esta dignidad impone que no se reduzca a los individuos a sus características genéticas y que se respete el carácter único de cada uno y su diversidad”.

“Artículo 11°

No deben permitirse las prácticas que sean contrarias a la dignidad humana, como la clonación con fines de reproducción de seres humanos. Se invita a los Estados y a las Organizaciones Internacionales las medidas que correspondan, para asegurarse de que se respetan los principios enunciados en la presente Declaración.”

“Artículo13°

Las consecuencias éticas y sociales de las investigaciones sobre el genoma humano imponen a los investigadores responsabilidades especiales de rigor,

prudencia, probidad intelectual, tanto en la realización de sus investigaciones como en la presentación y utilización de los resultados de estas. Los responsables de la formulación de políticas científicas públicas y privadas tienen también responsabilidades especiales al respecto.”

Dado el respaldo que ha obtenido la corriente en análisis es que nos atrevemos hoy en día a afirmar que esta figura se ha convertido en uno de los principios esenciales de la doctrina del Derecho Genético.

Por lo expuesto, consideramos que lo recomendable es una legislación preventiva principalmente en América Latina, sobre la base de lo que acontece en algunos países europeos, pues no olvidemos que algunos científicos ya han puesto los ojos en mujeres de nuestro continente para que gesten a los clones fruto de sus experimentos, aprovechándose así de los vacíos legales o dispositivos contradictorios de los que adolecemos hasta el momento. Esta realidad está más cerca de lo que imaginamos y uno de esos “experimentos” son los vientres de alquiler.

Finalmente, no vemos ningún beneficio para la humanidad en la realización de la clonación humana reproductiva que algunos científicos promueven. Esperemos que el “sensacionalismo genético” de ciertas empresas, las cuales seguramente sólo buscan promocionarse para lucrar con la vida humana (utilizándola como un medio y no como un fin) no sigan infundiendo más confusión y rechazo hacia la tecnología, la cual en ciertos casos ha demostrado ser muy beneficiosa.

Cabe señalar que nunca antes el Derecho se había encontrado con una problematización concreta de su ámbito de regulación tan dramática como la que exhibe la nueva realidad biomédica. Como bien señala Tinant<sup>11</sup> si el legislador pretende seguir manejando las situaciones que se le presentan a tenor de las concepciones tradicionales, dejará amplios espacios de materias no resueltas e insatisfechas las legítimas expectativas de los interesados. La secular ética deontológica, cognitivista, formalista y universalista, ha incidido para que el Derecho construyera soluciones de corte universal, basadas en postulados abstractos, que no parecen adecuadas para el contexto y la situación específica como la que requieren las nuevas cuestiones que plantea el desarrollo tecnológico en la ciencia de la vida y la salud.

Es necesario replantear las soluciones a los conflictos y problemas –en particular los referentes a la nueva rama de las ciencias biológicas que comporta la llamada ingeniería genética –en términos de una eticidad concreta y no como

una mera confrontación de principios y sistemas morales. La construcción de un discurso que dé cuenta de estas realidades muy específicas de nuestro entorno vital pasa por la definición de formulas consensuales que permitan ir elaborando soluciones éticas no abstractas ni de presentación universalista.

Las diferentes legislaciones tienen que dar soluciones a las nuevas situaciones planteadas, dejando de lado la discusión fundamentalista y sistemática y las abstracciones jurídicas.

#### **4. CONCLUSIONES**

El desarrollo y evaluación de las prácticas genéticas no ha sido ajeno en el Perú, desde hace más de una década se realizan técnicas de reproducción asistida y actualmente se cuenta con medios técnicos para efectuar pruebas de identificación a través de ADN, críoconservación de genes y bancos de semen.

Hoy en día las tan utilizadas y desarrolladas técnicas de reproducción asistida y la manipulación genética, tienen como finalidad fundamental la actuación médica ante la esterilidad humana, es decir una finalidad loable en gran medida admitida por la conciencia social y la ética; sin embargo, cuando por actos de manipulación genética, ello trastoca la dignidad, la libertad humana, la autonomía individual, la igualdad y la inalienabilidad de cuerpo humano hablamos que ha perdido su finalidad loable.

En la actualidad y de manera muy encubierta existen actos de manipulación genética sin llegar a hablar de la clonación de seres humanos en clínicas locales<sup>12</sup> y que no están siendo reprimidos, pues se hace necesaria la intervención del ordenamiento jurídico para el control de experimentos científicos y de esta manera evitar la vulneración de los derechos fundamentales de la persona.

La Ley N° 27636 incorpora al Código Penal vigente el capítulo referido a los delitos contra la humanidad, en la modalidad de delitos de manipulación genética, pero está centrada solamente a las técnicas de manipulación con la finalidad de clonar seres humanos. Esta Ley reprime tales actos con penas privativas de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación, pero en el Derecho Penal se consideran otras conductas dentro de lo que se conoce como reproducción asistida que constituyen actos de manipulación genética como es el caso de ectogénesis, inseminación post mortem, regulación del banco de embriones, partenogénesis o estimulación del desarrollo de un óvulo por medios térmicos, físicos y químicos sin que sea fecundado por un

espermatozoide humano, entre otros y que lamentablemente han escapado a la norma mencionada, en el sentido que sólo refiere técnicas de manipulación genética para la donación de seres humanos, lo cual es bueno; sin embargo nuestra realidad social es otra.

Sobre el párrafo anterior, no existe en nuestro ordenamiento jurídico parámetros para el ejercicio de los especialistas en genética, en la ciencia médica, que sin impedir el avance de la ciencia deban delimitar la manipulación genética por respeto a la dignidad humana. Los casos de manipulación genética obstaculizan la paz social, el orden público y las buenas costumbres por lo que deben ser tipificados como delitos biológicos, ya que por el principio de la no extensión de las normas penales por analogía, no es posible asignarles una sanción penal.

Atentar contra la integridad del ser humano significa aceptar que se trata de un objeto que puede ser utilizado como un simple medio, si el hombre es un fin en cualesquiera de sus estadios, entonces se ha de prohibir toda clase de manipulación en base al principio de la no instrumentalización del ser humano, en ese sentido, es posible delimitar el uso de la manipulación genética a aspectos justos y necesarios que no atenten contra la vida humana.

Nuestra legislación es indulgente, no regula acontecimientos provocados por los nuevos avances de la genética referidos propiamente a las nuevas técnicas de fertilización ya que se trata de situaciones no contempladas en la Ley N° 27636.

Actualmente en el Perú, se viene hablando del derecho genético y se ha desarrollado una mediana literatura jurídica, resultando solo la elaboración legal para proteger al ser humano de los avances biocientíficos de la ciencia genética. Es por ello que proponemos modificar el artículo 324° del Código Penal, referido a los Delitos contra la Humanidad, en la modalidad de manipulación genética.

## **5. NUESTRA PROPUESTA LEGISLATIVA**

“nadie debe atentar contra la integridad de la especie humana. El genoma humano, no podrá ser modificado, salvo que tenga por finalidad prevenir, disminuir o eliminar enfermedades graves, están prohibidas las manipulaciones genéticas, incluyendo la clonación, la selección de genes, sexo o de los caracteres físicos o raciales de los seres humanos.

El cuerpo humano, los órganos, tejidos, células y los productos del mismo, así como el genoma humano, no son objeto de derechos patrimoniales ni además son patentables “.

- 
- <sup>1</sup> Pinto Bouroncle, Y. M. La regulación normativa de la manipulación genética en el ordenamiento penal jurídico peruano. En: Revista Jurídica Vía Legal. Lima: 2005. Pág. 275.
  - <sup>2</sup> Varsi Rospigliosi, E. Derecho y Genética. Lima: 1993.
  - <sup>3</sup> Mosquera Vásquez, C. Derecho y Genoma Humano. Lima: Editorial San Marcos, 1993.
  - <sup>4</sup> Campos Barranzuela, E. El Derecho Genético en el Perú, propuestas para su perfeccionamiento normativo en lo referido a la clonación humana. Septiembre 2007. Pág. 13.
  - <sup>5</sup> Gross Espiel, H. La clonación, los derechos humanos y el derecho internacional. En: Diálogo (Publicaciones de UNESCO). México D.F.: 1988. Pág. 25.
  - <sup>6</sup> Fernández Sessarego, C. Derecho y Persona. 4ta edición. Lima: Grijley, 2001. Pág. 27.
  - <sup>7</sup> Fernández Sessarego, C. La clonación de seres humanos: un imposible ontológico. En legal Express Año 3 N° 25. Lima: Gaceta Jurídica, enero 2003.
  - <sup>8</sup> Abrisqueta, J. Genes y Discriminaciones 2. En: Revista de Derecho y Genoma Humano. Bilbao: julio, diciembre, 1999. Pág. 158.
  - <sup>9</sup> Ridley, M. Genoma Humano. Madrid: Suma de letras S.L., 2001. Pág. 143.
  - <sup>10</sup> Este instrumento jurídico internacional fue aprobado por la UNESCO en la Conferencia General 29, París, el 11 de noviembre de 1997, estando vigente, desde el 4 de abril de 1997. A pesar de no tener un carácter vinculante, los enunciados contenidos en este documento, los principales que deben tener en cuenta los Estados miembros de la UNESCO - entre ellos el Perú - en sus figuras legislativas sobre tema biojurídicos.
  - <sup>11</sup> Tinant, E. L. Los principios bioéticos como tópicos jurídicos. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, UNESCO, 2000.
  - <sup>12</sup> Pinto Bouroncle, Y. M. La regulación normativa de la manipulación genética en el ordenamiento penal jurídico peruano. En: Revista Jurídica Vía Legal. Lima: septiembre 2005. Pág. 275.



## IRRESPONSABILIDAD PATERNA Y CONSECUENCIAS SOCIALES

GRACIELA ESTHER LLANOS CHÁVEZ\*

### Resumen

Padre, madre y niño forman una triada de desarrollo biopsico-social en constante movimiento, teniendo al Estado como ente garantizador de la convivencia social, siendo que éste actúa a través de sus diferentes instituciones cuando sea el padre o la madre quienes incumplen su obligación alimentaria respecto de sus hijos, deviniendo en irresponsabilidad paterna con imprevisibles consecuencias en la vida de los hijos, lo que podemos avizorar desde la perspectiva de un estudio realizado el año 2005.

**Palabras clave:** Responsabilidad e irresponsabilidad paterna - consecuencias sociales - pensión de alimentos.

### Abstract

Father, Mother and child are a triad of biopic- social development in constant motion, having the State as an entity guarantor of social coexistence, acting this through different institutions when the parents don't fulfill their children needs, becoming in parental irresponsibility with unpredictable consequences in the kids life. Which can be seen in many studies made on 2005.

**Key words:** Parental responsibility and irresponsibility - social consequences - child support.

### Sumario

1. Introducción. 2. La paternidad en el Perú. 3. La legislación sobre la paternidad en el Perú. 4. Una aproximación desde una perspectiva local al problema de la irresponsabilidad paterna. 5. Conclusiones.

---

\* Juez Especializado Titular de la Corte Superior de Justicia de Lima - Poder Judicial de Perú.

## 1. INTRODUCCIÓN

Junto con el Estado, el padre y la madre de los menores de edad tienen la responsabilidad de apoyar su desarrollo bio-sicosocial y su incorporación paulatina a la sociedad. Sin embargo, muchos hombres evaden sus responsabilidades como padres, y en otros casos llegan a atentar contra los derechos y dignidad de sus hijos. En suma, los padres pueden contribuir a la reproducción de la pobreza cuando obstaculizan la incorporación a la sociedad y el desarrollo personal de sus hijos e hijas<sup>1</sup>. La naturaleza del ser humano nos señala que los menores de edad necesitan amor, protección, alimento, salud, educación y capacitación para llegar a ser un ciudadano que participe en el desarrollo de la sociedad, y los hombres como padres tienen la responsabilidad de contribuir a la satisfacción de esas necesidades.

## 2. LA PATERNIDAD EN EL PERÚ

En el Perú es bastante común oír a las personas decir “No conozco a mi padre, mi mamá me ha criado sola” o “Mi papá no vive con nosotras y no nos ayuda en nada”. La paternidad irresponsable –cuando el padre se desentiende, en parte o por completo, de la manutención, crianza y educación de sus hijos a menudo es considerado una conducta natural, porque “los hombres son así”. En realidad, la paternidad responsable es algo que aprendemos, algo construido a través de las costumbres, la educación y las leyes<sup>2</sup>.

Por ello, la Constitución Política del Perú señala en el artículo 6° que “La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y la maternidad responsables...”

## 3. LA LEGISLACIÓN SOBRE LA PATERNIDAD EN EL PERÚ

El artículo 93° del Código de los Niños y Adolescentes establece que “Es obligación de los padres prestar alimentos a sus hijos..” siendo una de las principales garantías frente a la irresponsabilidad paterna la pensión alimenticia la cual es un derecho intangible del niño/niña y se establece como obligación del padre a proporcionar manutención y afecto para garantizar su desarrollo integral. Sin embargo, esto en el plano teórico aparece como un instrumento ideal en la defensa de los derechos del niño pero resulta que en la práctica casi no funciona. El mero hecho de tener que reclamar la pensión por vía judicial es aún un problema, pues, todo el peso recae sobre las mujeres que demandan la pensión y el Estado peruano aunque promueve la paternidad responsable no aplica medidas pertinentes para facilitar que la ley se cumpla.

Por otro lado no existen políticas públicas específicas y eficaces para fomentar la responsabilidad paterna<sup>3</sup>.

Todo esto hace que los trámites sean engorrosos. Como resultado, muchas mujeres prefieren no reclamar la pensión porque creen que no vale la pena. Otras no la demandan porque piensan que la injerencia de un padre irresponsable es peor que su ausencia. También hay mujeres que no solicitan la pensión por orgullo, queriendo probar a su ex pareja que bien pueden criar a sus hijas o hijos ellas solas. Pero con estas actitudes sólo ayudan a promover la paternidad irresponsable. Negar alimentos a su prole es una forma de violencia familiar y los niños tienen derecho a vivir una vida digna sin violencia.

#### **4. UNA APROXIMACIÓN DESDE UNA PERSPECTIVA LOCAL AL PROBLEMA DE LA IRRESPONSABILIDAD PATERNA**

La irresponsabilidad paterna se viene reproduciendo en la realidad del Perú, pues desde mi observación participativa de la realidad social en la ciudad de Pucallpa<sup>4</sup> soy consciente del rol defensor de los derechos del niño que nos corresponde asumir como operadores del derecho, de la sociedad en su conjunto, de la institución familiar y de los grupos más vulnerables de la población<sup>5</sup>.

El objetivo de la investigación que realice el año 2005, fue el de determinar “la relación entre la irresponsabilidad paterna y las consecuencias sociales en los niños en estudio del Juzgado de Familia de la Provincia de Coronel Portillo Ucayali 2005”.

Se desarrolló metodológicamente un estudio descriptivo-explicativo; para cuyo efecto se entrevistó a 40 niños seleccionados aleatoriamente, quienes respondieron satisfactoriamente respecto a las consecuencias sociales de la irresponsabilidad paterna (incumplimiento de la pensión alimentaria). Del mismo modo se entrevistó a las madres de los niños en estudio para caracterizar la irresponsabilidad paterna y se utilizó una ficha documental para identificar los aspectos concernientes al proceso judicial en los expedientes de la demanda por alimentos.

Esta investigación dio como resultado que la irresponsabilidad paterna se expresa principalmente en el incumplimiento de la pensión de alimentos y produce consecuencias sociales desfavorables afectando la satisfacción de las necesidades básicas de los niños en estudio y alterando su bienestar.

Así podemos observar lo siguiente, expresado en valores cuantitativos de medición:

Existe insatisfacción de las necesidades de alimentación determinando situación nutricional en riesgo y deficiente en los niños en estudio con  $p = 0.015$ .

Del mismo modo produce consecuencias desfavorables en las condiciones de la vivienda de los niños en estudio observándose viviendas insalubres y precarias con  $p = 0.039$ . Seguidamente asumimos que también determina consecuencias desfavorables en la vestimenta de los niños, observándose vestimenta precaria y menesterosa con  $p = 0.000$ .

Al contrastar la influencia en la educación escolarizada observamos consecuencias desfavorables expresado en retraso y fracaso educacional con  $p = 0.015$ .

También se observa consecuencias desfavorables en la salud, de los niños en estudio, presentando regular y mal estado de salud con  $p = 0.008$ .

Con respecto a la participación en espacios culturales de los niños en estudio observamos baja participación o en su defecto ausencia de un desarrollo cultural (retraso y ausencia) con  $p = 0.001$ .

Al contrastar la influencia de la irresponsabilidad paterna en la participación de los niños en estudio a espacios de recreación asumimos que existe limitada participación o ausencia a los mismos con  $p = 0.004$ .

Finalmente se asume que existe relación entre la irresponsabilidad paterna con las consecuencias sociales determinando trabajo infantil riesgoso y excesivo en los niños en estudio considerándose los resultados estadísticamente significativas con  $p = 0.003$ .

Por lo expuesto se observa que la irresponsabilidad paterna alcanza altas proporciones (80%) en el contexto del estudio, lo que supedita un alto riesgo para las condiciones de desarrollo social del niño y limita el bienestar que se expresa en: alimentación en riesgo y deficitaria, viviendas insalubres, vestimentas menesterosas, retraso académico, regular y mal estado de salud, bajo desarrollo cultural y riesgoso y excesivo trabajo infantil. Los niños experimentan ciertos momentos de esparcimiento relativo a las actividades deportivas que no es suficiente para el pleno desarrollo infantil.

## 5. CONCLUSIONES

1. El 80,0% de los demandados no cumplen con la pensión de alimentos y tan solo el 20,0% si cumplían con dicha pensión, ello indica que existe alta proporción de abandono en cuanto al cumplimiento de la pensión alimentaría.
2. El 57,5% (23 niños demandantes) estaban en riesgo de alimentación, el 32,5% (13 niños demandantes) ya estaban en deficiencias alimentarias y solo el 10,0% (4 niños demandantes) estaban en una adecuada alimentación.
3. El 52,5% (21 niños demandantes) vivían en una vivienda insalubre, el 35,0% (14 niños demandantes) peor aún vivían en una vivienda precaria y solo el 12,5% (5 niños demandantes) vivían en una vivienda adecuada.
4. En cuanto a la vestimenta, el 55,0% (22 niños demandantes) tenían vestimentas menesterosa, el 15,0% (6 niños demandantes) peor aún vestían precariamente y el 30,0% (12 niños demandantes) vestían adecuadamente.
5. El 60,0% (24 niños demandantes) tenían un retraso académico, el 25,0% (10 niños demandantes) peor aún habían fracasado en su educación y solo el 15,0% (6 niños demandantes) mantenían un desarrollo académico.
6. El 67,5% (27 niños demandantes) mantenían un regular estado de salud, ya el 22,5% (9 niños demandantes) tenían mal estado de salud y solo el 10,0% (4 niños demandantes) tenían buen estado de salud.
7. Con respecto al espacio cultural el 55,0% (22 niños demandantes) no tenían desarrollo cultural, el 32,5% (13 niños demandantes) mantenían un retraso en el desarrollo cultural y solo el 12,5% (5 niños demandantes) tenían desarrollo cultural.
8. El 47,5% (19 niños demandantes) tenían suficiente esparcimiento, pero el 30,0% (12 niños demandantes) mantenían un limitado esparcimiento y solo el 22,5% (9 niños demandantes) no presentaban esparcimiento alguno.
9. Y, en cuanto al trabajo infantil el 55,6% (10 niños demandantes) estaban en riesgo de trabajo, los otros 33,3% (6 niños demandantes) peor aún se dedicaban a un excesivo trabajo y solo el 11,1% (2 niños demandantes) se dedicaban a un trabajo adecuado.

10. Cuando relacionamos la irresponsabilidad paterna expresada principalmente en el incumplimiento de la pensión de alimentos observamos que produce consecuencias desfavorables en la satisfacción de las necesidades de alimentación de los niños en estudio determinando situación nutricional en riesgo y deficiente con  $p = 0.015$ .

11. Del mismo modo asumimos que la irresponsabilidad paterna produce consecuencias desfavorables en las condiciones de la vivienda de los niños en estudio contando con viviendas insalubres y precarias el que fue contrastado a través de la prueba estadística CHI CUADRADA ( $p = 0.039$ ).

12. Al contrastar la influencia de la irresponsabilidad paterna con la dotación de vestimenta a los niños en estudio, asumimos que existe influencia desfavorable en la satisfacción de las necesidades de vestimenta (vestimenta precaria y menesterosa) ( $p = 0.000$ ).

13. Al contrastar la influencia de la irresponsabilidad paterna con la educación escolarizada de los niños en estudio, asumimos que se establece consecuencias desfavorables expresado en retraso y fracaso educacional ( $p = 0.015$ ).

14. También asumimos que la irresponsabilidad paterna influye en la presencia de consecuencias desfavorables en el estado de salud de los niños en estudio evidenciándose estado de salud regular y mal estado, el que fue contrastado a través de la prueba estadística CHI CUADRADA ( $p = 0.008$ ).

15. Con respecto a la relación de la irresponsabilidad paterna con la baja participación de los niños en estudio en espacios culturales observamos efectos desfavorables expresados en ausencia de un desarrollo cultural (retraso y ausencia) considerándose los resultados estadísticamente significativos con  $p = 0.001$ .

16. Al contrastar la influencia de la irresponsabilidad paterna con la participación de los niños en estudio a espacios de recreación asumimos que existe influencia desfavorable en la satisfacción de las necesidades de recreación (limitado y ausencia) con  $p = 0.004$ .

17. Con respecto a la relación de la irresponsabilidad paterna con las consecuencias desfavorables en la generación del trabajo infantil de los niños en estudio observamos que los niños efectúan trabajo infantil que se caracteriza por ser riesgoso y excesivo considerándose los resultados estadísticamente significativas con  $p = 0.003$ .

18. En consecuencia afirmamos que la irresponsabilidad paterna influye de manera directa en la presencia de consecuencias sociales desfavorables para el desarrollo humano de los niños que experimentan dicha situación.

---

<sup>1</sup> Acosta, F. Hogares con jefas mujeres y bienestar familiar en México. 1998. Pág. 64.

<sup>2</sup> Schmuckler B. Familias y relaciones de género en transformación: cambios trascendentales en América Latina y El Caribe, México, Population Council/EDAMEX. 2000. Pág. 76.

<sup>3</sup> Alatorre, J. y L. C. Atkin. El embarazo adolescente y la pobreza. 1998. Pág. 34.

<sup>4</sup> Mediante Resolución Administrativa N° 082-2008-CE-PJ publicada el 24 de mayo de 2008, fui trasladada del Distrito Judicial de Ucayali al Distrito Judicial de Lima.

<sup>5</sup> Bonfil P. y Salles V. Mujeres pobres: salud y trabajo. México: GIMTRAP, 2002. Pág. 57.



# CONSTITUCIONALIDAD DE LA INICIATIVA PROBATORIA DEL JUEZ EN LA PROPOSICIÓN DE LA PRUEBA DE OFICIO EN EL PROCESO CIVIL\*

VÍCTOR ROBERTO OBANDO BLANCO\*\*

## Resumen

Siendo el fin del proceso el interés público del Estado, el juez tiene iniciativa probatoria para la búsqueda de la convicción judicial; sin embargo, esa iniciativa se ve limitada al esclarecimiento de los hechos que las partes no han probado en forma adecuada. El Código Procesal Civil omite en el diseño de aplicación de la prueba de oficio, los límites sobre la iniciativa probatoria; omisión que deberá ser subsanada mediante una interpretación sistemática con los artículos 188° y 190° del Código como resultado de la interpretación jurisprudencial, y acudiendo a la doctrina procesal que ha establecido como límites: a) La Prueba del juez se limite a los hechos controvertidos; b) Debe constar en el proceso la fuente de prueba y; c) Respecto del principio de contradicción y el derecho de defensa de las partes, permitiendo ampliar sus pruebas inicialmente propuestas.

**Palabras clave:** Prueba - poder discrecional - interés público del Estado - derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva - hechos controvertidos - fuentes de prueba - derecho de defensa.

## Abstract

Being the end of the process a public interest of the State, the judge has probatory initiative for the search of the judicial conviction, however this initiative is limited to the elucidation of the facts that the parties have not proof in a suitable way. The Civil Procedural Code avoid in the design of the application of the proofs ordered by the judge the limits on the probatory initiative, omission that must be corrected through a systematic interpretation of the articles 188° and 190° of the Code as a result of the legal interpretation, and going to the procedural doctrine that it has established like limits: a) The Test of the judge is limited the controversial facts; b) The source of the proof must appear in the process; and c) About the respect to the principle of contradiction and the right of defense of the parties, allowing to extend its initially proposed tests.

**Key words:** Proof - discretionary power - public interest of the State - Fundamental right of the effective jurisdictional guardianship - controversial facts - sources of proofs - right of defense.

---

\* Texto completo de la ponencia presentada al IV Congreso Internacional de Derecho Procesal realizado en la Universidad de Lima (24/10/07).

\*\* Juez Especializado Titular de la Corte Superior de Justicia del Callao - Poder Judicial de Perú. Profesor de Derecho Procesal Civil de la Universidad de Lima, Inca Garcilazo de la Vega y Academia de la Magistratura.

### Sumario

1. Introducción. 2. Fundamento o razón. 3. Discusión doctrinaria. 4. Finalidad.  
5. Presupuestos para su aplicación. 6. Conclusiones.

## 1. INTRODUCCIÓN

El moderno derecho de la prueba reviste una importancia crucial al erigirse en uno de los vértices más álgidos del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva de los derechos y en donde hace pie, en concreto, la garantía de la defensa en proceso. El juez en esta materia, a decir del maestro Augusto Morello, vigila, orienta, explora y gestiona la prueba.

La línea doctrinaria que propicia dotar al juez de iniciativa probatoria ha sido recibida en un buen número de códigos procesales en América Latina, tomando como fuente el proyecto del “Código Modelo Único para Iberoamérica”, elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. La legislación austriaca de 1895, que entró en vigencia el 1 de enero de 1898, junto con su autor, Franz Klein, dio comienzo a la efectiva iniciativa instructora del juez en los términos en que hoy se conoce, así como a la innovación de muchísimas instituciones. Sin embargo, existe un sector de la doctrina que se encuentra persuadido de que el juez “sustituye” la función de las partes procesales, realizando actos que son propios de estas o se embarca en una búsqueda oficiosa de la “verdad real”, “contamina” de un modo insalvable la imparcialidad de su labor y quiebra directamente la garantía constitucional del debido proceso.

En el tema de la prueba de oficio, la actividad probatoria del juez se limita a esclarecer aquellos hechos que las partes no han probado en forma adecuada. En ningún caso reemplaza la actividad de las partes, solo la complementa. La iniciativa del juez procede respecto de hechos alegados por las partes pero no acreditados de manera suficiente a su criterio. Se encamina a la verificación de las cuestiones fácticas sometidas por las partes, para facilitar la decisión justa. De ahí la acertada diferenciación de Montero Aroca, quien distingue entre actos de demostración y de verificación. En los primeros se incluyen los originados por las partes y en los segundos los provenientes de la iniciativa del juzgador, aunque al final tanto los unos como los otros, confluyan en el mismo punto.

La presente intervención en panel buscará hacer algunas reflexiones sobre lo siguiente: a) La constitucionalidad de la iniciativa probatoria del juez; b) Que

los conceptos de pruebas de oficio y carga de la prueba se complementan, vía una interpretación sistemática y; c) que la solución más idónea de lograr que el órgano jurisdiccional otorgue una efectiva tutela, siguiendo al profesor español Joan Picó I Junoy, es la que partiendo de la distinción entre fuente y medio de prueba, atribuye al juzgador iniciativa probatoria respecto de aquellas fuentes que se revelan existentes por la actuación de alguna de las partes.

Como cuestión previa al desarrollo del tema debo señalar que asistimos a una transformación institucional de la justicia desde el punto de vista constitucional a nivel mundial, en razón básicamente a tres factores: a) Las constituciones han adquirido fuerza normativa y de plena eficacia (entendida no sólo como norma política sino como norma jurídica); b) El desarrollo del Poder Judicial está vinculado con la puesta en valor de los derechos fundamentales. De ahí que el rol del juez sea entendido ya no únicamente en la aplicación de la ley al caso concreto sino como garante de los derechos fundamentales, que le otorga una amplitud para resolver; c) Apertura de las constituciones a los ordenamientos supranacionales. Los estudios de derecho procesal tienen que ser analizados en clave constitucional.

## **2. FUNDAMENTO O RAZÓN**

1. Puede encontrarse únicamente en la búsqueda de la convicción judicial, el objeto de otorgar la efectiva tutela de los intereses en litigio. El profesor José Antonio Silva Vallejo al desarrollar el tema “El Sistema de la Prueba en el Proceso” respecto al concepto de prueba expresa: “Defino a la prueba como la búsqueda de la verdad en el proceso. Esta averiguación se realiza a través de los medios y de los sucedáneos pertinentes, idóneos para formar convicción en el ánimo del Juez, quien es el destinatario de la prueba y quien la aprecia a la luz de las reglas de la sana crítica”<sup>1</sup>.

2. La función jurisdiccional tiene por objeto la búsqueda de la paz social (hacer posible la convivencia social). El proceso se concibe no solo como instrumento dirigido a la tutela jurisdiccional de derechos privados, sino además como medio para cumplir una función pública del Estado.

3. La disposición de prueba de oficio constituye una norma procesal de aplicación del principio de autoridad del juez, por el cual además de los poderes de dirección formal viene a asumir poderes atinentes al objeto deducido en el proceso. El juez es la figura central del proceso (supra partes), su director. Al principio de la dirección del proceso se vincula el de la adecuación de las

formas procesales a las exigencias sustantivas, humanas y constitucionales de la causa. Es también verdad que la adaptabilidad del proceso a las exigencias concretas no es ilimitada (Gian Antonio Micheli).

4. Conforme enseña el maestro Hernando Devis Echandía: “La finalidad del proceso consiste en la realización del derecho, lo cual no es un interés privado de las partes en el proceso, sino un interés público del Estado; vale decir, hacer que el orden jurídico se realice a cabalidad en los casos concretos, de acuerdo con la ley, la moral, los principios generales del Derecho, la equidad y la realidad de los hechos”<sup>2</sup>.

5. Explica el profesor Joan Picó I Junoy que el fenómeno de la “publicización” o “socialización del proceso civil” desarrollado durante el siglo XX, cuya consecuencia más relevante se concreta en el hecho de que, sin discutir la vigencia del principio dispositivo va a ponerse en tela de juicio el de aportación de parte, al menos en lo que respecta al reparto de funciones entre el juez y los litigantes y al incremento de facultades del órgano jurisdiccional, quien frente al modelo clásico del juez pasivo o inerte, pasa a ocupar una posición activa en el proceso. En la medida en que tiene asignada la función pública de resolver los conflictos, se considera que deben atribuírsele las iniciativas necesarias para lograr la máxima eficacia en su función<sup>3</sup>.

6. En consecuencia, el fenómeno de publicización o socialización puso de manifiesto la distinción entre objeto del proceso y proceso como instrumento idóneo para alcanzar la efectiva tutela por parte del Estado.

### **3. DISCUSIÓN DOCTRINARIA**

1. La concepción publicística del proceso apuesta por la existencia completamente justificada en un esquema de plena colaboración y compatibilidad entre actuación oficiosa y el principio de aportación de parte.

2. De igual modo, durante la segunda mitad del siglo XX surgió otro fenómeno de especial relevancia para el Derecho Procesal, que generó los postulados del “garantismo procesal”. Este sector de la doctrina procesal se muestra partidario de excluir en el proceso cualquier iniciativa que suponga dirección material del juez; centra su crítica en la posible iniciativa probatoria ex officio iudicis y en el control judicial de la buena fe procesal en la actuación de las partes.

3. Esta posición contraria a cualquier iniciativa probatoria del juez, señala básicamente lo siguiente:

El juez civil no es un investigador, debe resolver un conflicto de intereses. Siguiendo las lecciones de Isidoro Eisner sobre la “verdad en el proceso” se argumenta: “En sentido procesal civil la prueba, en realidad, no es una investigación. El juez civil no investiga; el juez civil no va a buscar los hechos, a ver cómo fueron; sino que va a tratar de verificar, valiéndose de los elementos probatorios que le suministraron las partes (...) No haya verdad formal y verdad material; la verdad es una sola. Cuando hay verdad, es la exacta coincidencia entre la cosa y la idea que de ella se tiene, no haya otra verdad”<sup>4</sup>.

El proceso es un debate dialéctico. Se exige prueba suficiente para satisfacer al juez, que escoge una de las dos tesis, no una tercera tesis, de lo contrario se incurre en incongruencia. Al juez le es suficiente contar con la certeza, respondiendo a la pregunta: ¿a cuál de las partes se debe dar la razón con las pruebas aportadas en el proceso?

Existen dos componentes básicos para una sentencia justa: imparcialidad del juzgador; igualdad entre los contendientes.

El proceso civil es un negocio particular, que responde a las concepciones privatistas del proceso como negocio particular o relación jurídica.

4. Las objeciones que al respecto se han formulado básicamente han establecido que la mencionada iniciativa debería ajustarse a límites. Según la exposición de Joan Picó I Junoy en su obra “El derecho a la prueba en el proceso civil”<sup>5</sup> señala que en primer lugar *la prueba practicada por el juez debe necesariamente limitarse a los hechos controvertidos o discutidos por las partes*, no pudiendo el órgano jurisdiccional llevar a cabo ninguna actividad tendente a investigar o aportar hechos no alegados por las partes, ni fallar alterándolos, so pena de incurrir la sentencia en incongruencia en cuanto al modo. En segundo lugar, para que pueda atribuirse al órgano jurisdiccional la posibilidad de practicar los diversos medios probatorios, *es menester que consten en el proceso las fuentes de prueba sobre las cuales tendrá lugar la posterior actividad probatoria*; solo de esta forma se evita que el juez pierda su imparcialidad, así como que pueda utilizar su “conocimiento privado” al margen de los resultados que figuran en los autos, vale decir, su actuación se restringe únicamente a comprobar o verificar hechos que ya constan en la causa y nunca a investigar hechos nuevos. En tercer lugar, *es necesario que en el desarrollo del medio propuesto por el órgano jurisdiccional se respete el principio de contradicción y el derecho de defensa que todo litigante posee en la ejecución de la prueba* (Michelle Taruffo, Fazzalari, entre otros). De ese modo, no se vulnera ninguna de las garantías procesales

del justiciable.

“Fuente” de prueba es un concepto extrajurídico, que se utiliza para referirse a todo elemento de la realidad anterior al proceso e independiente de él, que tiene conocimiento o representan hechos que interesan al proceso. De ella se sirven las partes para acreditar los hechos que alegan. “Medio” de prueba es un concepto jurídico y absolutamente procesal, que alude a la actividad necesaria para incorporar las fuentes de prueba al proceso; son los instrumentos necesarios que deben utilizar los sujetos procesales para suministrar certeza en el juez. La relación entre hechos y fuentes de prueba debe sujetarse al principio de congruencia.

A continuación se da una interpretación gramatical de los principales términos componentes de estos conceptos:

Prueba

Demostración de la verdad de alguna cosa o de su existencia.

Razón o argumento con que se demuestra la verdad o falsedad de una cosa.

Indicio, muestra que se da de una cosa.

Fuente

Origen de algo, causa, principio.

Documento, obra o materiales que sirven de información o de inspiración a un autor.

Medio

Lo que puede servir para determinado fin.

Diligencia o modo para conseguir una cosa.

Como puede deducirse de las acepciones expuestas, un “medio probatorio” no es más que un instrumento que sirve para probar un hecho determinado y no lo que acredita los hechos expuestos por las partes. Las partes ofrecen pruebas, es decir, aquello que va a demostrar la verdad de sus afirmaciones.

El Código Procesal Civil omite en el diseño de aplicación de la prueba de oficio la limitación sobre la iniciativa probatoria del juez; por lo que esta omisión puede ser subsanada mediante una interpretación sistemática con los artículos 188° y 190° del código, que regulan la finalidad, pertinencia e improcedencia de los medios probatorios; como resultado de la labor de interpretación jurisprudencial. Es conveniente disponer normativamente –en una reforma procesal– la limitación del poder de ordenar pruebas a las

fuentes probatorias que ya existen en los autos, que evite poner en peligro la debida imparcialidad judicial, debiendo establecerse además “el respeto por el derecho de defensa de las partes”.

En el artículo 429°.1.II de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, del 7 de enero de 2000, se exige que la iniciativa probatoria del juez se ciña “a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos”.

5. En el debate entre estas posiciones, el profesor Joan Picó I Junoy llega a una solución o postura intermedia entre ambos enfoques doctrinales, logrando así su equilibrio, pues la eficacia del proceso sin garantismo es inadmisibles desde un punto de vista constitucional, y el garantismo sin eficacia tampoco es aceptable si lo que se pretende es lograr la tutela judicial más justa posible, y no puede olvidarse que la “justicia” también es un valor supremo en la mayoría de los textos constitucionales. En este mismo sentido, el jurista y procesalista peruano Juan Monroy Gálvez afirma que la confrontación entre los llamados “publicistas” y “garantistas” es falaz, ya que un purismo en estas tendencias no solo no es real sino que crea una falsificación del cuadro de los acontecimientos actuales. Lo que se demuestra haciendo una revisión histórica de los aportes de los principales procesalistas que han contribuido más a la constitucionalización de las garantías del proceso a pesar de no estar incluidos dentro de la corriente garantista <sup>6</sup>.

6. El profesor Jairo Parra Quijano en su ponencia titulada “La racionalidad e ideología en las pruebas de oficio”, pronunciada en el III Congreso Internacional de Derecho Procesal realizado en la Universidad de Lima en el año 2005 <sup>7</sup>, sostiene que toma partido por la ideología según la cual en el proceso se debe averiguar la verdad, para sobre ella dictar una sentencia justa. Ello supone tener un juez interventor en el proceso, con poderes que le permitan decretar prueba de oficio. No es posible pedirle a un juez que renuncie a su necesidad de información para orientar el proceso cognoscitivo, salvo que se maneje la ideología de que lo importante es dirimir el conflicto; no importa si se logra sobre la verdad o sin ella. Decretar pruebas de oficio es una necesidad psicológica que surge cuando se tiene un “vacío cognoscitivo”. En la etapa de descubrimiento de la decisión judicial se emplea la lógica dialéctica, sobre todo en lo referente a los hechos; no empleamos el método deductivo. En el tema de la prueba de oficio, en ese recorrido de búsqueda de la verdad con el método inductivo surgen los vacíos y necesidades probatorias.

7. Una de las conquistas más importantes no solo del Derecho Procesal sino del constitucionalismo moderno ha consistido en la exigencia de que el juez debe motivar y fundamentar sus decisiones. El juzgador debe adecuar

el fallo a un razonamiento determinado, conforme a las leyes de la lógica y al ordenamiento jurídico aplicable de una forma convincente y exhaustiva. Existe el derecho del justiciable de exigir que el proceso termine materializado en una declaración de certeza que tenga razonabilidad y explicitud en su fundamentación, lo que la doctrina constitucional española del Tribunal Constitucional llama, en el desarrollo del contenido del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, la búsqueda de los criterios jurídicos razonables.

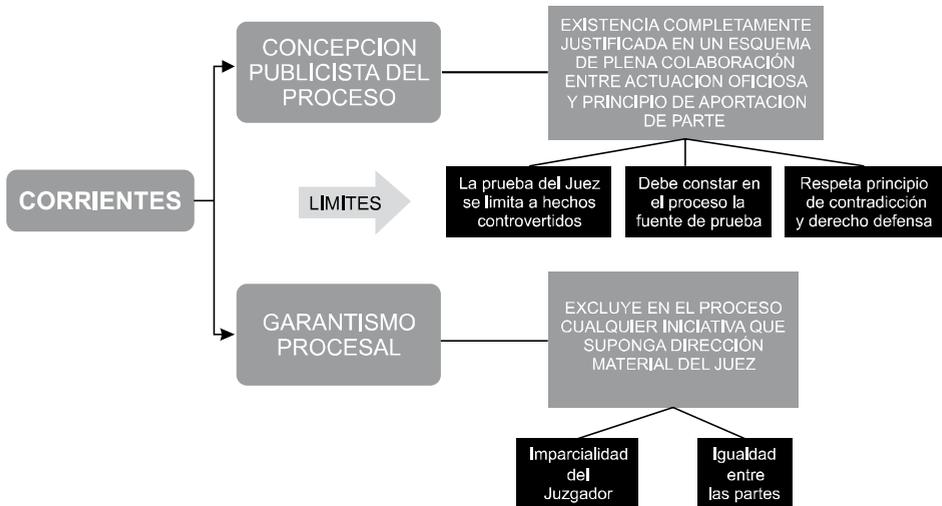
8. Toda sentencia judicial, en el esquema de razonamiento o de la aplicación del derecho (*iura novit curia*), no solo debe contar con una justificación interna, que comprende la evaluación de los hechos aportados por las partes con el correlato de prueba y la evaluación del supuesto normativo al cual se le puede aplicar el supuesto de hecho, aportando una interpretación jurídica; con una justificación externa, que comprende el conocimiento del juez de la doctrina y reglas de la experiencia (valores, vivencias, desarrollo económico y social del país, contexto cultural, etcétera), y que implica una labor creativa e integradora; sino, además, el juez debe buscar el empleo de la retórica, es decir, persuadir a las partes de lo que está fallando; en resumen es una tarea interpretativa.

9. Al regular nuestro Código Procesal Civil el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva en el artículo I del Título Preliminar, concordante con la norma del artículo 139° numeral 3 de la Constitución Política, se ha privilegiado el valor procesal “eficacia”. Por nuestra parte, diremos que es un derecho público y subjetivo por el que toda persona, por el solo hecho de serlo, en tanto sujeto de derechos, está facultada a exigirle al Estado tutela jurídica plena, y cuyo contenido básico comprende un “complejo de derechos”: derecho de acceso de la justicia, derecho al debido proceso, derecho a una resolución fundada en derecho y el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales. La cualidad de “efectividad” se desprende de su interpretación, de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos, como es el caso del artículo 8° de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 25° inciso 1) de la Convención Americana de Derechos Humanos, es un atributo subjetivo que responde a la necesidad de que el proceso cumpla realmente con los fines a que está llamado a cumplir, en la medida que el proceso supone el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado.

10. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha utilizado diversas expresiones para referirse al asunto que ahora interesa: garantías procesales, tutela procesal efectiva, debido proceso, por ejemplo, aun cuando no se trata - conforme a un análisis exigente - de términos sinónimos. José Cafferata Nores deslinda debido proceso de derecho a la tutela jurisdiccional efectiva:

la “identificación resulta inadecuada, no solo porque se trata de dos derechos que tienen un origen diferente (el proceso justo de origen anglosajón y la tutela jurisdiccional efectiva de la Europa Continental), sino también porque extienden su fuerza normativa a ámbitos de aplicación también diferentes. Así, mientras la tutela jurisdiccional efectiva está circunscrita a los procesos jurisdiccionales –valga la redundancia–, el proceso justo o debido proceso rige además los procedimientos administrativos, arbitrales, militares, políticos y particulares”<sup>8</sup>.

### DISCUSIÓN DOCTRINARIA



## 5. FINALIDAD

El profesor colombiano José Luis Blanco Gómez en su obra “Sistema dispositivo y prueba de oficio”<sup>9</sup> enuncia dos finalidades de la prueba de oficio:

a. Tiene una significación práctica, por cuanto tiende a que la norma individualizada con que termina el proceso se aproxime a ese valor jurídico supremo de la justicia, con las limitaciones que se conocen en el proceso civil, ya que el juez debe “acomodarse a las afirmaciones de las partes”, como lo indica Carnelutti; en gran medida depende de las pruebas.

b. Igualmente, busca asegurar la efectiva igualdad de las partes en el proceso –regulado por el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Civil peruano–, el descubrimiento de fraudes en detrimento de terceros y evitar sentencias inhibitorias y nulidades, como lo indica el numeral 4 del artículo 37° del Código Colombiano. Las pruebas de oficio facilitan el descubrimiento de las maniobras fraudulentas de aquellos que acuden a la vía expedita del proceso para causarles detrimento a terceros.



## V. PRESUPUESTOS PARA SU APLICACIÓN

1. El juez tiene la facultad de actuación de medios probatorios de oficio, poder que no es ilimitado, pues de serlo es muy probable que se cause perjuicio a las partes y que el juez se parcialice. El maestro Juan Monroy Gálvez enseña que la facultad es una situación jurídica propia de las relaciones de derecho privado; el Juez, al estar por encima de las partes y al deberse a fines que superan las esferas de interés de éstas, sino de carácter general, se maneja con poderes.

2. Es un tema importante destacar que en principio, si el juez decide no actuar un medio probatorio no existirá vicio alguno por ser una función discrecional, pues la actividad de probar le corresponde a las partes y el juez solo la complementa en caso de que lo considere adecuado. Aunque también es necesario mencionar que es negativamente sintomático que los jueces nunca hagan uso de ella. Sin embargo, a este respecto, el maestro Juan Monroy Gálvez anota que hay una excepción: ¿Qué sucede si un juez resuelve sobre una materia respecto de la cual resultaba esencial la actuación de un medio probatorio, pero que,

“por discreción”, decidió no hacerlo? La prueba de oficio no solo se encuentra sustentada por la discrecionalidad judicial, sino también por el objeto del proceso. Es decir, hay situaciones donde el juez necesariamente debe extraer medios probatorios de los hechos alegados por las partes, aunque éstas no las hayan considerado como merecedores de probanza. En otras palabras, agrega Monroy Gálvez, si el juez encuentra que, de acuerdo a un determinado caso, es imprescindible saber si la firma es auténtica o no, debe actuar la prueba de oficio y su omisión resiente la validez de la sentencia. En este particular caso, el recurso a su “poder discrecional” no lo escuda de haber sentenciado arbitrariamente.

3. La insuficiencia de medios probatorios ofrecidos por las partes para formarse convicción sobre la materia controvertida (Artículo 194° del Código Procesal Civil), esto es, cuando se requieran medios probatorios adicionales para causar convicción sobre los puntos controvertidos. De presentarse el supuesto típico de falta de probanza respecto de los hechos alegados, debe recurrir a las reglas de carga de la prueba (interpretación sistemática de los artículos 196° y 200° del Código Procesal Civil). Estos institutos procesales lejos de contradecirse se complementan. El juez nunca puede probar por las partes en caso de ausencia de medios probatorios; solo podrá complementar la actividad probatoria de las partes, jamás reemplazarlas porque en este supuesto estaría parcializándose.

4. La jurisprudencia en sede nacional contempla que la decisión de actuación oficiosa debe ser razonable y adecuadamente motivada (principio constitucional de motivación, garantía del justiciable). Asimismo, se ha establecido que para que un fallo se sustente en prueba de oficio esta deberá ser declarada como tal por el juez mediante la resolución correspondiente, pero no considerarla sin haberla admitido, de lo contrario la valoración por parte del juez de los medios probatorios sería arbitraria.

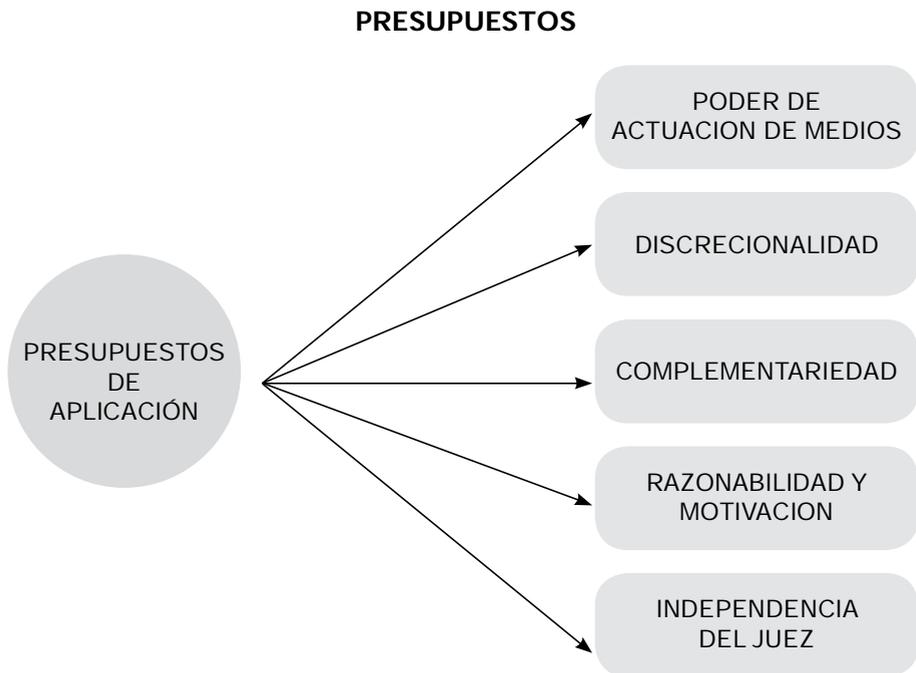
5. Existe jurisprudencia contradictoria en sede nacional respecto a si los jueces de segundo grado pueden ordenar al juez inferior la actuación de medios probatorios de oficio; así se ha señalado que en aplicación del principio de “independencia jurisdiccional” contenido en el artículo 16° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ningún magistrado de instancia superior puede interferir en la actuación de los magistrados de instancias inferiores y disponer que estos actúen tales o cuáles pruebas, las que podrán ser actuadas de oficio siempre y cuando, de acuerdo a la función discrecional del juez, este las considere necesarias<sup>10</sup>. Asimismo, en esta línea la Corte Suprema de Justicia de la República ha motivado: “Estando a que nuestro ordenamiento procesal civil recoge el *sistema de la libre valoración de la prueba*, si la instancia superior no está de acuerdo con la apreciación de los medios probatorios efectuados por

el inferior, tiene expedita su atribución revocatoria del fallo apelado, pero no puede disponer que este varíe la convicción a la que haya arribado, ni mucho menos ordenarle actuar pruebas de oficio por ser una función discrecional del juez, y siempre y cuando no haya arribado a una convicción sobre los hechos materia de controversia”<sup>11</sup>. Por el contrario, compulsada la jurisprudencia a nivel de Salas Superiores que legalmente no pueden generar principios jurisprudenciales, se constata la situación en la que el juez superior anula una sentencia que no tuvo en cuenta una determinada prueba y la devuelve al inferior “ordenándole” que actúe un medio probatorio de oficio. Aquí, se vulnera evidentemente el principio de independencia judicial, ya que el legislador del Código Procesal Civil establece el principio de prueba razonable por el que la apreciación de la prueba no depende de la ley, como ocurría con el sistema de la prueba tasada o de tarifa legal, sino acoge la doctrina de la valoración razonada o libre valoración o sana crítica (Artículo 197º del Código Procesal Civil). El sistema de la sana crítica es un proceso racional en el que el juez debe utilizar a fondo su capacidad de análisis lógico para llegar a un juicio o conclusión producto de las pruebas actuadas en el proceso.

6. Mención aparte merece los medios probatorios ofrecidos fuera de los actos postulatorios o de forma extemporánea, siendo posible que ocurra que en el transcurso del proceso hayan nuevas pruebas, y la respuesta del juez de un ordenamiento procesal publicístico debe ser acoger la prueba que se encuentre dirigida al examen del objeto del proceso y que se considere prueba decisiva, siempre que se haya alegado en la causa petendi, pues se trata de la investigación de la verdad jurídica sobre los hechos alegados por las partes, siendo preferible, en tal materia, incurrir en un posible exceso en la admisión de pruebas que en una denegación<sup>12</sup>. La prueba de oficio permite la incorporación de tales medios probatorios, por ejemplo, el proceso sumarísimo de desalojo por causal específica de ocupación precaria, en el cual en ninguna de las sentencias se había evaluado los documentos acompañados al escrito de contestación a la demanda, si bien fueron presentados de forma extemporánea al proceso (Principio de Preclusión), tales demostrarían que la posesión que ejerce el demandado sobre el bien materia de la demanda está amparada en justo título<sup>13</sup>; debiendo observarse, además, que en el proceso de desalojo se realiza un preexamen del derecho a poseer sobre la base de ciertos elementos materiales que el demandado debe exhibir si quiere mantenerse en la posesión, no importando un examen profundo del derecho a poseer como ocurre en el proceso de conocimiento de reivindicación.

7. Se ha sostenido una “aparente incompatibilidad” entre la facultad discrecional del juez para ordenar la actuación de pruebas de oficio con posterior-

ridad al momento procesal que le correspondía frente al principio de preclusión, quedando librado a la “discreción” del juez que podrá admitir la prueba o simplemente no admitirla, afirmando que en este caso “no se está ante una iniciativa probatoria del juez, fundada, como dice el artículo 194° del Código Procesal Civil, en la insuficiencia de los medios probatorios por las partes, sino ante el ejercicio de un poder discrecional del juez (no establecido en el Código Procesal Civil) de dejar de lado las preclusiones probatorias”<sup>14</sup>; frente a esta posición se ha llegado a afirmar que el principio de preclusión dispone la tramitación del proceso de manera tal que las partes tienen la carga de realizar determinados actos en fases determinadas, de modo que por aplicación del principio quedan firmes los actos realizados en tiempo útil y extinguidas las facultades no ejercidas; el principio de eventualidad o preclusión de la prueba persigue impedir que se sorprenda a una de las partes en conflicto con medios probatorios de último momento incorporados por la otra parte, que no alcance a controvertir, o que se propongan cuestiones sobre las cuales no pueda ejercitar eficazmente su defensa, así su inobservancia implica la pérdida de oportunidad para ejecutar un acto procesal, pero en modo alguno dicho principio limita, impide o colisiona con la facultad conferida al juzgador en el artículo 194° del Código Procesal Civil<sup>15</sup>.



## 6. CONCLUSIONES

1. Lo trascendente en el tema de la prueba de oficio es establecer cuáles son los límites a la iniciativa probatoria del juez; estos son: a) Que se limite a los hechos controvertidos o discutidos en el proceso –por lo que se protege el principio dispositivo–, so pena de incurrir la sentencia en incongruencia en cuanto al modo; b) Que se limite a las fuentes probatorias que ya consten en la causa –impidiendo así una actuación inquisitoria, susceptible de vulnerar la debida imparcialidad judicial y; c) Que se permita el ejercer el derecho de defensa a las partes, ampliando sus pruebas inicialmente propuestas. Observemos que el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes constituye un derecho fundamental, inseparable del derecho de defensa.

2. El requisito de razonabilidad excluye la arbitrariedad en la aplicación de la norma procesal. La iniciativa probatoria del juez en la proposición de la prueba de oficio es, en principio, constitucionalmente admisible, en tanto y en cuanto observe los presupuestos para su aplicación señalados en la ley procesal y se ajuste a los límites desarrollados por la doctrina procesal para el caso peruano (diseño de aplicación); además, la decisión judicial que ordene de oficio la actuación de un medio probatorio debe cumplir la exigencia constitucional de la motivación, es decir, debe ser razonable y adecuadamente motivada.

3. Nuestro Código Procesal Civil omite en el diseño de aplicación de la prueba de oficio la limitación sobre la iniciativa probatoria del juez; por lo que esta omisión puede ser subsanada mediante una interpretación sistemática con los artículos 188° y 190° del Código, que regulan la finalidad, pertinencia e improcedencia de los medios probatorios como resultado de la labor de interpretación jurisprudencial. Es conveniente disponer normativamente –en una reforma procesal– la limitación del poder de ordenar pruebas a las fuentes probatorias que ya existen en los autos, que evite poner en peligro la debida imparcialidad judicial, debiendo establecerse además “el respeto por el derecho de defensa de las partes”.

4. Las tendencias de la jurisprudencia peruana permiten la incorporación de medios probatorios ofrecidos extemporáneamente cuando tengan vital importancia en el examen del objeto del proceso, siempre que se haya alegado en la causa petendi. Asimismo, existe jurisprudencia del Supremo Tribunal que hace prevalecer el principio de independencia judicial, en el caso de que los órganos jurisdiccionales revisores o de segundo grado anulen las sentencias señalándole al juez de primer grado el mensaje concreto que debió de oficio actuar un determinado medio probatorio o con el mensaje general

y abstracto que debió haber hecho uso de la facultad dispuesta en el artículo 194° del Código Procesal Civil. Lo trascendente es saber que decretar pruebas de oficio es una necesidad psicológica que surge cuando se tiene un “vacío cognoscitivo”.

5. En la búsqueda del convencimiento judicial acerca de lo discutido en el proceso, tanto las partes como el juez deben mutuamente colaborar, lo que no supone sustituir a la parte, sino tan solo afirmar su compatibilidad.

---

<sup>1</sup> Revista Jurídica Bodas de Plata 1968-1993, Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993. Pág. 141.

<sup>2</sup> Intervención en las Cuartas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal de Caracas, 1967.

<sup>3</sup> El Derecho Procesal entre el Garantismo y la Eficacia: un debate mal planteado. En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Buenos Aires: 2004, Año III- N° 4. Págs. 253 y 254.

<sup>4</sup> La prueba en el proceso civil. 2da. edición actualizada. Buenos Aires: Abeledo - Perrot, 1992. Págs. 37 y 42.

<sup>5</sup> Barcelona : Bosch Editor, 1996. Págs. 267-271.

<sup>6</sup> V.g. Calamandrei, Couture, Denti, Cappeletti y otros.

<sup>7</sup> Fondo de Desarrollo Editorial. Lima, 2005. Págs. 233-246.

<sup>8</sup> Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino. Centro de Estudios Legales y Sociales. Del Puerto. Buenos Aires, 2000, Pág. 185; citado por García Ramírez, Sergio. Elementos del debido proceso en la Jurisprudencia Interamericana de Derechos Humanos. En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal N° 9. Año VI. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2006. Pág. 45.

<sup>9</sup> Segunda edición. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1994. Págs. 103-105

<sup>10</sup> Casación N° 673-2000-Lima, de fecha 4 de mayo de 2000.

<sup>11</sup> Casación N° 2057-99-Lima, de fecha 8 de junio del 2000.

<sup>12</sup> Ver Casación N° 3639-2000-Cajamarca, de fecha 18 de marzo de 2000.

<sup>13</sup> Ver Casación N° 984-2005-Lima, de fecha 21 de marzo de 2006.

<sup>14</sup> Ariano Deho, Eugenia. Poderes probatorios del juez y sus paradojas. En: Cuadernos Jurisprudenciales, Suplemento Mensual de Diálogo con la Jurisprudencia N° 42. Lima: Gaceta Jurídica, 2004. Pág. 21.

<sup>15</sup> Herencia Ortega, Inés Gabriela. Las pruebas de oficio frente al principio de preclusión en el proceso civil. En: Actualidad Jurídica, setiembre 2005. Lima: Gaceta Jurídica. Pág. 56.



## LA ACUSACIÓN FISCAL Y LA AUDIENCIA PRELIMINAR

GINO M. VALDIVIA SORRENTINO\*

### Resumen

Con la inserción del nuevo modelo acusatorio en la legislación procesal penal, el Ministerio Público sigue siendo el facultado para ejercer la función acusatoria, y en merito a ella tomar decisiones que determinarán el desarrollo del proceso. Figuras jurídicas como las Convenciones Probatorias han sido incluidas para celebrar acuerdos con el imputado y prescindir de la actividad probatoria, lo que contribuirá a la celeridad del proceso y disminución de la carga procesal. Es así que bajo las disposiciones del Nuevo Código Procesal Penal deberá realizarse una acción coordinada entre el Ministerio Público y el Poder Judicial bajo el prisma de los principios de congruencia y participación procesal.

**Palabras clave:** Investigación preparatoria - Nuevo Código Procesal Penal - principio de congruencia probatoria.

### Abstract

With the insertion of the new accusatory model in the penal procedural legislation, the State Attorney's General Office continues being the authorized one to exert the accusatory function and in merit to it to make decisions that will determine the development of the process. Legal figures as the Probatory Conventions have been including to sign agreements with the imputed and eliminate the probatory activity, which will contribute to the speed of the process and the diminution of the number of cases. This way, and under the disposition of the New Criminal Procedural Code the actions must being realized in coordination between the State Attorney's General Office and the Judicial Power under the principles of the congruence and the procedural participation.

**Key words:** Preliminary investigation - New Crocedural Criminal Code - principle of probatory congruence.

### Sumario

1. Introducción. 2. Las convenciones probatorias. 3. Desarrollo de la audiencia preliminar o de control. 4. Trascendencia de la acusación alternativa o subsidiaria en la audiencia preliminar.

---

\* Juez Especializado Titular de la Corte Superior de Justicia de Arequipa - Poder Judicial de Perú.

## 1. INTRODUCCIÓN

Dentro de las novísimas disposiciones contenidas en nuestro Código Procesal Penal - Decreto Legislativo N° 957, tenemos aquella que prevé que una vez concluida la etapa de investigación preparatoria regulada en el artículo 334° y siguientes, sobreviene como facultad del Ministerio Público - en ejercicio de su función acusatoria -, pronunciarse en referencia, bien por la formulación de acusación o caso contrario, por el sobreseimiento del proceso (Artículo 344°.1).

Esta opción legal, mantenida como prerrogativa funcional desde la otrora normativa contenida en el Código de Procedimientos Penales, recae fundamental y únicamente en la persona del fiscal como titular de la acción penal pública, aptitud legal que se encuentra contenida en el artículo 11° de la Ley Orgánica del Ministerio Público (D. Legislativo N° 052) y comprende su capacidad de decisión, para lo cual debe valorar tanto la actividad probatoria (elementos de convicción) desplegada y obtenida tanto en el decurso de la etapa de la investigación preliminar, cuanto en la de investigación preparatoria y que el Código Procesal Penal denomina como “base suficiente”.

De este modo, a la culminación de la etapa de investigación preparatoria, el Ministerio Público se halla en aptitud legal de accionar, bien hacia la fase de juzgamiento, o en su defecto, a la de sobreseimiento del proceso; todo ello a través de la formulación de acusación o pedido de archivo, respectivamente. (Artículo 343°, último párrafo).

En el tema que nos ocupa, analizaremos la primera de las opciones; esto es, la formulación de acusación fiscal (Artículo 349°), la misma que según la novísima legislación, resulta susceptible de ser sometida a análisis previo, en referencia a su contenido “formal” y además, de pertinencia probatoria, admitiéndose para ello determinados mecanismos de defensa, inclusive hasta en contra de la acción penal.

Consecuentemente, respecto de este primer extremo del aplicativo de una suerte de filtro o tamiz, de modo previo a la decisión de emisión o no del auto de enjuiciamiento, precisamos que nuestra reciente normatividad regula toda esta actividad en la denominada “audiencia preliminar” o “audiencia de control”, realizable en la etapa intermedia del proceso penal, constituyendo aquella un estadio procesal único en el cual se despliegan los actos procesales enunciados en el párrafo precedente.

Expuestos estos hechos iniciales, compete señalar ya en desarrollo del tema, que una vez recibida la acusación fiscal por el juez de la investigación preparatoria, esta es notificada a las partes procesales, quienes tienen 10 días de plazo para ejercitar las facultades que les concede el artículo 350° del Código Procesal Penal entre las que se hallan: a) observar la acusación por defectos formales; b) interponer medios técnicos de defensa en su contra y hasta excepciones (Artículo 7°.2); c) instar un criterio de oportunidad y; d) otras distintas posibilidades de defensa; todo lo cual determina se haya tenido que regular con este fin la denominada “audiencia preliminar”, diligencia procesal que se sustenta en los principios de derecho de defensa y participación procesal (Artículo X del Título Preliminar del Código Procesal Penal) referidos tanto para el imputado como para la parte agraviada.

Esta facultad de cuestionar la acusación fiscal - como se tiene dicho -, incumbe únicamente su aspecto formal, mas no de fondo, dado que al ser notificada a las partes procesales, se permite que en el plazo legal de 10 días, no sólo estén impetradas - de modo previo a la celebración de la audiencia preliminar - de todos y cada uno de los aspectos formales y sustantivos que aquella contiene (Artículo 349°), sino también conlleva la potestad de formular cuestionamientos, de tal manera que sobrevenida su realización, sólo sean sometidos a debate, aquellos planteamientos o medios de defensa deducidos en forma antelada. Admitir durante la audiencia, el ejercicio de nuevas peticiones, desnaturalizaría dicho acto procesal dado que las partes ya participan en la audiencia con conocimiento total del caso y con su defensa oral orientada a hechos concretos y predeterminados; pretender hacerlo contrariamente a lo reseñado, sería generar caos procesal, amén de afectar seriamente los principios de contradicción y celeridad procesal, apoyándonos para este aserto, en el carácter perentorio del plazo de diez días concedido a las partes, para oponer tales cuestionamientos.

## **2. LAS CONVENCIONES PROBATORIAS**

Doctrinariamente, existen definiciones a ellas como la señalada por María Inés Horvitz Lennon, al descifrar a las convenciones probatorias como “acuerdos de los intervinientes sobre hechos no controvertidos del procedimiento que, al ser aprobados por el juez de garantía, dispensan de la carga de probarlos a través de los medios de prueba legal, hechos que luego no podrán ser discutidos durante el debate.”<sup>1</sup>

Aunándose a esta conceptualización, Carolina Cueva Vaccaro nos dice que “las convenciones probatorias, son acuerdos celebrados entre el imputado y

el fiscal, cuya finalidad exclusiva es la celeridad del proceso, para lo cual se prescinde del desarrollo de la actividad probatoria (en el sentido de aportación de medios probatorios) sobre hechos o circunstancias respecto de los cuales no existe contradicción entre los sujetos mencionados<sup>2</sup>. Rescatamos de ambos conceptos, que la prescindencia de medios de prueba, está orientada de modo puntual: 1) a la carencia de su necesidad de aporte y; 2) a hechos en los cuales, está ausente la contradicción por las partes. Completamos esta idea, aclarando que nuestra moderna legislación, hace permisible las convenciones probatorias entre todos los sujetos procesales, a excepción del Fiscal.

Estos acuerdos vienen a constituir el ejercicio de una de las primeras opciones normativas de las que pueden hacer uso las partes procesales (Artículo 350°.2) y consisten específicamente en dos facultades estrictamente delimitadas como son: a) el “acuerdo” o “consenso” al que arriban las demás partes procesales (imputado, agraviado, tercero civil, etcétera) respecto de determinados hechos que aquellas dan por acreditados, prescindiéndose de este modo, del aporte de prueba ya innecesaria y; b) el acuerdo de actuación, de necesarios medios de prueba, para que ciertos hechos puedan estimarse probados.

Lo pertinente, será propuesto al Juez de la Investigación Preparatoria, quien podrá - en el primer caso - dar por acreditados los hechos puntualmente convenidos, declarando expresamente que resulta innecesaria la actividad probatoria y su debate en juicio; y - en el segundo - admitir los medios de prueba que las partes han estimado necesarios para la acreditación de ciertos hechos. Sin embargo, la norma permite que el juez podrá *desvincularse* de la convención probatoria sobre hechos, cuanto estos no incidan en la imputación, punibilidad o responsabilidad civil discutidas en el proceso (Artículo 156°.1), aconteciendo lo propio respecto de la propuesta de actuación de medios de prueba que las partes procesales han estimado necesarias, bajo la óptica de no cumplir las exigencias de objeto de prueba que estipula el artículo 157°.1 del Código Procesal Penal.

Esta conducta procesal, complementariamente se ve plasmada en el artículo 156°.3, al permitir el acuerdo de partes de prescindir la probanza de determinada circunstancia, la cual podrá ser valorada por el juez como un hecho notorio.

Doctrinariamente, si bien podría alegarse que esta facultad de admisión de convenciones probatorias se contrapone al principio de necesidad de la prueba, emergen a favor de esta postura legal, su eficacia para la economía procesal y judicial, al permitir ganar tiempo, esfuerzo y costos, amén de

depurar el juicio de innecesarios debates sobre hechos en los cuales no hay controversia. En esta actividad probatoria inter - partes que promociona el Nuevo Código Procesal Penal, acorde a su modelo acusatorio de inclinación adversarial, son estas mismas las que dinamizan su desarrollo a partir de este principio de proposición o convención probatoria, que de obtener amparo, exige auto debidamente fundamentado del juez. Lo propio, cuando el órgano jurisdiccional decide desvincularse de tales acuerdos, siéndole únicamente exigible, justifique fundada y razonadamente, los motivos por los cuales adopta esta decisión de rechazo (Artículo 350°.2), dado que su inobservancia, dejaría inválido o carente de efecto legal, este pronunciamiento desestimatorio.

Es indispensable destacar, que el juez de la investigación preparatoria, en esta etapa intermedia en que desarrolla el control de acusación, debe tener conocimiento cabal de todo aquello que acepte como convención probatoria, dado que en este acuerdo previo, bien pueden comprenderse hechos no susceptibles de ser objeto de prueba (Artículo 156°.2); que estos no sean pertinentes, conducentes ni útiles (Artículo 352°.5 inc. b) e inclusive, en el caso de estipularse el acuerdo de actuación de medios de prueba, ello no implique vulneración de derechos fundamentales de la persona (Artículo 159°.1), esta facultad del juez no informa derecho a valorar la prueba en sí, sino únicamente cautelar su legitimidad verificando ausencia de vulneración a derechos fundamentales.

Destacamos, que la segunda de las opciones legales, de proponer acuerdos para que determinados hechos se estimen como probados, ésta es atinente de modo exclusivo a “los medios de prueba” y no a *objeto ni fuente de prueba*, las cuales difieren sustancialmente de los primeros. Bajo esta óptica, conceptuaremos que medio de prueba, según Jauchen, “es el método por el cual el juez obtiene el conocimiento del objeto de prueba.”<sup>3</sup>

A su turno Villavicencio Terreros nos cita “el medio de prueba es el modo o acto como se adquiere, en el proceso, el conocimiento de un objeto de prueba. Peritajes, inspecciones oculares, testimonios y los numerosos medios de conocer la verdad material (...)”. Con ello, podríamos definir los medios de prueba, como todos aquellos instrumentos o procedimientos de actuación dentro de un proceso, susceptibles de proveer una actividad cognoscitiva al Juez.

Me permito de modo ilustrativo, citar el artículo publicado por el doctor Manuel Miranda Estrampes<sup>4</sup> que involucra el tema tratado y de cuya lectura apreciamos que en atención a la prueba citada en el artículo 159°.1, nos

conduce a la *teoría de la prueba ilícita*, señalando sucintamente que concierne a aquella que ha sido obtenida y/o practicada, con prescindencia del respeto a derechos fundamentales y las debidas garantías procesales; ante esta realidad procesal, nuestro vigente ordenamiento procesal penal está diseñado para excluirlas (Artículos II.1 y VIII del Título Preliminar).

### **3. DESARROLLO DE LA AUDIENCIA PRELIMINAR O DE CONTROL**

El Código señala que para su instalación, sólo la presencia del Ministerio Público y del defensor del imputado, son obligatorias (351°.1), estando dirigida por el juez de la investigación preparatoria (351°.2), otorgándose el derecho de argumentar oralmente a todas las partes procesales asistentes según orden establecido (351°.3), pudiendo generarse un debate legal sobre las cuestiones planteadas. Es aquí justamente donde el juez realizará la calificación descrita en el apartado anterior, adoptando las probables decisiones ya mentadas, que pueden ser de acreditación o rechazo de las convenciones probatorias y de procedencia o no, de medios de prueba necesarios para estimar como probados determinados hechos.

Si bien, en este último caso y como se tiene dicho, los medios de prueba no constituyen sino un conjunto de actividades que se realizan en el proceso penal con el objeto de proveerlo de prueba sobre los hechos, debe entenderse que aquellos están circunscritos al criterio de *medio libre* y no de *medio legal*, puesto que el segundo constriñe a las partes a solo emplear los que expresamente prescribe el código respectivo; empero, nuestra normativa (157°.1), otorga libertad de utilizar cualquier otro medio probatorio no comprendido normativamente, excepcionalidad condicionada a la no vulneración de derechos y garantías de la persona y a que su incorporación revista razonable adecuación al medio de prueba más análogo de todos los regulados. Se reafirma que la finalidad de esta audiencia, es permitir modificar, aclarar o integrar la acusación en lo que no sea sustancial, teniendo potestad el juez de la investigación preparatoria, de emitir resolución de sobreseimiento del proceso (351°.4), caso de advertir concurrencia de las causales previstas en el artículo 344°.2.

### **4. TRASCENDENCIA DE LA ACUSACIÓN ALTERNATIVA O SUBSIDIARIA EN LA AUDIENCIA PRELIMINAR**

Resulta de vital importancia, determinar que relevancia tendría la facultad concedida al Ministerio Público (Artículo 349°.3) de ejercitar su derecho

acusatorio de modo alternativo o subsidiario, sin afectar el principio de congruencia procesal.

Clariá Olmedo, señala que “la regla de congruencia o de relación, con su significado estricto dentro del proceso penal sólo hace referencia a lo fáctico, mostrándose como una indispensabilidad de coincidencia o conveniencia entre el supuesto de hecho imputado y el contenido fáctico de la decisión, ya que en el aspecto jurídico rige en plenitud el principio *iura novit curia*.”<sup>5</sup>

En este mismo sentido se pronuncia Vélez Mariconde, al afirmar que “la facultad de dar al hecho una calificación jurídica distinta no representa una violación del derecho de defensa.”<sup>6</sup>

Finalmente, citando a Creus, aquel sostiene que “el principio de congruencia refiere a los ‘hechos’ no a su calificación jurídica.”<sup>7</sup>

Sobre este importante aspecto, analizaremos en primer orden, que la normatividad adjetiva anterior, no regulaba la posibilidad de la denominada “desvinculación procesal”, siendo su primer condicionante, una ejecutoria suprema de fines de 1997 emanada por la Sala Penal Permanente, por la cual se asumía el denominado “Principio de Determinación Alternativa” que establecía cuatro presupuestos sustanciales para su aplicación, como son la homogeneidad del bien jurídico tutelado, inmutabilidad de los hechos y pruebas, preservación del derecho de defensa y coherencia de los elementos fácticos y normativos, generándose de este modo - tal como acertadamente lo señala Alfredo Alarcón Flores -<sup>8</sup> “un mecanismo de readecuación de los hechos ilícitos denunciados por el fiscal y procesados judicialmente, con la observancia de determinados requisitos. Constituye así un principio de mínimo contenido axiológico y máximo carácter técnico autorregulador; cuya comprensión e irradiación abarca el ámbito penal y procesal penal”.

Ulteriormente, mediante Decreto Legislativo N° 959, promulgado el 17 de agosto de 2004, se incorpora al Código de Procedimientos Penales, el artículo 285°-A por el cual se permitía modificar la calificación penal, siendo que luego la Corte Suprema de Justicia de la República, mediante Acuerdo Plenario N° 4-2007/CJ-116 publicado en el diario oficial “El Peruano”<sup>9</sup>, consolidó su posición sobre este tema puntual y analizando el citado principio de congruencia procesal, estimó en primer lugar, que éste se establece entre la acusación oral -por constituir el verdadero instrumento procesal de la acusación - y la sentencia, la cual debe contener la respectiva calificación jurídica, destacando que la norma referida permite *degradar*; esto es, incorporar

circunstancias atenuantes, más no *sobrepasar* (introducir circunstancias nuevas que agraven la responsabilidad, el hecho ni las circunstancias jurídicamente relevantes fijadas en la acusación), dado que sobre este eje se desarrollan los principios acusatorio y de contradicción. Empero, aquel Acuerdo Plenario admite que estas nuevas circunstancias pueden ser apreciadas para sobrepasar la responsabilidad -sin que ello importe una alteración de hechos esenciales de la acusación- planteándose de oficio y en forma previa, la “tesis de desvinculación” mediante la cual se debatirán tales circunstancias modificativas de la responsabilidad que no fueron inicialmente comprendidas en la acusación originaria, aunque también admite prescindencia de esta tesis, cuando hubiere mediado manifiesto error de la opción jurídica correcta.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Fermín Ramírez versus Guatemala, trató el principio de correlación acusación - sentencia y el cambio de calificación jurídica bajo la aplicación del ya mentado principio de *iura novit curia*.

En el hecho de análisis, se acusó a Ramírez por violación calificada (violación seguida de muerte culposa), pero luego el Tribunal estimó que podría tratarse de una calificación jurídica distinta, mas no indicó cual y obviando su expresa normatividad que le imponía tomar nueva declaración al imputado, suspender el debate y permitirle ofrecer nuevas pruebas, advirtiéndole esta nueva postura del Colegiado, permitió se le acusara por asesinato con ensañamiento y con impulso brutal y se le solicitara pena de muerte.

Al final del proceso, en mérito a los hechos probados en juicio, el Tribunal condenó a Ramírez por el citado delito imponiéndole la pena de muerte, luego de desestimarse la apelación formulada en su contra.

Elevada la petición a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión en ejercicio de sus facultades ya reformadas<sup>10</sup> reparó que el Ministerio Público no formuló acusación alternativa como así lo facultaba su Código Procesal Penal<sup>11</sup> (vemos aquí que esta figura procesal ya era aplicada en Guatemala desde 1997); que el fallo se sustentó en hechos no comprendidos en la acusación y que se desconoció el principio de congruencia, “sorprendiéndose” a Ramírez con tal decisión jurisdiccional circunstancia justamente apreciada en el Acuerdo Plenario N° 4-2007/CJ-116 de la Corte Suprema de Justicia de la República<sup>12</sup> al ser violatorio de los derechos a ser informado de la imputación, como de contar con los medios y el tiempo necesarios para preparar su defensa.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos comenzó por definir el principio de congruencia en términos no tradicionales:

“La descripción material de la conducta imputada contiene los datos fácticos recogidos en la acusación, que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa del imputado y la consecuente consideración del juzgador en la sentencia. De ahí que el imputado tenga derecho a conocer, a través de una descripción clara, detallada y precisa, los hechos que se le imputan. La calificación jurídica de éstos puede ser modificada durante el proceso por el órgano acusador o por el juzgador, sin que ello atente contra el derecho de defensa, cuando se mantengan sin variación los hechos mismos y se observen las garantías procesales previstas en la ley para llevar a cabo la nueva calificación. El llamado *principio de coherencia o de correlación entre acusación y sentencia* implica que la sentencia puede versar únicamente sobre hechos o circunstancias contemplados en la acusación”.

Finalmente concluyó que la República de Guatemala había violado los artículos 8°.2.b y 8°.2.c de la Convención Americana.

---

<sup>1</sup> Horvitz Lennon, M. I. Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002. Pág. 41

<sup>2</sup> Cueva Vaccaro, C. Las convenciones probatorias. Trabajo monográfico presentado en la Maestría con mención en Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

<sup>3</sup> Jauchen, E. M. Tratado de la prueba en materia penal. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, Pág. 20.

<sup>4</sup> Miranda Estrampes, M. Profesor del Área Penal de la Escuela Judicial (Barcelona) dependiente del Consejo General del Poder Judicial. II Congreso Nacional de Derecho Penal y Criminología. Ponencias Internacionales.

<sup>5</sup> Clariá Olmedo, J. A. Principio de congruencia en el proceso penal. En: XI Congreso Nacional de Derecho Procesal, La Plata, 1981. Tomo I. Pág. 363 (citado por Vázquez Rossi, Jorge E. Derecho Procesal Penal. Tomo II. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004. Pág. 456).

<sup>6</sup> Cf. Vélez Mariconde, A. Derecho Procesal Penal. Tomo II. Córdoba: Lerner Editorial, 1986. Pág. 228.

<sup>7</sup> Creus, C. Derecho Procesal Penal. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1996. Pág. 117.

<sup>8</sup> Monografía Luis Alfredo Alarcón Flores. Monografías.com

<sup>9</sup> Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia - Lima 16 noviembre de 2007.

<sup>10</sup> Una de las reformas más relevantes en el procedimiento contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos introducidas por el nuevo Reglamento consiste en que, una vez presentada la Demanda de la Comisión, la víctima o sus representantes, son notificados para que decidan si intervendrán con su propia representación, para interponer su demanda, ofrecer prueba y formular solicitudes como la Comisión (Artículo 23°, Reglamento de la Corte Interamericana).

Gino M. Valdivia Sorrentino  
La acusación fiscal y la audiencia preliminar

- 
- <sup>11</sup> "Artículo 333°.- Acusación alternativa: El Ministerio Público, para el caso de que en el debate no resultaren demostrados todos o alguno de los hechos que fundan su calificación jurídica principal, podrá indicar alternativamente las circunstancias de hecho que permitan encuadrar el comportamiento del imputado en una figura delictiva distinta".
- <sup>12</sup> Considerando 12. -segundo párrafo- (Es sabido que uno de los contenidos de la garantía de defensa procesal, junto con el conocimiento de los materiales de hecho afirmados por la parte contraria, es que los elementos de derecho que puedan servir para conformar la decisión judicial -aducidos por las partes o que pueden proceder de la aplicación del principio iura novit curia- han de permitir a las partes procesales la posibilidad de aducir en torno a los mismos, de suerte que desde una perspectiva negativa están prohibidos los fallos sorpresivos."

## SISTEMAS VIGENTES DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

JOSÉ CARLOS ALTAMIRANO PORTOCARRERO\*

### Resumen

La idea del presente artículo es asemejar la función que ejercen los organismos o poderes de los países, para cumplir la trascendental misión de control de la constitucionalidad de la ley y la de velar por la protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas.

Se hará en primer término referencia a los orígenes históricos de la institución en relación al sistema americano, para luego analizar el antecedente en Austria, mas tarde situarnos en los regímenes actuales de los países de Latinoamérica y concluir en el sistema vigente de nuestro país.

**Palabras clave:** Derecho Procesal Constitucional - sistemas de control de constitucionalidad -Tribunal Constitucional.

### Abstract

The idea of the present article is to resemble the function that exerts the organisms or powers of the countries, to fulfill the transcendental mission of control of the constitutionality of the law and to ensure for the protection of the fundamental rights and the public freedom.

The historical origins of the institution referred to the American system will be treated first, then will be analyzed the antecedent in Austria, later on we will focus in the present regimes of the Latin American countries and we will conclude in the current system in our country.

**Key words:** Procedural Constitutionalist Law- control systems of constitutionality - Constitutional Court.

### Sumario

1. Introducción. 2. Origen y evolución de los sistemas. 3. Control de constitucionalidad en Latinoamérica. 4. Conclusiones.

---

\* Juez Especializado Provisional de la Corte Superior de Justicia de Lima - Poder Judicial de Perú.

## 1. INTRODUCCIÓN

La presente materia se encuentra dentro del llamado Derecho Procesal Constitucional, que se ha perfilado en el siglo XX como una disciplina independiente del Derecho Constitucional y del Procesal. Esta nueva asignatura pretende estudiar las garantías contenidas en las cartas fundamentales, los procesos que al efecto se diseñan y los órganos encargados para encausar tales objetivos, es decir, las magistraturas constitucionales.

Entre los autores más destacados que se han ocupado del tema se dan otras definiciones. Néstor Pedro Sagües la interpreta como un sector del Derecho Constitucional que abarca las instituciones procesales reputadas fundamentales por el constituyente (formal o informal), entre las que se encuentran, entre otras, las reglas previstas por el artículo 18° de la Constitución Nacional, asimismo Hernández Valle sostiene que el Derecho Procesal Constitucional debe entenderse como aquella disciplina jurídica que estudia los instrumentos de la jurisdicción constitucional, es decir, la magistratura y los procesos constitucionales. Fix Zamudio prefiere hablar de las materias procesales de la Constitución coincidiendo con el estudio precursor de Hans Kelsen, que se refirió a las garantías jurisdiccionales de la Norma Fundamental; y también el de Eduardo J. Couture, que explicó las garantías constitucionales del proceso civil. Desde otra perspectiva, más acotada, un sector de la doctrina indica que la existencia de magistraturas especiales ha dado razones más que suficientes para que, atendiendo al órgano o al funcionario encargado de vigilar la supremacía de la Constitución se hable de jurisdicción constitucional y de un proceso constitucional sustanciado por un procedimiento propio, diferente del ordinario y ante un tribunal específico. Así por ejemplo, González Pérez diferencia al proceso constitucional de otros, diciendo que “ser proceso constitucional aquel del que conoce el Tribunal Constitucional”.

El programa de reconocimiento de un derecho procesal constitucional queda de manifiesto con la consagración de normas fundamentales que declaran principios y garantías vinculadas con el proceso judicial.

La institución de mecanismos que aseguran el control eficiente de la constitucionalidad de las leyes y la implementación de una justicia especial que da en llamarse, mayoritariamente, “tribunales constitucionales” agrega un motivo más para la autonomía afirmada<sup>1</sup>.

## 2. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LOS SISTEMAS

La doctrina establece que la jurisdicción nace en Europa, específicamente en Austria por lo que se llama: modelo austriaco (país que adopto y desarrollo en forma seria, ininterrumpida y sistemática); *européo* (por el continente que hizo suyo, desarrollo y propulso); *kelsiano* (en homenaje al teórico de la institución así costa su proyecto de 1918, “sobre la creación del Tribunal Constitucional” para efectos del control constitucional, este proyecto fue sancionado por la Asamblea Nacional de 1919, y finalmente en la Carta Austriaca de 1920).

Cabe señalar que es realmente nueva con respecto a la jurisdicción común, su desarrollo propiamente se ha dado en Europa con las experiencias jurisdiccionales especiales de Italia, Alemania y España.

En América Latina su jurisdicción constitucional se plasma en la Constitución Peruana en 1979, en la Constitución Chilena en 1980, en Ecuador en su Constitución de 1984, y en Colombia en 1991.

Hay que tener en cuenta también, que surge un modelo americano de control constitucional (EE.UU.), y muchos países adoptaron este modelo que consiste en el control constitucional a través de la práctica jurisprudencial y doctrinaria.

En el continente latinoamericano, y con esto a las antiguas colonias españolas y portuguesas han tenido un desarrollo peculiar, que lo hace difícil clasificar dentro de los modelos europeo o americano, si bien es cierto que parten de ellos, mas del segundo que del primero y además se alimentan de la doctrina de tales países. Es oportuno analizar la evolución de los principales sistemas constitucionales al respecto nos encargaremos a continuación:

### 1.1. Constitucionalismo Norteamericano

A él se le debe la construcción de uno de los principios básicos sobre los que se asienta el orden constitucional, cual es la supremacía constitucional; principio que implica reconocer a la Constitución como norma fundamental de un Estado, otorgándole el valor de ley suprema colocándola por encima de las demás normas jurídicas que conforman el ordenamiento jurídico de un Estado, de las cuales constituye su fuente primaria. El sistema norteamericano constituyó una innovación frente al sistema inglés del cual surgió. Encontramos, no obstante en el Derecho Inglés, un importante antecedente de la formulación de la supremacía constitucional y es la sentencia del juez inglés Edward Coke, quien en el caso *Bonham*, del año 1610, introdujo la idea de un “fundamental law”, dicho

magistrado sostuvo que el Common Law gozaba de supremacía sobre los actos del Rey y aún sobre las Leyes del Parlamento y de estos principios, dos iban a prosperar en Inglaterra: el de la limitación de las autoridades ejecutivas por la superioridad de la Ley y el de que los jueces hicieran valer tal supremacía<sup>2</sup>. Esta idea encontró su pleno desarrollo en la Constitución Norteamericana, constitución escrita y rígida; pero ésta no se hubiera mantenido sino se hubiese apoyado en la teoría de la "judicial review", la que establece la competencia de los jueces para realizar un control sobre la constitucionalidad de las leyes.

Según García de Enterría, la concepción de la Constitución como ley suprema que sienta los valores supremos de un orden, es la gran creación del constitucionalismo norteamericano, la gigantesca aportación de este constitucionalismo a la historia universal del Derecho<sup>3</sup>. Esta concepción incorpora, por una parte la tradición del Derecho Natural en su versión puritana y laica, la de Locke, como "lex legum" y como "lex inmutabile", sostiene el nombrado autor, citando a Corwin. Pero a la vez aporta, para hacer efectiva esa superioridad, ese superderecho, técnicas concretas propias del "common law", concretamente dos: la formalización en un documento solemne de ese "fundamental law", documento que es al que precisamente se va a reservar el término de Constitución, y que viene de la experiencia pactista de las colonias americanas, los llamados "charters" o "covenants"; y en segundo término, y esto tiene especial relieve, el "common law" es el que habilita una técnica específica en favor de esa supremacía constitucional, la técnica de la "judicial review", que proviene del "common law" inglés, de su posición precisamente central como "derecho común", desde la cual el derecho común puede exigir cuentas a los "statutes", a las leyes, como normas puramente singulares o excepcionales, que penetran en un derecho común ya constituido. Esta técnica de predominio del "common law" sobre las leyes o estatutos es lo que todavía hoy en el sistema inglés, que no conoce la técnica de la constitucionalidad de las leyes, se sigue llamando "The control of the common law over statutes", es decir el principio interpretativo básico por virtud del cual el Derecho Común sitúa dentro del sistema que él representa y normalmente con criterios restrictivos, todas las normas singulares dictadas por el Legislativo, puesto que el "common law" en su esencia no es un derecho legislado como bien es sabido<sup>4</sup>. En la Constitución Norteamericana de 1787 encontramos que el artículo VI, sección II, establece que "Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se hagan con arreglo a ella y todos los Tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contra que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado", plasmando así el postulado fundamental de la supremacía constitucional.

En el año 1795, se establece la diferencia entre el sistema inglés y el sistema norteamericano por parte del Tribunal Supremo sobre la base de que en aquél “ la autoridad del Parlamento no tiene límites”, no tiene constitución escrita ni fundamental law que limite el ejercicio del Poder Legislativo. En contraste, “en América la situación es radicalmente diferente; la Constitución es cierta y fija: contiene la voluntad permanente del pueblo y es el Derecho Supremo de la tierra; es superior al Poder Legislativo”<sup>5</sup>. El artículo VI, sección II y el artículo III, sección II, 1, de la citada Constitución Norteamericana, que establece que “El Poder Judicial debe entender en todas las controversias, tanto de derecho escrito como de equidad, que surjan como consecuencia de esta Constitución, de las leyes de los Estados Unidos y de los tratados celebrados o que se celebren bajo su autoridad...etc.”, sirvieron de base al juez Marshall para deducir, en el año 1803, en la sentencia dictada en el caso “Marbury vs. Madison” la competencia de la justicia para velar por la constitucionalidad de las leyes por parte de los tribunales y se estableció la idea de la Constitución como Ley Suprema de la Nación; con respecto a la primera idea sostuvo que “Si los Tribunales deben respetar la Constitución y ésta es superior a cualquier acto ordinario del Poder Legislativo, la Constitución y no las normas legislativas, debe regular un caso en litigio en el que estas dos normas podrían ser aplicables” y con respecto a la segunda idea que “ciertamente , cuantos han establecido Constituciones escritas las consideran como formando la Ley Suprema de la Nación y, en consecuencia, la teoría de un Gobierno así establecido debe ser que un acto de la Legislatura contrario a la Constitución es nulo”<sup>6</sup>.

La Constitución Norteamericana se va a regir por el modelo de control de constitucionalidad difuso en el cual, se le reconoce a la Constitución el carácter de norma suprema y se le da a los jueces la función de velar por la protección de la misma. Al juez lo obliga la ley y por encima de ésta la Constitución. En este sistema todos los jueces son jueces de legalidad y de constitucionalidad, ya que la declaración de inconstitucionalidad no es facultad exclusiva del Tribunal Supremo Federal, sino de todos los Tribunales. Así, establece el artículo III, sección 1:” El Poder Judicial de los Estados Unidos residir en un Tribunal Supremo y en los Tribunales Inferiores que el Congreso instituya y establezca en lo sucesivo...” y en la sección II, 1, mencionada ut supra.

## **1.2. Constitucionalismo Europeo**

### **1.2.1. Austria**

La recepción en Europa de la doctrina americana del control judicial de las leyes es tardía, pues recién se concreta durante la primera posguerra o sea en

1919-1920 y tiene lugar por dos vías principales y a la vez con una sustancial transformación del modelo. Una vía que viene del Imperio Alemán y de la Monarquía Austro-Húngara, concluye en la Constitución alemana de Weimar que instituye un Tribunal al que se confían los conflictos entre los poderes constitucionales y especialmente entre los distintos entes territoriales propios de la organización federal. El segundo sistema que es el más importante y el que va a consagrarse definitivamente, es el sistema austriaco, plasmado en la constitución de 1920 y perfeccionado en su reforma de 1929, obra de Hans Kelsen. Estructuralmente el sistema kelseniano introduce un cambio básico que es concentrar la jurisdicción de control de constitucionalidad de las leyes en un solo Tribunal y no, como es el sistema americano genuino, en todos los Tribunales, si bien esta pluralidad de fuentes de decisión sobre la constitucionalidad de las leyes se ordene sobre el principio "stare decisis" que vincula todos los Tribunales a la jurisprudencia de la Corte Suprema. La fórmula kelseniana consagra así lo que se ha llamado un sistema de "jurisdicción concentrada", frente al sistema de "jurisdicción difusa", propio del constitucionalismo americano.

Para Kelsen el Tribunal Constitucional no enjuicia hechos concretos sino que se limita a controlar la compatibilidad entre dos normas igualmente abstractas las dos: la Constitución y la Ley. No enjuicia situaciones concretas ni hechos específicos sino que limita su función a resolver el problema de la "Vereinbarkeit", de la compatibilidad entre dos normas abstractas, eliminando la norma incompatible con la norma suprema pero haciéndolo "ex nunc", no "ex tunc", mediante una sentencia constitutiva<sup>7</sup>.

Este proceso se aísla del proceso donde la cuestión ha sido suscitada, de donde se remite la resolución del problema abstracto de compatibilidad como incidente previo. El Tribunal Constitucional es un legislador, solo que no un legislador positivo sino un legislador negativo. El poder legislativo se ha escindido en dos: el legislador positivo, que toma la iniciativa de dictar y de innovar las leyes y el legislador negativo que elimina aquellas leyes que no son compatibles con la superior norma constitucional.

El modelo de la Constitución austriaca de 1920 va a ser un modelo para todo el constitucionalismo de la primera posguerra. En la segunda posguerra vuelve a retornar esta influencia pero de una manera diferente. Por las experiencias vividas frente a poderes totalitarios el legislador pasa a ser la mayor amenaza para la libertad, es por esto que se retoma la idea de los Tribunales Constitucionales, siguiendo al modelo kelseniano, y así lo hacen Italia y Alemania pero con algunas diferencias: no se acoge el modelo kelseniano

del legislador negativo, sino el americano de jurisdicción, el Tribunal Constitucional como verdadera jurisdicción, aunque en la fórmula estructural de la jurisdicción concentrada. La base para ello es la doctrina americana de la supremacía normativa de la Constitución.

### **3. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN LATINOAMÉRICA**

Del análisis de los sistemas imperantes en esta rea, puede afirmarse que la justicia constitucional desarrollada desde el siglo pasado, es una de las más completas del mundo contemporáneo.

En la mayoría de los países de América Latina, existe el método difuso de control de constitucionalidad de las leyes, consecuencia del principio de supremacía constitucional y de su garantía objetiva, conforme a la cual todos los jueces tienen el poder-deber - siguiendo el modelo norteamericano - de no aplicar las leyes que estimen inconstitucionales y que rigen la solución del caso concreto que deben decidir, con efectos interpartes.

Pero además del método difuso, se ha establecido - paralelamente - el método concentrado de control de constitucionalidad de las leyes, atribuyéndose en general, poder anulatorio - en algunos países "erga homines" - por inconstitucionalidad, a las Cortes Supremas de Justicia (Venezuela, Panamá, Costa Rica, México, El Salvador) o a Tribunales Constitucionales (Colombia, Guatemala, Perú, Bolivia). Aunque en algunos casos, la decisión de la Corte Suprema que ejerce el control concentrado sólo tiene efectos entre partes (Honduras, Uruguay, Paraguay).

En general, el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes se concibe como un control "a posteriori" que se ejerce respecto de las leyes vigentes, siendo excepcional la previsión de un sistema exclusivamente preventivo, respecto de las leyes no promulgadas (Chile).

#### **3.1. Método Común o Difuso**

Como se puntualizó, en los Estados Unidos de América, a partir del caso "Marbury v. Madison", quedó consagrado junto con el principio de la supremacía constitucional, el reconocimiento de la facultad de los jueces comunes para declarar la inconstitucionalidad de las leyes y de otros actos de los poderes políticos, esto es el sistema de garantía judicial llamado por algunos "común" o "difuso".

Si nos atenemos a los órganos a los cuales se atribuye el poder de control, corresponde distinguir en primer término el sistema que otorga la facultad al órgano judicial difuso (es decir a todos los jueces sin importar su fuero o jerarquía) para resolver las cuestiones de constitucionalidad de las disposiciones legislativas siempre que sean planteadas por las partes y aún de oficio por el juez que conozca en el asunto, en una controversia concreta. El juez se pronuncia sobre el particular en el acto de dictar sentencia y cuando declara la inconstitucionalidad de la norma impugnada, el efecto de tal declaración se reduce a la no aplicación de aquella al caso de que se trata. En consecuencia, la declaración de inconstitucionalidad no significa la derogación de la norma afectada por ella. Por otra parte, en todos los casos en que está en juego la constitucionalidad - o inconstitucionalidad - de una norma, se puede llegar por vía de apelación, tanto en los Estados Unidos de América, hasta la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a la cual le corresponde decidir en definitiva.

El sistema de garantía judicial ha sido adoptado en varios países latinoamericanos. El artículo 133° de la Constitución Mexicana reproduce casi textualmente el artículo VI, sección 2 de la Constitución Norteamericana. Las Constituciones de otras repúblicas - Bolivia, Chile Colombia, Uruguay, Venezuela, etc., - acuerdan, con algunas variantes entre ellas, atribución a la Corte Suprema para declarar la inconstitucionalidad de las leyes. También en otros continentes han sido establecidos regímenes que acuerdan facultades semejantes al más alto tribunal judicial, como Suiza, Irlanda, India, Japón, etc. Pero estos sistemas no deben ser confundidos con el norteamericano.

### **3.2. Método especial o concentrado**

Contrariamente al método difuso, el método concentrado de control de la constitucionalidad se caracteriza por el hecho de que el ordenamiento constitucional confiere a un solo órgano estatal el poder de actuar como juez constitucional, generalmente respecto de ciertos actos estatales (leyes o actos de similar rango dictados en ejecución directa de la Constitución), en general con potestad para anularlos. Excepcionalmente, en algunos casos, como sucede en Panamá, el control de la constitucionalidad que ejerce la Corte Suprema de Justicia no sólo se refiere a las leyes y demás actos de rango legal, sino materialmente a todos los actos estatales, lo que lo hace único en el mundo.

Este método concentrado de control puede ser: 1) Exclusivamente concentrado como sucede en Panamá, Honduras, Uruguay, Costa Rica, o Paraguay; o 2) Estar establecido en forma combinada con el método difuso de control como sucede en Colombia, El Salvador, Venezuela, Guatemala, Brasil, México, Perú y Bolivia.

El órgano estatal facultado para ser el único juez constitucional de las leyes en el sistema concentrado de control de constitucionalidad, puede ser la Corte Suprema de Justicia ubicada en la cúspide de la jerarquía judicial de un país, como es el caso de Costa Rica, México y Venezuela; o una Corte o Tribunal Constitucional creado especialmente por la Constitución, dentro o fuera de la jerarquía judicial para actuar como único juez constitucional, como es el caso de Colombia, Chile, Perú, Guatemala, Ecuador y Bolivia. En ambos casos, estos órganos tienen en común el ejercicio de una actividad jurisdiccional, como jueces constitucionales.

Por ello, el sistema concentrado de control de la constitucionalidad, aún cuando sea generalmente similar al “modelo europeo” de Tribunales constitucionales especiales, no implica necesariamente la existencia de un Tribunal Constitucional especial, concebido fuera del Poder Judicial. La experiencia latinoamericana de control concentrado de la constitucionalidad así lo demuestra, pues en general han sido las Cortes Supremas de Justicia las que lo han ejercido y en los casos en los cuales se han atribuido a Tribunales Constitucionales el ejercicio del control, éstos están dentro del Poder Judicial (Guatemala, Colombia, Ecuador y Bolivia ) con la excepción de los casos de Chile y del Perú, cuyas Constituciones regularon a los Tribunales Constitucionales fuera del Poder Judicial. El poder de declarar la nulidad por inconstitucionalidad de las leyes y demás actos de ejecución directa de la Constitución, como se dijo, puede ser ejercido por la Corte Suprema de Justicia en forma exclusiva o por la propia Corte Suprema o un Tribunal Constitucional en un sistema mixto integral, que además de control concentrado admite el control difuso de la constitucionalidad. En América Latina el control concentrado se ha configurado en esas dos formas. Además existe una tercera forma de control concentrado que ejercen en forma paralela y exclusiva tanto la Corte Suprema de Justicia como un Tribunal Constitucional<sup>8</sup>.

**Primer supuesto:** Control judicial concentrado ejercido exclusivamente por la Corte Suprema de Justicia o por una Sala Constitucional de la misma:

Es el caso de Uruguay, Panamá y Honduras.

En efecto, el artículo 188°, 1, de la Constitución de Panamá le otorga a la Corte Suprema de Justicia el poder exclusivo de proteger la integridad de la Constitución y controlar la constitucionalidad de la legislación a través de dos métodos: mediante el ejercicio de una acción directa o mediante el planteamiento de una cuestión de constitucionalidad de carácter incidental, formulada por un órgano estatal inferior que tenga competencia para impartir

justicia. En ambos casos de control, la decisión de la Corte Suprema es de efectos generales, y no obligatorio, y no está sujeta a ningún tipo de control.

La Constitución de 1989 de Uruguay atribuye a la Corte Suprema de Justicia la jurisdicción exclusiva y originaria para declarar la inconstitucionalidad de las leyes y otros actos del Estado que tengan fuerza de ley, con fundamento tanto en razones substantivas como formales (artículo 256°). La Corte también conoce de los asuntos de inconstitucionalidad, sea mediante una acción que sólo pueden ejercer los interesados, sea mediante una incidencia planteada en un proceso ordinario. En ambos casos, y a diferencia del sistema panameño, las decisiones de la Corte Suprema sobre cuestiones de constitucionalidad se refieren, exclusivamente, al caso concreto, teniendo, por tanto efectos sólo en los procedimientos en los que fueron adoptados.

En Honduras, el artículo 184° de la Constitución de 1982 también establece un sistema de control de la constitucionalidad de carácter concentrado, atribuido exclusivamente a la Corte Suprema de Justicia, la cual asimismo conoce de los asuntos mediante una acción intentada por las personas interesadas o por vía incidental, mediante la remisión que le haga de la cuestión un juez ordinario. Debe señalarse, además que de acuerdo con el artículo 183° ordinal 211 de la Constitución de Honduras, también procede el amparo contra las leyes, para que se declare en casos concretos que la ley no obliga ni es aplicable al recurrente por contravenir, disminuir o tergiversar cualquiera de los derechos reconocidos por la Constitución, competencia esta última que también se le atribuye al Tribunal Constitucional español.

En otros países de latinoamérica, el poder exclusivo de actuar como juez constitucional se atribuye a una Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, como es el caso de Paraguay (artículo 260° y siguientes de la Constitución de 1992), Costa Rica (Constitución reformada en 1989 ) y El Salvador (reformas de la Constitución de 1991-2, artículo 174°).

**Segundo supuesto:** El control judicial concentrado de la constitucionalidad de las leyes ejercido por la Corte Suprema o por un Tribunal Constitucional en un sistema mixto o integral de control (concentrado y difuso).

El segundo tipo de control judicial concentrado de la constitucionalidad de las leyes atribuido a las Cortes Supremas de Justicia o a los Tribunales Constitucionales se encuentra en aquellos países que han adoptado un sistema mixto o integral de control de constitucionalidad, en el que funcionan, paralelamente, el control difuso y el control concentrado.

Venezuela, Brasil y México son países que cuentan con un sistema difuso de control de la constitucionalidad y también el de control concentrado atribuido a la Corte Suprema de Justicia.

Respecto de Venezuela, la Corte Suprema de Justicia es competente para declarar la nulidad, por inconstitucionalidad, de las leyes y otros actos de las Cámaras legislativas nacionales, de los Estados miembros de la Federación y de los Municipios, así como de los reglamentos y actos de gobierno promulgados por el Ejecutivo Nacional, está establecida en forma explícita, en el artículo 215° de la Constitución de 1961, correspondiendo a todo habitante del país la posibilidad de ejercer la acción. Se trata, por tanto, de una acción popular. Es decir, la Constitución prevé un control judicial concentrado de la constitucionalidad de todos los actos del Estado, con excepción de los actos judiciales y actos administrativos, para los cuales dispone de medios específicos de control de la legalidad y constitucionalidad: el recurso de casación, la apelación y el recurso contencioso administrativo. La decisión anulatoria de la Corte, en todo caso tiene efectos generales, erga homines.

A su vez, Colombia, Guatemala, Bolivia, Perú y Ecuador, bajo la influencia europea, ejercen el control judicial de la constitucionalidad de las leyes por Tribunales Constitucionales, pero un sistema mixto o integral.

La Constitución de 1991 de Colombia atribuyó a la Corte Constitucional el carácter de “guardián de la integridad y supremacía de la Constitución” carácter que antes tenía la Corte Suprema de Justicia. Aquella tiene a su cargo el control concentrado de constitucionalidad de las leyes y demás actos estatales de similar rango, pudiendo cualquier ciudadano interponer una acción popular para requerir la anulación de dichos actos estatales incluyendo por ejemplo los de convocatoria de referéndum o de asambleas constituyentes referentes a una reforma de la Constitución, decretos, tratados internacionales y leyes de ratificación de tratados.

Esta Corte Constitucional, tiene también el ejercicio de un control preventivo de la constitucionalidad, respecto de las leyes cuya promulgación haya sido vetada por el Presidente de la República por razones de inconstitucionalidad. Este tipo de control también es obligatorio en los casos de decretos de emergencia o de leyes aprobatorias de tratados.

Guatemala es el primer país latinoamericano que creó un tribunal constitucional según el modelo europeo, paralelamente al sistema difuso la Constitución de 1965 instauró un sistema concentrado de control judicial que lo atribuyó

a una Corte Constitucional. Según su Constitución de 1985 solo puede ser planteado el recurso de inconstitucionalidad por determinados funcionarios y autoridades, contra leyes y disposiciones de carácter general, teniendo la decisión de la corte efectos generales.

La particularidad del procedimiento de la Corte de Guatemala esta dado por la suspensión provisoria de los efectos de la ley o del acto ejecutivo impugnado, durante el curso del proceso, si la inconstitucionalidad es notoria y puede causar gravamen irreparable.

El Tribunal Constitucional de Bolivia (Constitución de 1994) ejerce el control concentrado de la constitucionalidad y coexiste con el método difuso, así el primero resuelve las cuestiones de puro derecho sobre la inconstitucionalidad de leyes, decretos y cualquier resolución no judicial, mediante acción que si es de carácter abstracto, solo puede ser interpuesta por determinados funcionarios públicos.

El sistema vigente en Perú tiene la peculiaridad de que el Tribunal Constitucional está separado del Poder Judicial, circunstancia que lo transforma en el único de América Latina.

Luego de la reforma constitucional de 1995, Ecuador se rige por el método concentrado de control constitucional desempeñado por el Tribunal Constitucional que funciona paralelamente con el método difuso. Tiene competencia para resolver sobre demandas de inconstitucionalidad de las leyes, decretos, ordenanzas y actos administrativos de toda autoridad pública: suspender total o parcialmente sus efectos también ejerce el control preventivo de las leyes al resolver sobre las objeciones de inconstitucionalidad que formule el Presidente de la República en el proceso de formación de las leyes.

De las decisiones que adopte la Corte Suprema de Justicia o los Tribunales de última instancia en ejercicio del control difuso de la constitucionalidad, deben presentar estos órganos un informe al Tribunal Constitucional para que éste resuelva con carácter general.

**Tercer supuesto:** El control judicial concentrado ejercido en forma exclusiva y paralela por la Corte Suprema y un Tribunal Constitucional:

Es el caso de Chile, en donde el sistema concentrado está conferido exclusivamente a dos órganos judiciales separados: 1) Corte Suprema de Justicia y 2) Tribunal Constitucional a través de una acción directa.

Mediante el recurso de inaplicabilidad de la ley existía un control constitucional incidental ante la Corte Suprema (Constitución de 1925), pero siendo este insuficiente en la reforma de 1970 se creó el Tribunal Constitucional que disuelto en 1973 fue restablecido en la Constitución de 1980.

Este Tribunal juzga preventivamente, antes de su promulgación, la constitucionalidad de las leyes orgánicas o las que interpretan preceptos de la Constitución; sobre las cuestiones que surjan en el tratamiento de los proyectos de leyes y de los proyectos de reformas constitucionales y de las leyes aprobatorias de tratados internacionales sometidos a la sanción del Congreso; respecto de los decretos del Poder Ejecutivo o resoluciones, los reclamos contra el presidente de la República cuando no promulga una ley que tenía que haber promulgado o promulga un texto diferente al sancionado.

Pero tiene además un control “a posteriori”, pero solo respecto de decretos con fuerza de ley. De esta forma no procede contra leyes una vez que estas han entrado en vigencia, sino solo contra los decretos ejecutivos con fuerza de ley. También puede ejercer el control “a posteriori” sobre leyes pero únicamente con respecto a las formalidades relativas a su promulgación a cargo del Presidente de la República a petición de las Cámaras del Congreso cuando el Presidente no promulgue una ley estando obligado a hacerlo o si promulga un texto diferente al que ha sido sancionado.

**3.3. El Caso Peruano:-** El Sistema Peruano tiene su partida de nacimiento en la Constitución de 1979, reiterada en la vigente Carta de 1993. La actual Constitución mantiene en sustancia el modelo Dual o Paralelo, esto es tanto el Difuso o norteamericano, como el Concentrado o europeo, con las siguientes variantes que no alteran su esencia:

- Las Acciones de Hábeas Corpus, Acción de Amparo, Acción de Cumplimiento, Acción de Hábeas Data y Acción Popular, corresponde conocer en su inicio al Poder Judicial, con sujeción a normas procesales que regulan su ejercicio (Modelo Difuso).
- Adopta el nombre de Tribunal Constitucional, más técnico en opinión del Dr. Domingo García Belaunde, (Modelo Concentrado).
- Sus resoluciones no operan en casación, sino en fallo definitivo para conocer los instrumentos protectores que ahora son más: Hábeas Corpus y Amparo, y adicionalmente, el Hábeas Data y la Acción de Cumplimiento, pero sólo para las sentencias denegatorias que se dan en tales acciones, el resto se mantienen en sede judicial.
- Resuelve en exclusiva los conflictos de competencia o función que tengan o se produzcan en los Órganos del Estado que señala la ley.

En la realidad judicial peruana, y con mayor rigor a partir de la Constitución de 1993 – vigente –, se toma la postura de ser desarrollada aquella tesis que desde el año de 1987 el doctor Domingo García Belaunde venía proponiendo, nos estamos refiriendo al *Sistema o Modelo Dual o Paralelo*, que sin más agregados es aquel que se presenta cuando en un mismo país (ejemplo el Perú), en un mismo ordenamiento jurídico (nuestra Constitución), coexisten el *Modelo Americano* (artículo 138°, inc. 2), y el *Modelo Europeo*, pero sin mezclarse, deformarse ni desnaturalizarse.

Consecuentemente, en nuestro país existe un sistema mixto de control constitucional desde la Constitución de 1979, donde se sentaron las bases del método difuso de justicia constitucional y, además, según el modelo español, se creó un Tribunal de Garantías Constitucionales dotado de poderes concentrados de control de la Constitución que la reforma de la Constitución de 1993, ha convertido en Tribunal Constitucional. Este Tribunal Constitucional es, el único de su tipo, en América Latina, ubicado fuera del Poder Judicial. Así mismo, se estableció por primera vez el control difuso en el artículo XXII del Título Preliminar del Código Civil de 1936 que disponía que en caso de incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se prefiere la primera.

El artículo 8° de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1963 recoge el principio antes enunciado para los jueces, y dispone que las sentencias que se dicten en primera o segunda instancia, si no son impugnadas, se eleven en consulta a la Corte Suprema de la República, agregando esta norma el control de la legalidad de las normas jurídicas de inferior jerarquía respecto a la ley en el mismo sentido anteriormente indicado.

Con la Constitución de 1979 se establece el control difuso en forma genérica en el artículo 87° y en forma específica para el Poder Judicial en el artículo 236°.

La Constitución de 1993 instituye el control difuso en sus artículos 51° y 138°.

“La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado” (Artículo 51° de la Constitución Política del Perú de 1993).

“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 norma de rango inferior” (Artículo 138° de la Constitución Política del Perú de 1993).

El Texto Único de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-JUS de 28 de mayo de 1993, en el artículo 14° establece la forma de proceder de los jueces, al aplicar el control difuso, disponiendo que las sentencias de primera y segunda instancia, si no son impugnadas, se elevarán en consulta a la Corte Suprema de la República.

Muchos creen que el Control Difuso es facultad exclusiva de los jueces que integran el Poder Judicial; y, que no es competencia de otros organismos constitucionales que también ejercen jurisdicción, como por ejemplo el Tribunal Constitucional y el Jurado Nacional de Elecciones; y, por supuesto, de la Administración Pública en general.

Dicha opinión se basa, en el origen de este sistema de control que lo ejercita por primera vez el Poder Judicial de Inglaterra y el de los Estados Unidos de Norteamérica. En nuestro ordenamiento jurídico, desde la Constitución de 1979 y la vigente, no existe la menor duda de que el control difuso debe ser aplicado por cualquier autoridad que debe resolver un caso concreto, porque los artículos 87° y 51° de las Constituciones de 1979 y 1993, respectivamente, contienen un mandato que debe ser acatado por todas las autoridades, sin distinción alguna. Los mencionados artículos habrían sido suficientes para que el Poder Judicial ejercitara esta facultad, pero los constituyentes, atendiendo la tradición histórica del Poder Judicial, han hecho muy bien en consignar norma expresa a cumplirse por los jueces. Queda, pues, claro que el Poder Judicial, los Órganos Constitucionales Autónomos y la Administración Pública en general, tienen la facultad y obligación de preferir la Constitución frente a la ley y la ley frente a las normas de inferior jerarquía, en el caso de que tales normas sean contradictorias, al momento de resolver un caso determinado.

#### **4. CONCLUSIONES**

- 1) Corresponde destacar en primer plano, la posición que ocupa en el Derecho, la Constitución como Ley Suprema y tener en cuenta que ella es un pacto, donde confluye lo político y lo jurídico y que el Estado de Derecho significa la primacía de la Constitución.

- 2) El modelo europeo de justicia constitucional tiene su referente en la existencia de tribunales del tipo del Tribunal Constitucional austríaco y cabe apreciar la relevancia que tiene un órgano de esta naturaleza. Ello nos lleva a la reflexión acerca de cuáles serían los recaudos políticos y sociológicos que avalarían la instauración de este sistema en nuestro país.
- 3) Encuadrando los regímenes vigentes en América concluyo que salvo el del control difuso creado por Estados Unidos de América, y con algunas variantes en la mayoría de los países latinoamericanos se han instituido por un lado un sistema concentrado exclusivo y por el otro, un sistema mixto o integral de control (el control concentrado de las Cortes Supremas o Tribunales Constitucionales y a la vez el difuso que incumbe a los habitantes a modo de acción popular ).
- 4) Como lo reitera el Dr. Bidart Campos, si la Constitución no obtiene efectividad a través de conductas espontáneas de los agentes gubernamentales y de los particulares, su propia fuerza normativa tiene que conducir a movilizar un aparato instrumental garantista para instar a su defensa, a su acatamiento, a su efectividad, o en último caso a la sanción o reparación de su trasgresión.

---

<sup>1</sup> Gozáni, O. A. Derecho Procesal Constitucional, Ed. de Belgrano. Pág. 17 y ss.

<sup>2</sup> González Rivas, Juan José. La justicia constitucional: derecho comparado y español. Revista de Derecho Privado. Madrid: 1985. Pág. 33.

<sup>3</sup> La Constitución como norma jurídica. En la obra colectiva: La constitución española de 1978, Estudio sistemático, dirigido por Predieri, A. y García de Enterría, E. 2da. Ed. Madrid: 1981. Pág. 95 y ss.

<sup>4</sup> García de Enterría, Eduardo. Del Tribunal Constitucional en el sistema español, posibilidades y perspectivas. Revista española de Derecho Constitucional, num. 1-1981. Pág. 37 y ss.

<sup>5</sup> García de Enterría, Eduardo. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Madrid: Ed. Civitas, 1983. Pág. 54.

<sup>6</sup> Miller, Jonathan y otros. Constitución y Poder Político. Buenos Aires: Ed. Astrea, 1987. Pág. 11 y 12.

<sup>7</sup> García de Enterría, Eduardo. La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional. Madrid: Ed. Civitas SA, 1985; y La posición Jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español. Revista española de derecho Constitucional. Núm. 1, 1981. Pág. 43 y ss.

<sup>8</sup> Casas, Juan A. Control de Constitucionalidad Concentrado en Latinoamérica. E.D. 26-7-2000.

## JUECES CRONOPIOS Y JUECES FAMAS

JAIME FRANCISCO COAGUILA VALDIVIA\*

### Resumen

El libro de Julio Cortazar, Historia de Cronopios y Famas, fue escrito para luchar contra el pragmatismo, lo prefabricado y la solemnidad, particularidades en las que muchas veces vemos identificado el sistema judicial.

Realizando un análisis metafórico aplicado al derecho, se expone las falencias, prejuicios y rigurosidades del rol de los magistrados, haciendo una contraposición de los llamados jueces cronopios y jueces famas dentro de un panorama judicial.

**Palabras clave:** Jueces – magistrados – judicatura – sistema judicial.

### Abstract

The book History of cronopios and famas by Julio Cortazar was written to fight against the pragmatism, the pre made and the solemnity, characteristics than more than once identified the Judicial Power.

Making a metaphorical analysis applied to the right, it is expose the lacks, prejudices and rigors of the roll of the magistrates, doing a contrast of the calls cronopios judges and judges fame within a judicial view.

**Key words:** Judges – magistrales - judicature – judicial system.

### Sumario

1. Fase mitológica de la judicatura. 2. El baile de los jueces famas. 3. El canto de los jueces cronopios.

---

\* Juez Especializado Provisional de la Corte Superior de Justicia de Arequipa - Poder Judicial de Perú. Profesor de la Universidad Católica de Santa María de Arequipa.

## 1. FASE MITOLÓGICA DE LA JUDICATURA

El escritor argentino Julio Cortázar rememora que la idea de escribir el libro "Historias de Cronopios y de Famas" (1962) surgió una noche durante un concierto en el teatro Des Champs Elysées cuando vio flotar a su alrededor unos globos de color verde y húmedos, a los que inmediatamente bautizó como cronopios<sup>1</sup>, luego surgirían casi por contraposición los famas y las esperanzas. Muchos se preguntarán qué relación puede mediar entre aquella clasificación casi mitológica propia de los juegos cortazarianos y la formalidad inherente a la magistratura, lo cierto es que el libro de Cortázar fue escrito para luchar contra el pragmatismo, lo prefabricado, las ideas congeladas por el abuso, los prejuicios y sobretodo la bestia negra de la solemnidad que a veces también prolifera en el ámbito judicial<sup>2</sup>.

Para Cortázar los juegos son un refugio para la sensibilidad y la imaginación y donde los seres delicados se defienden de las aplanadoras sociales para luchar contra el pragmatismo y la horrible tendencia a la consecución de fines útiles<sup>3</sup>. Es por ello propicio anotar que en esa misma medida la judicatura se encuentra actualmente atrapada por el conservadurismo ante un mundo incomprensible, absurdo y lleno de peligros; por lo que es indispensable imprimir una nueva tónica al trabajo legal que supere la fase mitológica de una judicatura caracterizada por la sujeción al texto expreso de la ley y el concepto de neutralidad científica e ideológica.

El modelo del juez iberoamericano debe nutrirse literariamente del espíritu cortazariano y asumir que la vida puede ser mensurable por un termómetro, donde los seres humanos pueden clasificarse de acuerdo a sus interacciones con el entorno social que los rodean; así los cronopios son aquellos que tienen el alma de los artistas y la poesía en sus actos; los famas son los personajes burgueses y los aburridos funcionarios del sistema; y las esperanzas se asimilan a aquellos "snobs" que no saben donde ubicarse en el mundo, pero que les gusta estar al lado de lo prestigioso<sup>4</sup>. Dentro de este contexto un cronopio es considerado ligeramente super-vida, un fama infra-vida y una esperanza para-vida<sup>5</sup>. Ahora bien, esta misma lógica aplicada al modelo de juez determina que existan jueces famas, jueces cronopios y jueces esperanzas, aunque para efectos de este ensayo resulte mejor contraponer los jueces positivista (famas) a los jueces poetas (cronopios) en una clara defensa de la super-vida o tal vez de la poesía de la justicia en perjuicio de los rigores formales de la ley.

## 2. EL BAILE DE LOS JUECES FAMAS

Cuenta Cortázar que “cuando los famas salen de viaje, sus costumbres al pernoctar en una ciudad son las siguientes: Un fama va al hotel y averigua cautelosamente los precios, la calidad de las sábanas y el color de las alfombras. El segundo se traslada a la comisaría y labra un acta declarando los muebles e inmuebles de los tres, así como el inventario del contenido de sus valijas. El tercer fama va al hospital y copia las listas de los médicos de guardia y sus especialidades”<sup>6</sup>. Esto demuestra que los famas dentro del cronómetro de vidas moran esclavos de la realidad y sus vicisitudes, por lo que su rol dentro de la sociedad solamente puede ser justificativo del orden impuesto, los famas confían ciegamente en los relojes y están siempre prestos a suprimir el azar mediante la extrema planificación, dejan poco a la improvisación y prefieren cumplir con su trabajo antes que soñar o imaginarse siquiera que existe la felicidad.

Los jueces famas son aquellos funcionarios de la justicia empeñosos y comprometidos con su labor, cumplen con fidelidad su Despacho diario y acatan sin arrepentimientos la normatividad vigente, no confían en el azar judicial ni en la dinámica de los juegos de poder, y se consideran una importante pieza dentro de una maquinaria articulada por miles de servidores públicos famas que de manera incansable redactan resoluciones en oficinas apretadas y poco iluminadas. Para los jueces fama lo que importa es el cumplimiento del deber, el respeto al texto expreso de la ley y el funcionamiento obediente del sistema judicial de acuerdo al modelo económico en boga, los jueces fama son los guardianes de la seguridad jurídica y los más severos defensores del procedimentalismo.

Si bien es cierto Cortázar ha precisado que la denuncia a través de los famas a la burguesía frente a la libertad y la poesía no ha sido deliberada<sup>7</sup>, no obstante la contraposición entre jueces cronopios y jueces famas permite extraer algunas conclusiones acerca del rol de los magistrados dentro del panorama judicial. En principio los jueces famas se pueden asimilar al paradigma de los jueces en tanto servidores neutros de la ley, porque su rol solamente consiste en eliminar las dificultades que se oponen a la autorregulación mercantil y al orden público económico<sup>8</sup>, para ello los juristas de Estado adoptan al positivismo jurídico y pueden considerarse “mera boca de la ley”; y en segundo lugar, los jueces fama como infra-vida también son infra-Derecho y por tanto infra-justicia, de tal forma que su rol de cumplimiento de la ley carece de innovaciones y poco aporta a la transformación de una sociedad moldeada al ritmo de una normatividad injusta.

Pero aunque parezca increíble los jueces fama también albergan muy dentro de sí algunos valores inmateriales y una dosis de alegría cronopial que de vez en cuando los obliga a cantar y moverse cogidos de las manos al compás del catalá/tregua/espera<sup>9</sup>, esta danza conocida como baile de los famas permite recobrar las ilusiones de que el Derecho no se ha perdido en medio de la razón estratégica y que es muy probable que incluso los jueces famas a veces sueñen con un mundo de super-vida y por qué no de super-justicia.

### 3. EL CANTO DE LOS JUECES CRONOPIOS

Cuando un cronopio encuentran una flor solitaria en medio de los campos, juega alegremente con la flor, le acaricia los pétalos, la sopla para que baile, zumba como una abeja, huele su perfume y finalmente se acuesta debajo de la flor y se duerme envuelto en una gran paz<sup>10</sup>.

Esta historia demuestra hasta que punto los cronopios celebran la vida a pesar de todos sus inconvenientes y en qué medida descuidan la planificación y la racionalidad de los famas, para en su reemplazo adorar las emociones vitales y al simple sol de cada mañana. Los cronopios son como flores, porque se muestran bellos en todo momento y cantan canciones como si el cielo fuera una bandeja, a pesar de que debido a su entusiasmo se dejen atropellar por camiones y ciclistas, caigan por la ventana, pierdan lo que llevaban en los bolsillos y hasta la cuenta de los días<sup>11</sup>.

Por su parte los jueces cronopios no se desaniman por un mundo plagado de injusticias, donde el sistema constituye el principal obstáculo para revertir el culto al procesalismo, sino más bien sueñan un mundo mejor con una justicia bella y equitativa. Los jueces cronopios resuelven los casos apelando a la inteligencia emocional, los sentimientos humanos y la imaginación literaria al amparo de una gran responsabilidad social; para llegar a conseguir una super-justicia que trascienda los límites del positivismo jurídico anclado en reiteradas discusiones y extravíos técnicos a veces inútiles.

A la razón estratégica los jueces cronopios oponen la razón lúdica, no en vano el propio Cortázar ha señalado que el origen del libro se compara a un partido de tenis<sup>12</sup>, una metáfora que aplicada al Derecho puede sugerir que el fenómeno jurídico puede ser entendido como un juego en el que el azar tiene un rol importante en las decisiones. En este punto se impone la necesidad de un juez intérprete en un universo babélico de múltiples discursos e inmerso en medio de una red de innumerables significados producidos por heterogéneos

centros de poder, un problema que resulta inmanejable para un juez fama pero que estimula la imaginación poética de un juez cronopio.

La justicia cronopial se enfrenta directamente a la justicia formal de los famas y el derecho cronopial desconstruye la lógica deductiva del derecho fama, una dialéctica que tiene su punto de confluencia en el preciso momento en que los jueces cronopios cantan y los jueces fama bailan su célebre catalá/tregua/catalá, este punto de comunicación a través del arte revela que es posible reconstruir una justicia humana en base a la super-vida.

Los jueces cronopios pueden encontrar también a la justicia en medio de los campos, acariciar dulcemente sus pétalos y de pronto acostarse a su lado envuelto en una gran paz.

El final de una justicia cronopial no es sorprendente sino más bien una epifanía cotidiana, una alegoría de lo simple, como un grupo de globos verdes y húmedos flotando en un universo jurídico hecho de vertiginosas comunicaciones.

---

<sup>1</sup> Prego, Omar. La Fascinación de las Palabras: Conversaciones con Julio Cortázar. Barcelona: Muchnik Editores, 1985. Pág. 123.

<sup>2</sup> Vargas Llosa, Mario. La Trompeta de Deyá. Vid. [www.geocities.com/wongcampos/195mvlcortazar.pdf](http://www.geocities.com/wongcampos/195mvlcortazar.pdf)

<sup>3</sup> Ibidem.

<sup>4</sup> Prego, O. Op. Cit. Pág. 123.

<sup>5</sup> Prego, O. Op. Cit. Pág. 135.

<sup>6</sup> Cortázar, Julio. Historias de Cronopios y de Famas. 2da. Ed. Grupo Santillana Ediciones S.A., 2000. Pág. 131.

<sup>7</sup> Prego, O. Op. Cit. Pág. 125.

<sup>8</sup> Capella, Juan Ramón. Fruta Prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del Derecho y del Estado. 4ta Ed. Madrid: Editorial Trotta, 2006. Pág. 155.

<sup>9</sup> Cortázar, Julio. Op. Cit. Pág. 123.

<sup>10</sup> Cortázar, Julio. Op. Cit. Pág. 146.

<sup>11</sup> Cortázar, Julio. Op. Cit. Pág. 141.

<sup>12</sup> Prego, O. Op. Cit. Pág. 134.







# EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES EN ESPAÑA

FRANCISCO CARRUITERO LECCA\*

## Resumen

El control de constitucionalidad de las leyes es un mecanismo que constituye elemento medular en el forjamiento del Estado Constitucional de Derecho, toda vez que hace posible en la práctica el principio de la supremacía constitucional.

En ese sentido, el modelo español es uno de los mejores logrados, sobretudo gracias a la presencia del Tribunal Constitucional que a través de su jurisprudencia ha establecido una línea indiscutible de un sistema que privilegia ante todo las normas constitucionales. Por ello, en el presente trabajo desarrollaremos el sistema de control de constitucionalidad de las leyes en España: desde los órganos que lo ejercen hasta los mecanismos que lo hacen posible.

**Palabras clave:** Control constitucional - inconstitucionalidad - Tribunal Constitucional.

## Abstract

The control of the constitutionality of the laws is a mechanism that constitutes a medullary element in the creation of a Constitutional State of the Rights, it actually makes possible the practice of the constitutional supremacy.

In order to that, the model applied in Spain is one the best obtained, specially thanks to the presence of the Constitutional Court that through its jurisprudente established an unquestionable line that privileges the constitutional norms. For this reason, in the present article we develop the control system of constitutionality of the laws in Spain: from the organs that manage it to the mechanisms that make it possible.

**Key words:** Constitutional control - unconstitutional - Constitutional Court.

## Sumario

1. Antecedentes del control de constitucionalidad de las leyes en España.
2. El modelo de control constitucional español.
3. El rol del Tribunal Constitucional.
4. El recurso de inconstitucionalidad.
5. La cuestión de inconstitucionalidad.
6. La cuestión interna de inconstitucionalidad.
7. Conclusiones.

---

\* Doctor en Derecho y Magíster en Sociología. Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

## 1. ANTECEDENTES DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES EN ESPAÑA

La evolución del poder en Europa, durante todo el siglo XIX, se dio de tal forma que fue el Parlamento, totalmente soberano, el órgano con la última palabra en los asuntos legislativos, tanto en su aspecto formal como material. De esta manera, no estaba sometido a los límites de una Constitución, atendiendo a que esta no era una norma suprema, y a la vez, era inaceptable que los tribunales controlaran la ley.

En efecto, los primeros antecedentes del control de la constitucionalidad se encuentran en los Estados Federales de Austria y Alemania de finales del siglo XIX. Ello, por cuanto en un Estado Federal coexistían el legislador federal y los legisladores estatales, produciéndose conflictos entre las leyes dada por ambos grupos: muchas veces una ley dada por un legislador federal colisionaba contra una dada por el legislador estatal. Así, para garantizar la unidad normativa se establecieron medidas como que el Derecho Federal prevalecía sobre el estatal, lo que dio lugar a muchas críticas doctrinales sobre todo en Alemania, pidiendo que los tribunales, como verdaderos intérpretes, controlen las leyes de la federación, situación que se hizo realidad después de la Primera Guerra Mundial.

Es con Hans Kelsen<sup>1</sup>, que surge en Austria la justicia constitucional y el primer Tribunal Constitucional. Se intenta aquí defender la necesidad de control de las leyes partiendo de su propia concepción del derecho y de una pirámide normativa. Planteó que cualquier norma de rango inferior a la Constitución que vaya en contra de esta es inconstitucional, y así debe ser efectivamente declarada para poder surtir todos los efectos que correspondan. Esta tarea no es asignada a todos los jueces del Estado, es un tribunal especial, el Tribunal Constitucional, el encargado de aplicar la Constitución frente a las leyes, teniendo la facultad de derogarlas.

Sin embargo, en España durante todo el siglo XIX no existió ninguna fórmula de control de constitucionalidad de leyes; es recién en la Segunda República, con la Constitución Republicana de 1931, que se crea un Tribunal de Garantías Constitucionales. Este órgano tuvo caracteres muy politizados, por lo que al momento de la ejecución de sus sentencias, los efectos que deberían haberse sucedido se pasaban por alto, siendo que en la práctica sus sentencias no se acataban<sup>2</sup>.

Asimismo, las profundas contradicciones de la sociedad española de los años veinte y treinta desembocaron en la Guerra Civil, luego de la cual se instauró

la dictadura del General Francisco Franco, quien derogó la Constitución Republicana de 1931, dando lugar a las Leyes Fundamentales del Reino (que tuvieron vigencia hasta la aprobación de la Constitución Democrática de 1978), que no incluyeron un organismo de control de la constitucionalidad de las leyes, lo que era de esperarse debido a la ausencia de una Constitución en sentido estricto. Así, era un Tribunal Supremo el encargado de ejercer todo tipo de control legal.

En consecuencia, es con la restauración de la democracia en España, reflejada en el sistema constitucional de la Carta de 1978, que en este Estado va empezar a tener institucionalidad un efectivo control de las leyes a la luz de su correspondencia con la Constitución.

## 2. EL MODELO DE CONTROL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

Es bien sabido que el sistema europeo de control de constitucionalidad de las leyes se basa en concentrar ese poder en un solo organismo. No obstante, en el caso de España existe una jurisdicción constitucional atribuida al Tribunal Constitucional y también a los tribunales ordinarios. Las atribuciones dadas difieren en cuanto a sus alcances y efectos, pero en ambos casos, implican una observación de una norma de rango inferior a la Constitución.

En lo que corresponde a los jueces ordinarios, estos poseen la capacidad de determinar la compatibilidad de la norma o acto inferior con respecto a la norma superior, esto es denominado derecho de comprobación de constitucionalidad (*Prüfungsrecht*)<sup>3</sup>.

El Tribunal Constitucional, por su lado, posee la competencia para declarar la nulidad de una norma que no haya superado la comprobación de constitucionalidad. (*Verwerfungskompetenz*). Es de observarse que es éste el único órgano que puede ostentar la competencia de rechazo sobre las normas con rango de ley.

En el caso de que un tribunal ordinario se encuentre con una norma con rango legal, sólo tendrá disponible el derecho de comprobación, debiendo acudir al Tribunal Constitucional mediante *la cuestión de inconstitucionalidad* para que este se pronuncie, pues es el único órgano que posee la competencia de rechazo normativo. En el supuesto de que se trate de una norma infralegal, cualquier tribunal ordinario tendrá atribuidas ambas capacidades, pudiendo ejercer su competencia de rechazo normativo, inaplicándolos o declarándolos nulos, según sea el procedimiento.

Bajo estas consideraciones podemos afirmar que España posee un sistema de control constitucional que puede ser denominado concentrado, pero con atribuciones de observancia obligatoria otorgadas, a manera de control difuso impropio, a los jueces ordinarios. Existe una cierta competencia compartida del Tribunal Constitucional con otros órganos del Estado. Es tal la importancia de esta última característica, que cuando un juez observa una norma, el proceso sobre el que recae la norma mencionada se suspende hasta que el Tribunal Constitucional haya emitido la resolución en la que determina la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley.

### 3. EL ROL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La Constitución de España establece en su Título IX que el Tribunal Constitucional es uno de los órganos constitucionales, al que concretamente se confía la defensa de la Carta Fundamental en la dimensión jurídica y por métodos y formas jurisdiccionales. Así, con la aprobación de Su Majestad el Rey, desde el día 12 de julio de 1980, el Tribunal Constitucional viene ejerciendo las competencias que le imponen la Constitución y su Ley Orgánica<sup>4</sup>.

Las normas constitucionales sobre el Tribunal han sido desarrolladas con mayor detalle en la Ley Orgánica de la materia N° 2/1979, del 3 de octubre. En este cuerpo normativo, de acuerdo con la propia Constitución (Artículo 165°), se regula el funcionamiento del Tribunal, así como el estatuto de sus miembros, el procedimiento a seguir ante él y las condiciones para el ejercicio de las acciones. Asimismo, en atención de la potestad reglamentaria reconocida por su propia Ley Orgánica (Artículo 2°.2)<sup>5</sup>, el Tribunal dictó, con fecha 5 de julio de 1990, el actual Reglamento de Organización y Personal, que regula su actividad.

Un aspecto a resaltar es que en España se ha institucionalizado que el Tribunal Constitucional es el intérprete supremo de la Constitución (Artículo 1°.1 Ley Orgánica), además de ser un órgano constitucional e independiente de cualquier otro, no formando parte del Poder Judicial y sometido únicamente a la Constitución y a su propia Ley Orgánica.

Efectivamente, la Constitución y su Ley Orgánica recogen otros dispositivos sobre las sentencias del Tribunal Constitucional que guardan coherencia la calidad de máximo intérprete de la Constitución del Tribunal Constitucional. Así, se establece que las sentencias recaídas en procesos de inconstitucionalidad “tienen plenos efectos frente a todos” (Artículo

164°.1 Constitución) y “vincularán a todos los poderes públicos” (Artículo 38°.1 Ley Orgánica). Ello, como resulta lógico, implica el otorgamiento de especiales efectos a las resoluciones del Tribunal, los que suponen que su doctrina ha de informar la actividad de todos los poderes públicos.

De igual manera, es importante mencionar que las decisiones del Tribunal Constitucional no pueden ser recurridas en al ámbito interno y tienen calidad de cosa juzgada. En consecuencia, un asunto resuelto por el Tribunal, no puede volver a plantearse ante él. Sin embargo, sí se permite que problemas similares sí puedan reproducirse ante el Tribunal Constitucional, siempre que permitan actualizar su doctrina y adecuar la interpretación constitucional a la realidad histórica.

El Tribunal Constitucional está integrado por doce miembros<sup>6</sup> nombrados por el Rey. Dicha conformación es la siguiente: cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados (por mayoría de tres quintos de sus miembros), cuatro a propuesta del Senado (con idéntica mayoría), dos a propuesta del Gobierno y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial (Artículo 159°.1 Constitución).

Así también, los Magistrados del Tribunal Constitucional son elegidos por mandato constitucional entre juristas de reconocida competencia, siendo independientes e inamovibles. La duración del cargo es de nueve años sin posibilidad de reelección inmediata, sin que la Ley haya previsto límite de edad para su desempeño. Finalmente, es pertinente señalar que con el fin de asegurar la continuidad en las actuaciones del Tribunal, éste se renueva por terceras partes cada tres años (Artículo 159°.3 Constitución).

Ahora bien, respecto de las competencias del Tribunal, estas se han establecido en el artículo 161° de la Constitución y en el artículo 2°.1 de su Ley Orgánica, dentro de las que se encuentran las siguientes:

### **3.1. Control de constitucionalidad de normas con rango de ley**

Se hace a través del recurso de inconstitucionalidad y de la cuestión de inconstitucionalidad, y corresponden a las normas del Estado y de las Comunidades Autónomas. El primero es un recurso directo y abstracto, promovido por el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta Diputados o Senadores y los Gobiernos y Parlamentos autonómicos. El segundo es un recurso concreto.

### **3.2. Conflictos constitucionales**

Pueden ser entre el Estado y una o más Comunidades Autónomas o de dos o más Comunidades Autónomas entre sí; o entre órganos constitucionales del Estado. Los conflictos entre órganos constitucionales pueden enfrentar al Gobierno de la Nación, al Congreso de los Diputados, al Senado y al Consejo General del Poder Judicial entre sí, y tienen por finalidad la determinación de sus respectivas atribuciones competenciales.

### **3.3. Conflicto en defensa de la autonomía local**

Es promovido por municipios y provincias contra normas con rango de ley, estatales o autonómicas, que contravengan la autonomía local constitucionalmente garantizada.

### **3.4. Control previo de constitucionalidad de Tratados Internacionales**

Este control se da a requerimiento del Gobierno, del Congreso o del Senado. Es un procedimiento para evitar la integración en el Derecho español de normas internacionales contrarias a la Constitución. Un ejemplo de este control fue el que se desarrolló con ocasión de que España sólo podía integrar el Tratado de Maastricht si previamente se reformaba el artículo 13º.2 de la Constitución, lo que efectivamente se hizo en agosto de 1992, siendo que el caso concluyó con la Declaración N° 1/2004, donde se estableció que no hacía falta modificar la Constitución para incorporar la Constitución Europea<sup>7</sup>.

### **3.5. Recurso de amparo**

Puede ser interpuesto por cualquier persona, nacional o extranjera, física o jurídica, para proteger los derechos reconocidos en los artículos 14º al 30º de la Constitución.

Para efectos de este trabajo, estudiaremos la primera de las competencias del Tribunal Constitucional, que es precisamente la que le otorga la atribución de ser el supremo garantista de la supremacía de la Constitución sobre otras normas de rango inferior o de las leyes para hablar de inconstitucionalidad en sentido estricto. Esta primera competencia le permite al Tribunal conocer, como instancia única, los recursos de inconstitucionalidad y las cuestiones de inconstitucionalidad.

#### 4. EL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD

El recurso de inconstitucionalidad, establecido en el artículo 161°.1 de la Constitución, se configura como el primer instrumento procesal para controlar la constitucionalidad de las normas con fuerza de ley. Se caracteriza por tratarse de una acción jurisdiccional nacida precisamente con el fin de controlar la adecuación a la Constitución de las normas con fuerza de ley; se trata de una impugnación directa de la norma.

En cuanto a la legitimación, pueden interponer el recurso de inconstitucional, según el artículo 162°.1 de la Constitución española, el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta Diputados, cincuenta Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y las Asambleas de las Comunidades Autónomas. Entonces, la legitimación para recurrir directamente normas con fuerza de ley se encuentra restringida, situación que guarda coherencia con la realidad de la mayoría de los países que tiene un control concentrado de constitucionalidad de las leyes, de manera que sólo determinados órganos o instancias políticas pueden impugnar este tipo de normas; se excluye, así, que cualquier persona, distinta de las facultadas, pueda recurrir a este recurso.<sup>8</sup>

En relación con lo anterior se puede decir que la restricción de la legitimación en este extremo, radica en el deseo de evitar continuas impugnaciones de las normas que se consideran elementos básicos del ordenamiento y, consecuentemente, manifestación de la voluntad general.

Ahora bien, la legitimación constitucional, a pesar de ser restringida presenta algunos problemas. Así por ejemplo, la legitimación otorgada al Defensor del Pueblo debería, en principio, restringirse al campo de la protección de los derechos fundamentales, que es su única tarea por mandato del artículo 54° de la Constitución española. Debe recordarse que ello no limitaría sus competencias por cuanto el concepto de protección de los derechos fundamentales tiene un amplio alcance, siendo que pocas son las normas que directa o indirectamente no puedan conectarse con dicha tarea.<sup>9</sup>

Por otro lado, la legitimación que tienen cincuenta Diputados o Senadores, es un mecanismo de protección de minorías parlamentarias frente a la mayoría. También permite a las fuerzas políticas con suficiente representación parlamentaria a reaccionar frente a normas con fuerza de ley, dictadas tanto en el ámbito estatal como en el autonómico. De esta forma, se incide en el campo de la organización territorial del Estado.

Asimismo, la legitimación de órganos autonómicos, tanto ejecutivos como legislativos, es un aspecto importante del diseño de distribución territorial de poder. Recuérdese que en España existe sólo un Tribunal Constitucional, y no uno por cada Comunidad Autónoma, siendo que los conflictos de competencia legislativa son resueltos por dicho órgano a través de un recurso de inconstitucionalidad. Sin embargo, esta legitimación es la que más problemas ha planteado en la práctica. Ello, porque el artículo 32º.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, al regular esa legitimación, exige que las normas con fuerza de ley del Estado que se impugnen por los citados órganos autonómicos “puedan afectar a su ámbito de autonomía”<sup>10</sup>, lo cual evidentemente tiene un amplio alcance de interpretación.

El plazo para interponer el recurso de inconstitucionalidad es de tres meses a partir de la publicación de la norma cuestionada (artículo 33º Ley Orgánica)<sup>11</sup>. Al respecto, debe señalarse que este plazo es ciertamente muy corto, razón por la que debe garantizarse en mayor medida, la posibilidad de los ciudadanos de interponer los procesos constitucionales de tutela de la libertad contra las denominadas normas “autoaplicativas”.

El artículo 164º de la Constitución regula los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional, en general, y de las que declaran la inconstitucionalidad de las normas con fuerza de ley en concreto<sup>12</sup>. De la compleja regulación sobre la materia, cabe destacar lo siguiente:

- Las sentencias del Tribunal Constitucional despliegan sus efectos desde el día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado<sup>13</sup>.
- En el aspecto de su contenido, la declaración de inconstitucionalidad supone, según el artículo 39º.1 de la Ley Orgánica, la nulidad de los preceptos afectados. Entonces, es posible declarar una inconstitucionalidad parcial de la norma.
- El artículo 40º de la Ley Orgánica establece que la declaración de inconstitucionalidad no permite revisar procesos fenecidos mediante sentencia con efectos de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de la norma inconstitucional<sup>14</sup>.
- Es de resaltar, que considerando los problemas que puede generar en la práctica la declaración de inconstitucionalidad de una norma con fuerza de ley, el Tribunal Constitucional haya flexibilizado<sup>15</sup> en ocasiones los efectos, adecuándolos a las circunstancias del caso concreto, llegando,

incluso, a limitar sus efectos temporalmente a partir de la declaración de inconstitucionalidad, o permitiendo que la norma inconstitucional siga vigente hasta que otra norma válida la desplace.<sup>16</sup>

## 5. LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

La cuestión de inconstitucionalidad es el segundo instrumento procesal mediante el cual se puede controlar la constitucionalidad de las normas con rango de ley. Constituye un complemento del recurso de inconstitucionalidad (que permite un control directo de la norma), en tanto permite reaccionar contra la inconstitucionalidad de una norma con fuerza de ley a través de su aplicación concreta.<sup>17</sup>

En efecto, el artículo 163º de la Constitución española dispone que “cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez depende el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos”.

De esta manera, la cuestión de inconstitucionalidad es un mecanismo que permite a un juez reaccionar frente a cualquier inconstitucionalidad que pueda advertir en un caso determinado respecto de una norma con rango de ley, sin que sea necesaria la intervención de quien está legitimado para interponer el recurso directo. Además, hace posible no abrir la legitimación para recurrir normas con fuerza de ley a cualquier persona.<sup>18</sup>

La cuestión de inconstitucionalidad es una suerte de control difuso indirecto, pues los órganos judiciales actúan como filtro para hacer llegar al Tribunal Constitucional los casos de inconstitucionalidad que tengan un mínimo de fundamento y que posean una dimensión concreta y efectiva. Así, la cuestión de inconstitucionalidad hace posible vincular el monopolio de rechazo de las normas que corresponde al Tribunal Constitucional con la efectiva supremacía de la norma fundamental, que vincula a todos los órganos judiciales<sup>19</sup>.

Por ello, la cuestión de inconstitucionalidad, según sentencia del Tribunal Constitucional<sup>20</sup> configura “(...) un mecanismo de depuración del ordenamiento jurídico, a fin de evitar que la aplicación judicial de una norma con rango de ley produzca resoluciones judiciales contrarias a la Constitución por serlo la norma aplicada”.

De conformidad con el artículo 163° de la Constitución, cualquier órgano judicial puede plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, siempre que se cumplan ciertos requisitos. El presupuesto de la acción es que la duda sobre la constitucionalidad de la norma con fuerza de ley ha de surgir dentro de un procedimiento judicial<sup>21</sup>, ya sea planteada por el juez como por alguna de las partes de dicho procedimiento (Artículo 35°.1 Ley Orgánica).

Es de precisarse que para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad no basta con el simple surgimiento de la duda, por lo que se exige que esta debe de ser relevante para la decisión del proceso en que se propone, de forma que la decisión dependa de la regularidad o no de la norma cuestionada y justifique un análisis por parte del Tribunal. De igual manera, la duda sobre la constitucionalidad de la norma con rango de ley debe estar suficientemente fundamentada y motivada por el órgano judicial que eleva la cuestión ante el Tribunal Constitucional.

Como puede notarse, la interpretación de la norma y la duda de constitucionalidad son elementos íntimamente relacionados, y por tanto, motivan a que en el examen de la duda de constitucionalidad que se realiza se haga referencia a una previa interpretación de la norma y a la forma en que puede condicionar la decisión del juez sobre la posible inconstitucionalidad de la misma.

Lo anterior tiene base en que la cuestión de inconstitucionalidad cobra sentido únicamente cuando el juez se encuentra ante una discordancia entre Constitución y norma con rango de ley aplicable en el proceso, que no puede solucionar por otros medios. Esa discordancia que el juez advierte tendrá como condición una determinada interpretación de la norma que se pretende cuestionar y del precepto constitucional que se considera vulnerado, y en este sentido la interpretación en tanto presupuesto de la duda de constitucionalidad condiciona la decisión del juez respecto del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

La cuestión de inconstitucionalidad se puede interponer en cualquier proceso seguido ante un órgano jurisdiccional, sea cual sea el orden o jurisdicción. Al órgano judicial, como se ha referido, le corresponde controlar que se cumplan los requisitos legalmente exigidos: relevancia de la cuestión para el fallo y fundamentación suficiente de la duda de constitucionalidad<sup>22</sup>. Si estos requisitos no se cumplen, el órgano judicial ha de rechazar el planteamiento de la cuestión. Más aún, el órgano judicial, una vez constatado el cumplimiento de los requisitos, debe analizar la duda formulada para determinar si, por vía interpretativa, es salvable la contradicción entre norma con fuerza de ley y Constitución (Artículo

5º.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), es decir, el órgano judicial, al estar vinculado por la Constitución, debe buscar una interpretación de la norma cuestionada que la haga compatible con la Carta Constitucional, siendo que sólo si no encuentra esa interpretación o si estima que ésta es insatisfactoria, presentará la cuestión ante el Tribunal Constitucional.

Ahora bien, el planteamiento de la cuestión sólo puede hacerse una vez concluido el procedimiento y hasta antes de adoptar la resolución correspondiente (Artículo 35º.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)<sup>23</sup>. No obstante que este precepto se refiere exclusivamente a aquellos procedimientos que finalizan por sentencia, el Tribunal Constitucional ha establecido que la cuestión puede formularse también ante decisiones judiciales que adopten otra forma (auto o providencia) por tratarse de dudas que surjan en procedimientos incidentales. El requisito de tener que esperar a que el procedimiento termine tiene una doble finalidad, por un lado, el evitar que la cuestión de inconstitucionalidad sea utilizada con fines exclusivamente dilatorios, y por el otro, privilegiar la idea de que sólo estando concluso el procedimiento puede valorarse en su real dimensión la relevancia de la norma cuestionada<sup>24</sup>.

En el caso de que el órgano judicial estime que no procede plantear la cuestión de inconstitucionalidad, su resolución no puede recurrirse, sin perjuicio de que pueda volverse a suscitar la duda en posteriores instancias jurisdiccionales.

Entonces, una vez presentada la cuestión ante el Tribunal Constitucional culmina la primera fase de la cuestión de inconstitucionalidad, la que se desarrolla en el proceso original, que es donde la duda surge. A partir de allí, se abre el proceso constitucional propiamente dicho, en el que se decide sobre la validez de la norma cuestionada. Este proceso se desarrolla totalmente ante el Tribunal Constitucional y en él no participan las partes en el proceso que motivó la cuestión. Sin embargo, sus alegaciones constan, ya que se remiten junto con el auto de planteamiento de la cuestión. Al respecto, y como era de esperarse, esta exclusión de las partes del proceso original en el proceso constitucional ha sido rebatida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al menos para aquellos casos en los que se enjuicien normas con fuerza de ley de tipo singular.<sup>25</sup>

Admitida la cuestión a trámite, el procedimiento a seguir es parecido al del recurso de inconstitucionalidad. Se corre traslado al Fiscal General del Estado, a las Cámaras, al Gobierno y, cuando corresponda, a los ejecutivos y legislativos de la Comunidad Autónoma que hubiera dictado la norma cuestionada con la finalidad de que se apersonen y formulen alegaciones si lo estiman conveniente. Oídas las partes, el Pleno del Tribunal Constitucional

dicta sentencia pronunciándose sobre la constitucionalidad o no de la norma que se cuestiona. El Tribunal Constitucional notificará su decisión al juez o tribunal que planteó la cuestión para que resuelva el proceso originario.

## 6. LA CUESTIÓN INTERNA DE INCONSTITUCIONALIDAD

Algunos trabajos doctrinales apuntan a señalarlo como un verdadero amparo directo contra leyes<sup>26</sup> aunque en la práctica se ha conseguido eliminar dicha tendencia. En todo caso, tomo como base la experiencia alemana, donde se prevé un recurso directo frente a leyes pero limitado únicamente a leyes autoaplicativas, es decir, a aquellas leyes que por su publicación y sin mediar ningún acto de aplicación, lesionan derechos fundamentales de los particulares.

Así, el primer supuesto con el que debió enfrentarse el Alto Tribunal Español fue el caso de anulación del artículo 28°.2 de la Ley de Derechos Pasivos de los Funcionarios de 1966. Así, después de recurrir diversas resoluciones administrativas que le denegaban diversos derechos pasivos, un funcionario acudió mediante un proceso de amparo al Tribunal Constitucional. La razón por la que le habían denegado el beneficio de dichos derechos, consistía en que ellos eran generados en un segundo periodo de servicios a la Administración Pública, de la que fue separado por jubilación forzosa. Entonces, al ocurrir su reincorporación perdía, según el artículo 28°.2, la percepción de los derechos pasivos.

Todos los tribunales administrativos consideraron, en estricto cumplimiento de la legalidad, que no era procedente el reclamo, por lo que se denegó la petición. Ante ello, se recurrió al amparo ante el máximo Tribunal, alegándose la inconstitucionalidad de la legalidad que defendían los tribunales inferiores, pues contravenía directamente el principio de igualdad reconocido en el artículo 14° de la Constitución Española.

El Tribunal Constitucional estimó el amparo, considerando inconstitucional el artículo 28°.2. de la Ley de Derechos Pasivos. Así, la Sala, en aplicación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, resolvió el amparo mediante sentencia de fecha 6 de abril de 1981, y posteriormente elevó al Pleno la cuestión para la resolución de la inconstitucionalidad de la norma. El Pleno declaró la inconstitucionalidad sobrevenida y la consiguiente nulidad del precepto cuestionado.

Este es el primer caso en que pasaba ello gracias a la transformación de un amparo en cuestión de inconstitucionalidad. Entonces, es posible llegar a la inconstitucionalidad de una ley que viole derechos fundamentales a través de un proceso de amparo, pero no en un proceso de amparo. De esta manera,

el particular alegará la inconstitucionalidad de la ley en su amparo pero no pretenderá que la Sala que conozca del asunto emita una sentencia en la que se falle la inconstitucionalidad de la norma.<sup>27</sup>

El desdoblamiento de procesos genera que haya un repetimiento de argumentos debatidos en el proceso de amparo. La Sala prejuzga la decisión del Pleno o puede determinar una situación provisional. La norma será considerada inconstitucional hasta el momento en que el Pleno dicte sentencia, en tanto no lo haga, los tribunales ordinarios seguirán aplicando la norma.<sup>28</sup>

Ahora bien, el otro caso que podemos citar es el de la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 18 de diciembre de 1981. En dicho asunto varios particulares atacaron diversas resoluciones judiciales, a través de las que se les impidió presentarse y actuar en los juicios hipotecarios seguidos en su contra. Al igual que el caso anterior, las resoluciones emitidas por los tribunales ordinarios se encontraban apegadas a la legalidad.

Los recurrentes argumentaron la violación del artículo 24º de la Constitución que establece la tutela jurisdiccional. Solicitaron la elevación de la cuestión al Pleno para la declaración de inconstitucionalidad correspondiente.

Esta sentencia tiene relevancia porque estableció la posibilidad de atacar leyes por inconstitucionalidad, pretendiendo su anulación. Empieza la sentencia señalando la necesidad de cuestionarse si un particular puede impugnar, por inconstitucionales, preceptos legales sin acudir previamente a la cuestión de inconstitucionalidad. Después se establece que “una interpretación racional de este precepto (55º.2.) obliga a entender que la inconstitucionalidad de la ley que lesione derechos fundamentales y libertades públicas puede ser alegada por el recurrente del proceso de amparo. De este modo puede admitirse una pretensión directa de inconstitucionalidad sostenida por particulares”<sup>29</sup>.

Por su lado, el Tribunal Constitucional ha considerado a la cuestión interna, como una simple cuestión de inconstitucionalidad, pero sin lugar a dudas no es la misma figura prevista por el artículo 63º de la Constitución Española. La diferencia radica en que en un recurso de amparo por parte de las Salas del Tribunal Constitucional, y siempre que sea estimado, es potestativo para el máximo Tribunal.

Finalmente, es importante traer a colación los dos momentos procesales que vive la cuestión interna: por un lado, el amparo será resuelto por la Sala correspondiente y finalizará con la sentencia emitida por esta (el contenido se ceñirá a lo dispuesto por el artículo 55º.1), por otro lado, la cuestión planteada

al pleno se tramitará conforme al artículo 37º y siguientes como si se tratara de una cuestión de inconstitucionalidad.

## 7. CONCLUSIONES

- Con la restauración de la democracia en España, reflejada en el sistema constitucional de la Carta de 1978, empieza en este Estado un efectivo control de las leyes a la luz de su correspondencia con la Constitución. Ello evidencia la relación natural entre la democracia y el principio de supremacía constitucional.
- El mecanismo de control de la constitucionalidad de las leyes en España, si bien se basa en un control concentrado a cargo de un Tribunal Constitucional, tiene rasgos de un control difuso impropio, dada la calidad de observadores de la constitucionalidad que ejercen los jueces ordinarios.
- En el sistema de control de constitucionalidad de las leyes, el Tribunal Constitucional juega un papel medular. Por ello, es de resaltar que en España esté plenamente reconocido que dicho órgano es el intérprete supremo de la Constitución, es un órgano constitucional e independiente y no forma parte del Poder Judicial, estando sólo sometido a la Constitución y a su propia Ley Orgánica.
- El mecanismo de control abstracto de supremacía de la Constitución se encuentra garantizado por el recurso de inconstitucionalidad, siendo que a través de este, el Estado español depura su ordenamiento con la sentencia estimatoria dada por el Tribunal Constitucional, que tiene efectos erga omnes.
- De otro lado, la cuestión de inconstitucionalidad representa el mecanismo de control concreto de las normas, no logrando declaraciones generales como sucede en el recurso de inconstitucionalidad, sino que permite la emisión de un fallo, que sirve al juez ordinario para poder resolver el caso concreto. El proceso que observa la ley se suspenderá hasta que el Tribunal Constitucional emita la sentencia correspondiente.
- Entonces, la cuestión de inconstitucionalidad es una suerte de control difuso indirecto, pues los órganos judiciales actúan como filtro para hacer llegar al Tribunal Constitucional los casos de inconstitucionalidad que tengan un mínimo de fundamento y que posean una dimensión concreta y efectiva.
- La cuestión interna es otro mecanismo de control de constitucionalidad. En la práctica es un verdadero amparo directo contra leyes<sup>30</sup>. Permite

admitirse una pretensión directa de inconstitucionalidad sostenida por particulares en relación con afectación de derechos fundamentales y libertades públicas.

- A la luz del modelo de control de constitucionalidad de las leyes, del rol que desempeña el Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución, y de los mecanismos previstos para el mencionado control, se puede concluir que España ha institucionalizado un sistema que permite garantizar a los particulares y a los órganos del Estado una permanente participación en la observación de las normas a la luz de los mandatos constitucionales. Ello, hace posible una mejor consolidación del Estado Constitucional de Derecho, en tanto todos los actores del Estado y de la sociedad se encuentran comprometidos en la defensa de la Constitución.

---

<sup>1</sup> Para Kelsen el Tribunal Constitucional asume funciones legislativas, pero solamente de carácter negativo: aplicando la Constitución a un hecho concreto de producción legislativa y llegando a anular leyes anticonstitucionales no genera sino destruye una norma general, es decir, pone el *actus contrarius* correspondiente a la producción jurídica, o sea, que oficia de "legislador negativo". Kelsen, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución: la justicia constitucional*. Traducción de J.M. Ruiz Manero, Mc Graw Hill. Madrid: 1988. Págs. 109 y ss.

<sup>2</sup> El origen de la institución denominada Tribunal Constitucional tiene su origen en las antiguas Cortes de Casación, que era una desmembramiento del poder del legislador destinado a recibir los casos en los que los jueces no podían interpretar la ley en los casos de lagunas o contradicciones. La imagen de estas Cortes de Casación ha evolucionado hasta convertirse hoy en día en un tribunal más propio de la Magistratura que de la función legislativa, pero en su origen fue la desconfianza en el juez y el deseo de preservar la soberanía de la función legislativa. A. Vanossi, Jorge Reinaldo. *Teoría Constitucional: Supremacía y control de constitucionalidad*. Tomo II, 2ª edición. Buenos Aires: Depalma, 2000. Pág. 103.

<sup>3</sup> La protección y garantía de los derechos fundamentales no es una tarea única del Tribunal Constitucional, sino que los tribunales ordinarios desempeñan un papel esencial y crucial en ella. Preámbulo de la Ley Orgánica 6/2007. En su redacción original, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional carecía de Preámbulo.

<sup>4</sup> Esta norma ha constituido el instrumento indispensable para la realización de las tareas a cargo del Tribunal Constitucional y los procedimientos en ella previstos han incidido en la vida y la conciencia jurídica españolas.

<sup>5</sup> El Tribunal Constitucional podrá dictar reglamentos sobre su propio funcionamiento y organización, así como sobre el régimen de su personal y servicios, dentro del ámbito de la presente Ley. Estos reglamentos, que deberán ser aprobados por el Tribunal en Pleno, se publicarán en el "Boletín Oficial del Estado", autorizados por su Presidente. Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español.

<sup>6</sup> Artículo 5º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español.

<sup>7</sup> El artículo 93º de la Constitución Española señala lo siguiente: "Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión".

<sup>8</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Nº 5/1981, donde se estableció: "La facultad de promover el recurso de inconstitucionalidad no lo otorga la Constitución en atención a un interés propio de quienes la reciben sino en virtud de la alta calificación política que resulta de su respectivo cometido constitucional."

<sup>9</sup> Pérez Royo, Javier. *La regulación de algunos aspectos del recurso de inconstitucionalidad: su influencia sobre la naturaleza del Tribunal Constitucional en la Constitución Española de 1978*. Madrid: Tecnos, 1981. Pág. 2181 y ss.

- 
- <sup>10</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Nº 56/90. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se desprende que este precepto ha sido objeto de una interpretación evolutiva, de forma que sirve como instrumento no sólo de reivindicación de competencias que pudieran verse invadidas por normas estatales con fuerza de ley, sino también de impugnación de preceptos que puedan incidir indirectamente en esas competencias o, incluso, en intereses de la Comunidad Autónoma sin dimensión competencial concreta.
- <sup>11</sup> El recurso de inconstitucionalidad se formulará dentro del plazo de tres meses a partir de la publicación de la Ley, disposición o acto con fuerza de Ley impugnado mediante demanda presentada ante el Tribunal Constitucional, en la que deberán expresarse las circunstancias de identidad de las personas u órganos que ejercitan la acción y, en su caso, de sus comisionados, concretar la Ley, disposición o acto impugnado, en todo o en parte, y precisar el precepto constitucional que se entiende infringido. Artículo 33°.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español.
- <sup>12</sup> Artículos 38° y ss. de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.
- <sup>13</sup> Las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el boletín oficial del Estado con los votos particulares, si los hubiere. Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas. Las que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos. Artículo 164°.1 de la Constitución Española.
- <sup>14</sup> Sólo se prevé una excepción: que dicha aplicación haya supuesto una sanción penal o administrativa que no existiría o se vería reducida como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada.
- <sup>15</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Nº 45/89.
- <sup>16</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Nº 195/1998.
- <sup>17</sup> Corzo Sosa, Edgar. La cuestión de inconstitucionalidad. Madrid: CEPC, 1998. Pág. 64 y ss.
- <sup>18</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Nº 17/1981, donde se estableció que: "la cuestión de inconstitucionalidad no es una acción concedida para impugnar de modo directo y con carácter abstracto la validez de la ley, sino un instrumento puesto a disposición de los órganos judiciales para conciliar la doble obligación en que se encuentran de actuar sometidos a la ley y a la Constitución".
- <sup>19</sup> Cruz Villalón, Pedro. La formación del Sistema europeo de control de constitucionalidad. Marcial Pons. Madrid: 1987. Pág. 43. El autor denomina a este, control concreto impropio, por la semejanza con el sistema difuso o americano.
- <sup>20</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Nº 127/87.
- <sup>21</sup> Pérez, Tremps. Tribunal Constitucional y Poder Judicial. Madrid: Tecnos, 1985. Pág. 131.
- <sup>22</sup> Cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta Ley. Artículo 35°.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español.
- <sup>23</sup> El órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, o la resolución jurisdiccional que procediese, y deberá concretar la ley o norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto constitucional que se supone infringido y especificar o justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión. Antes de adoptar mediante auto su decisión definitiva, el órgano judicial oír a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e improrrogable de 10 días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, o sobre el fondo de esta; seguidamente y sin más trámite, el juez resolverá en el plazo de tres días. Dicho auto no será susceptible de recurso de ninguna clase. No obstante, la cuestión de inconstitucionalidad podrá ser intentada de nuevo en las sucesivas instancias o grados en tanto no se llegue a sentencia firme. Artículo 35°.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español.
- <sup>24</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Nº 76/1992.
- <sup>25</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Stedh Ruiz Mateos contra España, de fecha 23 de junio de 1993.
- <sup>26</sup> Urias Martínez. La cuestión interna de inconstitucionalidad. Madrid: Civitas ediciones, 1996. Pág. 58.
- <sup>27</sup> Figueruelo, Ángela. Algunos problemas que suscita la autocuestión de inconstitucionalidad. Madrid: REDC 21, 1987. Pág. 239.
- <sup>28</sup> Ibidem, Pág. 240.
- <sup>29</sup> Borrajo Iniesta. Amparo contra leyes. Madrid: RAP, 2001. Pág. 167 y ss.
- <sup>30</sup> Urias Martínez. Op. Cit. Pág. 78.

## LA TUTELA JURISDICCIONAL DEL ACREEDOR

FERNANDO VIDAL RAMÍREZ\*

### Resumen

El acreedor tiene como derecho fundamental el derecho a ser pagado. El artículo 1219° del Código Civil legisla como efecto de las obligaciones, el derecho del acreedor a la tutela jurisdiccional si el deudor no las cumple.

El presente estudio está dedicado a la interpretación del acotado artículo 1219°, en cuanto autoriza el accionar del acreedor para hacer efectiva la tutela jurisdiccional frente al incumplimiento de su deudor.

**Palabras clave:** Incumplimiento de la obligación - acreedor - deudor - indemnización.

### Abstract

The creditor has like a fundamental right, the right to be paid. Art. 1219° of the Civil Code legislates as an effect of the obligations, the right of the creditor to the jurisdictional trusteeship if the indebted one does not fulfill them.

The present study is dedicated to the interpretation of the mentioned Art. 1219° as it authorizes the creditor to make the jurisdictional trusteeship effective against his indebted one.

**Key words:** Breach of the obligation - lender - indebted - indemnification.

### Sumario

1. Antecedentes. 2. El incumplimiento del deudor como presupuesto de la tutela jurisdiccional del acreedor. 3. La tutela jurisdiccional del acreedor.

---

\* Doctor en Derecho. Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del Consejo Consultivo del Poder Judicial de Perú.

## 1. ANTECEDENTES

El acreedor, históricamente, ha sido siempre la parte fuerte de la relación jurídico-obligacional, desde los tiempos primitivos hasta que los ordenamientos jurídicos le fueron dando una protección relativa al deudor.

En el antiguo Derecho Romano, la obligatio generaba un vínculo que sujetaba de manera indelible a la persona del deudor o deudor a su accipiens o acreedor y era el deudor, con su persona, el que respondía por sus obligaciones. Si el deudor no cumplía el acreedor podía someterlo a las penas corporales más rudas, a su mutilación y hasta someterlo a la esclavitud.

La obligatio generaba, un derecho sobre la persona del deudor, un ius in personam, que, a su vez, generaba una actio in personam, siendo este el origen de la denominación de derecho personal y de acción personal, que es la denominación que, a pesar de su evolución respecto a la responsabilidad personal del deudor, es la que recibió la codificación civil desde su iniciación a fines del siglo XVIII<sup>1</sup>.

Pero el rigor del primitivo Derecho Romano se fue atenuando y el nexo personal que unía al deudor con su accipiens se fue debilitando en la medida que la responsabilidad generada por las obligaciones fue evolucionando y dejando de ser una responsabilidad personal para devenir en una responsabilidad patrimonial, según la cual el deudor ya no respondía con su persona sino sólo con sus bienes, como resultado de una progresiva y constante suavización de la condición del obligatus. Fue así como la persona fue dejando de ser el objeto de la ejecución forzada como consecuencia del incumplimiento de la obligación.

Como se sabe la tricotomía de las obligaciones que determina que sus prestaciones sean de dar, de hacer o de no hacer, tuvo su origen en Roma. Y ya, definida la responsabilidad patrimonial del deudor por obra del Pretor, la ejecución forzada por incumplimiento de la prestación de dar se dirigía para que el deudor la satisficiera in natura y, posteriormente, por el valor de la cosa que debía entregar. Y no pudiéndose ya constreñir al deudor por las prestaciones de facere o de non facere respondía pecuniariamente.

El Derecho Romano desarrolló, además, toda una temática para la imputación del deudor por la inejecución de sus obligaciones, basándola en el dolo, dolus, y en la culpa, con la graduación en culpa lata y culpa levis, o en la mora por el retardo en el cumplimiento. Dentro de la misma temática desarrolló el casus,

el caso fortuito o la fuerza mayor, como eximente de la responsabilidad por el incumplimiento.

La ejecución forzada de las obligaciones dio lugar a una diversidad de acciones, acciones, algunas de las cuales han pervivido y llegado hasta nuestros días.

Con estos antecedentes romanistas es como la codificación civil, a partir del Código Francés de 1804, ha planteado como efecto de las obligaciones el derecho del acreedor a hacer uso de las medidas legales para la obtención de las prestaciones incumplidas por el deudor o su cumplimiento in natura, por equivalencia o por otro, sin perjuicio de la indemnización de daños y perjuicios a que hubiera lugar.

La codificación civil peruana ha receptado los conceptos romanistas. El Código Civil de 1852 lo hizo en cuanto al dolo (Artículo 1238°), la culpa (Artículo 1266°) en su graduación de lata y culpa leve y aún levisima (Artículo 1267°) pero más como una advertencia al deudor que ofreciéndole tutela jurídica al acreedor (Artículo 1265°).

Con algunas modificaciones, el Código Civil de 1936 mantuvo los indicados conceptos del Código antecedente, pero la tutela jurisdiccional al acreedor la planteó de manera explícita y como efecto de las obligaciones (Artículo 1233°), siendo el antecedente de esta norma el artículo 1414° del Proyecto de Código Civil de 1890 y la ponencia de Manuel Augusto Olaechea a la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852<sup>2</sup>.

Al plantearse la reforma del Código Civil de 1936, concurrieron las ponencias de Jorge Vega García y de Felipe Osterling Parodi, así como y el Proyecto de la Comisión Revisora<sup>3</sup>, para concluir en la norma contenida en el artículo 1219°, vigente desde el 14 de noviembre de 1984:

“Es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente:

1. Emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado.
2. Procurarse la prestación, o hacérsela procurar por otro, a costa del deudor.
3. Obtener del deudor la indemnización correspondiente.
4. Ejercer los derechos del deudor, sea en vía de acción o para asumir su defensa, con excepción de los que sean inherentes a la persona o cuando lo prohíba la ley. El acreedor para el ejercicio de los derechos mencionados

en este inciso, no necesita recabar previamente autorización judicial, pero deberá hacer citar a su deudor en el juicio que promueva.

Es posible ejercitar simultáneamente los derechos previstos en este artículo, salvo los casos de los incisos 1) y 2)''.

## **2. EL INCUMPLIMIENTO DEL DEUDOR COMO PRESUPUESTO DE LA TUTELA JURISDICCIONAL DEL ACREEDOR**

El artículo 1219°, anteriormente transcrito, ha plasmado de manera general los medios por los cuales el acreedor puede hacer efectiva la tutela jurisdiccional a la que tiene derecho, siendo obvio que, para su ejercicio se requiera del incumplimiento del deudor.

El Código Civil se ha ocupado del incumplimiento del deudor y ha desarrollado su tratamiento con las normas de la inejecución de las obligaciones, que vienen a ser también las de la responsabilidad contractual. En el desarrollo de su régimen legal ha previsto la obligación de indemnizar al acreedor por los daños y perjuicios que le generen el incumplimiento, determinando la responsabilidad del deudor por dolo o culpa, pero eximiéndolo cuando el incumplimiento es por caso fortuito o por fuerza mayor, o por causa que no le es imputable, salvo que el deudor haya sido constituido en mora. De este modo, el retardo en el cumplimiento de la obligación que determina la mora o el incumplimiento por dolo o por culpa del deudor, vienen a ser los presupuestos de la tutela jurisdiccional del acreedor.

### **2.1. El retardo en el cumplimiento**

La obligación debe ser cumplida en la oportunidad convenida con el acreedor. El artículo 1240° del Código Civil establece que si no hubiese plazo pactado para el cumplimiento de la obligación el acreedor puede exigir el pago inmediatamente después de contraída. De este modo, el retardo en el cumplimiento de la obligación se configura si el deudor no la cumple inmediatamente después de contraída o si se hubiera pactado un plazo, al vencimiento del plazo.

El plazo, como se sabe, puede estar previsto en una norma legal, que opera preceptivamente o de manera supletoria, por lo que sólo a su vencimiento la obligación es exigible por el acreedor. Puede también ser consecuencia de una resolución jurisdiccional que ordena el cumplimiento de una obligación en un plazo determinado.

Pero el plazo puede ser también convencional y el Código Civil lo trata como una modalidad del acto jurídico determinada por un hecho futuro y cierto de necesaria realización, y por eso, indesligablemente vinculado al transcurso del tiempo, y por tanto, susceptible de quedar fijado por una fecha adelantadamente determinada en el pacto entre acreedor y deudor.

En el acto constitutivo de la obligación, puede no haberse señalado explícitamente un plazo para su cumplimiento, por lo que el artículo 182° permite que jurisdiccionalmente se establezca su existencia y se fije su duración, a cuyo vencimiento recién será exigible la obligación. Si el plazo ha sido pactado pero sin fijarse su duración y su determinación ha quedado a voluntad del deudor o de un tercero, la duración es también fijada jurisdiccionalmente mediante proceso de trámite sumarísimo, como lo dispone el mismo artículo 182°.

El plazo puede pactarse como plazo suspensivo o resolutorio, aunque debemos advertir que tratándose de un plazo para el cumplimiento de la obligación, el plazo a pactarse es un plazo suspensivo, que también permite al acreedor emplear los medios que considere conducentes a la cautela de su derecho, conforme a lo previsto en el artículo 178°.

El plazo se presume que ha sido pactado en beneficio del deudor, conforme a lo establecido en el artículo 179°, quien puede perder este beneficio por las causales de caducidad previstas en el artículo 181°.

La obligación puede también ser contraída bajo condición suspensiva que, al contrario que el plazo, es un hecho futuro pero incierto, en cuyo caso, el acreedor puede realizar actos conservatorios conducentes a la protección de su derecho, por así permitirlo el artículo 173° y, de verificarse la realización del hecho, la obligación será exigible.

La llegada de la oportunidad del cumplimiento de la obligación marca el momento en el que, si no es cumplida, se produce su retardo. Pero no sólo la falta de cumplimiento en la oportunidad correspondiente produce el retardo sino también cuando el cumplimiento de la obligación es parcial, pues como precisa el artículo 1220° del Código Civil, sólo puede entenderse efectuado el pago o cumplimiento cuando se ha ejecutado íntegramente la prestación en que consiste la obligación. El artículo 1221° lo complementa en cuanto dispone que no puede compelerse al acreedor a recibir parcialmente la prestación, a menos que la ley o el contrato lo autoricen, y que sin embargo, si la deuda tiene una parte líquida y otra ilíquida, puede exigir el acreedor el pago de la primera sin esperar que se liquide la segunda, la que agregamos nosotros, puede dar lugar al empleo por el acreedor de los medios legales a que se refiere el artículo 1219°.

El cumplimiento parcial de la obligación, como lo es también el cumplimiento defectuoso, pueden asimilarse al retardo en el cumplimiento, y el retardo imputable al deudor lo coloca o puede llevarlo a situación de mora.

La mora viene a ser entonces, una situación de derecho en la que se coloca al deudor por el hecho de haber incurrido en retardo en el cumplimiento de su obligación, ya sea porque está prevista en la ley o pactada en el contrato y opera automáticamente (*mora ex re*), conforme a las causales previstas en el artículo 1333° del Código Civil<sup>4</sup>, o porque el deudor ha sido intimado al cumplimiento de la obligación y no ha cumplido (*mora ex personae*). La intimación puede ser planteada por el acreedor, judicial o extrajudicialmente y constituye ya el empleo de una medida legal para que el deudor cumpla con la prestación a que está obligado.

El deudor constituido en mora, conforme a lo dispuesto por el artículo 1336° del Código Civil, responde por los daños y perjuicios que irroque por el retraso en el cumplimiento de la obligación y por la imposibilidad sobreviniente, aun cuando ella obedezca a causas que no le sea imputable, aunque puede sustraerse a esta responsabilidad probando que ha incurrido en el retraso sin culpa, o que la causa no imputable habría afectado la prestación aún si la hubiera cumplido oportunamente.

## **2.2. El incumplimiento doloso**

El incumplimiento es doloso cuando el deudor tiene el designio de inexecutar la obligación. Según el artículo 1318° del Código Civil, procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación. De este modo, el dolo queda conceptualizado en su acepción de intencionalidad, quedando trazada la diferencia con el dolo en su acepción de engaño o medio de inducción a error.

El dolo se manifiesta en una acción o en una omisión. El dolo por acción se configura en el incumplimiento deliberado de una obligación de no hacer, mientras que el dolo por omisión se configura en el incumplimiento de una obligación de dar o en una obligación de hacer.

El incumplimiento doloso obliga al deudor a indemnizar al acreedor, conforme a lo dispuesto por el artículo 1321°, comprendiendo el resarcimiento por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, tanto el daño emergente como el lucro cesante en cuanto sean consecuencia inmediata y directa del incumplimiento. Puede comprender también el daño moral conforme al artículo 1322°.

El acreedor perjudicado por el incumplimiento, si le imputa dolo al deudor, debe probarlo, por así disponerlo el artículo 1330° del Código Civil.

### **2.3. El incumplimiento culposo**

El incumplimiento es culposo cuando el deudor no tiene el propósito de inejecutar la obligación, pero la inejecuta por negligencia. La culpa, como el dolo, son elementos subjetivos que determinan la responsabilidad del deudor. El Código Civil gradúa la culpa, distinguiéndola en culpa inexcusable y en culpa leve.

La culpa inexcusable linda con el dolo. El artículo 1319° la conceptúa como una negligencia grave y la responsabilidad del deudor la equipara al incumplimiento doloso, pues el artículo 1321° lo obliga también a indemnizar al acreedor, comprendiendo el resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, tanto el daño emergente como el lucro cesante en cuanto sean consecuencia inmediata y directa del incumplimiento. Puede comprender también el daño moral, previsto en el artículo 1322°.

El acreedor perjudicado por el incumplimiento, si le imputa culpa inexcusable al deudor, debe probarla, por así disponerlo el artículo 1330° del Código Civil.

La culpa leve es considerada un atenuante en la responsabilidad del deudor. El artículo 1320° la conceptúa como la omisión de la diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y las circunstancias que corresponden a la persona del deudor, en función del tiempo y del lugar. En este caso, conforme al acotado artículo 1321°, en su segundo párrafo, si bien el deudor queda sujeto a la obligación de indemnizar al acreedor, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que la obligación fue contraída. Consideramos que no comprende el daño moral.

La culpa leve no requiere del onus probandi. La puede alegar el deudor y corresponde al órgano jurisdiccional calificarla.

## **3. LA TUTELA JURISDICCIONAL DEL ACREEDOR**

Establecidos los presupuestos de la tutela jurisdiccional, el acreedor puede acceder a ella mediante las medidas que le ofrece el artículo 1219° del Código Civil, que como ya hemos indicado, no comprende todos los mecanismos que el ordenamiento jurídico ha previsto para que ejercite su derecho a alcanzar una tutela jurisdiccional efectiva.

Es oportuno advertir que los medios legales que el artículo 1219° pone al alcance del acreedor están referidos al acreedor quirografario, esto es, del acreedor que no tiene asegurado su crédito mediante una garantía real. El acreedor prendario, hipotecario o anticrético puede ejecutar directamente el bien afectado en garantía ejercitando los derechos persecutorios y preferentes de los que goza.

El acreedor quirografario o común, frente al incumplimiento de su deudor, no tiene privilegios y sólo puede actuar mediante las vías procesales que el ordenamiento jurídico pone a su alcance para la satisfacción de su derecho creditorio.

Planteada la situación del acreedor quirografario es conveniente diferenciar la tutela jurídica de la tutela jurisdiccional. La tutela jurídica se la ofrece el ordenamiento jurídico al acreedor mediante la constitución en mora del deudor si la ha pactado como mora automática, o si requiere de la intimación, la que le plantee extrajudicialmente, pues la que plantee judicialmente es ya el empleo de un medio legal que de manera directa lo hace acceder a la tutela jurisdiccional. Le ofrece también la inserción de una cláusula penal en el contrato que genera las obligaciones para el deudor, así como el reconocimiento de la facultad de resolver extrajudicialmente el contrato, entre otros medios.

La tutela jurisdiccional se la ofrece el ordenamiento jurídico al acreedor para que inste a su deudor como efecto de la obligación que ha incumplido, por lo que vamos a detenernos en cada uno de los incisos del artículo 1219°.

### **3.1. Los medios legales a fin de que el deudor le procure al acreedor aquello a que está obligado**

El artículo 1219° inciso 1), le otorga al acreedor, de modo general y mediante la denominada acción personal, los medios legales a fin de que su deudor le procure aquello a que está obligado y llegar por esos medios a la ejecución forzada de la obligación. Se trata, entonces, de una acción de cumplimiento de la prestación en que la obligación consiste, sea de dar, de hacer o de no hacer. Pero no es así en relación a los caracteres que pueden revestir las obligaciones.

Si la obligación es de dar, hay que considerar la naturaleza y características del bien cuya entrega constituye la prestación, pues debe tratarse de un bien cierto ya que, si es un bien incierto debe ser indicado por su especie y cantidad. Si se trata de un bien fungible, como dinero u otros bienes que pueden contarse, medirse o pesarse, o de bienes no consumibles, el empleo de los me-

dios legales determinará que el deudor le procure la entrega porque el cumplimiento del dare es físicamente posible. Pero si se trata de bienes no fungibles, consumibles o que han perecido, no existe la posibilidad de su entrega por el deudor, en cuyo caso el cumplimiento del dare será por equivalencia.

Si la obligación es de hacer, el deudor puede ser forzado a cumplirla, a no ser que para ello deba emplearse violencia contra su persona, en cuyo caso el acreedor tendrá que pedir que la prestación la realice un tercero o la propia autoridad jurisdiccional ante la renuencia del obligado. Y, si la obligación de hacer tiene carácter personalísimo, esto es, que ha sido contraída intuitu personae, el cumplimiento del facere será por equivalencia.

Por último, si la obligación es de no hacer el acreedor podrá exigir la ejecución forzada y destruir lo ejecutado por cuenta del deudor, quedando cumplido el non facere, pues en caso contrario el cumplimiento del non facere será también por equivalencia.

La referencia al cumplimiento por equivalencia requiere de una precisión, pues consideramos no debe confundirse con la indemnización de daños y perjuicios, pese al criterio contrario expresado por León Barandiarán en su comentario al inciso 2) del artículo 1233° del Código Civil de 1936<sup>5</sup> y el criterio mayoritario de la doctrina nacional. El cumplimiento por equivalencia es un modo subsidiario de cumplimiento que consiste en el abono de una suma de dinero que represente el valor de la prestación originaria no cumplida y que por el incumplimiento, cualquiera que sea su naturaleza, se transforma en una prestación dineraria. Nuestro Código Civil no hace mención al cumplimiento por equivalencia y ello ha generado la confusión con la indemnización, la que en nuestra opinión, puede acumularse a la prestación dineraria equivalente a la prestación no cumplida si con el incumplimiento se han generado daños y perjuicios, los cuales son además, resarcibles.

El empleo de los medios legales para hacer exigible la obligación, mediante la tutela jurisdiccional, es la acción genérica con la que el acreedor puede acudir a la jurisdicción, utilizando los procedimientos establecidos por el Código Procesal Civil y llegar así a la ejecución forzada de la obligación, con las limitaciones que han sido expuestas.

Los medios legales así denominados por el inciso 1) del artículo 1219° del Código Civil se resumen, entonces, en la acción personal a la que se refiere el Código Civil de manera genérica y a la que nosotros preferimos denominar acción creditoria.

Ahora bien, analizada, en su generalidad, la facultad de emplear los medios legales, vamos a ocuparnos, específicamente, de otros medios con los que el acreedor puede acudir a la jurisdicción, esto es, de otras acciones que puede incoar en protección de su derecho crediticio, a las que se les conoce con un nomen iuris propio y no quedan comprendidas en el ámbito de la denominada acción personal, que nosotros, repetimos, preferimos denominar creditoria.

En primer lugar, la acción fraudatoria, que es la conocida en la doctrina como acción pauliana y que el Código Civil equivocadamente llama acción revocatoria, pese a que la legisla como una acción de ineficacia. El acreedor la entabla para que se declare la ineficacia de los actos de disposición o de gravamen realizados por el deudor y que el acreedor califica de fraudulentos. Probado el fraude y declarada la ineficacia, los bienes dispuestos o gravados por el deudor fraudador reingresan a su esfera jurídica o quedan desafectados y el acreedor puede proceder a la ejecución forzada de la obligación sobre esos bienes, salvo que hayan sido adquiridos por terceros de buena fe y a título oneroso<sup>6</sup>.

En segundo lugar, la acción de nulidad por simulación. El acreedor puede incoarla impugnando la validez del acto jurídico o el contrato que considera que su deudor ha celebrado simuladamente con la finalidad de engañarlo y generarle perjuicio. Puede incoarse por causa de simulación absoluta o de simulación relativa. Probada la simulación y declarada la nulidad del acto jurídico o del contrato, los bienes simuladamente dispuestos continúan en la esfera jurídica del deudor, de la que nunca salieron o las obligaciones simuladamente contraídas devienen en inexistentes, pudiendo el acreedor proceder a la ejecución forzada sobre los bienes simuladamente dispuestos, salvo que hayan sido adquiridos por terceros de buena fe y a título oneroso; y de ser el caso, proceder a la ejecución forzada del deudor excluyendo a los simulantes acreedores<sup>7</sup>.

Adicionalmente, pueden considerarse las acciones cambiarias generadas por el incumplimiento de las obligaciones cambiarias reguladas en la Ley de Títulos Valores, como son la acción directa, que es la que ejercita el tenedor del título contra el obligado principal y su avalista, así como contra otros garantes de la obligación si han constituido garantías reales; la acción de regreso, que es la que ejercita el tenedor del título contra los obligados solidarios y/o sus garantes; la acción de ulterior regreso, que es la que puede ejercitar el tenedor del título que ha satisfecho la obligación representada en él contra los obligados y/o garantes anteriores; la acción de repetición del garante que tuvo que satisfacer la obligación contra el obligado principal; y la acción causal, cuando se ha extinguido la acción cambiaria<sup>8</sup>.

Por último, el acreedor tiene la gama de medidas cautelares que le ofrece el Código Procesal Civil y que puede solicitar a los órganos jurisdiccionales.

Como advierte el último párrafo de la norma sub examine el empleo de estas medidas legales, dirigidas a que el deudor cumpla con la prestación a que está obligado, excluyen la posibilidad de que el acreedor pretenda procurársela por otro.

### **3.2. Procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro a costa del deudor**

El artículo 1219° inciso 2) del Código Civil faculta al acreedor a procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro, a costa del deudor. La norma plantea una facultad alternativa: el acreedor se procura la prestación o se la hace procurar por otro.

La facultad dirigida a “procurarse la prestación” es redundante, pues ella implica que el acreedor proceda a emplear los medios legales que hemos expuesto anteriormente, por lo que, por su redundancia, resulta ociosa, máxime si se toma en consideración que el inciso 2) del acotado artículo 1219° registra como antecedente el inciso 2) del artículo 1233° del Código de 1936 que sólo facultaba al acreedor a procurarse la prestación por otro.

Procurarse la prestación por otro, esto es, el cumplimiento de la obligación por persona distinta al deudor, es absolutamente viable y tiene previsión explícita en el artículo 1122° del Código Civil, según el cual puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, sea con el asentimiento del deudor o sin él, salvo que el pacto o su naturaleza lo impidan.

Como puede inferirse entonces, si la obligación es de dar y se trata de un bien cierto o de un bien incierto pero indicado por su especie y calidad, nada obsta su entrega por un tercero para dar cumplimiento al dare.

Si se trata de una obligación de hacer, que no tiene carácter personalísimo, la prestación puede ser ejecutada por persona distinta al deudor, quedando cumplido el *facere*.

Si se trata de una obligación de no hacer, la destrucción de lo hecho por el deudor puede hacerla un tercero, quedando cumplido el *non facere*.

En cualquiera de los casos expuestos y conforme al inciso 2) del acotado artículo 1219°, la procuración de la prestación por un tercero es a costa del deudor.

La procuración del cumplimiento de la prestación por otro, como lo advierte el último párrafo de la norma sub examine, excluye la posibilidad de que el acreedor pueda ya dirigirse directamente contra el deudor.

### **3.3. Obtener del deudor la indemnización correspondiente**

El artículo 1219° inciso 3), faculta al acreedor a obtener de su deudor la indemnización por los daños y perjuicios que pueda haberle irrogado con el incumplimiento de la obligación. Ya al ocuparnos de los presupuestos de la tutela jurisdiccional al acreedor nos hemos referido al incumplimiento doloso o culposo del deudor, así como a su constitución en mora, y hemos citado el artículo 1321° del Código Civil que regula la indemnización de daños y perjuicios según se haya producido por dolo del deudor o por su culpa, sea inexcusable o leve.

Los factores determinantes de la indemnización son los daños y perjuicios irrogados al acreedor por el incumplimiento de la obligación por su deudor, los cuales deben ser resarcidos. Ya hemos dejado expuesta nuestra opinión en el sentido de que la indemnización no viene a ser el cumplimiento por equivalencia de la obligación y que, por tanto, la indemnización puede acumularse a la pretensión del acreedor, de resarcirse de los daños y perjuicios que se le han irrogado.

La indemnización comprende las pérdidas generadas por el incumplimiento y las ganancias dejadas de percibir por el acreedor, todo lo cual cae dentro del concepto genérico de daño. Sin embargo, la codificación civil ha trazado la distinción del daño, daño emergens, del perjuicio, *lucrum cesans*. La distinción implica, entonces, que puede haber un daño actual o cierto, si se ha producido ya, que es el *damnum emergens*, o un daño potencial o futuro, que está por producirse, que es el *lucrum cesans*. Ambos, desde luego, son resarcibles y deben quedar comprendidos en la indemnización.

La pretensión de resarcimiento de los daños y perjuicios supone el ejercicio de una acción indemnizatoria, ejercitable en todos los casos en que haya lugar a una pretensión resarcitoria, sea por imputarse responsabilidad contractual, que es el caso de la inejecución de una obligación generada por un contrato o mas genéricamente aún, por un vínculo jurídico que le da a una de las

partes el carácter de acreedor y a la otra la de deudor, o por imputación de responsabilidad extracontractual, cuando el pretensor de la indemnización no ha estado previamente vinculado al obligado a la indemnización y el vínculo lo genera el hecho indemnizable y que, por tanto, da lugar a una amplia gama de posibilidades para accionar.

La acción indemnizatoria por inejecución de obligaciones, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, dentro del marco de la responsabilidad contractual, conlleva la carga de la prueba al acreedor, que no sólo tendrá que probar el dolo o la culpa inexcusable, sino también la cuantía de los daños y perjuicios, conforme lo dispone el artículo 1331° del Código Civil. Sin embargo, si la obligación incumplida es dineraria, conforme al artículo 1324°, el resarcimiento es mediante los intereses moratorios que se devengan automáticamente, sin que el acreedor deba probar haber sufrido daño, salvo que se hubiere pactado una indemnización por el daño ulterior, vale decir, una cláusula penal, en cuyo caso el acreedor sí tiene que probar el daño sufrido.

El último párrafo del artículo 1219° abre la posibilidad que, además del empleo de los medios legales a que se refiere el inciso 1) y a la procuración de la prestación por persona distinta al deudor, el acreedor pueda ejercitar la acción indemnizatoria.

#### **3.4. Ejercer los derechos del deudor, sea en vía de acción o para asumir su defensa**

El artículo 1219° inciso 4), faculta al acreedor a ejercer los derechos de su deudor, sea en vía de acción o para asumir su defensa, con excepción de los que sean inherentes a su persona o cuando lo prohíba la ley. Agrega que el acreedor para el ejercicio de los derechos de su deudor no necesita recabar previamente autorización judicial, pero deberá citar al deudor en el juicio que promueva.

Como puede apreciarse, la norma otorga al acreedor una doble facultad: una, para ejercer los derechos de su deudor en vía de acción y, otra, para asumir la defensa de su deudor. Ambas, con la finalidad de que el acreedor pueda hacerse pago con aquello que su deudor no pretende porque no lo exige o con aquello que es pretensión de otro acreedor sobre el deudor y éste permanece inerte. En ambos casos el medio que emplea el acreedor para hacerse pago es la acción subrogatoria, de vieja raigambre romanista y civilista.

Se le llama acción subrogatoria en razón de que el acreedor se sustituye en los derechos de su deudor y los ejercita, ya sea para dirigirse contra un deudor de su deudor a fin de que mediante la ejecución forzada obtener la satisfacción de su crédito, o para oponerse a las pretensiones de un acreedor de su deudor a fin de preservar los bienes de su patrimonio con los que él pretende hacerse pago.

Como el acreedor que puede ejercitar la acción subrogatoria es un acreedor quirografario, la integración de bienes al patrimonio de su deudor como la defensa de los bienes de su deudor, el resultado de la acción subrogatoria no le otorga ningún privilegio, por lo que pueden concurrir con el acreedor que instó subrogatoriamente los demás acreedores.

El ejercicio de la acción subrogatoria ha pasado prácticamente desaparecido en nuestro medio y la norma que pretende darle sustento ha sido criticada desde la perspectiva del Derecho Procesal<sup>9</sup>. Sin embargo, el Código Procesal Civil la complementa con la figura de la sustitución procesal y de la intervención del acreedor en un proceso en el que no es parte sino su deudor.

En efecto, el artículo 60°, con la figura de la sustitución procesal, en concordancia con la norma sub examine, faculta al acreedor a iniciar un proceso o coadyuvar la defensa del ya iniciado por el interés que tenga en su resultado. Esta intervención está además regulada en los artículos 97° y 98°, según se trate de una simple intervención coadyuvante o de una intervención litisconsorcial.

---

<sup>1</sup> Vide, del autor. En torno a las acciones y derechos personales. Lima: Gaceta Jurídica, 1999.

<sup>2</sup> Vide, Osterling Parodi, Felipe y Castillo Freyre, Mario. Tratado de las Obligaciones. Tomo IV. Págs. 28 y 29.

<sup>3</sup> Ibidem. Págs. 29, 30 y 31.

<sup>4</sup> Vide, Osterling Parodi, Felipe y Castillo Freyre, Mario. Sus comentarios al artículo 1333° del Código Civil. En: Código Civil Comentado. Tomo VI. Págs. 1000 y ss.

<sup>5</sup> Tratado de Derecho Civil. Tomo III. Págs. 248 y 249.

<sup>6</sup> Vide, del autor. El Acto Jurídico. Págs. 449 y ss.

<sup>7</sup> Vide, del autor. El Acto Jurídico. Págs. 421 y ss.

<sup>8</sup> Vide. Montoya Manfredi, Ulises. Comentarios a la Ley de Títulos Valores. Págs. 359 y ss.

<sup>9</sup> Vide. El comentario de Giovanni Priori Posada. En: Código Civil Comentado. Tomo VI. Págs. 446 y ss.

# EL PRINCIPIO DE IGUALDAD CONSTITUCIONAL Y SUS IMPLICANCIAS EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. APUNTES SOBRE LOS ARTÍCULOS 14° Y 9.2 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

MARGOTT PÁUCAR ESPINOZA\*

## Resumen

El presente estudio pretende resaltar el nexo existente entre los derechos fundamentales y el principio de igualdad, cuya evolución simultánea es además producto del intrínseco vínculo que los une desde sus orígenes. Vínculo que se ha afianzado aún más con la aparición del Estado social y con ella de los derechos sociales. Así pues, se establece que la igualdad es condición de ejercicio de los derechos fundamentales. En tal sentido, el constituyente español ha plasmado de forma unitaria las diversas vertientes del principio de igualdad: la igualdad formal en el artículo 14° y la igualdad material en el artículo 9°.2, y además ha incluido en el artículo 14° un apartado referido al principio de no discriminación. Este carácter unitario ha sido destacado en varias ocasiones por la doctrina del Tribunal Constitucional Español como tendremos ocasión de ver.

**Palabras clave:** Principio de igualdad - principio de no discriminación - derechos fundamentales.

## Abstract

This study attempts to highlight the relationship between fundamental freedom and the Equality Principle. These concepts have evolved simultaneously as a result of certain ties that have united them since their origins - ties which have grown even stronger with the advent of the Welfare State and the concomitant notion of social rights. In such a system, equality is established as a condition of the exercise of human rights. To this end, the Spanish Constituent Assembly has included the various meanings of the Equality Principle in the Constitution in a holistic manner: formal equality in article 14° and material equality in article 9°.2. It has also included in article 14 a subsection referring to the non discrimination principle. This holistic character has been pointed out on several occasions by the doctrine of the Spanish Constitutional Court, as we shall see below.

**Key words:** Equality principle - non discrimination principle - fundamental freedom.

---

\* Profesora de Derecho Constitucional del Post Grado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Doctorada por la Universidad de Salamanca - España. Master en Derecho Español por la Universidad de Valladolid - España.

### Sumario

1. El principio de igualdad y su proyección en los derechos fundamentales.
2. El principio general de igualdad y la prohibición de discriminación.
3. El principio de no discriminación y la igualdad material.
4. Las medidas diferenciadoras, ¿constituyen posiciones subjetivas?

## 1. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y SU PROYECCIÓN EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La trayectoria jurídica del principio de igualdad ha caminado a la par de la evolución de los derechos fundamentales. Por ello, ya no es posible entender el desarrollo de un derecho fundamental en su real dimensión si no se tiene presente aquellos valores y principios que la inspiran, entre ellos el de igualdad. Así pues, existe una innegable relación biunívoca entre igualdad y derechos fundamentales: no sólo la igualdad es tal, en cuanto constitutiva de los derechos fundamentales, sino que también los derechos fundamentales son tales en cuantos constitutivos de la igualdad<sup>1</sup>.

El propio Tribunal Constitucional Español ha considerado a la igualdad como condición de ejercicio de otros derechos fundamentales. En tal consideración, la ha integrado en la tutela específica de esos derechos. La igual protección de los derechos, que constituye la base del principio de igualdad, afecta a todos y cada uno de los derechos fundamentales. De esta manera, toda diferenciación injustificada de trato en un derecho fundamental es, al mismo tiempo, violación de ese derecho fundamental y lesión del principio de igualdad<sup>2</sup>.

Con el surgimiento del Estado Social y la evolución de la concepción de igualdad, se empezaron a considerar otros criterios, que dirigían su mirada no sólo al aspecto abstracto (normativo) sino también hacia las consecuencias fácticas. Es decir, a verificar si un determinado tratamiento igualitario, conducía verdaderamente hacia una igualdad real en el disfrute de determinados derechos.

El surgimiento de la dimensión material del principio de igualdad, trajo consigo la positivización de los denominados derechos económicos, sociales y culturales, los cuales se configuraron como derechos de igualdad, en el sentido de igualdad material. Esto comprende no sólo los derechos a defenderse, ante cualquier discriminación normativa, sino a gozar de un régimen jurídico

diferenciado, precisamente, en atención a una desigualdad de hecho que es la que intenta ser limitada o superada<sup>3</sup>.

## **2. EL PRINCIPIO GENERAL DE IGUALDAD Y LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN**

Además del principio de igualdad formal, el artículo 14° de la Constitución Española introduce en su segundo párrafo, el principio de no discriminación denominado también cláusula antidiscriminatoria. Su formulación en el mismo artículo se debe a que el constituyente del 78 entendió que ambos principios forman parte de solo uno: el principio de igualdad.

Desde una perspectiva amplia, se ha considerado a la discriminación como un fenómeno social<sup>4</sup>. Esto significa que su explicación excede al Derecho y a las disciplinas jurídicas tradicionalmente consideradas, y su conceptualización no se reduce a lo que los juristas entiendan por tal. Desde una perspectiva más ajustada al Derecho, la discriminación constituye una cualificación normativa negativa de dicho fenómeno social. Al igual que muchas otras categorías normativas, el ámbito de lo discriminatorio resulta elástico, pues, varía no sólo según el tiempo y el lugar sino que, incluso, aquello que en un mismo contexto puede resultar, para unos, discriminatorio, para otros, puede no serlo. Sí conviene precisar que, como valoración comparativa la discriminación admite grados. De igual modo, debemos puntualizar que nada resulta discriminatorio “por lógica” o “por naturaleza”<sup>5</sup>.

Algunos autores<sup>6</sup> consideran que en la doctrina, la idea de discriminación coincide con la infracción de la concepción originaria de la igualdad jurídica, no se refiere a los grupos o colectivos, sino al individuo<sup>7</sup>. Desde otro punto de vista, el significado de discriminación en sentido estricto incorpora la idea de que la desigualdad es consecuencia de los prejuicios, la intolerancia o el fanatismo. Estas actitudes presiden unas diferenciaciones o clasificaciones grupales entre las personas que, no por casualidad, entre los mismos juristas se suelen calificar de “odiosas”. En efecto, en la actualidad, el uso de la palabra “discriminación”, se caracteriza por designar un fenómeno que afecta a determinados grupos o colectivos, sin olvidar que el fenómeno se manifiesta generalmente a nivel individual<sup>8</sup>.

Ahora bien, aunque consideramos que el principio de no discriminación es una manifestación del principio general de igualdad de trato, en realidad su alcance es más intenso y distinto<sup>9</sup> al de la simple prohibición genérica de desigualdad de trato arbitrario. La especificidad del principio de no discriminación respecto

del principio general de igualdad de trato, reside en el sentido emancipatorio o antisegresionista de aquel frente a fenómenos sociales reales de marginación histórica muy arraigados, los cuales, tanto por las acciones de los poderes públicos como por la práctica social, han situado a determinados grupos o categorías de personas “en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de las personas”. Éste sería pues el significado de la discriminación en sentido estricto<sup>10</sup>, al cual hemos aludido en el párrafo anterior.

Otro efecto de la distinción entre el principio general de igualdad de trato y prohibición de discriminación es que, mientras el primero vincula prácticamente sólo a los poderes públicos (en sus funciones legislativa, ejecutiva y judicial) y cuya protección tiene menor alcance en el ámbito de las relaciones privadas debido a la incompatibilidad de la eficacia horizontal de este principio con la autonomía de la voluntad; la prohibición de incurrir en discriminaciones vincula también a los particulares. Las escasas excepciones que la jurisprudencia constitucional ha hecho en relación al artículo 014° de la Constitución Española, se ha producido siempre, significativamente, en materia de relaciones laborales, individuales o colectivas. Además, en algunas ocasiones han ido acompañadas de la afirmación de que tratándose de relaciones entre particulares, sólo hay discriminación cuando se emplea uno de los términos de comparación expresamente prohibidos (sexo, raza y religión, entre otros). Esto se diferencia de aquellos supuestos en los que el legislador - no directamente la Constitución - impone un deber de trato igualitario, como es el caso del artículo 512° del Código Penal.

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha establecido en reiterados pronunciamientos que “a diferencia del principio genérico de igualdad que no postula ni como medio ni como fin la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, las prohibiciones de discriminación contenidas en el artículo 14°.2 de la Constitución Española (...) imponen como fin y generalmente como medio la parificación”<sup>11</sup>. Esta vinculación entre principio de igualdad y el principio de no discriminación<sup>12</sup>, nos permitirá determinar lo que entendemos por trato jurídico diferente por un lado y discriminación por otro. En primera instancia debemos aclarar que, dentro del ámbito jurídico no toda diferencia comporta una discriminación, por ello ambos términos no pueden ser utilizados como sinónimos<sup>13</sup>, ya que actualmente ambos responden a significados diferentes<sup>14</sup>.

De este modo, hacer una diferencia implica hacer una distinción, hacer a alguien o a algo diferente o diverso de otro, sin excluirlo. Por otro lado, desde una concepción amplia que incluye también a la perspectiva jurídica, discriminar significa seleccionar excluyendo. Esto supone dar un trato de inferioridad o peyorativo a una persona o a un colectivo.

La opinión de un sector importante de la doctrina, considera que a nivel constitucional, el término “discriminación” tiene un significado amplio, y un significado estricto. El primero de estos es equivalente a toda infracción de la igualdad en sentido general, pues, vincula a la discriminación con la vertiente formal del principio de igualdad, consistente en la vulneración de la igualdad de trato formal. Y el significado estricto es el relativo a la violación de la igualdad cuando concurren algunos criterios de diferenciación prohibidos por el artículo 14° de la Constitución Española<sup>15</sup>. Ambos significados se entremezclan y confunden en la práctica jurídica<sup>16</sup> con gran frecuencia.

Es importante destacar además, la línea jurisprudencial iniciada a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional 128/87, por la que se acogería la interpretación del principio de no discriminación no sólo en relación a las exigencias de igualdad formal<sup>17</sup> (prohibición de diferencias de trato irrazonable), sino también en intrínseca relación con el mandato de eliminar la discriminación y, por lo tanto, con las exigencias de igualdad sustancial. En este sentido, la justificación de algunas medidas diferenciadoras, - que en principio contravendrían el 14°.2 de la Constitución Española - se apoyaría tanto en la cláusula general de igualdad, como en el artículo 9°.2 de la Constitución Española<sup>18</sup>. Esta interpretación es de especial relevancia para la justificación constitucional de las llamadas acciones positivas a la que nos referiremos con más detalle más adelante.

De acuerdo con lo señalado en líneas precedentes, advertimos que las causas específicas por las que se prohíbe la discriminación (artículo 14°.2 de la Constitución Española) tienen su razón de ser en “la especial valoración negativa que se ha operado con esas discriminaciones”<sup>19</sup>, dado que han sido las causas históricas por las que, con mayor frecuencia, se ha marginado tanto a personas, individualmente consideradas como a diversos colectivos<sup>20</sup>.

En relación con este punto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en reiteradas oportunidades ha exigido una justificación reforzada en aquellos casos en los que esté presente como elemento diferenciador, alguno de los rasgos especialmente mencionados en el artículo 14° de la Constitución Española. En principio, se consideraba constitucionalmente inadmisibles los tratamientos diferenciados que se funden exclusivamente en algunos de estos rasgos vedados.

En consecuencia, tales rasgos sólo podrían ser utilizados excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica. Y cuando así se haga, tendrán que superar un escrutinio estricto<sup>21</sup>, - aunque en el Derecho Español, no se le asigne

propriadamente esta denominación - consistente en la aplicación de mayor rigor en el enjuiciamiento de la legítima finalidad de la medida, así como en la exigencia de la proporcionalidad. En estos casos no bastaría con una finalidad constitucionalmente admisible, sino que ha de tratarse de una finalidad constitucionalmente deseable, basada en una habilitación constitucional expresa, conforme lo subraya Giménez Gluck<sup>22</sup>.

### **3. EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN Y LA IGUALDAD MATERIAL**

Otro punto que nos interesa es el referido a la vinculación del principio de no discriminación con la noción de igualdad material en lo que concierne a las diferencias normativas. En ello juegan un importante rol las virtualidades que el artículo 9°.2 de la Constitución Española cumple en relación con esto. Como ya lo adelantamos, la prohibición constitucional de discriminación, por características personales como signo de pertenencia a un grupo social determinado y objeto históricamente de infravaloración social, económica y jurídica se vincula estrechamente con la noción sustancial de igualdad. Esto significa que, se conecta con la idea de la eliminación de las desigualdades de hecho<sup>23</sup>. En este sentido, no discriminar implicaría, “la voluntad de eliminar los tratamientos o las situaciones discriminatorias que resultan especialmente “odiosas” para el texto constitucional<sup>24</sup>.

En primer lugar es importante subrayar al respecto, que la cláusula antidiscriminatoria contiene especificaciones que conforman casos de “igualdad normativa”. Es decir, incluye los casos en que el tratamiento igualitario viene impuesto, desde la propia disposición constitucional, la cual no se circunscribe sólo a lo indicado en el artículo 14° de la Constitución Española; sino que se irradia a todo el ordenamiento constitucional. Sin embargo, esta prohibición no es absoluta; por el contrario, tiene carácter relativo. Así lo ha estimado el Tribunal Constitucional al considerar que estos criterios representan simplemente una razón más intensa para la prohibición de la desigualdad normativa. Razón que pueda quedar superada por otras razones que en el caso tengan un peso superior. Es decir, las especificaciones del artículo 14° de la Constitución Española recuerdan que, por regla general, la raza, el sexo, la religión, etcétera, no constituyen elementos razonables para diseñar un tratamiento jurídico particular<sup>25</sup>.

En tal virtud, ni esas especificaciones del artículo 14° de la Constitución Española, ni ningún otro criterio excluyen por completo o con carácter general toda posible distinción normativa; es más, existen razones de igualdad sustancial que pueden permitir la desigualdad de iure. Entonces, cabría

aceptar que alguno de los “criterios prohibidos” opere expresamente como base de la diferenciación<sup>26</sup>; aunque no de forma exclusiva como explicaremos más adelante. De momento, es importante subrayar con Prieto Sanchís que “si no existe a priori ninguna razón que impida un trato diferenciador, tampoco debe existir ninguna razón que lo imponga”<sup>27</sup>. En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional cuando señala que “el artículo 14° de la Constitución Española no funda un derecho a exigir divergencias de trato, sino un derecho a no sufrir discriminación, esto no significa que un trato diferente no pueda venir impuesto, sino que ese trato diferente no puede ser exigido, como un imperativo de la segunda parte del principio de igualdad”<sup>28</sup>. En este punto resulta imprescindible el papel desempeñado por el artículo 9°.2 de la Constitución Española en vinculación con el artículo 14°.

En efecto, la utilización del artículo 9°.2 en el juicio de constitucionalidad del principio de igualdad jurídica tiene principalmente una misión: evitar la inconstitucionalidad que, desde la aislada consideración del artículo 14°, se deduciría de determinados tratos desiguales en las leyes. La promoción de la igualdad real recogida en la Constitución Española se incardina, así, en el juicio de igualdad como finalidad constitucionalmente admisible, capaz de convertir en objetiva y razonable una diferenciación en la norma<sup>29</sup>. En este sentido, la quiebra de la igualdad formal encontraría su justificación constitucional, precisamente al tener como finalidad: alcanzar la igualdad material.

La formidable protección jurisdiccional establecida para el artículo 14° de la Constitución Española sirve para potenciar la virtualidad jurídica de la igualdad sustancial<sup>30</sup>. A su vez a éste precepto, en su dimensión más intensa se le atribuye hacer realidad el paradigma garantista o constitucionalista, reforzando los derechos y libertades constitucionales<sup>31</sup>.

Por tanto, que lo desigual deba ser tratado de forma desigual, supone únicamente que pueden existir razones que permitan o que, valoradas todas las demás razones en pugna, impongan dicha desigualdad. No existe ningún criterio que siempre y en todo caso obligue a la diferenciación. Del mismo modo, ni siquiera los criterios del artículo 14° prohíben siempre su utilización como elemento de trato diferenciado. Así pues, tampoco existe ningún criterio que, en virtud de la igualdad, imponga siempre un trato desigual<sup>32</sup>.

Ahora bien, la vinculación del artículo 14° de la Constitución Española en relación con el artículo 9°.2 no exige del legislador, ni de los otros poderes públicos, que se abstengan de introducir discriminaciones no justificadas, tanto en

el contenido, como en la aplicación de las normas jurídicas. Por el contrario, precisa que se dicten las medidas para alcanzar la igualdad efectiva<sup>33</sup>. Precisamente, éste es el mandato constitucional formulado en el artículo 9.2. Por el mismo, los poderes públicos pueden diseñar y aplicar tratamientos diferenciados que permitan la consecución de la igualdad sustancial. Así, numerosos derechos prestacionales “son expresiones concretas de la igualdad sustancial, pues consisten en dar o en hacer a favor de algunos individuos según criterios que introducen inevitablemente desigualdades normativas”<sup>34</sup>.

De acuerdo con lo expuesto, ante determinadas situaciones, en las que la realidad social y económica coloca en una posición claramente desventajosa a un colectivo determinado (posiciones de objetiva inferioridad y de manifiesta desigualdad) no podría aplicarse el principio de igualdad formal, ya que produciría un claro efecto desigualitario. Con ello se acentuarían con mayor profundidad las diferencias que separan a determinadas categorías de individuos. En consecuencia, a fin de lograr la igualdad efectiva, el artículo 9°.2 exige un trato diferente. Por esta razón, la idea de diferenciación, supone “un complemento y un apoyo de las de generalidad y equiparación, y permite una operatividad racional del principio de igualdad ante la ley”<sup>35</sup>.

Como hemos observado, a pesar de que, en ocasiones ambas dimensiones de la igualdad (formal y material) podrían resultar contrapuestas al momento de ser aplicadas<sup>36</sup>; existen ciertos elementos que permitirían su cohesión. En efecto, el carácter igualitario inserto en el principio de igualdad en el contenido de la ley, permite su articulación con el principio de igualdad sustancial. De esta manera, el artículo 9.2 impele cierta desigualdad normativa, propugnando una idea de igualdad acorde con la definición teórica del Estado como social y democrático de Derecho. En este sentido, el artículo 14° y el 9°.2 de la Constitución Española conforman lo que Jiménez Campo ha denominado una “unidad de sentido normativo”<sup>37</sup>. Por consiguiente, ante la aplicación del principio de igualdad formal, en su acepción material de igualdad en la ley, el artículo 9°.2 de la Constitución Española aporta un contenido sustantivo que permite superar la perspectiva formal en aras de su realidad y efectividad. La interpretación integrada del artículo 14° y el artículo 9°.2 se ha articulado procesalmente mediante la imbricación del segundo (artículo 9°.2) en el juicio de razonabilidad que utiliza al primero (artículo 14°) como parámetro de constitucionalidad.

De acuerdo con lo expuesto, la interpretación que realiza el Tribunal Constitucional del artículo 14° en relación al artículo 9°.2 de la Constitución Española, supone la superación de la hipotética contradicción entre el

principio de igualdad y la acción positiva (formulada por el legislador) tendente a corregir las diferencias producidas en la sociedad. Por ello, no podrán reputarse de discriminatorias, sino por el contrario, tendentes a conseguir la igualdad efectiva a aquellas acciones “de favorecimiento, siquiera temporal, que los poderes públicos emprendan en beneficio de determinados colectivos, históricamente preteridos y marginados, a fin de que mediante un trato especial más favorable vean suavizada o compensada su situación de desigualdad sustancial”<sup>38</sup>.

#### **4. LAS MEDIDAS DIFERENCIADORAS, ¿CONSTITUYEN POSICIONES SUBJETIVAS?**

Teniendo en cuenta estas imbricaciones (entre los principios de igualdad formal, no discriminación e igualdad material), debemos cuestionar si las medidas diferenciadoras pueden formularse como posiciones subjetivas amparadas por el derecho fundamental a la igualdad ¿Bastaría con invocar los artículos 9°.2 y 14°, y sin ninguna mediación legislativa? Es decir, la cuestión es saber si desde estos preceptos se puede formular un específico derecho de igualdad material. Rodríguez Piñero es partidario de la idea de que desde estas posiciones sí es posible construirse tal derecho. Para ello se apoya no sólo en el artículo 9°.2, sino también en el propio artículo 14°, segundo inciso de la Constitución Española<sup>39</sup>. Pietro Sanchís coincide con esta postura, pero añade algunas matizaciones, pues considera que un reconocimiento abierto o general parecería inviable. Uno de los supuestos<sup>40</sup> se hace efectivo cuando la igualdad material viene apoyada por un derecho fundamental prestacional directamente exigible, como es el caso de la educación gratuita, según menciona el citado autor.

Los derechos de este tipo, ya entrañan en sí mismos una decisión constitucional respecto de la urgencia o exigibilidad de determinados requerimientos de igualdad de hecho. Es decir, a efectos de la exigibilidad de este derecho fundamental –según aprecia este autor- no existe necesidad de invocar el artículo 9°.2. de la Constitución Española. Sin embargo, el carácter de mandato constitucional y de norma programática<sup>41</sup> que define a este precepto lo hace importante a la hora de establecer los perfiles de desarrollo legislativo. En tal sentido, corresponde al legislador la tarea de concretar cuáles son estas prestaciones. De esta forma, la plasmación y desarrollo de estos derechos encuentran en dicho precepto un indudable respaldo constitucional, que ofrece cobertura al legislador a fin de que éste diseñe cuáles son las desigualdades jurídicas o formales necesarias para satisfacer las exigencias de la igualdad sustancial.

Debemos considerar también, que los tribunales utilizan su el alcance hermenéutico<sup>42</sup>, por lo cual no sólo estamos ante un principio limitador de la actividad de los poderes públicos; sino también ante un promotor de dicha actividad. Así, el principio de igualdad resulta ser, un estándar básico a la hora de definir y testar la legitimidad de las políticas públicas legislativas, económicas, sociales y de cualquier otro orden. En consecuencia, se necesita, rechazar una concepción restringida de la idea de igualdad que se concentre exclusivamente en la igualdad de la ciudadanía democrática y deje fuera la idea de la igualdad como condición o expectativa de vida.

De este modo, no resulta casual que en el ámbito legislativo se contemple el artículo 9°.2 de la Constitución Española con la finalidad de promover la igualdad y desterrar, así mismo, algunos aspectos discriminatorios que pudieran existir. Concretamente, este principio de igualdad se despliega con mayor énfasis en la elaboración de las leyes y demás normas del ordenamiento jurídico. Baste para ello revisar la normativa de desarrollo constitucional. Y a nivel jurisdiccional, las invocaciones alegadas con respecto a la igualdad se refieren generalmente a supuestos de discriminación mencionados en el artículo 14° de la Constitución Española o inferidos de ella como es el caso de las minusvalías<sup>43</sup>.

En este orden de ideas, si bien es cierto que los artículos 14° y 9°.2 no amparan directamente posiciones iusfundamentales de igualdad de hecho, lo hacen con un carácter fragmentario que exige el concurso de otras razones, esto es de otros derechos o de la propia igualdad formal. También es cierto que el artículo 9°.2 contiene además, como ya lo hemos adelantado, una norma de programación final, hecho que refuerza su eficacia hermenéutica. Esto es apreciable en la interpretación de la faceta prestacional de algunos derechos fundamentales como el de la educación (Sentencia del Tribunal Constitucional 86/85). De lo expuesto deducimos que el artículo 9°.2 de la Constitución Española impulsa una cierta desigualdad normativa y propugna una idea de igualdad acorde con la actual definición normativa del Estado social y democrático.

Precisamente, por esta razón nos hemos detenido en lo relacionado con la configuración constitucional de la igualdad. Pues el marco constitucional nos es útil a la hora de interpretar este principio en relación con los derechos fundamentales y sirve a su vez como marco jurídico a la hora de legislar sobre determinada materia, (esto incluye, sin duda, el límite que impone la igualdad a la tarea del legislador).

Ahora bien, en el contexto de un Estado constitucional denominado Estado social y democrático, la sociabilidad del Estado – por supuesto sin prescindir

del aspecto democrático-, tiene una doble dimensión. En primer término, la de vinculación social del Estado. Esto implica, el deber jurídico de los poderes públicos, de actuación positiva y la tarea de velar por la mayor adecuación de las instituciones de carácter social a las necesidades y aspiraciones colectivas. Y segundo, la referencia social a los derechos fundamentales. Esto establece la responsabilización del Estado en orden a asegurar el disfrute efectivo por el mayor número posible de ciudadanos de las posiciones jurídicas aseguradas por ellos<sup>44</sup>.

Lo expuesto subraya, por una parte, lo relativo al carácter de norma jurídica que tiene este precepto. Esto proporciona un contenido específico al carácter social que se le atribuye al Estado. Además, debemos destacar aquellas otras dimensiones del Estado social referidas no sólo a su teorización doctrinal, sino también a su categoría académica y analítica de las realidades estatales; así como a su positivización constitucional y al juego normativo y jurisprudencial que ha generado. En este sentido, el alcance de esta cláusula incluye el reconocimiento de su vinculación a los poderes públicos, principalmente, su carácter interpretativo y de proyección sobre el resto del ordenamiento jurídico, así como el factor de parámetro de constitucionalidad, cuyo desconocimiento activa los mecanismos correspondientes restauradores de la primacía del legislador<sup>45</sup>.

No obstante, conviene tener presente que la imposición en la práctica del Estado social es una tarea que corresponde fundamentalmente al legislador. Ésta debe ser interpretada conforme a los cánones establecidos por la norma fundamental. Cabe decir, sin embargo, que en este contexto no sólo el artículo 14° de la Constitución Española, sino muchos otros preceptos constitucionales deben adquirir un nuevo y distinto sentido al ser reinterpretados desde la perspectiva del artículo 9°.2 de la Constitución Española<sup>46</sup>.

Además, sucede que, según creemos, el artículo 9°.2 tiene una fuerte carga jurídica y política. Pero es, sustancialmente una carga habilitadora a los poderes públicos, que legitima y hace constitucionalmente inatacables una multiplicidad de políticas intervencionistas, reguladoras y redistribuidoras, con fuerte capacidad de transformación del modelo socio-económico. El precepto tiene una profunda densidad jurídica en esta dimensión “habilitadora”. En este aspecto la palabra no la tiene el derecho constitucional sino el legislador democrático. Desde esta perspectiva, no cabe duda que el principio de igualdad deja abierto un ancho campo de libre configuración legislativa. Es decir, abre un panorama donde tratamientos iguales y desiguales resultan simultáneamente lícitos o admisibles<sup>47</sup>.

En suma, todo lo expuesto no lleva a subraya una vez más que en tanto principio jurídico-constitucional, la igualdad no sólo se proyecta sobre el texto constitucional sino sobre todo el ordenamiento jurídico.

En tal virtud, su eficacia es válida como norma jurídica informadora y hermenéutica, máxime si ésta viene matizada y modulada por el artículo 9°.2 de la Constitución Española.

- 
- <sup>1</sup> Una forma de observar los derechos fundamentales consiste en entender que “todos” son igualmente titulares del mismo. Así, “Las dimensiones de la igualdad dependen, de un lado, de la extensión de la clase de sujetos (“todos”) a que se refiere la igualdad; del otro, de la cantidad de los derechos que les son reconocidos y garantizados de forma universal”. De este modo, ambos aspectos, universalismo de los derechos fundamentales e igualdad jurídica, son exactamente la misma cosa. En este sentido, “de cualquier modo, la igualdad jurídica no será nunca otra cosa que la idéntica titularidad y garantía de los mismos derechos fundamentales independientemente del hecho, e incluso precisamente por el hecho, de que los titulares son entre sí diferentes”. Ferragioni, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999. Pág. 82.
- <sup>2</sup> Pérez Luño, Antonio Enrique. Dimensiones de la igualdad material. *Anuario de Filosofía del Derecho*. Volumen IV, 1987. Págs. 233-285.
- <sup>3</sup> Como observa Pérez Luño, ni en el plano de la fundamentación, ni en el de la formulación, ni en el de la tutela, procede trazar una separación estricta entre derechos civiles y sociales. Pérez Luño, Antonio Enrique. El concepto de igualdad como fundamenta de los derechos económicos, sociales y culturales. *Anuario de Derechos Humanos*. Num. 1, Año 1981. Págs. 172- 200.
- <sup>4</sup> Se trata de un fenómeno social amplio y complejo, que coloca a las personas contra las que se ejerce en una situación de marginación sistemática, histórica y socialmente muy arraigada. Es un fenómeno estructural e institucional en el que inciden factores muy diversos (actitudes, prácticas tradicionales, prejuicios consolidados, etcétera). Los impedimentos, al desarrollo resultan de un conjunto de prácticas sociales cotidianas muy complejas que incluyen, normas, hábitos, símbolos y presupuestos no cuestionados. Young, I. M. *La justicia y la política de la diferencia*, Álvarez, S. (traduc.) Cátedra, Madrid, 2000. Págs. 68 y 69. Cap. II. Pág. 71 y ss. y págs. 258-286.
- <sup>5</sup> Barreré Unzueta, María Ángeles. *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*. Madrid: Civitas, 1997. Pág. 20.
- <sup>6</sup> Alonso García, Enrique y García Mejía, Pablo. *Igualdad y no discriminación. El derecho a la igualdad*. *Derecho Constitucional III*. Compilador: Manuel Aragón Reyes. Madrid: Iustel, 2003.
- <sup>7</sup> *Ibidem*.
- <sup>8</sup> Barreré Unzueta, M<sup>a</sup> Angeles. *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*. Op. Cit. Pág. 22.
- <sup>9</sup> Rodríguez manifiesta que al principio la jurisprudencia constitucional fue algo vacilante en cuanto al significado propio del segundo inciso del artículo 14° de la Constitución Española. Pero, posteriormente el Tribunal Constitucional dará a esta cláusula antidiscriminatoria un sentido más intenso, entendiendo como una “interdicción de tener en cuenta aquellos criterios de diferenciación (nacimiento, raza, sexo, etc.) que el precepto expresamente menciona” (STC 83/1984). Se admite de esta manera, que esta cláusula antidiscriminatoria tiene un significado adicional propio respecto al principio general de igualdad. Es decir, tiene una operatividad propia, que responde a un mandato de paridad y de irrelevancia de esa circunstancia en el establecimiento de diferencias de trato. Ello permitirá deducir del precepto constitucional un derecho fundamental a la no discriminación, o incluso, completado con otros preceptos, un derecho a ser protegido contra la discriminación. Rodríguez Piñero Bravo-Ferrer, Miguel. *Nuevas dimensiones de la igualdad: no discriminación y acciones positivas*. *Persona y Derecho*. Num. 44, 2001. Pág. 219-242.
- <sup>10</sup> Rodríguez Piñero la llama también discriminación camuflada, disimulada o no ostensible. Rodríguez Piñero, Miguel y Fernández López, María Fernanda. *Igualdad y discriminación*. Madrid: Tecnos, 1986. Pág. 162-165.

Margott Páucar Espinoza  
El principio de igualdad constitucional y sus implicancias en los derechos fundamentales.  
Apuntes sobre los artículos 14° y 9°.2 de la Constitución Española de 1978

- 
- <sup>11</sup> SSTC 229/1992, de 14 de diciembre, 75/1983, de 3 de agosto, 209/1988, de 10 de noviembre, 126/1997 de 3 de julio, 2000/2001, de 4 de octubre, 161/2004, de 04 de octubre.
- <sup>12</sup> Esta correspondencia entre el principio de no discriminación y la igualdad jurídica parte del hecho de que esta cláusula contiene especificaciones que constituyen los casos de "igualdad normativa". Es decir, casos en que el tratamiento igualitario vienen impuestos, no desde la racionalidad argumentativa, sino desde la propia disposición constitucional. Igualdad que no se circunscribe a lo indicado en el artículo 14° de la Constitución Española. Carrasco Perera, Ángel. El principio de no discriminación por razón de sexo. En: Revista Jurídica de Castilla- La Mancha. Num. 11-12, 1991. Pág. 28.
- <sup>13</sup> Voz "Discriminación", Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española, Vigésima Segunda Edición 2001, Tomo I. Pág. 833. Diccionario del uso del español. Moliner María. Tomo I, 2ª edición. Madrid: E. Gredos, 1999. Pág. 1011.
- <sup>14</sup> Garriguez Domínguez, Ana. Igualdad, discriminación y diferencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Derechos y Libertades. Num. 10, 2001. Pág. 53-104.
- <sup>15</sup> Ruiz Miguel destaca cómo la fórmula elegida por el artículo 14° de la Constitución Española, supone adoptar un concepto restringido de discriminación. Pues ya que la interdicción de discriminación de dicho precepto prohíbe algo distinto de la simple desigualdad, se trata de un tipo especial de desigualdad que se caracteriza "por la naturaleza generalmente odiosa del prejuicio social descalificatorio, que tiende a tomar como objeto de persecución un rasgo físico o cuasifísico hasta afectar de manera gravísimamente injusta a la dignidad y, por tanto, a la igualdad más básica de los portadores del tal rasgo". Ruiz Miguel, Alfonso. La igualdad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho. Num. 19, 1996. Pág. 53.
- <sup>16</sup> El Tribunal Constitucional utiliza con frecuencia el término discriminación con este significado genérico, es decir como sinónimo de desigualdad de trato arbitraria, injustificada o no razonable, independientemente cuál sea el criterio de diferenciación utilizado. Esto no implica que utilice también la discriminación en sentido estricto, precisamente a partir de la STC 22/81, de 2 de julio, cuyo tercer fundamento jurídico recoge de forma expresa la doctrina del Tribunal Europeo. A ella se remiten muchas otras sentencias posteriores.
- <sup>17</sup> El propio Tribunal Constitucional a partir STC 128/87 comenzó a distinguir los dos incisos del artículo 14° de la Constitución Española. Este hecho ha marcado un cambio decisivo en la interpretación de este precepto constitucional, y en particular, de las prohibiciones específicas de discriminación contenidas en el mencionado precepto. Esta distinción, ya constituye una línea jurisprudencial consolidada.
- <sup>18</sup> En el ámbito doctrinal esta interpretación es mantenida por Rodríguez Piñero, Miguel y Fernández López, María Fernanda. Igualdad y discriminación. Pág. 17-19, 64-78, 232-247.
- <sup>19</sup> Alonso García, Enrique. El principio de igualdad del artículo 14° de la Constitución Española. En: Revista de Administración Pública. Num.100-102, enero-diciembre, 1982. Pág. 71.
- <sup>20</sup> El artículo 14° de la Constitución Española, señala el Alto Tribunal, establece "en su primer inciso una cláusula general de Igualdad de todos los españoles ante la Ley. Pero a continuación procede a referirse expresamente a una serie de prohibiciones de motivos de discriminación concretos. Esta referencia constitucional expresa no implica (...) la creación de una lista cerrada de supuestos de discriminación, pero sí representa una explícita interdicción de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los Poderes Públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10° de la Constitución Española". STC 128/1987, de 16 de julio.
- <sup>21</sup> En la jurisprudencia constitucional norteamericana se habla del método del *strictum scrutiny* que son aplicables a los casos de discriminación inversa.
- <sup>22</sup> Esta es la opinión de Giménez Gluck, David. Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa. Valencia: Tiran lo Blanch, 1999. Pág. 171.
- <sup>23</sup> En efecto, el precepto constitucional que prohíbe la discriminación ha venido siendo interpretado sistemáticamente con otros preceptos constitucionales, en particular con el 9°.2 de la Constitución Española que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva. En otras palabras, este último aspecto de la interdicción de discriminación conlleva necesariamente un mandato de parificación que conecta directamente con el artículo 9°.2 de la Constitución Española. A diferencia de la igualdad jurídica que no postula ni como fin ni como medio, la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia de trato legal, "las prohibiciones de discriminación, en cambio, imponen, como fin y generalmente como medio, la parificación del trato legal". (STC 126/1997, de 3 de julio). Al mismo tiempo, implica "un juicio de irrazonabilidad de diferenciación ya establecido" ex Constitución" (STC 229/1992, de 14 de diciembre).

- <sup>24</sup> Asimismo, esta conexión permitirá ampliar y enriquecer la propia noción de discriminación. La misma incluirá no sólo la noción de "discriminación directa (...) sino también la noción de discriminación indirecta que incluye los tratamientos formalmente no discriminatorios de los que derivan, sin embargo consecuencias desiguales perjudiciales, que discriminan". A esto se refiere la STC 286/1994, del 27 de octubre que se pronuncia sobre tratos diferentes entre trabajadores de diversos sexos. En la discriminación indirecta "que debe entrar a analizar, en concreto, si lo que aparece como una diferenciación, formalmente razonable, no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al artículo 14° de la Constitución Española". Una clara diferenciación entre ambos tipos de discriminación es realizada por Rey Martínez, Fernando. El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo. Madrid: Mc Graw Hill, 1985. En la doctrina alemana véase la obra Kalisch, Ines. Die Entwicklung des Verbots der mittelbaren Diskriminierung wegen des Geschlechts im Sozialrecht. Frankfurt am Main, 1999.
- <sup>25</sup> Prieto Sanchís, Luis. *Ley, principios, derechos*. Instituto de Derechos Humanos, Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Dykinson. Madrid, 1998. Pág. 88.
- <sup>26</sup> Sobre las razones que justifican una diferenciación dentro del marco del principio de igualdad y su relación con la discriminación positiva, véase Ruiz Miguel, Alfonso. *Discriminación Inversa e igualdad*. Valcárcel, Amelia (comp.). El concepto de igualdad. Madrid: Ed. Pablo Iglesias, 1994. Pág. 77-91. Sierra Hernández, Elisa. *Acción positiva y empleo de la mujer*. Colección Estudios. Madrid: 1999. Rey Martínez, Fernando. La discriminación positiva de las mujeres (comentario a la sentencia del TJCE de 17 de octubre de 1995 caso Kalanke). En: *Revista española de derecho constitucional*. Num. 47, Año 1996. Pág. 309-332. Rubio Llorente, Francisco. La Igualdad en la jurisprudencia del TC. Introducción: En: *Revista española de derecho constitucional*. Num. 31, Año 1991. Pág. 9-36. Rodríguez Piñero, Miguel. *Acción positiva, igualdad de oportunidades e igualdad de resultados*. En: *Revista de Relaciones Laborales*. Num. 13, 1996. Pág. 1-10.
- <sup>27</sup> Prieto Sanchís, Luis. *Ley, principios, derechos*. Instituto de Derechos Humanos, Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Dykinson. Madrid: 1998. Pág. 89.
- <sup>28</sup> En sentido similar, la STC 166/86, de 19 de diciembre.
- <sup>29</sup> Montilla Marcos, José Antonio. El mandato constitucional de promoción de la igualdad real y efectiva en la jurisprudencia constitucional. Su integración con el principio de igualdad. En: *Estudios de Derecho Públicos (Homenaje a Juan José Ruiz - Rico)*, Vol. I. Madrid: Tecnos, 1997. Pág. 462. También la jurisprudencia constitucional respalda esta postura. Así, la STC 170/1988, de 29 de septiembre o la STC 33/1991, de 14 de febrero.
- <sup>30</sup> Giménez Gluck, David. Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa. Valencia: Tiran lo Blanch, 1999. Pág. 49.
- <sup>31</sup> Tal obligación le correspondería a los poderes públicos. Según anota Moreneo. La cláusula transformadora: el Principio de igualdad de oportunidades. Moreneo. La constitución socio-económica. Op. cit. Pág. 132 y ss.
- <sup>32</sup> Prieto Sanchís, Luis. *Ley, principios, derechos*. Instituto de Derechos Humanos, Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Dykinson. Madrid, 1998. Pág. 89.
- <sup>33</sup> En general, la doctrina ha concebido a la igualdad material como igualdad efectiva. Es decir, la considera igualdad en las condiciones reales de existencia, la cual se identifica con la igualdad y el equilibrio de bienes y situaciones económicas y sociales. Este aspecto, supone la reinterpretación de la igualdad en el Estado social y democrático de Derecho, en relación con el Estado liberal que le precedió. Pérez Luño, Antonio Enrique. Dimensiones de la Igualdad material. En: *Anuario de Derechos Humanos*. Num. 3, 1984-1985. Pág. 233-285.
- <sup>34</sup> Prieto Sanchís, Luis. *Ley, Principios, derechos*. Instituto de Derechos Humanos, Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson. Madrid, 1998. Pág. 81.
- <sup>35</sup> Pérez Luño, Antonio Enrique. El concepto de Igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales. Op. cit. Pág. 268. Este autor destaca que la Igualdad garantizada por el artículo 14° de la Constitución Española no es el límite sino el presupuesto necesario; pero no suficiente de la igualdad real y efectiva del artículo 9°.2 de la Constitución Española.
- <sup>36</sup> En lo referente a la posible contraposición que pudiera existir entre igualdad formal e igualdad material, como parte del mismo principio constitucional. Alexy, Robert manifiesta que al fijarse la igualdad jurídica sólo en el tratamiento jurídico y no en sus consecuencias fácticas, puede ser aplicado con mucha mayor facilidad que la igualdad de hecho. Mientras que, cuando se persigue la igualdad sustancial, ha de justificarse que efectivamente las medidas normativas de diferenciación sean capaces de apuntar hacia una igualdad de hecho en el ámbito vital que se considere relevante. Además, señala que el principio de igualdad de iure puede ser aplicado con mucha mayor facilidad y certeza que el de igualdad de hecho, en tanto que la primera de éstas sólo apunta al acto de tratamiento en tanto tal y no debe considerar sus

- 
- múltiples efectos. Alexy, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid: 2001. Págs. 405 y 412.
- <sup>37</sup> Partiendo del hecho de que nos encontramos ante dos conceptos distintos, con exigencias específicas, se trata de “integrar” en unidad de sentido normativo significados políticos que han ido formándose a lo largo del tiempo con una dinámica propia y, a menudo, conflictiva”. Jiménez Campo, Javier. La igualdad jurídica como límite frente al legislador. REDC, Num. 3, septiembre-diciembre 1983. Pág. 72.
- <sup>38</sup> STC 216/1991, de 14 de noviembre. En idéntico sentido la STC 28/1992, de 9 de marzo.
- <sup>39</sup> En el ámbito doctrinal esta interpretación es mantenida por Rodríguez Piñero, Miguel y Fernández López, M. F. Igualdad y discriminación. Págs. 17-19; 64-78, 232-247.
- <sup>40</sup> Según Prieto Sanchís, los otros casos en los que se daría esta situación serían: cuando una pretensión de igualdad sustancial concurre con otro derecho fundamental, aun cuando no sea de naturaleza prestacional y cuando una exigencia de igualdad material viene acompañado por una exigencia de igualdad formal. Prieto Sanchís, Luis. Ley, principios y derechos. Op. cit. Pág. 92-94.
- <sup>41</sup> La mayor parte de la doctrina ha postulado la incapacidad del artículo 9°.2 de la Constitución Española de imponer obligaciones de naturaleza prestacional, y ello no sólo por razones de ubicación sistemática. Prieto Sanchís, Luis. Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial. En: Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Num. 22, 1995. Pág. 9-58
- <sup>42</sup> Carmona Cuenca, Encarnación. El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En: Revista de Estudios Políticos. Num. 84, abril-junio, 1994. Pág. 265-286; Gonzáles Salinas, Pedro. Protección constitucional del principio de igualdad. En: Revista Española de Derecho Administrativo. Num. 36, enero marzo, 1993. Pág. 75-99; López Rodó, Laureano. El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En: Revista de Administración Pública. Num. 100-102, enero-diciembre. Vol. I, 1983. Pág. 331-345.
- <sup>43</sup> Ambos ámbitos se corresponden con lo que Barreré Unzueta ha identificado como dos tipos de actuaciones normativas. Así, esta autora señala: La primera se corresponde con aquellas actuaciones encaminadas a identificar o detectar la discriminación: las mismas se labor fundamental del poder judicial (más concretamente del Tribunal Supremo, a través de la elaboración de mecanismos de constitucionalidad de las leyes y de los conceptos de discriminación directa e indirecta) y las últimas están dirigidas a eliminarlas. Éstas forman parte del concepto de acción afirmativa, serían obra de los poderes normativos en sentido estricto (originaria y fundamentalmente de la Administración) Problemas del Derecho antidiscriminatorio: subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades. Barreré Unzueta, María Ángeles. Revista Vasca de Administración Pública, Num. 60, 2001. Pág. 149.
- <sup>44</sup> Parejo Alfonso, Luciano. Estado Social y Administración Pública. Madrid: Civitas, 1983. Pág. 34 y 35.
- <sup>45</sup> García Herrera, M. A. y Maestro Buelga, G. Regulación Constitucional y posibilidad del Estado social. En: Revista Vasca de Administración Pública. Num. 22, 1988. Pág. 93. y López Guerra, L, J. De Esteba. L. López Guerra. El Régimen Constitucional Español. Vol. I. Barcelona: 1980. Pág. 314.
- <sup>46</sup> A Gaggera Morales. El Estado Español como Estado social y Democrático de derecho. Madrid: 1984. Pág. 218.
- <sup>47</sup> Pietro Sanchís, Luis. Ley, principios. Op. cit. Pág. 87.







# LA LEGITIMIDAD DEL PRINCIPIO DISCURSIVO Y SU ENTRELAZAMIENTO CON LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. UN ANÁLISIS A PARTIR DE LA TEORÍA HABERMASIANA\*

GERARDO A. DURANGO ÁLVAREZ\*\*

## Resumen

El interés principal de este artículo es analizar la propuesta de fundamentación de los derechos fundamentales esbozada por Habermas a partir de la teoría de la acción comunicativa, de la democracia deliberativa y de la reconstrucción del derecho moderno que este autor propone desde el principio discursivo y el paradigma discursivo del derecho. Por consiguiente, la pretensión es la de explorar la conexión entre derechos fundamentales, espacios públicos formales e informales de participación y un modelo deliberativo de “democracia constitucional deliberativa” que Habermas establece a partir de varios de los supuestos y elementos que articulan su teoría de la acción comunicativa y, de un modo más preciso, su principio discursivo como búsqueda y fundamentación tanto de derechos como de espacios comunicativo-normativos.

**Palabras clave:** Principio discursivo - derechos fundamentales - validez de la norma.

## Abstract

The main interest of this article is to analyze the proposal of foundation of the fundamental rights sketched by Habermas starting over the theory of the communicative action, of the deliberative democracy and of the reconstruction of the modern right that this author proposes from the beginning of discursive and the discursive paradigm of the law. Consequently, pretend to explore the connection among fundamental rights, formal and informal public spaces of participation and a deliberative model of ‘deliberative constitutional democracy’ that Habermas settles from several suppositions and elements that articulate its theory of the communicative action and, in a more precise way, its discursive principle as search and founding as much of right as communicative-normative spaces.

**Key words:** Discursive principle - fundamental rights - validity of the norm.

---

\* En este artículo se esbozan algunas ideas desarrolladas en el Capítulo I del libro del autor: Derechos Fundamentales y Democracia Deliberativa. Temis/Universidad de Medellín, 2006.

\*\*Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid - España. Maestría en Filosofía del Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Profesor Investigador de la Universidad Nacional de Colombia, Sede Medellín.

### Sumario

1. Introducción. 2. Los derechos fundamentales en la teoría habermasiana y su relación con el principio discursivo. 3. Algunas críticas a la propuesta habermasiana del principio discursivo. 4. Conclusiones.

## 1. INTRODUCCIÓN

Los derechos fundamentales presentan en la teoría habermasiana una doble dimensión: son, de una parte, condición de posibilidad de los espacios públicos democráticos, y de otra, construcciones o elaboraciones intersubjetivas de sujetos autónomos que se reconocen mutuamente libres e iguales en tanto autores de las normas -esto es, autolegisladores- y miembros de una comunidad jurídica. Esto posibilita el ejercicio de la autonomía privada y la autonomía pública de los individuos, como miembros activos de una comunidad jurídica, pues como afirma Habermas, sin democracia es muy difícil que exista Estado de Derecho. Según esta aseveración, la idea de autolegislación de los ciudadanos exige que aquellos que están sometidos al derecho, como destinatarios suyos, puedan entenderse, a la vez, como autores del derecho. Se sirve del principio del discurso y de su institucionalización jurídica en forma del principio democrático, para deducir desde allí la categoría de los derechos fundamentales.

El objetivo de este ensayo es analizar los planteamientos teóricos que expone Habermas para la fundamentación de los derechos fundamentales. Para ello se partirá de los planteamientos que éste realiza a partir de la teoría de la acción comunicativa, de la democracia deliberativa y de la reconstrucción del derecho moderno que este autor propone desde el principio discursivo y el paradigma discursivo del derecho.

Por consiguiente, la pretensión es la de explorar la conexión entre derechos fundamentales, espacios públicos formales e informales de participación y un modelo deliberativo de “democracia constitucional deliberativa” que Habermas establece a partir de varios de los supuestos y elementos que articulan su teoría de la acción comunicativa y, de un modo más preciso, su principio discursivo como búsqueda y fundamentación tanto de derechos como de espacios comunicativo-normativos.

## **2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA TEORÍA HABERMASIANA Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DISCURSIVO**

Los derechos fundamentales posibilitan en la teoría habermasiana el ejercicio ciudadano de la autonomía privada y la autonomía pública de los individuos, como miembros activos de una comunidad jurídica. En esta medida los derechos fundamentales, en cuanto condiciones de posibilidad, legitiman un orden jurídico y político y, a su vez, en cuanto construcciones, se fundamentan en la dinámica participativa y discursiva de los ciudadanos bajo condiciones de racionalidad e imparcialidad.

Esta doble dimensión de los derechos fundamentales lleva necesariamente a tomar en consideración dos aspectos centrales de la teoría de la acción comunicativa habermasiana: primero, los presupuestos de entendimiento derivados de las pretensiones de validez y segundo, los mecanismos procedimentales discursivos. En cuanto al primer aspecto, es de anotar que Habermas vincula éstas a su teoría de la acción comunicativa. Así, en una de sus definiciones expone que “la pretensión de validez de una norma consiste en su potencialidad para ser reconocida, lo cual tiene que demostrarse discursivamente; una norma válida merece reconocimiento porque, y en la medida en que, sea aceptada –es decir, reconocida como válida– también bajo condiciones de justificación<sup>1</sup> (aproximativamente) ideales”. La validez<sup>2</sup> en esta teoría incluye la acción normativa ligada a los acuerdos razonables<sup>3</sup>, lo cual supone no sólo la imposición coercitiva por parte del Estado, sino que incluye también la manera como aquella se liga a la legitimidad de las leyes propias del derecho moderno construida intersubjetivamente. Ello reviste la validez de una dimensión sustancial<sup>4</sup> –no solo formal– que obliga a redefinir y diferenciar los momentos de fundamentación y aplicación de dichas normas y, así mismo, a señalar como legítima la norma y el ordenamiento cuyos contenidos cuentan con los procedimientos jurídicos formales institucionalizados. De manera similar propone R. Alexy, su concepto de validez; la divide en tres categorías: la sociológica, relacionada con la eficacia social de las normas y su aceptabilidad racional por parte de los destinatarios; la ética, vinculada a las justificaciones morales o pretensión de corrección normativa, y la jurídica, que puede entenderse como aquellas disposiciones dictadas conforme a lo que prescribe la Constitución<sup>5</sup>.

La posibilidad de una fundamentación imparcial<sup>6</sup> de normas que le sirva de referente para justificar los derechos fundamentales ha sido una constante por parte de Habermas ¿Pero cómo llega Habermas a tal concepción? Veamos; en conocimiento e interés, propone el conocimiento como orientador hacia el

desarrollo de la autonomía y la libertad; esta última no viene dada como algo immanente a la naturaleza del hombre –intuición abordada por Kant–, sino que es autorreflexiva y producto del intercambio entre los seres humanos; la autonomía tiene que ver con la simetría relacional que se establece entre los sujetos mediante el diálogo y las acciones comunicativas. En este sentido, el interés emancipatorio está intrínsecamente interrelacionado a la reflexión y por ende al lenguaje. En términos generales, se puede decir que el énfasis habermasiano se va a centrar en la apremiante necesidad de acceder a criterios normativos a partir de los cuales poder fundamentar una teoría social crítica. Mantener la necesidad de fundamentar dicha crítica, no significa para Habermas, que haya que renunciar a reivindicar su dimensión emancipativa social.

De esta manera, la búsqueda de criterios normativos que le sirvan de soporte al análisis social lleva a Habermas a preguntarse por la legitimidad, aproximándose de esta manera a problemas de legitimación del capitalismo tardío<sup>7</sup>, donde explica la crisis del capitalismo para dotarse de legitimación. En ella denuncia la contradicción insuperable entre la lógica manejada por el capital –que busca el interés privado– y las cuestiones normativas ínsitas en los procedimientos democráticos, lo que lleva a que el poder del Estado se imponga coactivamente y sin las bases necesarias para su justificación tanto democráticas como comunicativas. La dominación económica se ve en la necesidad de una legitimación controlada por el Estado que compense las disfunciones del mercado; pero el Estado se ve sobrecargado de las demandas sociales y sin posibilidad de atención, ocasionando una crisis de legitimación y que éste se oriente más por las cuestiones técnicas que por la realización de las normas práctico-morales y por la participación política real de los ciudadanos en su conformación. Ante tal situación, Habermas se inclina a plantear que el poder solo puede legitimarse, mediante discusiones públicas razonables en el cual los ciudadanos puedan contener el papel privatizador que ha adquirido el Estado. Se vale para ello del papel que cumple la moral y el derecho en la justificación de principios universales<sup>8</sup>.

De esta manera, la necesidad de conseguir un referente para su teoría racional-normativa lo lleva a la teoría del lenguaje –giro lingüístico– y de ésta a su Teoría de la Acción Comunicativa. Con estos postulados<sup>9</sup> comienza Habermas a replantear su teoría comunicativa como aquel espacio al que pueden recurrir los individuos para abordar los conflictos mediante acuerdos dialógicos. Sólo los sujetos capaces de lenguaje y acción pueden ser racionales. “Llamamos racional a una persona que se muestra dispuesta al entendimiento y que ante las perturbaciones de la comunicación se muestra reflexivo sobre las reglas

lingüísticas”<sup>10</sup>. Para Habermas, la razón comunicativa no es una acción subjetiva asignada a un actor individual; por el contrario, la práctica comunicativa cotidiana proporciona el modelo de la racionalidad discursiva que, al mantener el debate dentro de los procedimientos discursivos, garantiza la imparcialidad de las normas.

Para justificar lo anterior, Habermas apela a la estructura dialógica del lenguaje como fundamento del conocimiento y de la acción, participando así de la corriente del denominado “giro lingüístico” en filosofía<sup>11</sup>. Como resultado deduce la categoría de “acción comunicativa”, donde la racionalidad está dada por la capacidad de entendimiento entre “sujetos capaces de lenguaje y acción” mediante actos de habla cuyo trasfondo es un “mundo de la vida” de creencias e intereses no explícitos y acríticamente aceptados por las comunidades de comunicación. La teoría de la acción comunicativa<sup>12</sup>, es para Habermas, el principio explicativo de una teoría de la sociedad fundada en una teoría del lenguaje y en el análisis de las estructuras generales de la acción, de allí que, el rasgo característico de los seres humanos será la racionalidad manifestada “objetivamente” en el “lenguaje”. Como afirma Habermas, la acción comunicativa se apoya en un modelo que por así decirlo, está implícito desde el principio en el intento de establecer un entendimiento lingüístico. “La interacción lingüísticamente mediada exige el establecimiento de consenso y con la función de coordinar la acción mediada por normas. El entendimiento lingüístico funciona como mecanismo coordinador de la acción de modo que los participantes en la interacción se ponen de acuerdo sobre la validez que pretenden para sus actos de habla, es decir, se reconocen intersubjetivamente pretensiones de validez susceptibles de crítica”<sup>13</sup>. Por consiguiente, para Habermas lo que se convierte en objeto de examen discursivo no es la pretensión de rectitud directamente ligada al acto de habla, sino la pretensión de validez de la norma subyacente.

Los procesos argumentativos de dar razones mediante el lenguaje, no son ajenos a los procedimientos democráticos de seguir y aceptar normas y reglas. En este contexto es ilustrativo el asentimiento de A. Wellmer quien reitera que cuando argumentar a favor de una norma jurídica –o de un sistema de normas jurídicas– equivale a intentar demostrar, con razones y ante a cada uno de los afectados, porqué todas las personas razonables deberían poder juzgar como igualmente ventajoso para todos la vigencia social de una o varias de esas normas<sup>14</sup>. De esta forma, la pretensión de validez normativa busca que las afirmaciones o cuestionamientos realizadas por el hablante estén lo suficientemente bien fundamentadas racionalmente; una norma es correcta en estas circunstancias si ha sido el resultado de un proceso justificado

argumentativamente dentro de unas reglas generales del discurso y logrado mediante consenso argumentativo<sup>15</sup>.

De esta manera, la necesidad de repensar la discusión sobre las normas, la legitimidad normativa y el acuerdo racional que han de regir a los individuos, conduce a las primeras formulaciones que realiza Habermas sobre el principio discursivo<sup>16</sup> –referente mediante el cual fundamenta y deduce los derechos–. El carácter discursivo de validación de normas se encuentra abordado de la siguiente manera: “una norma sólo puede considerarse válida si pudiera encontrar el asentimiento en el círculo de los afectados bajo condiciones de una formación discursiva de la voluntad común<sup>17</sup>. Lo anterior significa que la esencia del lenguaje está establecida en su capacidad de lograr acuerdos normativos racionales, por conducto de acciones orientadas al entendimiento; este postulado le sirve a Habermas para introducir el principio discursivo de forma reflexiva, en cuanto los destinatarios de las normas pueden sentirse coautores de las mismas, convenciéndose unos a otros argumentativamente de que las normas y principios jurídicos y democráticos logrados por medios democráticos merecen ser reconocidas por todos los participantes.

Tal como fue expuesto por Habermas en teoría de la acción comunicativa –y en sus posteriores explicaciones–, el principio discursivo manifiesta, en su estructura, formas reflexivas de comunicación tendientes a introducir en el derecho moderno tanto de pretensiones de validez, provenientes de la acción comunicativa, como acciones dirigidas a la consecución de fines. Las pretensiones de validez deben producir por tanto en el derecho moderno, mecanismos de control para las acciones estratégicas. De esta manera, los procesos de discusión en los asuntos públicos elaborados con claras garantías para todos los afectados que han hecho parte en el “discurso práctico”, deben posibilitar que todas las acciones relevantes vengan cubiertas por una doble faz: la coerción normal del derecho y la aceptabilidad racional de los afectados o amparados por dichas normas. De lo anterior se sigue que unos principios claros de “reglas de juego” hacen posible entendimientos menos violentos. Como dice García Amado, puesto que el consenso real puede ser fruto de la manipulación o coacción, la única manera de que tal reconocimiento pueda tener lugar de modo racional es arbitrando un procedimiento argumentativo en el que las partes expresen sus argumentos y contraargumentos<sup>18</sup>.

Conforme lo anterior, Habermas replantea nuevamente en “Facticidad y validez” el principio del discurso, que le servirá como referente al sistema democrático y jurídico de los estados democráticos de derecho. Lo expone de la siguiente manera: “válidas son todas las normas (y sólo aquellas normas)

a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales<sup>19</sup>. Habermas pretende así, explicar el punto de vista desde el que pueden fundamentarse imparcialmente normas de acción. Este principio pretende dar cuenta de condiciones de simetría, en las cuales los ciudadanos puedan fundamentar, imparcialmente, las normas que intenten buscar el interés de todos por igual.

De esta manera el “principio del discurso” se aplica al principio democrático, el cual tiene como fin establecer las bases procedimentales por la cual los ciudadanos establecen las normas jurídicas que se presentan en forma de derecho. “De ahí que el principio democrático tenga no sólo que fijar un procedimiento de producción legítima de normas jurídicas, sino que tenga que regular y controlar también el propio medio que es el derecho”<sup>20</sup>. Analizada en esta perspectiva, el principio discursivo ha de interpretarse como un argumento racional que acoge concepciones pluralistas, pues al tener la capacidad de articular variados intereses particulares, éste se convierte en sustento teórico, a la vez que funciona como mecanismo reflexivo en la construcción y producción de normas legales y legítimas<sup>21</sup>. Lo que ha de entenderse como la necesidad de encontrar una teoría normativa lo más amplia posible, que logre entretejer lo institucional con la racionalidad discursiva, a modo de legitimar procedimientos legales.

El principio discursivo, al aplicarse a las normas jurídicas –deducido del principio general de acotación de las normas prácticas–, se convierte en “principio democrático”. Habermas corrobora esto cuando declara: “El principio de discurso ha de empezar adoptando, por vía de institucionalización jurídica, la forma de un principio democrático, que proporcione a su vez al proceso de producción del derecho, fuerza generadora de legitimidad. La idea decisiva es que el principio democrático se debe al entrelazamiento del principio del discurso con la forma jurídica”<sup>22</sup>.

El principio jurídico establece que sólo tienen validez legítima aquellas normas jurídicas que pudiesen alcanzar el asentimiento de todos los miembros de una comunidad jurídica en un proceso de producción discursiva de esas normas jurídicas. Intenta Habermas de esta manera garantizar el sistema de los derechos y regular la integración social por medio de procedimientos jurídicos argumentativos y, donde se posibilite, institucionalizar dichas prácticas, en aquellos espacios democráticos construidos en democrática forma y garantizados jurídicamente; esto es lo que le permite exponer la “génesis lógica de los derechos” y la fundamentación de éstos, como medios de autoorganización social.

### 3. ALGUNAS CRÍTICAS A LA PROPUESTA HABERMASIANA DEL PRINCIPIO DISCURSIVO

Para Habermas ha sido complejo sostener sus primeras formulaciones del principio discursivo. Las críticas han provenído de diferentes frentes<sup>23</sup>, y dentro de éstas se encuentra Seyla Benhabib. Esta autora se sitúa dentro de la línea que ha venido replanteando la teoría crítica<sup>24</sup>; a partir de ésta retoma elementos normativos para analizar la ética comunicativa habermasiana y las teorías feministas; éstas, poco desarrolladas por las concepciones universalistas y formales de la primera, sostiene que en el principio discursivo existe un formalismo exagerado, manifiesto en la concepción de una razón legisladora universal –se basa la autora en las críticas lanzadas otrora por parte de Hegel a Kant–, que ha llevado a que se desconozcan los sujetos como participantes activos en los discursos fácticos, así como sus situaciones vitales. La igualdad de trato sólo tiene efectos reales cuando los sujetos cuentan con condiciones simétricas reales en sus relaciones, pues, de no ser así, la igualdad formal continuará perpetuando la desigualdad.

Propone reconstruir el principio de universalidad habermasiano, por permanecer insensible a los contextos sociales; ello ha llevado a que las personas no se comprometan con sus decisiones morales. Éste ha de darse en términos de una conversación continuada que se preocupe por un acuerdo racional o acuerdo general sobre prácticas normativas y relaciones morales en un estilo de vida concreto, esto es, el reconocimiento recíproco donde los participantes tienen alguna visión compartida, contextual entre un yo y un tú, lo que lleva a entender mejor la diferencia y los ámbitos privados de los que la ética discursiva se ha alejado<sup>25</sup>.

La autora recuerda a Habermas que los criterios de la racionalidad comunicativa han de provenir de los procesos de aprendizaje que pueden ser reconstruidos significativamente desde un universalismo contextualizado o interactivo –sensible a la narración– como gusta llamarlo. Lo que quiere decir Benhabib es que se hace necesario introducir, frente a los universalismos formales, una dimensión dialógica que escuche de igual manera a los “no oídos”, a los “sin voz”, a “los excluidos” y sobre todas aquellas concepciones que niegan nuestras “relaciones privadas”<sup>26</sup>. Por tanto, según Benhabib la universalización abstracta a la que tiende la teoría habermasiana, no debe desconocer la participación interactiva y contextualizada de los individuos en el aseguramiento de sus propias condiciones históricas. La universalización de la que parte las condiciones idealizadas del discurso –que protege los derechos de los individuos tanto en su autonomía y racionalidad– tendría

que “situarse”. Los consensos no se logran en perspectiva hipotética; son el resultado de intereses y de procesos de formación accesibles a los grupos e individuos en determinadas situaciones<sup>27</sup>. Habermas le responde que la “ética del discurso se refiere a aquellos presupuestos de la comunicación que cada uno de nosotros intuitivamente tiene que hacer, siempre que quiera participar seriamente en una argumentación”<sup>28</sup>. En “Aclaraciones a la ética del discurso”, retoma Habermas los planteamientos de K. Günther para responder a la objeción de Benhabib, diciendo que “en el discurso de fundamentación –el que sigue la ética discursiva– solamente se prescinde de las inserciones contingentes en el contexto de una norma propuesta para que ésta última, en el caso que supere el test de universalización, esté suficientemente abierta a una aplicación sensible al contexto<sup>29</sup>”.

Esta “asimilación conceptual” que realiza Habermas entre moral y derecho es equívoca, en términos de Wellmer. Lo anterior le sirve para cuestionarle a Habermas el vincular a los fundamentos universales las pretensiones consensualistas de la verdad, así como las teorías de la moral y las teorías cognitivistas que, al confrontarse a casos particulares, encuentran serios problemas, “pues sólo la comunicación real me va a permitir comprobar hasta dónde llega mi comprensión de las apreciaciones ajenas, a través de una comunicación real entre las personas involucradas”<sup>30</sup>. Controvierte igualmente el hecho de que los autores no pueden participar infinitamente en el diálogo<sup>31</sup>, de ahí que al consenso infinito le esté vedada por principio una parte de esa verificación que tanto necesita para poder fungir como criterio de verdad<sup>32</sup>. Se refiere con lo anterior, a la categoría de verdad expuesta por Habermas como paradójica, por referirse a un supuesto ideal más allá de la necesidad del entendimiento lingüístico, que no puede satisfacer su objetivo fáctico comunicativo por exigir demasiado de las limitadas capacidades de la razón, ya que no todos los participantes en el diálogo poseen la misma oportunidad de “capacidad para el juicio moral”<sup>33</sup>. Por tanto, para Wellmer, en una comunidad ideal de comunicación como el planteado por Apel y Habermas, se niegan las condiciones de posibilidad real del diálogo, de allí que lo “contrafáctico” –recurso al que se acude de manera hipotética–, se convierte en un mecanismo que imposibilita que las condiciones del diálogo se den aquí y ahora como base de una acción comunicativa dialógica, libre y abierta. Ante esto puede decirse que lo que Habermas intenta es explicar el supuesto normativo e idealizado que emplea todo aquel que participa seriamente en una argumentación, de allí que proceda a “destrascendentalizar” la comunidad ideal de comunicación, explicándola como “situación ideal de habla”, reteniendo para la misma el carácter idealizativo y regulativo necesarios para llegar a entendimientos acerca de las pretensiones de validez normativas; no

es, por lo tanto, un mecanismo que posibilite las condiciones del diálogo aquí y ahora, sino, un supuesto que ha de reconstruirse racionalmente y del que no podemos prescindir.

Con relación a la objeción –del excesivo paralelismo entre cuestiones morales y las proposiciones asertóricas<sup>34</sup>–, Habermas ha respondido que la validez de los juicios morales se miden por la naturaleza inclusiva del acuerdo normativo al que llegan las partes en conflicto. Apela por consiguiente, a normas merecedoras de reconocimiento en el círculo de destinatarios de las mismas. Especifica que no se trata de concretar hechos, como sucede en el mundo objetivo, ya que en éste, la verdad de un enunciado depende de si el estado de cosas existe o no, mientras que en el mundo normativo el criterio de validez son las pretensiones que se derivan de éstas. El desempeño discursivo de una pretensión de verdad significa que las condiciones de verdad interpretadas como condiciones de asertabilidad están satisfechas, ya que –afirma Habermas– nos está vedado el acceso directo a condiciones de verdad no interpretadas. En el caso de las pretensiones de validez normativas el acuerdo alcanzado discursivamente fundamenta el reconocimiento de la norma correspondiente<sup>35</sup>.

En cuanto a la “situación ideal del habla”, criticada por Wellmer, Habermas ha indicado la necesidad de mantener el contenido idealizador de los inevitables presupuestos pragmáticos de una praxis en la que, en idea, no deberían acabar imponiéndose sino los “mejores argumentos”. Hay que interpretar el consenso habermasiano, como aquellos acuerdos referidos a los presupuestos comunicativos que se establecen cuando se recurre a pretensiones de validez. Las idealizaciones funcionan en este contexto como suposiciones anticipantes de una praxis que pretende que las acciones racionales de los individuos no desemboquen en acciones estratégicas<sup>36</sup>. Como afirma Habermas la práctica argumentativa se debe caracterizar por un procedimiento que, mediante la consideración racional de todas las voces, temas y aportaciones relevantes, pudiera dar cuenta de la trascendencia que, con respecto del contexto, tiene la verdad que el hablante pretende para su enunciado<sup>37</sup>. Las exigencias de simetría expuestas por la “situación ideal del habla”, se deben entender como aquellas reivindicaciones que poseen los individuos y los grupos de poder participar en igualdad de condiciones en la toma de decisiones que les afectan, tanto en el procedimiento como en la evaluación de los resultados.

Frente a éstas críticas<sup>38</sup>, Habermas ha sostenido los siguientes puntos: en primer lugar, que si bien es cierto que los conflictos que ponen en juego valoraciones fuertes no parecen susceptibles de una solución consensual cuando cada cual

los considera desde su propio punto de vista, es posible sin embargo hallar esa solución cuando se consideran las cosas desde un punto de vista moral. Como segundo, que la producción de normas se haya primariamente sujeta al punto de vista de la justicia y por este lado tiene su criterio primario de corrección en los principios que dicen qué es bueno para todos por igual. A diferencia de las cuestiones éticas, las cuestiones de justicia no están referidas de por sí a un determinado colectivo y a su forma de vida. El derecho políticamente establecido de una comunidad jurídica concreta, para ser legítimo, tiene que estar al menos en consonancia con principios morales, los cuales pretenden también validez general allende la comunidad jurídica concreta<sup>39</sup>.

Con lo anterior Habermas explica a McCarthy, que si quienes se involucran en una argumentación con el propósito de buscar solución a sus problemas no partieran del supuesto de que en principio es posible encontrar una solución correcta al problema en cuestión, "los participantes no tendrían ninguna idea de lo que están buscando", "las disputas políticas perderían su carácter deliberativo y degenerarían en luchas puramente estratégicas por el poder<sup>40</sup>". Es un supuesto del que tienen que partir quienes se involucran en una argumentación, ya sea que esta argumentación tenga lugar en el mundo de la vida o en las condiciones del procedimiento democrático, forma parte de las condiciones de sentido de la argumentación, es una posibilidad sin el cual la argumentación carecería de sentido como sostiene el propio Habermas en su réplica a McCarthy.

#### 4. CONCLUSIONES

Las críticas anteriores al principio discursivo, así como la explicación que sobre éste ha realizado Habermas a partir de las diferentes sugerencias recibidas por parte de defensores y contradictores, han influido para que Habermas reconsiderara su planteamiento inicial con algunas matizaciones significativas tales como:

1. La teoría del discurso ha aprendido la lección y distingue entre validez –o la justicia– de las normas y la corrección de los juicios singulares<sup>41</sup>.
2. Habermas ha complementado las normas y principios generales fundamentadas en el procedimiento democrático –principio de fundamentación, con el principio de adecuación –la aplicación de la norma al caso concreto y el análisis de todas las circunstancias, permiten al juez poner de manifiesto posibles inconsistencias en el momento de la fundamentación de las normas y advertir cómo se podrían corregir, pues éste, al aplicar el

derecho, corrobora o no la imparcialidad de la norma- a contextos plurales, con el fin de validar relaciones de reconocimiento recíproco.

3. El principio discursivo puede entenderse como aquél juicio reflexivo por medio del cual los individuos y grupos pueden acordar normas producidas mediante razones válidas para todos los afectados.

4. Los principios y normas generales se deben aplicar de manera “imparcial” al contexto desde los diferentes planos argumentativos tales como: el ético (encargado de las identidades en las que se hayan inmersos los ciudadanos), democrático (regla básica del reconocimiento recíproco de los participantes en discursos racionales) y jurídico (conjunto de normas institucionalizadas que han contado con el asentimiento de todos los afectados). Lo que es respuesta a la crítica de Wellmer. Las reglas de la argumentación aportan elementos relevantes tanto para la fundamentación como para la aplicación de normas. “Nadie será excluido de la discusión”, “que se escuche a todos los implicados”, “se debe argumentar racionalmente”, “serán tenidas presentes las argumentaciones dadas mediante la coacción de los buenos argumentos”. Tales reglas son ejemplos de que funcionan como ideal regulativo a seguir por aquellas instituciones -sociedades- que deseen comparar sus prácticas con situaciones o acciones que se habrían tomado bajo otros mecanismos: sirven para analizar qué grado de acuerdos, desviación o desacuerdos, en lo moral, ético, político o jurídico presentan actualmente las instituciones democráticas.

5. Si bien el principio discursivo no se presenta como mecanismo de acción comprobable en la práctica, sí se erige como aquella concepción moral, política y jurídica que pretende conseguir un marco público lo más amplio posible, donde tenga cabida la manifestación de diversas concepciones y expresiones racionales. El principio discursivo posibilita no sólo a los ciudadanos, sino también al legislador y al juez, decidir si en la justificación y aplicación de los derechos fundamentales se han ofrecido todas las garantías democráticas existentes. Como teoría pretende dar cuenta de los diversos acuerdos y desacuerdos de la razón práctica -razones comunicativas en términos habermasianos-, es decir, funciona como criterio de reflexión pública, mediante pretensiones de corrección.

6. El principio discursivo permite criticar y repensar aquellos estados de derecho que históricamente han utilizado solo la coacción en sus decisiones políticas y jurídicas. Ello debe posibilitar replantear aquellas instituciones que, como la colombiana, han tenido muy poco en cuenta el componente comunicativo en

su quehacer político y en la forma de entender el conflicto social que se vive en estos momentos. Como apunta Alexy: “Especial importancia tiene el hecho de que la pretensión de corrección no sea abandonada con la transferencia de la decisión a procedimientos jurídicos. De allí se sigue la necesidad de institucionalizar la fundamentación y la crítica en los procedimientos jurídicos y fuera de ellos garantizarlos iusfundamentalmente. La teoría del discurso resulta ser así una teoría básica del Estado Constitucional Democrático que apunta a la discusión<sup>42'</sup>”.

La acción comunicativa resulta, de esta manera, especialmente relevante para la búsqueda de la integración social en aquellas sociedades donde el componente conflictivo es demasiado alto y excluyente. Ahora bien, la comunicación no es la panacea para todos los males, pues a medida que se avanza en la evolución social, aumenta la posibilidad del disenso en la comunicación, porque va operando internamente en la sociedad una creciente diferenciación entre los individuos y la “pluralización de las formas de vida” que generan una constante y permanente tensión entre los intereses particulares y el conjunto de formas de vida, que pretenden universalizar determinadas condiciones de convivencia. Por tanto, la acción estratégica será deudora, de una u otra manera, de las comprensiones básicas de la convivencia social, pues ésta no puede dirigir las interacciones sociales sólo en las acciones tendientes al cálculo y a las expectativas individuales.

Desde esta perspectiva, el paso que da a continuación Habermas, consiste en acercar su propuesta teórica del principio discursivo al Estado Democrático de Derecho con el fin de institucionalizar los derechos fundamentales deducidos de su propuesta teórica del principio discursivo. Pero por cuestiones de espacio se debe dejar por ahora planteada tal cuestión para un próximo ensayo.

---

<sup>1</sup> Habermas, J. Verdad y justificación. Trotta, 2002. Pág. 53. Habermas entiende por justificación, aquellas condiciones de aceptabilidad de las razones que prestan a las legitimaciones eficacia, fuerza consensual y fuerza motivadora. Habermas, J. La reconstrucción del materialismo histórico. Madrid: Taurus, 1985. Pág. 251. De forma similar S. Benhabib ha dicho que “las bases de la legitimidad en las instituciones democráticas se deben trazar en la presunción de que las instancias que demandan el cumplimiento de obligaciones lo hacen porque sus decisiones corresponden a un punto de vista imparcial que es igualitario respecto a todos. Esta presunción sólo puede ser satisfecha si es que estas decisiones están abiertas a un proceso público de deliberación por ciudadanos libres e iguales. Benhabib, S. “Toward a deliberative model of democratic legitimacy”. En: Democracy & Difference. Princeton University Press, 1996. Pág. 68.

<sup>2</sup> En el campo jurídico, el concepto de validez se encuentra saturado de significados y emparentado con conceptos como vigencia, eficacia y justicia. La validez se refiere a la coherencia del contenido de las normas con relación a las determinaciones establecidas en niveles superiores del ordenamiento que en virtud de la inserción de principios y valores, hacen que dichos juicios sean complejos, jurídicos e internos

- al ordenamiento. Las demás demarcaciones no serán acometidas acá por cuestiones metodológicas. El objetivo de este trabajo no es realizar una descripción sobre cada uno de estos conceptos. Ello desbordaría las pretensiones de la investigación. Existe amplia bibliografía al respecto. Ver: Alexy, R. El concepto y la validez del derecho. –En especial el capítulo III–. Gedisa, 1997. Peña Freire, A. La garantía en el Estado constitucional de derecho. Trotta, 1997. Böckenförde, E. Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia. Traducción de Rafael de Agapito Serrano. Trotta, 2000. R. Guastini. Distinguiendo: Estudios de Teoría y Metateoría del Derecho. Barcelona: Gedisa, 1999. Ferrajoli, L. Derechos y Garantías: La ley del más débil. 2da. Edición. Madrid: Trotta, 2001. José Luis Serrano. Validez y Vigencia. Trotta, 1999.
- 3 En Teoría de la acción comunicativa había dicho Habermas que una pretensión de validez es un potencial de razones que poseen los hablantes en un diálogo con el fin de aprobar o rechazar un enunciado. Las razones interpretan las condiciones de validez y pertenecen, por tanto, ellas mismas, a las condiciones que hacen aceptable una emisión. Habermas, J. Teoría de la acción comunicativa. T.I Taurus, 1987. Pág. 342.
- 4 Para Ferrajoli, el garantismo representa la otra cara del constitucionalismo, en especial aquella que se encarga de “formular las técnicas de garantía idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad de los derechos reconocidos constitucionalmente”. Ferrajoli. Iuspositivismo crítico y democracia constitucional. En: Revista Isonomía 16, 2002. Pág. 16. El garantismo está al servicio de los derechos fundamentales, tanto en su dimensión formal como sustancial. Indica quien manda, qué se manda y como se manda. Como afirma Ferrajoli: “para que una ley sea válida es además necesaria la coherencia de sus significados con las reglas y principios que bien podemos llamar normas sustanciales sobre la producción”. Ver al respecto: “Sobre la definición de democracia. Una discusión con M. Bovero”. En: Revista Isonomía 19, 2003. Pág. 230.
- 5 Alexy, R. El concepto y validez de derechos. Gedisa, 1997. Pág. 87. La pretensión de corrección de Alexy es deudora de la ética discursiva expuesta por Habermas, al decir de Touri: “Según la teoría jurídico ético-discursiva, sólo aquellas normas y juicios jurídicos que puedan satisfacer las pretensiones de corrección, esto es, que puedan ser aceptadas en discursos práctico-morales pueden considerarse legítimos en el sentido normativo del término”. Kaarlo Touri, “Ética discursiva y legitimidad del derecho”. Revista Doxa, Nro. 5, 1988. Pág. 48.
- 6 En: Aclaraciones a la Ética del discurso. Trotta, 2000. Habermas afirma que: “La idea de imparcialidad sólo se agota cuando andan juntos dos principios, el de universalización y el de adecuación y sólo si el principio de universalización en los discursos de fundamentación es asumido por el principio de adecuación “. Pág. 147. Es en ese espacio de fundamentación donde aquellas normas se justifican y pueden aplicarse al caso concreto.
- 7 Habermas, J. *Problemas de legitimación del capitalismo tardío*. Buenos Aires: Amorrortu, 1975.
- 8 *Ibid.* Pág. 156. La pretensión de *rectitud normativa* funciona como garante ilocucionario de los intereses generalizables en las prácticas comunicativas, ello –a mi modo de ver– sirve de base para que Habermas reacomode su teoría comunicativa hacia el universalismo moral; soporte esencial del principio discursivo.
- 9 Habermas se inscribe teóricamente en las propuestas del contrato social de Rousseau, del proyecto de eticidad de Hegel y del imperativo categórico de Kant, entre otras. Al respecto S. Benhabib, afirma que, siguiendo las huellas del imperativo categórico de Kant, el modelo procedimental de una práctica argumentativa reemplaza el silencioso experimento-pensante que sigue la idea kantiana de la universalidad. Benhabib, S. Situating the Self. Gender Community and Postmodernism. In: Contemporary Ethics, New York: Routledge, 1992. Pág. 24.
- 10 Habermas, J. Teoría de la acción comunicativa... *Op.cit.* Pág. 42.
- 11 En este sentido ver. Lafont, C. La razón como lenguaje. Madrid: Visor, 1993 y una versión ampliada en *The linguistic turn in hermeneutic philosophy*. Cambridge, Mass, 1999.
- 12 En las páginas finales de Teoría de la acción comunicativa –segundo tomo– Habermas manifiesta que el propósito de su investigación era introducir la teoría de la acción comunicativa para dar razón de los fundamentos normativos de una teoría crítica de la sociedad. Es crítica por cuanto busca afirmar la racionalidad y la autorreflexividad de las prácticas comunicativas en busca de la obtención de consensos. Teoría de la acción comunicativa, es además, el marco teórico para el proyecto de análisis y de estudios interdisciplinarios sobre la racionalización capitalista moderna desde una perspectiva filosófica.
- 13 Habermas, J. Teoría de la Acción Comunicativa T. II. Taurus, 1987. Pág. 482.
- 14 Wellmer. Ética y diálogo. Anthropos, 1994. Prólogo de María Pía Lara. Pág. 105.
- 15 Alexy. R. La pretensión de corrección del derecho. La polémica Alexy/Bulygyn sobre la relación entre derecho y moral. Universidad externado de Colombia, 2001. Pág. 27. Alexy propone una pretensión de corrección justa desde una adecuación a la fundamentación normativa y a la moralidad crítica introducida en el ordenamiento por medio de los procedimientos democráticos.

- <sup>16</sup> La validez y aceptación de las normas por parte de los afectados, premisa fundamental de la que parte el principio discursivo, puede ser abordado de dos maneras: 1) si las normas válidas pueden recibir su aceptación por parte de todos los afectados en cuanto a su condición de personas morales, como ser que tiene dignidad y por tanto merece respeto y, 2) desde la validez de las normas y su aceptación por parte de los afectados en cuanto condiciones que posibilitan la autonomía privada y pública, la construcción del Estado Democrático de Derecho y los derechos fundamentales. Si bien la segunda no excluye la primera, no se retomará el camino desarrollado por la teoría moral. Con relación a la validez jurídica del Estado Democrático de Derecho, éste tiene un doble rostro: por un lado cumple funciones estratégico-sistémicas y por otro busca integrar socialmente a la ciudadanía en su conjunto a través de la soberanía popular procedimentalizada discursivamente mediante el catálogo de derechos fundamentales; éstos garantizan su legitimidad política y propician su validez jurídica.
- <sup>17</sup> Habermas, J. Teoría de la acción comunicativa: Complementos y estudios previos. Cátedra, 1989. Pág. 432.
- <sup>18</sup> García Amado, J. La filosofía del derecho en Habermas y Luhmann. Universidad Externado de Colombia, 1997. Pág. 74.
- <sup>19</sup> Habermas, J. Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Trotta, 1998. Pág. 172. En el planteamiento de McCarthy el principio discursivo se puede entender conforme la pregunta que este autor realiza sobre la imparcialidad: ¿Cómo podemos esperar de forma razonable, llegar a acuerdos universales sobre la aceptabilidad de las consecuencias de una norma para la satisfacción legítima de necesidades, en una sociedad pluralista? Thomas McCarthy. Ideales e ilusiones. Tecnos, 1992. Pág. 195.
- <sup>20</sup> Habermas, J. Facticidad y Validez... Op.cit. Pág. 176. Conforme al principio discursivo, el procedimiento de producción legítimo de normas se operativiza de acuerdo con las cuestiones discursivas que trate: moral, ética, jurídica o pragmática.
- <sup>21</sup> Otra de las relaciones que se pueden establecer entre el principio discursivo y la concepción de los derechos fundamentales en la teoría habermasiana, se podría formular a partir del interrogante: ¿Cómo se pueden institucionalizar las pretensiones comunicativas del principio del discurso de tal forma que se integren desde la autonomía privada y la soberanía popular las normas de convivencia que tendrían que poder asentar todos los afectados por la misma y, al mismo tiempo, ser coautores de sus derechos? El intentar responder este interrogante lleva a Habermas a proponer cuatro rasgos básicos que posee la estructura de cualquier argumentación, supuesto un proceso discursivo orientado al entendimiento; discursos que de hecho sostenemos diariamente:
1. Nadie que pueda hacer una contribución relevante, debe ser excluido de la participación.
  2. A todos se les dan las mismas oportunidades de hacer sus aportes.
  3. El sentido de los juicios de validez ha de tener carácter general.
  4. La posibilidad de distinguir cognitivamente entre juicios morales correctos e incorrectos.
  5. La comunicación tiene que estar libre de coacciones, tanto internas como externas, susceptibles de crítica y motivadas por la fuerza de convicción del mejor argumento. Ver Habermas, J. La Inclusión del otro, Estudios de teoría política. Paidós, 1999. Pág. 76. Alexy expone de forma similar al planteamiento habermasiano, sus reglas de tipo no-monológicas. "Una norma puede encontrar aprobación universal en un discurso sólo si las consecuencias de su cumplimiento general para la satisfacción de los intereses de cada individuo pueden ser aceptadas por todos sobre la base de argumentos". Alexy, R. El concepto y la validez del derecho... Op.cit. Pág. 138.
- <sup>22</sup> *Ibid.* Pág. 187.
- <sup>23</sup> Existe una extensa bibliografía al respecto. Ver: A. Cortina. Ética sin moral. Tecnos, 1992. Javier Muguerza. Desde la perplejidad. (*Ensayos sobre la ética, la razón y el diálogo*) F.C.E, 1990. Th. McCarthy. La teoría crítica de Jürgen Habermas. Tecnos, 1987. A. Giddens y otros. En: Habermas y la modernidad. Cátedra, 1998. A. Welmer. Ética y diálogo. Anthropos, 1994.
- <sup>24</sup> Benhabib, S. Critique, Norm and Utopia. New York, Columbia University Press, 1986.
- <sup>25</sup> Benhabib S. Situating the Self. Gender Community and Postmodernism. En: Contemporary Ethics. New York: Routledge, 1992. Pág. 38. Esta obra aborda varios temas tales como: el universalismo, la política moral, el proyecto de la modernidad, la crítica a las teorías de la justicia, etcétera.
- <sup>26</sup> *Ibid.* Pág. 163. Una propuesta que se acerca a la teoría de S. Benhabib y Th. McCarthy es la de E. Dussel. Este autor critica igualmente el formalismo de la ética del discurso. Expresa: "Habermas se ocupa largamente de la fundamentación del "único" principio formal de la Ética del Discurso. La ignorancia del principio material de la ética imposibilita el descubrir éticamente la imposibilidad de la reproducción y el desarrollo de la vida de cada sujeto humano en comunidad en este o aquel sistema ético concreto". Dussel, E. Ética de la liberación. Trotta, 2000. Pág. 199. Propone como superación de la ética discursiva habermasiana, su ética

- de liberación; para ésta, los enunciados normativos pueden ser evaluativos (con pretensión de rectitud en su contenido material de valor), éticos en sentido fuerte (con pretensión de verdad práctica), o meramente morales (con pretensiones de validez moral). *Ibid.* Pág. 196. Dussel pretende corregir la ética discursiva, desde la no primacía entre lo moralmente obligatorio sobre lo que es éticamente deseable o preferible. Le apuesta a lo que denomina "co-determinaciones sin primacías", *ibidem*.
- <sup>27</sup> Benhabib S. *Situating the Self. Gender Community and Postmodernism...*, *Op.cit.* Pág. 221.
- <sup>28</sup> Habermas, J. *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos...* *Op. Cit.* Pág. 442.
- <sup>29</sup> Habermas, J. *Aclaraciones a la ética del discurso...* *Op.cit.* Pág. 170.
- <sup>30</sup> Wellmer, A. *Ética y diálogo. Anthropolos, 1994.* Pág. 72. En este texto aborda el autor, problemas concernientes a las éticas kantianas, del juicio moral, la relación entre validez y fundamentación de la ética, la ética dialógica, etcétera.
- <sup>31</sup> Esta es una crítica esbozada por Wellmer a la manera en que Habermas acude a Pierce, esto es, como cuando dice que: el consenso es el resultado "ideal" de un potencial acuerdo que se alcanzará el final de todos los razonamientos. Wellmer lo considera irreal.
- <sup>32</sup> *Ibid.* Pág. 233. Wellmer critica que Habermas utilice la idea del consenso, para justificar las teorías de la verdad y las teorías normativas. Si no se llega a los consensos, no por ello se infiere irracionalidad. *Ibid.* Pág. 78. Una crítica similar a la expuesta por Wellmer sostiene E. Tugendhat en "Problemas de ética", *Crítica*, 1988. En ésta, acentúa el componente "voluntad" -la comunicación no presenta un carácter cognitivo como sugiere Habermas en su teoría ética, sino que posee un carácter volitivo como capacidad de decisión individual- en la definición de lo moralmente correcto. Con ello quiere señalar la insuficiencia habermasiana de escorar, primero, las cuestiones morales a las cuestiones doxásticas (verdad), y a la "concreción" de las decisiones morales que se escapan del marco discursivo, en segundo lugar. Critica igualmente a Habermas el convertir el consenso en criterio de verdad y en base de la justificación racional, lo que lleva a que las condiciones ideales no se ajusten a las condiciones reales. *Ibid.* Págs. 125-127. En: *Lecciones de ética. Gedisa, 1997.* Tugendhat prepone una moral de respeto y estima recíproca sustentado en su idea de la "autodeterminación"; base del reconocimiento moral de otro. Aportar razones en pro o en contra de una decisión tomada, permite romper la circularidad a la que conlleva la teoría habermasiana de la situación ideal del habla. *Ibid.* Pág. 145 y 161. Nótese la similitud de la crítica con la expuesta por Benhabib y Wellmer. Habermas ha respondido a la crítica de Tugendhat diciendo que "ciertamente, no nos es lícito equiparar sin más las convicciones morales al saber epistémico, pues las primeras nos dicen qué debemos hacer, mientras que sólo conocemos algo en sentido estricto cuando sabemos como se las han las cosas. Pero de ahí no se sigue que el saber cotidiano dominado intuitivamente no constituya saber alguno". Habermas, *Aclaraciones a la ética del discurso...* *Op.cit.* Pág. 128. Habermas rechaza igualmente de Tugendhat, el que pretenda fundamentar pragmáticamente sólo el uso práctico de razón, y dejar para los enunciados susceptibles de verdad el concepto semántico. Dice Habermas que Tugendhat fundamenta la primera desde una perspectiva interna, lo que lleva a que los individuos acepten la moral egocéntrica. "Los juicios morales y las normas pierden su sentido ilocutivo en la medida en que sólo pueden aspirar entonces a una validez relativa, es decir, a una validez que depende del resultado de una reflexión instrumental". La verdad y la falibilidad son dos caras de la misma moneda. Habermas, *Verdad y justificación...* *Op. cit.* Pág. 266.
- <sup>33</sup> Acá habría que cuestionarle a Wellmer su escepticismo para con aquellos que no pueden participar en el diálogo; pues a lo que invita la teoría habermasiana es a que se abran aquellos espacios obstaculizados para que todos los afectados puedan participar en igualdad de condiciones y sin obstrucciones. Cuando existen espacios cerrados para el diálogo, se está condicionando instrumentalmente a los que desean participar en él. Al respecto Habermas ha dicho que el discurso práctico exige la inclusión de todos los intereses de los afectados en cada caso y se extiende incluso a un examen crítico de las interpretaciones que nos permiten percibir determinadas necesidades como intereses propios. Ver al respecto, *Escritos sobre moralidad y eticidad. Paidós, 1991.* Pág. 118.
- <sup>34</sup> *Ibid.* Pág. 246. En otra perspectiva de la discusión, C. Lafont le critica a Habermas el pretender fundamentar la corrección normativa mediante concepciones epistémicas de verdad. Plantea que tiene que haber un elemento realista en las cuestiones morales -como las hay en las cuestiones de hecho en torno a la idea de verdad-. Las cuestiones sobre lo correcto o justo también refieren a "hechos", pero el que un enunciado sea de facto en igual interés de todos -eso es lo que suponemos cuando decimos que algo es justo-, no equivale a que discursivamente todos estemos de acuerdo en ello -podemos estar equivocados al respecto-. Lafont propone que se debe incorporar el falibilismo por igual en las cuestiones morales y en las de hecho. Con lo anterior, critica a Habermas el reducir la pretensión de validez (verdad, corrección) a acuerdos discursivos. C. Lafont *La verdad como lenguaje. Visor, 1993.* Pág. 245. Señala, igualmente, lo paradójico de un saber aceptado como condición ideal, pues al negársele su carácter falible o de ser complementado o mejorado,

---

perdería su “conexión con capacidades humanas”. Lafont, Dilemas en torno a la verdad. En: Revista Theoria, Nro. 23, 1995. Pág. 113. Si bien, en Verdad y justificación, Habermas acepta que en cuestiones de hecho la pretensión de verdad refiere también a una intuición realista –acepta parcialmente la crítica de Lafont–, no piensa que para las cuestiones normativas sea lo mismo. La razón práctica como acuerdo discursivo, conforma la idea misma de corrección. Habermas le ha respondido igualmente diciendo que el sentido crítico de la orientación de la verdad como una idea regulativa resulta claro precisamente cuando se idealizan las propiedades formales o procesuales de la argumentación, no sus objetivos. El desempeño discursivo de una pretensión de verdad significa que las condiciones de verdad interpretadas como condiciones de asertabilidad están satisfechas, de allí que concluya afirmando que en la teoría discursiva de la verdad, un enunciado es verdadero si, bajo las exigentes condiciones de un discurso racional, puede resistir todos los intentos de refutación mediante razones. Confirma aún más lo anterior cuando señala que: “los mandatos morales no se refieren a algo en el mundo objetivo tal y como lo hacen las expresiones constataivas, y sin embargo, al igual que éstas últimas sí que se refieren a algo objetivo. Lo debido no es ni una mera entidad ni una mera vivencia”. Aclaraciones a la ética del discurso... Op.cit. Pág. 135. En el texto Verdad y justificación, menciona que “la argumentación continúa siendo el único medio disponible para cerciorarse de la verdad, ya que las pretensiones de verdad que devienen problemáticas no pueden examinarse de otra forma”. Habermas, J. Verdad y justificación. Trotta, 2002. Pág. 50.

35 Ibid. Pág. 254.

36 Para Habermas, la acción estratégica es insuficiente para lograr acuerdos perdurables socialmente. Es oportuno traer a colación la crítica que esgrime Prieto Navarro –siguiendo a McCarthy– a la diferenciación entre acción estratégica y acción comunicativa expuesta por Habermas, al respecto dice “ni todas las interacciones mediadas por el lenguaje son acciones comunicativas, ni todas las interacciones estratégicas operan con abstracción del elemento consensual contenido en el habla racional”. Evaristo, Prieto Navarro, Jürgen Habermas: acción comunicativa e identidad política, CEC, 2003. Pág. 58. La crítica es válida a medias, pues en Facticidad y validez, la dicotomía no es tan radical como en Teoría de la acción comunicativa. Habermas, J. Verdad y justificación... Op. cit. Pág. 49. Habermas es consciente –acepta las críticas de Wellmer y Lafont– de que el nexo conceptual entre verdad y la asertabilidad racional, no comporta una relación defendible en condiciones ideales, ya que las razones pragmáticamente “irresistibles” no son, en el sentido lógico de la validez definitiva, razones “imperativas” o concluyentes. Ibid. Pág. 49. Reitera sin embargo que el nexo conceptual irrefragable no puede ofrecerse como un nexo conceptualmente indisoluble. La corrección sigue siendo por tanto para Habermas un “concepto” epistémico que funciona como pauta interpretativa para aquellas pretensiones de validez socialmente reconocidas.

37 Habermas, J. Verdad y justificación... Op. cit. Pág. 49. Habermas es consciente –acepta las críticas de Wellmer y Lafont– de que el nexo conceptual entre verdad y la asertabilidad racional, no comporta una relación defendible en condiciones ideales, ya que las razones pragmáticamente “irresistibles” no son, en el sentido lógico de la validez definitiva, razones “imperativas” o concluyentes. Ibid. Pág. 49. Reitera sin embargo que el nexo conceptual irrefragable no puede ofrecerse como un nexo conceptualmente indisoluble. La corrección sigue siendo por tanto para Habermas un “concepto” epistémico que funciona como pauta interpretativa para aquellas pretensiones de validez socialmente reconocidas.

38 Habermas, “Reply to symposium participants, Benjamin N. Cardozo School of Law”. En Arato, Andrew and Rosenfeld, Michael (eds). Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges. Berkeley, California University Press, 1998.

39 Ibid. Pág. 398.

40 Ibid. Pág. 396. Igualmente menciona en este sentido que, “La política deliberativa perdería su sentido y la democracia constitucional perdería su base de legitimidad si los participantes en discursos políticos no quisieran convencerse mutuamente y aprender unos de los otros. Las disputas políticas perderían su carácter deliberativo y degenerarían en luchas puramente estratégicas por el poder si los participantes no asumieran sin duda, falibilísticamente, conscientes de que siempre pueden estar equivocados que las controversias políticas y los problemas jurídicos tienen una solución correcta. Si no se orientaran hacia el objetivo de resolver problemas dando razones, los participantes no tendrían ninguna idea de lo que están buscando.” Ibid. Pág. 394.

Ibid. Pág. 145.

41 Ibid. Pág. 145.

42 Alexy, R. El concepto y la validez del derecho... Op. cit. Pág. 157.



## LOS LLAMADOS «DAÑOS PUNITIVOS» EN LA REFORMA A LA LEY N° 24.240

BENJAMÍN MOISÁ\*

### Resumen

En el presente artículo el autor se muestra partidario de la multa civil por actos desaprensivos, ello responde a que las sanciones civiles tienen por objeto restaurar el orden jurídico alterado y el imperio del Derecho, por tanto, el importe de la sanción debe tener como destino las arcas del Estado para evitar el enriquecimiento sin causa de la víctima.

El daño originado a causa de una conducta desaprensiva o antisocial debe ser aquél que por su gravedad, trascendencia social o repercusión institucional exija una sanción ejemplar, debiendo ser regulada esa sanción por el Código Civil, es por esa razón que Sebastián Picasso considera deficiente la reforma de la Ley N° 24.240, debido a que regula este tipo de sanción en el estatuto personal de los consumidores.

**Palabras clave:** Sanción civil - sanción pecuniaria - multa civil - actos desaprensivos.

### Abstract

In the present article the author shows this affinity to the penalty for civil crimes, this responds to the fact that the civil sanctions aim to recover the altered juridic order and the empire of Law, therefore the amount of the sanction must have as destiny the coffers of the State to avoid the enrichment without cause if the victim.

The damage originated because of an unscrupulous or antisocial conduct must be that one that by its gravity, social importance or institutional repercussion demands an exemplary sanction, having to be regulated that sanction by the Civil Code, is for that reason that Sebastián Picasso considers deficient the reform of the Law N° 24240, because it regulates this type of sanction in the personal statute of the consumers.

**Key words:** Civil sanction - pecuniary sanction - it fines civilian - unscrupulous acts.

### Sumario

1. Introducción. 2. Refutación de las objeciones. 3. El «daño punitivo» en la Ley de Defensa del Consumidor y del Usuario. 4. Conclusiones.

---

\* Juez de la Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut. Miembro Correspondiente de la Academia Ecuatoriana de Derecho Societario. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba.

## 1. INTRODUCCIÓN

Existen ciertos actos ilícitos ante los cuales, tanto la responsabilidad civil como la penal, se muestran impotentes para su eficaz sanción: en el primer supuesto, por insuficiencia de la función represiva de la responsabilidad civil, que reconoce como límite su función resarcitoria; en el segundo, por no encuadrar el ilícito civil dentro de los estrechos márgenes de una figura penal, o por falta de adecuación de la pena para la completa restauración del orden civil, sin contar las cada vez mayores dificultades para obtener una condena penal.

Vélez Sársfield en la nota al artículo 1072° del Código Civil ya observaba que: “No todos los delitos civiles constituyen delitos del derecho criminal, porque la ley penal no castiga todos los actos que atacan los derechos de otro, por ejemplo, el estelionato que no se castiga por la ley penal, aunque es en muchos casos un verdadero delito civil”. Nosotros, por nuestra parte, sólo agregamos que no todos los delitos civiles encuentran una adecuada sanción en la responsabilidad civil, de naturaleza predominantemente compensatoria.

Es que como bien lo señalara Aída Kemelmajer de Carlucci: “El resarcimiento del perjuicio no silencia las repercusiones de iniquidad y de inseguridad que acarrear algunos hechos antisociales e irritantes, cuyos autores lucran a costa de la desgracia ajena: la reparación integral deja entonces insoluble la lesión al sentido de justicia”<sup>1</sup>.

Jorge Mario Galdós, en un excelente trabajo publicado hace casi una década, ejemplifica profusamente sobre la cuestión con la siguiente enunciación casuística: accidentes de tránsito, afectación de los derechos del consumidor, daños ambientales, lesión de bienes públicos colectivos, piratería intelectual, difamación por la prensa, publicidad engañosa, intromisión en la intimidad o privacidad e injurias, afectación de intereses plurindividuales homogéneos y compartidos, supresión de beneficios obtenidos ilegítimamente, microilícitos –en los que, por su escaso monto, es improbable que el afectado demande–, etcétera<sup>2</sup>.

En este contexto, una significativa mayoría de la doctrina argentina –a la cual adherimos– postulaba la incorporación de los punitive damages –preferimos, multa civil por actos desaprensivos– a nuestro derecho, la cual vemos plasmada, aunque de un modo parcial y defectuoso, en la reciente reforma a la Ley de Defensa del Consumidor y del Usuario (LDCU). Las siderales distancias existentes entre las distintas soluciones propuestas y proyectadas, a

las que se suman ahora la consagrada por la legislación, nos impulsa a precisar nuestra posición en el presente trabajo.

## **2. REFUTACIÓN DE LAS OBJECIONES**

No vamos a insistir sobre cuestiones trilladas, tratadas con gran erudición por los distinguidos juristas que nos han precedido en el abordaje de la problemática<sup>3</sup>, pero sí nos ocuparemos de refutar las principales objeciones a la institución, lo que a su vez nos permitirá fijar nuestro punto de vista.

Pizarro considera, entre las muchas objeciones que se han formulado a los punitive damages, las siguientes: a) enriquecimiento indebido de la víctima; b) arbitrariedad en su determinación; c) incompatibilidad con la responsabilidad objetiva; d) inconstitucionalidad; e) resultados social y económicamente disvaliosos<sup>4</sup>.

Nosotros nos limitamos al tratamiento de: a) la inconstitucionalidad de la multa civil; b) el enriquecimiento sin causa; y c) la superposición de sanciones, por estimar que son las realmente decisivas.

### **2.1. Contra la inconstitucionalidad de la multa civil**

Sin duda alguna, el mayor y más serio reparo que se ha formulado contra la multa civil es la tacha de inconstitucionalidad. Los autores que suscriben esta posición entienden que los llamados daños punitivos serían sanciones de tipo penal y que, por lo tanto, su aplicación en sede civil sería inconstitucional, por no regir en dicho ámbito las garantías constitucionales propias del proceso penal<sup>5</sup>.

#### **Refutación**

Tres argumentos, que estimamos concluyentes, nos permitirán refutar la pretendida inconstitucionalidad de la multa como sanción civil.

*a. Distinción dogmático-contingente entre delitos y sanciones civiles y penales.*

“¿Es posible arribar a una definición esencial, ontológica, universal y necesaria de lo que delito y pena son?” Se preguntan Aftalión, García Olano y Vilanova; a lo cual responden: “Por cierto que, desde tiempo atrás, los juristas han prodigado sus esfuerzos en la búsqueda de estas definiciones, cuyo hallazgo les suministraría algo así como el concepto puro de Derecho

Penal. Pero es menester reconocer que, tanto aquellos que han puesto la tónica de la diferenciación por el lado del delito, como los que han enfocado hacia la sanción, no han conseguido llegar a resultados decisivos, pues los ordenamientos jurídico-positivos, en su infinita variedad, suministran continuamente casos de delitos y de sanciones que no se compaginan con las definiciones doctrinarias que de los mismos se han formulado”<sup>6</sup>.

En consecuencia, no siendo el delito ni la pena conceptos jurídicos fundamentales sino empíricos, sólo es posible fundar la distinción entre Derecho Penal y Civil en ciertas determinaciones dogmático-contingentes, de orden histórico-axiológico, variables a tenor de los distintos ordenamientos jurídico-positivos<sup>7</sup>. En otras palabras, el carácter penal de un entuerto y su pertinente sanción está sujeto a circunstancias mutables en el tiempo y en el espacio, de tal modo que lo que es delito aquí y ahora, mañana y en otro lugar pueden no serlo, y viceversa.

Particularmente con respecto a las sanciones, los prestigiosos autores que venimos siguiendo en estos desarrollos, agudamente destacan: “El carácter penal de sanciones como la prisión no se presta a mayores controversias. Pero no sucede lo mismo cuando se trata de consecuencias pecuniarias. De ahí que en la práctica suele ocasionar dificultades la determinación del carácter –civil o penal– de ciertas multas. En estos casos –en que intervienen como elementos decisorios las referencias positivas, mencionadas en el texto –se hace especialmente patente el carácter dogmático-contingente, histórico-axiológico, que asume la cuestión”<sup>8</sup>.

#### *b. Identidad ontológica entre la norma civil y la penal*

Consecuentemente, entonces, afirmamos que entre la norma civil y la penal indudablemente hay una identidad ontológica, tanto respecto del precepto como de la sanción, distinguiéndose simplemente por circunstancias dogmático-contingentes establecidas por el legislador, a las que habrá que atender a la hora de determinar su naturaleza.

En este sentido, Arauz Castex –siguiendo, indudablemente, a Kelsen y Cossio<sup>9</sup>– explica que la norma jurídica tiene una estructura lógica disyuntiva (Cossio): a un antecedente imputa un proceder como debido; pero, como este proceder no es necesario sino contingente, prevé otro proceder que corresponde al caso en que el sujeto no proceda como está prescripto en primer término. La primera prescripción se llama deber jurídico, prestación, norma secundaria (Kelsen) o endonorma (Cossio). La segunda, se llama sanción, norma primaria (Kelsen)

o perinorma (Cossio). En suma, sanción es el proceder correspondiente a la infracción de un deber jurídico<sup>10</sup>.

Y a continuación, el notable civilista aclara: "En el Derecho Penal, el deber jurídico no es expreso; el texto no dice que se debe no matar; dice solamente que el que matare a otro sufrirá de 8 a 25 años de reclusión o prisión. El Código Penal es a modo de un catálogo de sanciones.

El Derecho Civil, en cambio, se dedica preferentemente a describir los proceder debidos; las sanciones aparecen, en su mayor parte, en breves textos de carácter genérico (Artículos 18°; 505°; 1109°).

Pero tanto en el uno como en el otro, la estructura lógica de la norma es la misma. En aquél, el deber jurídico es implícito, y la sanción expresa y específica; en éste, el deber jurídico es explícito, y la sanción por lo común es genérica y a veces implícita. Pero en los dos hay necesariamente en cada norma un proceder debido y una sanción para el caso en que no se lo realice"<sup>11</sup>.

### *c. Constitucionalidad de las sanciones civiles*

Comprobada la identidad ontológica entre la sanción civil y la penal, y el carácter dogmático-contingente de sus diferencias, nos resta analizar qué opinan los Tribunales sobre la constitucionalidad de las sanciones civiles pecuniarias.

La Corte Suprema de los Estados Unidos, referente de la nuestra en materia Constitucional, en reiteradas oportunidades, ha dicho que los punitive damages no son sanciones penales sino civiles, quedando por lo tanto al margen de las garantías propias del proceso penal, con la sola salvedad de que no sean excesivos<sup>12</sup>.

Frente a esto se ha replicado: "No ignoramos que la Corte Suprema de los Estados Unidos de América se ha pronunciado descartando la aplicación de la octava y la catorceava enmienda de la Constitución de aquel país a los 'daños punitivos' [...] creemos, sin embargo que esa jurisprudencia tiene escaso valor hermenéutico en nuestro Derecho, en atención a la diferente tradición que insufla el sistema jurídico privado de ambos países"<sup>13</sup>.

Pero la encendida réplica se queda sin sustento cuando es nuestra propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, intérprete último de la Constitución, la que recurrentemente viene sosteniendo que con relación a las sanciones

no penales –en el caso que citamos, multa procesal– no rigen estrictamente las garantías del proceso penal receptadas por los tratados internacionales y nuestra Constitución Nacional<sup>14</sup>.

## 2.2. Contra el enriquecimiento sin causa

Con razón se ha objetado a los daños punitivos que su aplicación, en la concepción originaria de la doctrina, produciría un enriquecimiento sin causa en favor del damnificado, al proporcionarle sumas superiores al daño efectivamente sufrido<sup>15</sup>.

### Refutación

A esta objeción, por compartirla, no formularemos propiamente una refutación, sino que precisaremos los alcances con los que aceptamos la concepción de una multa civil por actos desaprensivos.

La responsabilidad civil mediante la reparación integral se ocupa del interés privado del damnificado, pero no del interés público de la comunidad en el restablecimiento del orden jurídico alterado y el imperio del Derecho: “la reparación integral deja entonces insoluble la lesión al sentido de justicia”, al decir de Kemelmajer de Carlucci.

Por lo tanto, como lúcidamente lo hace notar Díez-Picazo: “Si se considera justo obtener del autor de un hecho ilícito exacciones, multas o cosa parecida, más allá del importe del daño efectivamente causado, lo justo es que estas sumas vayan a parar a manos del común o lo que es lo mismo al Tesoro Público”<sup>16</sup>.

Contrariamente a la opinión de Pizarro –quien piensa que “nada impide, técnicamente, que una pena civil pueda ser destinada a la víctima y adicionarse a la indemnización de daños y perjuicios”-<sup>17</sup>, creemos que existe un doble impedimento jurídico-filosófico para que una multa civil pueda ser destinada a la víctima.

En primer lugar, el Derecho como orden coactivo requiere de sanciones (norma primaria, según Kelsen, o perinorma, según Cossio) para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada. Ahora bien, el mantenimiento de ese orden coactivo o jurídico, más allá del interés particular de cada individuo, responde ante todo, a un interés social, por lo que una sanción, sea penal o civil, de ningún modo puede estar destinada a beneficiar a la víctima<sup>18</sup>. El interés privado de ésta, insistimos, encuentra suficiente satisfacción con la reparación integral propia de la responsabilidad civil.

En segundo término, no se trata de una mera cuestión técnica de “conveniencia o inconveniencia”<sup>19</sup>, sino que la proscripción del enriquecimiento sin causa tiene profundas raíces éticas y de equidad: “Es justo por derecho natural, que nadie se haga más rico con detrimento e injuria de otro”<sup>20</sup>.

Por lo demás, el errado destino dado a las astreintes por el artículo 666° bis del Código Civil (texto incorporado por la Ley 17.711) no puede obviamente justificar un nuevo error. Tampoco es admisible la invocación de la cláusula penal como un argumento a favor del destino privado de la multa, pues como bien lo señala Bustamante Alsina: “La cláusula penal se halla fuera de cuestión porque ella resulta de la estipulación contractual y por lo tanto (es) ajena al régimen de los delitos y cuasidelitos”<sup>21</sup>. Otro tanto cabe decir respecto de los intereses punitivos, pues los moratorios –convencionales o legales–, al tener una función fundamentalmente compensatoria, no dejan dudas sobre el asunto (artículo 622°).

En suma, la multa civil siempre debe tener un destino de interés público, en cuyo caso no podrá invocarse un enriquecimiento sin causa, pues su finalidad es restaurar el orden jurídico mediante la consiguiente sanción, elemento coactivo propio de toda norma de derecho<sup>22</sup>.

### **2.3. Contra la superposición de sanciones pecuniarias**

Con innegable razón, Jorge Galdós se preocupa de que, por la coexistencia y simultaneidad de sanciones dinerarias penales, administrativas y civiles, se arribe a un resultado no querido y disvalioso: el exceso de punición pecuniaria contra el agente dañador, expoliando y confiscando su patrimonio<sup>23</sup>.

### **Refutación**

Coincidimos con el distinguido camarista de Azul en que no se trata de un obstáculo insuperable, aunque indudablemente requerirá un esfuerzo adicional de los jueces civiles, quienes deberán ocuparse de que la multa civil, sumada a las sanciones penales y administrativas, no se convierta en exorbitante e irrazonable. En este sentido, como lo ha resuelto en reiteradas oportunidades la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los jueces no pueden desatender las consecuencias que normalmente derivan de sus fallos, lo que constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de su interpretación y su congruencia con todo el ordenamiento jurídico<sup>24</sup>.

Por lo demás, la Corte en su actual composición, ratificando un antiguo y arraigado criterio, ha entendido que las sanciones –en el caso, procesales

y disciplinarias no se superponen ni se confunden cuando tienen objetos distintos<sup>25</sup>. En consecuencia, *mutatis mutandis*, entendemos que no hay obstáculo para la concurrencia de sanciones de distinta naturaleza (penal, administrativa, civil, comercial, laboral, procesal o disciplinaria), en la medida en que la acumulación no devenga irrazonable.

### **3. EL «DAÑO PUNITIVO» EN LA LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR Y DEL USUARIO**

La reciente Ley N° 26.361 (B.O. 07/04/08) ha hecho realidad en nuestro derecho positivo los llamados «daños punitivos», al incorporar como artículo 52° bis de la Ley N° 24.240 el siguiente texto:

“Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan.

Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47°, inciso b) de esta Ley”<sup>26</sup>.

Reconocemos el esfuerzo de los autores del proyecto de reforma a la LDCU<sup>27</sup>, convertido en Ley N° 26.361, pero, quizá la falta de atención a los proyectos anteriores<sup>28</sup>, al derecho comparado y a las autorizadas opiniones que desde hace bastante tiempo se vienen pronunciando sobre la cuestión termine por malograrlo –esperemos que no-. Ya no sin razón, un destacado jurista –conocedor de la materia- ha sentenciado que, tal como ha sido concebido el artículo 52° bis, “la norma es absurda”<sup>29</sup>.

Indudablemente, entonces, habrá que recurrir a la prudencia de nuestros magistrados para suplir y corregir las serias omisiones y defectos que el artículo en cuestión presenta. Sirvan las observaciones que a continuación efectuamos como un modesto aporte en ese sentido.

#### **3.1. Terminología**

La reforma ha escogido la expresión “daño punitivo” para titular al artículo 52° bis de la LDCU; pero, como bien lo señala Pizarro, la denominación

“daños punitivos”, en español, es objetable, pues lo que se pune o sanciona es ciertos ilícitos calificados por su gravedad y no el daño mismo<sup>30</sup>. Por su lado, Bustamante Alsina nos advierte de la sutil diferencia que existe en el derecho angloamericano entre *damage* (en singular, daño) y *damages* (en plural, compensación o indemnización)<sup>31</sup>. Creemos entonces, que en todo caso, podría admitirse la locución *daño punitivo* –o mejor, *punible*– para designar al presupuesto objetivo de la multa, mas no a la sanción misma.

Por otra parte, cabe recordar aquí las lúcidas precisiones vertidas por Aída Kemelmajer de Carlucci hace quince años en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires<sup>32</sup>, quien –luego de aclarar que los *punitive damages* en el *Common Law* se conocen también con el nombre de *exemplary damages*, *non compensatory damages*, *penal damages*, *additional damages*, *aggravated damages*, *plenary damages*, *immaginary damages*, *presumptive damages*, *smart money*, etcétera– señala que no hay una coincidencia exacta de la expresión inglesa *damage* con la palabra *daño* del idioma castellano, pues, si el juez o las partes fijaron una suma determinada como compensación de un incumplimiento contractual, se hablará de *damages*, aunque no exista lesión en el sentido que la voz *daño* tiene en nuestra lengua; *damages* será, entonces, una suerte de sinónimo de *injury*.

“Tampoco –continúa la prestigiosa jurista mendocina– hay total identidad entre todas las expresiones que contienen la voz *damages*. Así, por ejemplo, se llama *general damages* a los que la ley presume siguen a una conducta equivocada (“*the law presumes to follow from the wrong complained of*”); o sea, los *general damages* o *daños presuntos*, son aquéllos que no necesitan prueba de su concreta entidad pues existen *in re ipsa*, y pueden o no tener finalidad punitiva»<sup>33</sup>.

Por todo ello, nos parece que la denominación correcta para designar a la figura jurídica en cuestión es “*multa civil*”<sup>34</sup> –y si se quiere, “*por actos desaprensivos*”<sup>35</sup>–, la que permite determinar con exactitud su especie y naturaleza dentro del género sanción al cual pertenece.

### 3.2. Método y ámbito de aplicación

Compartimos con Atilio Alterini lo auspicioso que resulta la introducción de la noción de “*multa civil*” en el sistema legal argentino<sup>36</sup>; sin embargo, no podemos dejar de lamentar que dicha incorporación se haya hecho en el estatuto personal de los consumidores y no en un cuerpo de derecho común, como es el Código Civil, marginando un sinnúmero de situaciones, como los *daños ambientales*, por poner sólo un ejemplo.

No obstante, creemos que la reforma a la LDCU tiene el mérito de constituir un primer paso en la búsqueda de una regulación adecuada para las sanciones civiles por conductas antisociales, aunque por ahora la solución se limite a las relaciones de consumo.

### 3.3. Presupuestos de aplicación

El incorporado artículo 52° bis hace pasible de una multa civil: “Al proveedor que no cumpla con sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor”.

Una interpretación gramatical de la norma así concebida inevitablemente conduciría a un verdadero despropósito. Es que, como bien lo señala Sebastián Picasso, de acuerdo con el texto sancionado, bastaría el mero incumplimiento, cualquiera sea la obligación violada, medie o no dolo o culpa del proveedor, haya o no un daño causado al consumidor, se haya enriquecido o no el proveedor como consecuencia del hecho, para que sea aplicable la multa<sup>37</sup>. Esto sin contar que el incumplimiento –ilícito– legal u obligacional ya encuentra suficiente reparación en la correspondiente indemnización.

Esta circunstancia exige de los jueces una interpretación virtuosa<sup>38</sup> que les permita salvar la laguna técnica de la ley<sup>39</sup>. En este sentido, el “poder” empleado en el artículo lo convierte en una norma de tipo abierto que, por tal circunstancia, autoriza al juez a integrarla con los presupuestos mínimos que hacen a la figura jurídica en cuestión. Así resulta del juego armónico del artículo 15° y 16° del Código Civil, ante la manifiesta “insuficiencia” legal.

El artículo 1067° del Código Civil establece la regla general según la cual: “No habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código, si no hubiese daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar, y sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia”.

De tal modo que, dentro de nuestro sistema positivo, el “acto ilícito punible” requiere la concurrencia de dos requisitos: a) uno objetivo, la existencia de un “daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar”; y b) otro subjetivo, que “a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia”.

Ahora bien, tales presupuestos con respecto a la institución que venimos tratando presentan ciertas características particulares, a las que nos referiremos a continuación.

### **Presupuesto objetivo**

Para la aplicación de la multa civil prevista por el artículo 52° bis no basta un simple daño, sino que debe tratarse de un daño –o su posibilidad– que por su gravedad, trascendencia social o repercusión institucional exija una sanción ejemplar<sup>40</sup>.

### **Presupuesto subjetivo**

Además, la conducta del proveedor debe ser dolosamente –en el sentido del artículo 1072° del Código Civil– desaprensiva o antisocial.

Para la concepción dominante en el derecho angloamericano, no cualquier acto ilícito puede generar la aplicación de punitive damages, sino que se requiere una particular subjetividad en la conducta del dañador que va más allá de la mera negligencia<sup>41</sup>. Esto en nuestro derecho se llama dolo<sup>42</sup>.

Precisando los conceptos, Henoch Aguiar en su magistral tratado sobre los hechos y actos jurídicos expresa: "En la definición del Código, como en la de los profesores Aubry y Rau, basta que el acto se ejecute consciente y maliciosamente, a sabiendas y con intención de dañar, para determinar su imputabilidad y la de sus consecuencias.

La conciencia y la intención, considerada ésta al par de la malicia requerida, no pueden referirse, como se ha dicho, sino a las consecuencias del acto como conocidas en el momento del obrar: Malicia no solamente quiere decir inclinación a lo malo y contrario a la virtud, sino también penetración, sutileza, sagacidad del espíritu; y siendo la penetración, la inteligencia cabal de una cosa difícil, sin esfuerzo y sin violencia al lenguaje y a la lógica, de acuerdo con la realidad observada en el fenómeno psíquico, podemos concluir que acto realizado consciente y aún maliciosamente, a sabiendas y con intención de dañar, es el acto voluntario de cuyas consecuencias se tuvo conocimiento completo al realizarlo. Aunque no hubiese existido el deseo de perjudicar, acariciado íntimamente por el agente en el secreto de su yo, aun así, estaríamos en presencia de un delito civil. El acto realizado a sabiendas, según el Digesto, caracterizaba el dolo"<sup>43</sup>.

En el caso específico de la figura que nos ocupa, nos parece apropiado individualizar a ese acto como desaprensivo, en el sentido del obrar llevado a cabo sin miramiento hacia los demás<sup>44</sup>, esto es, sin importar las consecuencias no obstante su cabal conciencia, o con "grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva"<sup>45</sup>.

### **3.4. Graduación de la multa y límite cuantitativo**

Nos parece un acierto de la reforma dejar librada a la discrecionalidad judicial la graduación de la multa, con una fórmula abierta que requiere tener en cuenta “la gravedad de la falta y demás circunstancias del caso”, pues ello facilitará la tarea del juez a la hora de hacer efectivas las funciones represiva y preventiva propias de la sanción pecuniaria<sup>46</sup>.

Sin embargo, no nos merece igual valoración el límite cuantitativo impuesto, ya que compartimos la opinión de Alterini en el sentido que el límite fijado por la última parte del artículo 52° bis no se presenta como razonable, pues en algunos casos indudablemente será insuficiente para que la multa pueda cumplir su objetivo<sup>47</sup>.

Por lo tanto, a nuestro criterio, el parámetro cuantitativo de la multa debería encontrar como único límite su razonabilidad<sup>48</sup>.

### **3.5. Destino de la multa**

Hemos dicho ya que las sanciones civiles tienen por objeto restaurar el orden jurídico alterado y el imperio del Derecho, lo cual responde inmediatamente al interés público y sólo de una manera mediata al interés privado, el cual, por lo demás, encuentra suficiente satisfacción en la indemnización integral del daño<sup>49</sup>.

Por lo tanto, el importe de la sanción, en cuanto con ella se defiende un interés público, debe tener como destino las arcas del estado o de un establecimiento público, y no el patrimonio del consumidor<sup>50</sup>.

De lo contrario, además de convalidarse un inadmisibles enriquecimiento sin causa, se da rienda suelta a los inescrupulosos lances de verdaderos mercenarios del pleito, siempre dispuestos a alimentar una incontrolable industria del juicio.

### **3.6. Instancia de parte**

Finalmente, respondiendo la multa civil a un interés público, nos parece que debió preverse la posibilidad de que las sanciones sean aplicadas de oficio por los jueces, lo que supliría “la falta de interés del damnificado de complicar un proceso judicial, sin beneficio alguno”, a la que se refiere Pizarro<sup>51</sup>.

#### 4. CONCLUSIONES

Lo precedentemente expuesto nos permite, a modo de síntesis final, arribar a las siguientes conclusiones:

1º) Aunque somos partidarios de la introducción en nuestro derecho positivo de una sanción civil por actos desaprensivos o antisociales, compartimos la crítica de Sebastián Picasso en el sentido que la regulación del “daño punitivo” en la reforma de la LDCU es harto deficiente, y que no responde a los requisitos exigidos tradicionalmente para imponer esa sanción.

2º) El ámbito propicio para regular dicha sanción es el Código Civil, con un alcance amplio, y no la LDCU, circunscripta a la relación de consumo.

3º) La denominación “daño punitivo” empleada por la ley, aunque pretende ser una traducción literal de la expresión *punitive damages*, es equívoca desde el punto de vista conceptual, por lo que nos parece más apropiado designar a la figura jurídica como multa civil por actos desaprensivos.

4º) En lo conceptual, por *multa civil por actos desaprensivos*, debe entenderse la sanción civil pecuniaria establecida para reprimir y prevenir las conductas dolosamente desaprensivas por parte del sujeto dañador.

5º) Siendo la distinción entre la sanción civil y la penal meramente dogmático-contingente, de carácter histórico-axiológico, una vez prevista legalmente, la aplicación de una multa civil no es inconstitucional, pues respecto de ella no rigen estrictamente las garantías constitucionales del proceso penal.

6º) Los presupuestos de aplicación de la multa civil por actos desaprensivos son dos: a) uno objetivo, la existencia de un daño grave, o de trascendencia social, o de repercusión institucional y; b) otro subjetivo, una conducta dolosamente desaprensiva o antisocial en el sujeto dañador.

7º) El monto de la multa debe poder ser graduado discrecionalmente por el juez de acuerdo a las circunstancias de cada caso, sin un límite cuantitativo que pueda convertir en irrisoria la sanción.

8º) El destino de la multa debe ser de utilidad pública, para evitar el enriquecimiento sin causa de la víctima y los reprobables lances judiciales especulativos.

9º) Respondiendo la multa al interés público en la restauración del orden jurídico alterado y el imperio del Derecho, debe posibilitarse su aplicación de oficio por el juez.

- 
- <sup>1</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aída. Disertación sobre daños punitivos en la Asociación de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de Córdoba, citada por Trigo Represas, Félix A. - López Mesa, Marcelo J. Tratado de la responsabilidad civil. Tomo I. Pág. 557 y n. 735, La Ley, Buenos Aires, 2005. Por correo privado del 10 de abril de 2008, como responsable de la Biblioteca Carlucci -y de su base de datos-, Nedo Carlucci, por especial encargo de su mujer, cortésmente nos informa que el trabajo sobre «daños punitivos» tiene una única versión escrita que publicó la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, la cual recepta la disertación anual de Aída Kemelmajer de Carlucci pronunciada el 26 de agosto de 1993. Asimismo, nos cuenta que de inmediato el tema fue objeto de sendas conferencias pronunciadas en la Asociación de Magistrados y Funcionarios de Córdoba y en la Facultad de Derecho de la Universidad de Mendoza, siempre dentro del año 1993. En síntesis, nos dice, en el ámbito nacional la problemática de los daños punitivos fue expuesta públicamente por Aída Kemelmajer de Carlucci en sucesivas disertaciones llevadas a cabo en Buenos Aires, Córdoba y Mendoza, hace ya 15 años y luego nunca más. Finalmente, a modo de anécdota, Carlucci nos comenta que el tema se «internacionalizó» en una conferencia pronunciada en 1994 en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Madrid, «Seminario Federico de Castro», sin las referencias especiales al derecho argentino, pero que esa versión no se publicó.
- <sup>2</sup> Galdós, Jorge Mario. Los daños punitivos. Su recepción en el Código Civil de 1998. Primeras aproximaciones. RCyS, 1999-23.
- <sup>3</sup> Pizarro, Ramón Daniel. Daños punitivos. En: Derecho de daños. 2ª parte. Libro Homenaje al Profesor Félix Alberto Trigo Represas. La Rocca: Buenos Aires, 1993; Kemelmajer de Carlucci, Aída. ¿Conviene la introducción de los llamados «daños punitivos» en el derecho argentino? En: Anticipo de Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Año XXXVIII, Segunda Época, N° 31, 1993; Bustamante Alsina, Jorge. Los llamados «daños punitivos» son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil. La Ley 1994-B, 860; Galdós, Jorge Mario. Los daños punitivos. Su recepción en el Código Civil de 1998. Primeras aproximaciones, RCyS, 1999-23; Picasso, Sebastián. Sobre los denominados «daños punitivos». La Ley 2007-F, 1154; Alterini, Atilio Aníbal. Las reformas a la ley de defensa del consumidor. Primera lectura, 20 años después, La Ley 09/04/2008, 1 - Sup. Esp. Reforma de la Ley de defensa del consumidor 2008 (abril), 3; entre otros.
- <sup>4</sup> Pizarro, Ramón Daniel. Daño moral. Pág. 534 y ss. Hammurabi, Buenos Aires, 2004.
- <sup>5</sup> Por todos, Bustamante Alsina, Jorge, op. et loc. cit.
- <sup>6</sup> Aftalión, Enrique R. - García Olano, Fernando - Vilanova, José. Introducción al derecho. Tomo II. Pág. 101. El Ateneo: Buenos Aires, 1956.
- <sup>7</sup> Ídem, Tomo II. Pág. 104 y ss.
- <sup>8</sup> Ídem, Tomo II. Pág. 105, n. 17.
- <sup>9</sup> Ídem, Tomo I. Pág. 115 y ss.
- <sup>10</sup> Arauz Castex, Manuel. Derecho civil. Parte general. Tomo II. Pág. 382, n° 1677. Empresa Tecnicojurídica: Argentina, Buenos Aires, 1965.
- <sup>11</sup> Ídem, Tomo II. Pág. 382, n° 1678.
- <sup>12</sup> Cfr. Pizarro, Ramón Daniel. Daño moral. Pág. 538 y ss.
- <sup>13</sup> Picasso, Sebastián. Sobre los denominados «daños punitivos». La Ley 2007-F, 1154, n. 33.
- <sup>14</sup> CSJN, 20/3/07. Conductil S.A. v. Music House Jujuy S.R.L. SJA 5/9/2007 - JA 2007-III-412, Lexis N° 20071564.
- <sup>15</sup> Díez-Picazo, Luis. Derecho de daños. Pág. 46, Civitas, Madrid, 2000.
- <sup>16</sup> Ídem.
- <sup>17</sup> Pizarro, Ramón Daniel. Daño moral. Pág. 535.
- <sup>18</sup> Cfr. Kelsen, Hans. Teoría pura del derecho. Pág. 70 y ss. Eudeba: Buenos Aires, 1960, tr. Moisés Nilve.
- <sup>19</sup> Ídem nota 17.
- <sup>20</sup> «Iure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiore» (Pomponio, Digesto, L, XVII, 206). Cfr. Moisset de Espanés, Luis. Curso de obligaciones Tomo III. Pág. 303 y ss.

- 
- Zavalía: Buenos Aires, 2004; Planiol, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*. Tomo II. Pág. 311 y ss., n° 933. Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence: París, 1912.
- 21 Bustamante Alsina, Jorge. op. et loc. cit.  
Coincidimos con Moisset de Espanés cuando, refiriéndose al artículo 652° del Código Civil, señala: «Esta definición es incompleta pues la cláusula penal no sólo tiene como finalidad asegurar el cumplimiento de una obligación, sino que también tiene la función de prefijar o determinar anticipadamente los daños y perjuicios a que puede dar lugar el incumplimiento de una obligación» (Moisset de Espanés, Luis. op. cit. Tomo II. Pág. 289).
- 22 Cfr. Merino, Enrique - Moisset de Espanés, Luis. Notas sobre conducta procesal maliciosa (artículo 622° del Código Civil), en separata del Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Año XXXV, enero-diciembre 1971, Nros. 1-5.
- 23 Galdós, Jorge Mario. op. et loc. cit.
- 24 Ídem; cfr. Fallos: 302:1284, 234:482, 202:1293, 234:495, entre otros.
- 25 Cfr. CSJN, 20/3/07. Conductil S.A. v. Music House Jujuy S.R.L. SJA 5/9/2007 - JA 2007-III-412, Lexis N° 20071564.
- 26 \$5.000.000.
- 27 El proyecto fue presentado el 28 de marzo de 2006 por los Diputados Nacionales Stella Maris Córdoba, Juan Manuel Irrazábal, Eduardo Gabriel Macaluse, Heriberto Eloy Mediza, Adrián Pérez y Patricia Vaca Narvaja, registrándose como Expte. N° 1061-D-2006.
- 28 Si bien en líneas generales nuestra crítica ha sido negativa con respecto al llamado Proyecto de Código Civil de 1998 (en realidad, anteproyecto de 1998 y proyecto de 1999, año en el que toma estado legislativo), rescatamos en la materia su artículo 1587°, redactado en los siguientes términos: «Multa civil. El tribunal tiene atribuciones para aplicar una multa civil a quien actúa con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva. Su monto se fija tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial los beneficios que aquél obtuvo o pudo haber obtenido con su conducta, y tiene el destino que le asigne el tribunal por resolución fundada».
- 29 Picasso, Sebastián. Nuevas categorías de daños en la ley de defensa del consumidor. Sup. Esp. Reforma de la Ley de defensa del consumidor 2008 (abril), 123.
- 30 Pizarro, Ramón Daniel. Daños punitivos. Pág. 291, n. 7.
- 31 Bustamante Alsina, Jorge. op. et loc. cit.
- 32 Sesión pública del 26 de agosto de 1993.
- 33 Kemelmajer de Carlucci, Aída ¿Conviene la introducción de los llamados «daños punitivos» en el derecho argentino?
- 34 Es la denominación adoptada por el artículo 1587° del Proyecto de 1998.
- 35 Véase voz «desaprensivo, va» en Real Academia Española. Diccionario de la lengua. 22° ed. En: www.rae.es.
- 36 Alterini, Atilio Aníbal. op. et loc. cit.
- 37 Picasso, Sebastián. Nuevas categorías de daños.
- 38 «El problema es ineludible, porque toda interpretación jurídica no debe ser solamente *legal* –encuadrada dentro de los márgenes conceptuales que traza la ley– sino, además, *justa*» (Aftalión, Enrique R. - García Olano, Fernando - Vilanova, José. op. cit. Tomo. I. Pág. 488).
- 39 «Una laguna técnica se presentaría cuando el legislador ha omitido dictar una norma indispensable para la aplicación técnica de la ley y tal laguna podría ser llenada por vía de interpretación. En realidad, se entiende por laguna técnica una laguna lógica que resulta de una divergencia entre el derecho positivo y del derecho deseado, o bien aquella indeterminación que resulta del hecho de que la norma es solamente un marco» (Kelsen, Hans. op. cit. Pág. 174).
- 40 Cfr. Galdós, Jorge Mario. op. et loc. cit. Autor que ilustra la cuestión con generosos ejemplos como lo destacamos en el § 1, adonde remitimos.
- 41 Cfr. Pizarro, Ramón Daniel. Daño moral. Pág. 529.
- 42 Pizarro, al elogiar el artículo 1587° del Proyecto de 1998, sostiene: «Es correcto el presupuesto subjetivo tenido en cuenta por el Proyecto de 1998: grave indiferencia respecto de los intereses dignos de tutela, lo cual comprende tanto la culpa grave como el dolo eventual, con mayor razón, el dolo directo» (Pizarro, Ramón Daniel. La reparación del daño patrimonial derivado de conductas antijurídicas lucrativas. Situación actual. Perspectiva. En: sitio web de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, www.acaderc.org.ar).
- Al haber adoptado el Código Civil la *teoría de la individualización de la culpa*, repudiando las categorizaciones de la culpa reconocidas por las leyes romanas y de las Partidas (nota al artículo 512° y doctrina de los artículos 902° a 906°), nosotros preferimos evitar las referencias a categorías como la «culpa grave», el

---

«dolo eventual» o el «dolo directo», por ser extrañas a nuestro sistema civil positivo (cfr. Aguiar, Henocho D. Hechos y actos jurídicos Tomo II. Pág. 281 y ss., n° 47. TEA: Buenos Aires, 1950).

<sup>43</sup> Aguiar, Henocho D. *op. cit.* Tomo II. Pág. 262, n° 41; Digesto, lib. XIX. Título I, leyes: 1, § 1; 13, proem.; y 45, § 1.

<sup>44</sup> Cfr. Real Academia Española. Diccionario de la lengua. 22ª ed., en [www.rae.es](http://www.rae.es), voz «desaprensivo, va».

<sup>45</sup> Artículo 1587° del Proyecto de 1998.

<sup>46</sup> Pizarro explica que las pautas de valoración son muy variadas y, entre otras, enuncia: a) la gravedad de la falta; b) la situación particular del dañado, especialmente en lo atinente a su fortuna personal; c) los beneficios procurados u obtenidos con el ilícito; d) la posición de mercado o de mayor poder del punido; e) el carácter antisocial de la conducta; f) la finalidad disuasiva futura perseguida; g) la actitud ulterior del demandado, una vez descubierta su falta; h) el número y nivel de empleados comprometidos en la conducta de mercado; i) los sentimientos heridos de la víctima, etcétera (Pizarro, Ramón Daniel. Daño moral. Pág. 530).

<sup>47</sup> Alterini, Atilio Anibal. *op. et loc. cit.* El ex Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, recordando a título de ejemplo el megacasos de los daños masivos provocados por el síndrome tóxico del aceite de colza en España, resuelto en la década del ochenta, con razón advierte que el límite de cinco millones de pesos establecido por la ley –algo así como un millón de euros– sería ridículo comparándolo con la condena por tres mil millones de euros pronunciada por el Tribunal Supremo de España.

<sup>48</sup> Cfr. Pizarro, Ramón Daniel. Daño moral. Pág. 531.

<sup>49</sup> Cfr. Merino, Enrique - Moisset de Espanés, Luis. *op. et loc. cit.*

<sup>50</sup> Ídem.

<sup>51</sup> Pizarro, Ramón Daniel. Daño moral. Pág. 549.

## ¿EXISTE DISCRECIONALIDAD EN LA DECISIÓN JUDICIAL?

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO\*

### Resumen

Dos tipos de doctrinas jurídicas han tratado de negar la discrecionalidad judicial: por un lado, el formalismo ingenuo del siglo XIX, propio de la Escuela de la Exégesis, en Francia, y de la Jurisprudencia de Conceptos, en Alemania; por otro lado, el formalismo sofisticado de fines del siglo XX, que primero integra derecho y moral social y, después, moraliza la Constitución positiva para que en el derecho positivo se contenga una única solución correcta para cada caso posible. Por contra, el positivismo jurídico del siglo XX ha visto en la discrecionalidad judicial una consecuencia, tan inevitable como conveniente, de los caracteres de todo sistema jurídico real.

**Palabras clave:** Discrecionalidad – decisión judicial – juicio valorativo.

### Abstract

Two different sets of legal theories have denied that judges have any discretion when deciding cases. The first was the naive formalism as practiced in the 19th century in France for the Exegesis school and the Conceptual Jurisprudence School (Begriffsjurisprudenz) in Germany. On the other hand, was the sophisticated formalism of the late 20th century that integrated the right with the social ethics, both establishes a connection between law and social morality, and undertakes a moral reading of the constitution so that positive law could offer one right answer for every case. Against all of this, the juridic positivism of the 20th century has regarded judicial discretion as a consequence, so unavoidable as unavoidable of the structure of any existing legal system.

**Key words:** Discretionality - judicial decision - valuing judgment.

### Sumario

1. Introducción. 2. Doctrinas negadoras de la existencia de discrecionalidad judicial. 3. Doctrinas que afirman la discrecionalidad judicial.

---

\* Licenciado y Doctor en Derecho por la Universidad de Oviedo - España. Profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de León - España.

## 1. INTRODUCCIÓN

¿Qué significa aquí discrecionalidad? Con este término aludimos a la libertad de que el juez disfruta a la hora de dar contenido a su decisión de casos sin vulnerar el Derecho. Por tanto, cuando afirmamos que tal discrecionalidad existe en algún grado, queremos decir que el propio Derecho le deja al juez márgenes para que éste elija entre distintas soluciones o entre diferentes alcances de una solución del caso. Así pues, si hay discrecionalidad significa que al juez las soluciones de los asuntos que decide no le vienen dadas y pre-determinadas enteramente, al cien por cien, por el sistema jurídico, sino que éste, en medida mayor o menor, le deja espacios para escoja entre alternativas diversas, pero compatibles todas ellas con el sistema jurídico.

Tal cesión de espacios decisorios al juez, semejante campo para su decisión discrecional, puede deberse a dos causas: o bien a que las mismas normas hayan querido expresamente remitir al juez la fijación de la pauta decisoria, caso por caso, como cuando son esas mismas normas las que dicen que en un determinado asunto el juez fallará discrecionalmente, decidirá en equidad, etcétera; o bien a que las normas jurídicas, prácticamente todas, están hechas de un material lingüístico que es por definición poroso, abierto, indeterminado en alguna medida, por lo que siempre pueden aparecer casos cuya solución resulte dudosa o equívoca a la luz de dichas normas, debiendo el juez concretarlas y completarlas por vía de interpretación o integración. En lo que sigue atenderemos principalmente a esta última causa posible de discrecionalidad judicial.

Durante mucho tiempo, como veremos, se admitía con dificultad que el juez pudiera disponer de campo para sus discretionales opciones, aun dentro de los márgenes que la ley deje abiertos por razón de su materia prima, el lenguaje. Y hoy algunas influyentes teorías del Derecho vuelven al rechazo de la discrecionalidad. Pero, entretanto, ha ido quedando claro que la libertad que los jueces pueden usar en su labor tiene dos manifestaciones, una positiva y admisible, la otra negativa y rechazable. La primera recibe el nombre de discrecionalidad y, repetimos, alude a aquella medida de libertad decisoria del juez que resulta inevitable e ineliminable de su cometido, por causa de los caracteres mismos que posee la materia prima de las normas, el lenguaje ordinario. La segunda, que se debe combatir, se denomina arbitrariedad. Una decisión judicial es arbitraria cuando el juez decide libremente, sí, pero concurriendo todas o alguna(s) de las siguientes notas:

a) Vulnera las pautas decisorias que el sistema jurídico le fija para el caso, en lo que dichas pautas tengan de claras y terminantes.

Conviene aquí hacer una muy elemental aclaración. Que ninguna norma general y abstracta sea capaz de determinar al cien por cien la solución de todos los casos que *prima facie* se le puedan someter, que respecto de cualquier norma pueda haber casos dudosos cuya solución no es clara y para los que quepan, con igual respeto de las normas, soluciones diversas entre las que el juez tenga que optar, no significa que a veces no haya casos claros y soluciones precisas. Son los llamados casos fáciles. Pongamos un ejemplo bien simple. Si una norma tipifica como delito el robo que se realice valiéndose de armas, cabría discutir si un palo o un puñal de juguete con apariencia real son o no son armas a tales efectos, con lo que respecto de esos casos puede pensarse que el juez puede elegir entre el sí y el no, en función de cómo interprete el término “arma” que en la norma figura; ahora bien, nadie en su sano juicio dudaría de que si el ladrón se vale de un fusil perfectamente real, cargado y montado para disparar, el robo acontece mediante el uso de un arma, pues no cabe razonablemente, en modo alguno, negarle a dicho fusil tal condición. Así que el juez que dijera que ese fusil no es un arma estaría incurriendo en arbitrariedad, pues nada hay más arbitrario que la negación de la perfecta evidencia.

b) Se demuestra que lo que guía la elección del juez son móviles incompatibles con el sistema jurídico que aplica y con su función dentro de él, como interés personal, afán de medro, propósito de notoriedad, precio, miedo, prejuicios sociales o ideológicos, etcétera.

c) Cuando el juez no da razón ninguna de su fallo o cuando su motivación del mismo contienen razones puramente inadmisibles, ya sea por absurdas, antijurídicas o incompatibles con los requerimientos funcionales del sistema jurídico. Un juez que, por ejemplo, fundamentara expresamente su fallo en cosas tales como una revelación divina, los contenidos de una determinada religión, los postulados de un determinado partido político, sus gustos particulares o su *personal* sentido de la justicia estaría incurriendo en arbitrariedad en este sentido, tanto o más que el que se abstiene de motivar su fallo.

Después de estas mínimas precisiones conceptuales, puede quedarnos claro que la discrecionalidad judicial no necesariamente es mala (aunque hay doctrinas, como vamos a ver, que tratan de evitarla por completo) y muchos creemos, en todo caso, que es inevitable. Por contra, la arbitrariedad ha de perseguirse siempre, es el antivalor judicial por excelencia.

Sentado esto, podemos ya realizar un pequeño repaso histórico y comprobar qué doctrinas han negado y niegan la discrecionalidad judicial y cuáles la han presentado como inevitable o, incluso, positiva.

## 2. DOCTRINAS NEGADORAS DE LA EXISTENCIA DE DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

Las doctrinas que combaten la discrecionalidad judicial lo hacen por dos razones entrelazadas: por un lado, por la convicción de que la discrecionalidad judicial no es conveniente; por otro lado, por la creencia de que la discrecionalidad judicial es evitable, y lo es porque el sistema jurídico posee caracteres o propiedades que lo ponen en condiciones de proporcionarle el juez la solución única y precisa de cada caso, sin que las valoraciones o elecciones de éste sean, por tanto, necesarias para colmar las indeterminaciones o equivocidades de dicho sistema, pues no habría tales.

### 2.1. El formalismo ingenuo del siglo XIX: Escuela de la Exégesis y Jurisprudencia de Conceptos

Esa negación de la discrecionalidad judicial aconteció en la doctrina dominante durante prácticamente todo el siglo XIX, de la mano principalmente de la Escuela de la Exégesis, en Francia, y de la Jurisprudencia de Conceptos, en Alemania.

Estas dos escuelas tenían en común su carácter *ingenuamente formalista* en materia de decisión judicial. Sostenían ambas que la decisión del juez tenía un carácter puramente formal, ya que consistía en un simple silogismo a partir de premisas que al juez le venían perfectamente dadas y acabadas. La premisa mayor o normativa se la proporcionaba al juez con plena claridad y coherencia el sistema jurídico, de modo que el juez no tenía ni que inventarla ni que completarla ni que interpretarla. Subyacía a semejante confianza la convicción de que el sistema jurídico posee tres caracteres que hacen su perfección en tanto que fuente plena de las decisiones judiciales: a) el sistema jurídico es completo, de manera que no hay lagunas y, por tanto, nunca va a tener el juez que "inventar" para un caso la solución que ninguna norma preestablecida contempla; b) el sistema jurídico es coherente, y, por tanto, no hay en él antinomias, con lo que nunca va a suceder que un juez se tope con que para el caso que le toca resolver se contienen en el ordenamiento vigente normas que prescriben soluciones contradictorias entre sí y; c) el sistema jurídico es claro, de manera que las soluciones que para cada caso prescribe están dadas con nitidez suficiente como para hacer su interpretación o bien innecesaria o bien muy sencilla. En resumen, para cada caso que el juez tenga que fallar el sistema jurídico proporciona siempre una solución, sólo una y perfectamente clara y precisa.

En cuanto a la premisa menor del silogismo judicial, estaría constituida por los hechos del caso, y también éstos se le ofrecen al juez con total independencia de cualquier juicio suyo. Los hechos están ahí y su prueba es un proceso objetivo en el que no queda margen para la evaluación personal del juzgador; las cosas son o no son, y son o no con independencia de las opiniones del juez. El juez, por tanto, juzga de los hechos que son, no de los que a él le parecen o de cómo a él le parecen.

Otra forma de explicar lo anterior es mediante la teoría de la subsunción, en su versión decimonónica. Las mencionadas escuelas sostenían que la aplicación del Derecho, la solución de los casos por el juez, es mera subsunción de los hechos bajo la norma que los abarca y los resuelve, y esa subsunción es una labor poco menos que puramente mecánica.

Con una imagen gráfica podemos ilustrar bien qué representaba esa idea de la decisión judicial como mera subsunción. Supongamos que cada norma jurídica es como un molde, y que cada uno de esos moldes tiene una forma distinta y perfectamente perfilada. Cuando un juez tropieza con el asunto que tiene que decidir, toma ese asunto, cual si fuera un objeto material con una forma determinada y peculiar, y se pone a buscar para él, para ese objeto, el molde que exactamente se le acomoda. Partimos de que para cada caso (objeto) habría siempre un molde en el sistema jurídico (pues el sistema, como hemos dicho, es completo, no tiene lagunas), sólo uno, nunca encajará bajo dos moldes distintos (pues el sistema no posee antinomias) y el encaje bajo ese molde que a cada caso corresponde será siempre exacto, sin vanos ni márgenes, pues el sistema es claro. Así que el juez acabará siempre encontrando el molde normativo en que el objeto de su decisión, el caso, encajará perfectamente. Y su fallo derivará con la evidencia y el automatismo de la siguiente imagen, que completa el cuadro: una vez hallado el molde en que el caso encaja, el juez lo toma y ve en él, en el molde, la solución prevista. Es como si lo levantara y por debajo leyera: "para el caso C (el que acaba de "subsumir" o encajar en ese molde) la solución es S", y eso que dentro o debajo del molde está escrito es lo que el juez traslada a su fallo del caso. Sin más y, sobre todo, sin que nada tenga que añadir o poner de su parte, pues el juez no es sino el operario que mete el caso en su molde y copia la solución que en éste encuentra, sin cambiarla, sin complementarla con nada, sin que acontezca ninguna valoración de su cosecha y, con ello, sin que tenga margen ninguno para que sus preferencias personales o sus convicciones determinen en nada el contenido del fallo. Ahí no queda el más mínimo resquicio para la discrecionalidad judicial, pues, en síntesis, cada caso tiene prediseñada en el sistema jurídico una y sólo una solución correcta (un molde perfecto), y esa

única solución correcta el juez se limita a averiguarla, a descubrirla, pues está ahí, en el sistema, antecedendo a todo juicio o acción del juez, esperando ser hallada y aplicada. El juez no manipula ni recrea el molde ni el caso, sólo introduce el segundo en el primero y lee la solución.

Escuela de la Exégesis y Jurisprudencia de Conceptos comparten lo que acabamos de decir, pero mantienen también diferencias que se explican por el contexto histórico de cada una. La Escuela de la Exégesis se desarrolla en Francia a partir de la entrada en vigor, en 1804, del Código de Napoleón, el Código Civil Francés. Téngase en cuenta que en esos tiempos iniciales del movimiento codificador en Europa regía la fortísima convicción de que los códigos civiles eran una obra perfecta de la razón jurídica, razón cristalizada en el llamado mito del legislador racional. El legislador, encarnación de la nación de una manera o de otra, por definición no yerra ni en los contenidos ni en la forma de las normas que produce. Cuando esas normas se aglutinan y sistematizan en un Código, éste es expresión suprema de la razón social y jurídica y fuente autosuficiente de toda juridicidad y toda decisión. Así que el juez tendrá que decidir cada caso subsumiendo sus perfiles bajo el molde de la correspondiente norma del Código. Añádase a esto que la doctrina francesa de tal época desconfiaba grandemente de los jueces, tenidos por reaccionarios y cómplices o nostálgicos del antiguo régimen estamental. Por eso en algunas de las primeras codificaciones (aunque no en la francesa, en la que no pasó de algún anteproyecto) se llegaron a contener prohibiciones expresas de que el juez interpretara las normas contenidas en el respectivo Código ¿Para qué interpretar si todo está claro y es perfecto? La interpretación de la ley era vista con desconfianza suma, como vía fácilmente aprovechable por el juez para introducir sus propias valoraciones en perjuicio de las del legislador y con daño para la norma. Toda discrecionalidad judicial, en consecuencia, era rechazada como equivalente a pura y simple arbitrariedad. Con el Código basta y sobra, en él están, y están perfectos, todos los moldes necesarios para subsumir los casos, ni hace falta cambiar ninguno ni repararlo ni añadir otros.

En Alemania las cosas eran distintas. Es bien sabido que en los territorios alemanes durante todo el siglo XIX el sistema de fuentes del Derecho era un *totum revolutum*, sin orden claro ni jerarquía precisa, integrado por elementos del Derecho romano de Pandectas, pasado por el tamiz de la doctrina romanista, de derecho histórico germánico, de derecho consuetudinario, etcétera. Y, si el derecho positivo era tan caótico, contradictorio y lagunoso, ¿bajo qué subsumían?, ¿dónde encontraban los moldes? En los conceptos, y de ahí el nombre de esta escuela.

Se consideraba que el sistema jurídico estaba, en su fondo o esencia, integrado no por normas positivas, legisladas (éstas eran sólo la parte superficial del sistema, inexacta o meramente aproximativa), sino por ciertas esencias o categorías cuya naturaleza no es ni empírica ni psíquica ni social, sino ideal. Los componentes reales y supremos del sistema jurídico, bajo los que el juez puede y debe subsumir cada caso que le llegue, son esas ideas objetivas, esos conceptos, esas esencias o categorías que prefiguran y encierran en sí la regulación detallada de cada institución de las que componen el Derecho. Veámoslo con un ejemplo. Si el juez tiene que resolver algún asunto de Derecho matrimonial, haya ley positiva al respecto o no la haya, sea clara u oscura, no importa gran cosa, pues adonde tiene ese juez que acudir para buscar las soluciones es a la idea de matrimonio, idea que subsiste al margen de los lugares y de la historia y en la que se encierra todo lo que el juez necesita saber para resolver sobre si el matrimonio es válido, sobre cualquiera de sus efectos, etcétera. Y lo mismo que ejemplificamos con el matrimonio vale para cualquier otra institución, ya sea, por seguir con más ejemplos, la propiedad, el testamento, un contrato, etcétera. El sistema jurídico forma una pirámide de conceptos o esencias jurídicas, en cuya cúspide está el concepto más general y abarcador, el de autonomía de la voluntad, y en los sucesivos peldaños descendentes conceptos menos generales, cada uno de los cuales es desarrollo o plasmación, para un ámbito más concreto, del concepto superior y, al tiempo, "padre" o condicionante de los conceptos inmediatamente inferiores.

Con una cierta simplificación o caricatura podemos representar esa escala así: la autonomía de la voluntad, en la cúspide, se desarrolla en o engendra el negocio jurídico, que, a su vez, se desarrolla en o engendra el contrato (y el testamento, hermano del contrato), el cual, a su vez, se desarrolla en o engendra en los diversos contratos (compraventa, arrendamiento, depósito, etcétera). Así que el juez sólo tienen que ver bajo cuál de tales categorías o esencias se subsume el caso que tiene entre manos y le bastará con aplicarle las prescripciones que en esa familia de moldes, del más amplio al más exactamente ceñido a su perfil, se contienen para él: si encaja bajo la compraventa, le aplicará lo específico de la compraventa, como idea, unido a lo general de todos los contratos, unido, en un peldaño más alto, a lo común para todos los negocios jurídicos y regido todo por el principio supremo, padre primigenio de todo el Derecho privado, de autonomía de la voluntad.

Ese sistema jurídico formado por esencias de lo jurídico es perfecto. El derecho positivo puede tener defectos. El verdadero Derecho, que es ese derecho integrado por formas ideales, es perfecto. Bajo su amparo, está de más toda discrecionalidad judicial.

Resumamos esta ideología dominante en el pensamiento jurídico del XIX:

a) El sistema jurídico es perfecto, en cuanto que contiene en sí (ya sea bajo la forma de artículos de un Código -Francia- ya de esencias prepositivas, ideales -Alemania-) siempre una única solución correcta para cada caso que el juez haya de decidir.

b) La actividad decisoria del juez se explica como pura subsunción del caso bajo la correspondiente regla del sistema, por lo que su actividad reviste un carácter cuasimecánico.

c) El razonamiento en que esa actividad desemboca tiene la estructura de un siligismo simple, del que la premisa mayor es dicha regla y la premisa menor los hechos, sin que estén presentes en él ulteriores premisas o presupuestos de ningún tipo, por lo que sólo de esas dos premisas y de ninguna más se deriva, con necesidad lógica, el fallo a modo de conclusión.

d) La esencia de la labor judicial es cognoscitiva. Esto significa que en realidad el juez no es propiamente alguien que decide, sino que meramente conoce lo que para un caso dispone como solución necesaria el sistema jurídico, limitándose a extraer las consecuencias del sistema para ese caso, pero sin que tal labor tenga ribetes ni morales, ni políticos ni de ningún otro tipo que suponga elección valorativa.

e) En consecuencia, el método correcto que ha de guiar la decisión judicial no es un método decisorio, sino un método de conocimiento. El juez se parece mucho más al científico que al legislador, y está mucho más cerca del dogmático (civilista, penalista, etcétera) que estudia en sede teórica el Derecho y descubre sus "profundidades", que del político que legisla y elige entre opciones regulativas.

Este formalismo ingenuo de la Escuela de la Exégesis y de la Jurisprudencia de Conceptos comenzó su crisis en las últimas décadas del siglo XIX y ya no pudo superar las críticas devastadoras de autores como el Jhering de la segunda época o de Gény, primeramente, y luego los embates definitivos de la Escuela de Derecho Libre o de las distintas corrientes del Realismo Jurídico o de Kelsen. Más adelante volveremos a algunas de esas corrientes, al hablar de las doctrinas que afirman la discrecionalidad judicial. Pero baste aquí indicar que lo que entre todos fueron dejando sentado con rotundidad es que ningún sistema jurídico posee aquellos tres idílicos caracteres de plenitud (ausencia de lagunas), coherencia (ausencia de antinomias) y claridad (ausencia de in-

determinación). Y si resulta que hay lagunas, antinomias y, sobre todo, indeterminación constitutiva del lenguaje del Derecho, ¿cómo negar que ciertos márgenes, al menos, de discrecionalidad judicial son ineludibles? ¿Quién sino el juez puede, por tanto, precisar, por vía de interpretación, cuál de los varios significados que los términos de una norma pueden admitir ha de regir para el caso?

Pero también en el pensamiento jurídico parece que rige la ley del péndulo, y el formalismo decimonónico, en lo que tenía de afirmador de la perfección del sistema jurídico y de negador de la discrecionalidad judicial, ha regresado con plena pujanza a fines del siglo XX y domina hoy, en pleno siglo XXI, esta vez de la mano de doctrinas que podemos denominar axiologismo jurídico y que están bien representadas por autores como Dworkin y por los teóricos más radicales de esa doctrina que se viene denominando neoconstitucionalismo y que podría ejemplificarse en autores como el Zagrebelsky de El Derecho dúctil.

## **2.2. El formalismo nada ingenuo de fines del siglo XX: de algunos alemanes dudosos a Dworkin, y de Dworkin al neoconstitucionalismo.**

Hay tres doctrinas que, *grosso modo*, coinciden en las siguientes ideas: el sistema jurídico se compone de estratos, y en tales estratos hay que distinguir ante todo un estrato superficial y otro profundo o subterráneo. En el primero se hallarían las normas de derecho positivo, en su formulación más convencional, es decir, los enunciados jurídicos que el legislador produce y que se agrupan en códigos, leyes, reglamentos... Pero por debajo de ese nivel, sosteniéndolo y dándole su inspiración, su sentido último, su razón de ser y la perfección que le falta se encuentra el estrato profundo, cuya materia ya no es lingüística sino axiológica, no empírica sino ideal, y no imperfecta, esto es, lagunosa, incoherente y oscura, sino perfecta, pues contiene solución única, consistente y definida para cualquier caso.

Para estas doctrinas el sistema jurídico sería algo similar a un iceberg. Un iceberg tiene una parte que sobresale por encima de la superficie del mar y que cualquiera puede ver sin necesidad de sumergirse. Pero su parte más consistente se encuentra por debajo de esa línea de superficie y sólo es visible para quien conozca a fondo lo que es un iceberg o domine la técnica de buceo. Un sistema jurídico sería igual. Hay una parte superficial, en forma de los enunciados jurídicos que cualquiera puede leer e interpretar; pero, por debajo, está la parte sumergida, que sostiene la otra y que es mucho más grande y contundente. Conocer el Derecho no es sólo ver y entender lo que a la vista de

todos está, la superficie del iceberg, sino saber calar en lo profundo y hallar lo que ahí se encuentra, valores; supone ver más allá de la superficie, ser capaz de contemplar lo que no está a la vista de todos.

Vemos, en resumidas cuentas, que estas doctrinas axiologistas desdoblan la naturaleza del Derecho y, al tiempo y complementariamente, desdoblan en dos la epistemología jurídica, el tipo de conocimiento que se requiere para saber del Derecho. Hay siempre una naturaleza superficial y una naturaleza profunda del Derecho, constituida la primera por enunciados jurídico-positivos y la segunda por valores. Y, al tiempo, hay un conocimiento superficial del Derecho, propio de quienes sólo ven en él enunciados que pueden ser comprendidos en sus términos e interpretados, con márgenes de elección discrecional, en sus indeterminaciones; y un conocimiento profundo del Derecho, al alcance sólo de quien domine el método de "excavación" o "buceo" que permite superar el dato superficial, equívoco, dudoso y, a veces, hasta falso o engañoso, y captar las verdades plenas e indubitadas que en el fondo del sistema se guardan, al modo de solución correcta para cada caso que al Derecho se someta. Ese método se solía describir como capacidad que nuestra razón posee para escuchar los dictados grabados en nuestra naturaleza, o en el orden inmanente a la Creación. Pero en las últimas épocas más bien se explica unas veces como empática capacidad del juez sabio y virtuoso para descubrir la coherencia que en el fondo mantienen los valores vigentes en una sociedad, por mucho que en la superficie parezca que no hay tal armonía valorativa, sino una tensión dialéctica, fruto del pluralismo constitutivo de las sociedades modernas y democráticas; o como vía que recorre, para llegar a la verdad, aquella parte de nuestra razón que se ocupa de los asuntos valorativos (política, moral, Derecho...) y que se llama razón práctica.

Como es obvio, el ancestro teórico de estas doctrinas es el iusnaturalismo tradicional, en cualquiera de sus manifestaciones, tanto el de base teológica como el racionalista. Pero no podemos ignorar que en el último siglo el iusnaturalismo ha sido una doctrina que ha dicho muy poco en materia de decisión judicial y ha vivido replegado y limitándose a debatir las condiciones de validez de la norma positiva. En materia de interpretación y aplicación del Derecho la función que tradicionalmente el iusnaturalismo cumplía la han asumido doctrinas como éstas que ahora vamos a examinar: Jurisprudencia de Valores, Dworkin y neoconstitucionalismo. No digo con esto que merezcan con propiedad el nombre de iusnaturalismos, sino que son en nuestro tema equivalentes funcionales del iusnaturalismo, aunque los mimbres con los que se elaboran sean diferentes en algún grado.

Vamos ahora a pasar sucintamente revista a las tres variantes que nos interesan, atendiendo con preferencia al tema que nos ocupa, la negación de la discrecionalidad judicial.

El mejor antecedente del actual neoconstitucionalismo se encuentra en la doctrina alemana llamada Jurisprudencia de Valores (*Wertungsjurisprudenz*). Para comprender el cómo y el porqué del giro que esta escuela imprime a la teoría y la praxis jurisprudencial alemana de los años cincuenta y sesenta debemos comenzar por echar un vistazo al contexto histórico del que nace.

De 1919 a 1933, bajo la Constitución de Weimar, el grueso de los profesores de Derecho y de los jueces alemanes comulgaba con un pensamiento fuertemente estatista, que veía en el Estado suprema encarnación de la nación, plasmación del espíritu del pueblo alemán y ser con derechos propios que se anteponían a los derechos del individuo. El Estado era sustancia colectiva con vida propia, expresión de una unión cuasimística entre los ciudadanos portadores de los atributos nacionales, persona colectiva cuyo interés propio trasciende los intereses individuales de los ciudadanos y les da su sentido aglutinador. Era, pues, este pensamiento jurídico-político entonces dominante un pensamiento marcadamente hostil frente a la filosofía política liberal, frente a la Constitución entendida como sancionadora de la soberanía popular, como portadora de normas a las que la acción del Estado habría de someterse y como proclamadora y protectora de derechos y libertades individuales que ponen límite a la acción posible del Estado frente a sus ciudadanos. La noción misma de ciudadano calaba mal en esta filosofía, que más bien quería para el Estado súbditos y que veía en los derechos que el súbdito pudiera tener una concesión del Estado y no el reconocimiento de su dignidad y su valor frente a él o antes de él. El modelo imperante en Alemania no era el del Estado de Derecho, sino el del Derecho del Estado. Y el tipo de positivismo que regía no era aquel positivismo jurídico kelseniano que mantiene que el Estado no es más que una forma de ver un sistema jurídico vigente, negándole así al ser estatal toda entidad propia y cuestionando de raíz la metafísica estatista. El positivismo mayoritario era de un jaez completamente diferente, era positivismo estatista, cuyo postulado central podríamos resumir así: todo lo que en el Derecho y la vida social cuenta (las normas jurídicas, los derechos individuales, las instituciones...) nace del Estado y se debe al Estado, nada hay fuera del Estado, nada se debe tolerar si perjudica la vida propia y la supervivencia del Estado. Y el vínculo entre el Estado y la sociedad es un vínculo natural, metafísico, no un vínculo formal o meramente jurídico-político. Frente a la mecánica democrática y representativa, propia del liberalismo y tenida por disolvente y decadente, se afirmaba la naturalidad de una relación orgánica, viva, entre

la sociedad y su gobierno. El Emperador, antes, o el Presidente de la nación, luego, no son cabeza del Estado en sentido metafórico, sino en sentido propio, pues Estado y sociedad no son sino un mismo ser vivo, del que la sociedad es cuerpo y su supremo jefe es cabeza. Tales imágenes las había ido forjando con continuidad y esmero la iuspublicística alemana a lo largo de todo el siglo XIX, muy especialmente por obra de autores como Gerber o Laband.

Los historiadores suelen explicar el fracaso de la Constitución de Weimar por el profundo desfase entre sus cláusulas, marcadamente democráticas y de importante contenido iusfundamental y social, y aquel pensamiento dominante entre los juristas y que abominaba a partes iguales del individualismo liberal y del reformismo socialista y que, sobre todo, no quería ver la soberanía residenciada en el pueblo, sino en el ejecutivo y no aceptaba pensar el Estado como instrumento de la sociedad, sino la sociedad al servicio de un Estado cuyos fines trascendían cualquier interés individual o grupal.

Ese predominio del pensamiento jurídico antidemocrático, anticonstitucional y de gusto fuertemente autoritario explica en buena parte que en la doctrina de ese tiempo sobre la interpretación y aplicación del Derecho dominara, aun en medio de gran polémica, la llamada teoría subjetiva de la interpretación, a tenor de la cual las normas deben interpretarse y aplicarse ateniéndose a lo que con ellas quiso su autor, guiándose, por tanto, por la voluntad del legislador. Así, si el sentido de una cláusula legal no está claro, pues admite significados diversos, de entre éstos hay que elegir aquel que el autor de esa cláusula, el legislador, tenía en mente al dictarla, o el que mejor sirva a los propósitos con los que el legislador dio a la luz dicha cláusula. La consideración de la *voluntas legislatoris*, por tanto, como supremo principio rector de la praxis judicial.

No hace falta contar aquí por extenso qué ocurrió después de 1933 y de que Hitler y sus infames secuaces se hicieran con todo el poder. Estatismo organicista, voluntarismo y autoritarismo hallan entonces su síntesis plena, se aúnan en una fórmula común: el *Führer*, encarnación y supremo intérprete del sentir y la voluntad del pueblo alemán, es fuente máxima del Derecho, y toda norma jurídica debe interpretarse y aplicarse desde el absoluto respeto a la voluntad del *Führer*, que es tanto como decir la voluntad misma del Estado y del pueblo, que son la misma cosa.

Pero llegamos a 1945 y los nazis sufren su definitiva derrota. En esos momentos comienza una larga serie de sucesos sorprendentes y que forman parte destacada de la historia universal de la infamia. Aquellos profesores que di-

ieron lo que dijeron y escribieron lo que escribieron entre 1933 y el momento en que se empezó a torcer el destino del III Reich, empezaron a proclamar al unísono que: a) ellos nunca habían estado de acuerdo con Hitler y el nazismo; b) que habían estado muy influidos pro el pensamiento de Kelsen, al que seguían con convicción; c) que el pensamiento jurídico de Kelsen se resume en la idea de que el Derecho es el Derecho y que toda ley que haya sido elaborada con respeto al procedimiento legislativo establecido es Derecho y debe ser obedecida por los ciudadanos y aplicada por los jueces, sin que quepa justificación de ningún tipo, ni jurídica *ni moral* para su desobediencia; d) que por eso ellos, obnubilados por Kelsen, no habían encontrado base teórica para resistirse a las aberraciones jurídicas del nazismo; e) que ellos siempre habían creído, y seguían creyendo, sin desmayo, en la democracia, el parlamentarismo, los derechos humanos y el Estado de Derecho.

Difícil será encontrar en toda la historia jurídica del siglo XX un mayor descaro ni una hipocresía más grande. Mintieron y falsearon a partes iguales. Mintieron sobre su pensamiento y su actuación al servicio de Hitler. Falsearon la historia, por ejemplo cuando dijeron que el pensamiento kelseniano era el dominante entre los profesores alemanes, ellos mismos, y desfiguraron radicalmente las tesis de Kelsen cuando repitieron que Kelsen no admitía excusa moral para la desobediencia al derecho válido y propugnaba el ciego acatamiento incluso de normas como las de los nazis. No ha de extrañarnos ese proceder cuando reparamos en que tales cosas las escribieron, después del 45, antiguos altos jueces y fiscales nazis con pasado un tanto sangriento, o profesores que medraron académicamente en su juventud a fuerza de adular a Hitler y sus esbirros y triunfaron después del 45 a base de alabanzas a los derechos humanos y a los valores de las Constituciones liberales, pero siempre, es curioso, denostando a Kelsen.

Porque eso fue lo que hicieron aquellos autores alemanes después de 1945: apresurarse a proclamar que el derecho positivo no agota el Derecho, y que del sistema jurídico forman parte principal ciertos valores morales que impiden su degradación en injusticia. Así nació la Jurisprudencia de Valores, de la mano de autores como Larenz y tantos otros cuyo pasado oscuro quedó olvidado durante décadas, las décadas en que los mismos sujetos siguieron controlando las universidades.

Ahora resumiremos sus tesis, pero antes unas palabras sobre el destino de la teoría subjetiva de la interpretación. Durante el nazismo se legisló mucho, y no todo ello fue derogado después de 1945, pues junto a aquellas abominables leyes racistas y homicidas, había otras, de tema moral y políticamente neutro

y de depurada técnica, que se mantuvieron en vigor. Si tenemos presente que en aquel régimen que las produjo se entendía que era Hitler el supremo legislador y su voluntad la más alta fuente jurídica, ¿cómo mantenerse, después del 45, en la defensa de una teoría subjetiva que vendría a proponer que las normas se interpretasen con base en la voluntad de aquel genocida malnacido que las había mandado? Así que hubo que olvidarse por unas cuantas décadas de la teoría subjetiva de la interpretación y pasar a entender que el fin a considerar en la interpretación no puede ser el fin subjetivo del legislador, lo que éste hubiera querido o entendido, sino un fin objetivo, que se definía por alusión a los valores y propósitos que objetivamente la norma poseyera, o a los que tuviera sentido imputarle aquí y ahora, a tenor de las necesidades presentes y la convicciones vigentes. Éste será otro elemento que allanará el camino para el triunfo teórico y práctico de la Jurisprudencia de Valores, la cual tomará importante apoyo también en el paragrafo 20.3 de la Ley Fundamental de Bonn, que afirmaba (y afirma) que los poderes ejecutivo y judicial están sometidos "a la ley y al Derecho". Y se dijo: o en dicho precepto constitucional se contiene una redundancia, si es que la Ley agota lo que el Derecho sea o, si queremos salvar el sentido de ese artículo, habremos de admitir que hay Derecho más allá de la Ley, es decir, que hay Derecho más allá del derecho positivo, que éste, en resumen, no agota el Derecho. ¿Dónde está ese Derecho del más allá y en qué consiste? Está en el fondo innominado del ordenamiento y consiste en valores, valores que el juez puede descubrir y aplicar. Ésa fue la respuesta de la Jurisprudencia de Valores, respuesta que tuvo inmediato eco en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán y la marcó durante décadas.

Para la Jurisprudencia de Valores las normas legales o de derecho positivo, es decir, los enunciados jurídico-positivos contenidos en la Constitución, las leyes, los reglamentos, etc., tienen su fundamento y perfecto complemento en todo un sistema articulado y consistente de valores que les subyace. Esos valores no son parte separada del Derecho, aditamento externo, sino elemento constitutivo y esencial del Derecho mismo. Gracias a esos valores los graves problemas que para su aplicación presenta el derecho positivo se tornan resolubles cuando se trata de aplicar a los casos el conjunto total del Derecho, incluyendo tales valores. Así, las lagunas no habrán de resolverse desde la discrecionalidad del juez que no encuentra norma positiva, pues podrá hallarla prepositiva, yacente en ese sustrato valorativo; las antinomias se darán sólo en la superficie, al nivel de los enunciados, pues en su fondo valorativo el Derecho brinda solución coherente y única para cada caso, ya que la justicia, en tanto que supervalor, no puede ser contradictoria o equívoca; y, sobre todo, lo que en el plano del lenguaje de las normas positivas puede dar lugar a

dudas interpretativas, se vuelve claro cuando se atiende a ese fondo material de valores que alienta bajo cada norma e inspira su lectura desde los casos, por lo que interpretar ya tampoco es elegir, más o menos razonadamente, entre significados posibles de la norma, sino conocer, descubrir, allá en el fondo del Derecho, en su subsuelo de valores, en su cimiento axiológico, la verdadera solución de cada caso.

Más allá de estas notas comunes a toda esta corriente de la Jurisprudencia de Valores, sus diversos cultivadores diferían al tiempo de describir y fundamentar la ontología, de corte metafísico, en que se asentaba. Unos se inspiraban en teorías materiales de los valores, del estilo de la de Scheler; otros pergeñaban teorías de la “naturaleza de las cosas”, con las que pretendían mostrar que los órdenes sociales posibles están predeterminados en un orden natural del ser (en el fondo, un orden de la Creación, de nuevo) que tiene el valor y la fuerza racional de los cuerpos y las relaciones geométricas; igual que hay un orden y una interrelación necesaria de los cuerpos geométricos, hay un tal orden de la sociedad (de la misma manera que por definición un círculo no puede ser cuadrado, ni aun cuando un loco legislador así lo ordenara, tampoco un matrimonio, por ejemplo, podría ser disoluble –eso se decía primero- o entre personas del mismo sexo –eso se dice ahora-). Otros pretendían describir ese vínculo entre el ser necesario de las cosas y la génesis de reglas jurídicas mediante la referencia a estructuras lógico-reales. Y así sucesivamente.

Más allá de esas discrepancias, podemos ver en la Jurisprudencia de Valores el primer momento importante de ruptura del pensamiento jurídico conservador y antipositivista con los esquemas clásicos del iusnaturalismo. Desde entonces ya no es acertado decir que el rival principal del positivismo jurídico está en el iusnaturalismo, que es doctrina bastante marginal desde mediados del siglo XX al menos, básicamente reducida a ideología legitimadora de dictaduras tercermundistas, pero ya no demasiado presente (con contadas excepciones, de la cual una importante sería por ejemplo Finnis) en el debate actual sobre cómo debe proceder el juez al decidir y a qué debe atenerse al interpretar las normas y los hechos del caso.

¿Por qué tildo esta doctrina de conservadora? Desde luego, no me influye el pasado político de muchos de los que la abrazaron después del 45, pues no hay manera de probar que su caída del caballo de camino a Karlsruhe (sede del Tribunal Constitucional Alemán) no fuera genuina y punto de arranque de un sincero cambio de convicciones: vieron la luz de la democracia y abominaron de las tinieblas del estatismo, el organicismo y el odio a los derechos fundamentales individuales. Pero, aun así, lo que esta doctrina ofrece es un

claro límite al legislador democrático y un patente otorgamiento de la primacía a los jueces, que ya no son meros guardianes de la Constitución, sino custodios del Orden Objetivo, de la Justicia, del Bien. El imperio de la ley que es propio del Estado de Derecho y que no tiene más límite que el de la compatibilidad con el texto constitucional, se ve sometido a una cortapisa que no estaba en el diseño inicial de tal Estado ni de la democracia: para que una ley sea Derecho y vincule al juez no sólo ha de ser formalmente conforme con la Constitución, sino también materialmente compatible con el Orden Necesario del Ser, o con el Sistema Objetivo de Valores, o con la Naturaleza de las Cosas, o con lo que quiera que sea el nombre de esa realidad que ya no permite al legislador mandar lo que quiera que la Constitución no prohíba, sino que le impele ha acertar con lo que objetivamente sean el Bien y la Verdad. Tras la que parecía la crisis irreversible del iusnaturalismo, esta nueva doctrina vuelve a entronizar el sacerdocio de los jueces, guardianes de las esencias de lo jurídico y vigilantes de un legislador caído en el descrédito y abominado por todos. Comienza así su itinerario la ideología jurídica predominante en nuestros días y que es el contrapunto exacto de aquel mito del legislador racional que regía en los inicios del Derecho moderno y de la codificación. Hoy el mito imperante, objeto de fe unánime y de exigente veneración, es el mito del juez racional. Los valores están en buenas manos, pues frente a la estulticia constitutiva del legislador, el juez es sabio por definición; frente a la venalidad de los tribunos del pueblo, el generoso y desinteresado servicio de los jueces a la Justicia; frente a la corruptelas de los partidos y los Parlamentos, la integridad sin mácula de las judicaturas.

Ese camino iniciado por la Jurisprudencia de Valores tendrá las etapas principales de su ulterior desarrollo en Dworkin y en algunos de los llamados neoconstitucionalistas. No quiero, para nada, decir que Dworkin construya su doctrina apoyándose en semejante antecedente, pues todo hace pensar que nada sabía de él. Pero, sea como sea, la aportación de Dworkin va a consistir en acercar a la sociedad esos valores extrapositivos, pero jurídicos, para los que la Jurisprudencia de Valores aún buscaba un anclaje en exceso metafísico y ahistórico. El paso siguiente, consumado por el neoconstitucionalismo, consistirá en colocar esos valores, ya sociales, dentro de la Constitución y, al mismo tiempo, retomar el componente metafísico, con lo que la dialéctica hegeliana parece haberse confirmado en una nueva y sorprendente síntesis: la Constitución positiva es Constitución metafísica. Ya no será el Derecho el que se desdoble en una parte superficial o positiva (imperfecta) y una parte profunda o prepositiva (perfecta), sino que es la parte suprema del derecho positivo, la Constitución, la que se duplica en Constitución formal o procedimental -imperfecta- y Constitución material -perfecta-. La primera la puede

conocer y entender cualquiera, tanto en lo que tiene de preciso como en lo que deja indeterminado; la segunda la calan y observan con todo rigor y precisión los profesores y los tribunales, en particular los Tribunales Constitucionales, capaces los unos y los otros de ver en ella y de extraerle lo que sólo ellos pueden descubrir allí, cosas tales como cuántas cárceles debe haber en un país o cuál puede ser exactamente la tasa máxima de interés de los créditos hipotecarios. Apoteosis del mito del juez racional. Pero vamos por partes y fijémonos primero en Dworkin.

La obra primera que da fama mundial a Dworkin, su *Taking Rights Seriously* (*Los Derechos en serio*), se plantea expresamente como oposición a la doctrina de la discrecionalidad judicial sostenida por Hart y a la que luego aludiremos. El argumento es ingenioso. Hart había dicho que las normas se expresan en el lenguaje ordinario, que éste adolece siempre de vaguedad y que, por tanto, hay casos jurídicos claros y casos dudosos. Los primeros son los que caen en el núcleo de significado de los enunciados normativos o completamente fuera de toda referencia de los mismos. Así, si una norma prohíbe pasear por el parque en vehículo resultará obvio que un es un vehículo, e igual de obvio resultará que un cigarrillo no lo es, pero cabrá dudar si la prohibición abarca las bicicletas, los triciclos o el vehículo eléctrico en el que se desplace un minusválido. Respecto de estos casos dudosos la solución no estaría predefinida en las normas positivas (en ésa que prohíbe andar por los parques en “vehículos”), sino que dependerá de la interpretación que de las normas haga en cada caso el juez (lo que éste defina a tal efecto como “vehículo”), y tal opción entre interpretaciones posibles es esencialmente discrecional y no puede ser de otro modo, según Hart. Y por ahí ataca Dworkin.

Según Dworkin, reconocer dicha discrecionalidad judicial equivale a admitir que la norma que decide esos casos dudosos es una norma que: a) es creada por el propio juez, aunque sea dentro del espacio o margen de posibilidades que la vaguedad de la ley le deja, y b) es aplicada retroactivamente, pues se usa para decidir sobre hechos acontecidos por anterioridad a dicha creación judicial de la norma, como son los hechos del caso con ella juzgados. El problema es de entidad y apunta un flanco importante de la teoría positivista del Derecho y de su aplicación, pero ¿tiene solución? Según Dworkin, sí. La solución consiste en asumir que el Derecho se compone de algo más que de esos enunciados normativos que solemos llamar derecho positivo, enunciados del tipo del que prohíbe los vehículos en los parques y que resultan tan incompletos como pauta decisoria de ciertos casos. ¿Qué es ese algo más? Principios. El sistema jurídico se compone de reglas, que son esos enunciados que tienen la estructura “si... entonces”, supuesto de hecho y consecuencia jurídica, y prin-

principios, que son normas que nos dicen que unas cosas están bien y otras cosas están mal, pero sin especificar cuáles son las unas y las otras, lo que no impide que el juez pueda acabar conociendo perfectamente y en cada caso eso que los principios mandan sin decir.

¿Y dónde viven los principios? No, o no necesariamente, en la obra del legislador, sino ante todo y primariamente en la moral social. Según Dworkin, todo derecho positivo, todo conjunto de normas jurídico-positivas se asienta en y encaja con una determinada moral social, la moral propia de la sociedad histórica en la que el legislador (o los jueces) alumbró las normas positivas. Sin abarcar y comprender dicha moral social de fondo no podremos saber a qué vienen ni cuál es la razón de ser de esas normas positivadas, de esos concretos mandatos del legislador. Y, en cuanto son condición de comprensión y, con ello, de aplicación mínimamente coherente de dichas normas positivas, las normas morales que las inspiran y les sirven de explicación son parte del Derecho mismo, su parte esencial, su parte más profunda. Cada norma positiva, pues, cada regla dada por el legislador positivo, tiene su explicación en los patrones morales de la respectiva sociedad, y puesto que ésta es su esencia no puede contradecirla a la hora de hallar aplicación. Quiere decirse que si la aplicación de una de esas reglas choca con los propósitos de las normas morales que están en su base, deben éstas prevalecer en detrimento de la pura dicción de aquélla, de su semántica, sin que por ello se contraría el Derecho, pues éste es la suma de dos partes: el derecho positivo, que es la parte superficial o menos importante, y la moral social desde la que ese derecho positivo se explica, que es la parte profunda y fundamental. Es decir, un caso que semánticamente es fácil, pues encaja sin duda en el núcleo de significado de la norma, se torna caso difícil cuando la solución que la norma contiene para él nos resulta escasamente conciliable con la moral social dominante, y en ese caso ésta debe prevalecer, pues no sólo es moral, es también Derecho, la parte más alta y valiosa del Derecho.

Algún autor le preguntó en cierta ocasión a Dworkin si en un derecho racista, que sea reflejo de una moral social fuertemente racista, el juez debe considerar que esa base moral racista es parte del sistema jurídico mismo de tal país, de modo que las normas positivas racistas deban interpretarse e integrarse desde ese racismo social que las inspira. No respondió cosa muy coherente Dworkin a eso. Insinuó que en ese caso la moral que guiara al juez no debería ser esa moral positiva, socialmente vigente e inspiradora de las normas de derecho positivo, sino una moral crítica o de los derechos humanos. Con ello no hizo más que mostrar que cuando pintan bastos siempre acaban estas teorías reculando hacia el iusnaturalismo de toda la vida.

Ya tenemos esbozada la ontología jurídica de Dworkin, a tenor de la cual el Derecho es un compuesto de normas jurídico-positivas y, en un estrato más importante, aquellas normas de la moral social que se integran coherentemente con las anteriores y sirven para su explicación de fondo, valen para dar cuenta de su porqué en una teoría de conjunto y consistente. Ahora nos resta examinar el problema epistemológico. ¿Pueden conocerse con precisión esas normas morales que son al tiempo jurídicas aunque no sean derecho positivo? ¿Podemos hallar en ellas respuesta exacta y precisa para absolutamente cualquier caso cuya solución de derecho positivo nos resulte dudosa o nos parezca inconveniente? La respuesta de Dworkin es que sí. Para este autor el sistema jurídico, con esa doble composición que ya sabemos, contiene en su seno una y sólo una respuesta correcta para cada caso que se le somete. Por tanto, no hay sitio para discrecionalidad ninguna y la labor del juez no es propiamente decisoria sino, en puridad, cognoscitiva: el juez aplica Derecho, sí, pero no optando entre las soluciones que le parezcan compatibles con la ley o coherentes con ella, sino averiguando, descubriendo, conociendo, cuál es exactamente y en puridad la solución única que el sistema jurídico reserva para cada caso. Si hay casos difíciles no es porque su solución no esté perfectamente predeterminada en el sistema jurídico, sino porque es difícil hallarla o complicado fundamentarla. Pero estar, está.

¿Y quién puede conocer esa solución única e indubitada que en el fondo del Derecho yace para cada caso, esperando ser descubierta? Pues podría conocerlas todas y con total seguridad un juez perfecto. Hasta nombre le pone Dworkin a ese juez ideal: se llama Hércules. El juez Hércules es aquel juez absolutamente sabio y experto, que sabe todo de todo, al menos todo lo necesario para dar con esas soluciones que el común de los mortales difícilmente pueden conocer con seguridad. Como ninguno somos verdaderamente Hércules, más bien vulgares mortales, tampoco podemos saber exactamente qué es eso que idealmente deberíamos saber para estar en condiciones de saber lo que hay que saber. Pero si fuéramos Hércules lo sabríamos y, con ello, daríamos (al menos si fuéramos jueces) con la única respuesta correcta para cada caso. Ciertamente el juez Hércules es un juez ideal, omnisciente, y que precisamente por ser omnisciente, sabedor de todo, sabe también cuál es la correcta solución judicial de cada caso. En cambio, un juez de carne y hueso será tanto mejor juez y, consiguientemente, tanto más verdaderas sus decisiones, cuanto más su saber se aproxime al saber ideal de Hércules; es decir, cuanto más sepa de eso que hay que saber pero que no se sabe lo que es.

Dworkin ha sido muy útil para los que han querido rematerializar la Constitución y ponerla al servicio de sus valores (¿de ellos?) pero que no deseaban

comulgar con las rancias filosofías, tipo Scheler, que inspiraban a los de la Jurisprudencia de Valores. El esquema resultante quedaría más o menos así: a) Si por debajo de todo derecho positivo está la moral social que lo inspira, lo explica, lo condiciona y lo complementa, por debajo de la suprema norma positiva, la Constitución, estarán las más altas normas de esa moral social de base. b) Si el Derecho se perfecciona, de modo que en lugar de vaguedades, antinomias y lagunas, habilitadoras todas ellas de la discrecionalidad judicial, contiene una única solución correcta para cada caso, habrá que pensar que si integramos la Constitución-enunciado, o Constitución lingüística, con esos componentes objetivos de la moral social, la Constitución puede ser leída como prefiguración y síntesis de todas las soluciones únicas que en el sistema jurídico se contienen para todos los casos. c) Si esa solución única correcta para cualquier caso se contiene en el sistema jurídico, e *in nuce* ya en la Constitución, y si puede ser conocida perfectamente por un juez Hércules perfecto, cuanto más sabios y expertos sean los jueces, tanto más se aproximarán a ese modelo de Hércules y tanto más podremos confiar en que sus decisiones son las objetivamente correctas y no mero ejercicio de discrecionalidad. d) Los jueces más sabios y expertos son los de los tribunales más altos, y los más de los más los de las Tribunales Constitucionales, por lo que podemos y debemos pensar que sus decisiones son las objetivamente correctas para cada caso o, al menos, las más correctas que un ser humano puede alcanzar y aplicar. e) Puesto que Dworkin y compañía nada han dicho de la posibilidad de un legislador Hércules, podemos seguir tranquilamente suponiendo que el legislador es bruto sin remisión, por mucho que represente al pueblo, o tal vez por eso, y sólo nos consolará de sus yerros la confianza en que los primos de Hércules que integran las más altas Cortes dejarán sin aplicación toda mandato del legislativo que se oponga el Bien y a la Verdad. f) Porque, al fin y al cabo, la verdadera Constitución es el Bien y la Verdad, de los que la Constitución lingüística no es sino incompletísima pista. Esa Constitución lingüística, que habla a los ciudadanos en su lenguaje, con las palabras del lenguaje ordinario, no es la verdadera Constitución, sólo su epifenómeno, una versión simplificada para ciudadanos carentes de los atributos del sabio platónico. La verdadera y auténtica Constitución sólo le habla, sin palabras, a Hércules. Y un poquito también a sus testaferreros.

La última vuelta de tuerca, hasta hoy, la dan los más radicales representantes del denominado neoconstitucionalismo. Hasta aquí el problema estaba en que la Constitución era sometida a una especie de desdoblamiento: por una parte, lo que en ella está expreso, por otra, lo que en ella se contiene sin expresarse. El gran mérito de los neoconstitucionalistas es haber descubierto la manera de hacer expreso lo inexpresado: en las cláusulas valorativas y las proclamas de principio que en la Constitución se contienen se tornaría derecho constitucional

positivo ese entramado de valores morales que son la parte superior y principal del Derecho, ahora ya por fin revestidos de Derecho constitucional positivo. La Constitución se despositiva al positivarse en ella los valores de fondo. O, dicho mejor, al positivarse en la Constitución los valores, la positividad de la Constitución deja de importar y pasan a contar como Constitución ya sólo esos valores supuestamente positivados. Habrá que explicar esto un poco.

Antes el problema era el de cómo traer al Derecho valores como la Justicia sin que pareciera que la naturaleza del Derecho era doble, una parte positiva y la otra no positiva. Ese fue siempre el problema del iusnaturalismo y el arranque de sus mayores críticas. Pero desde que Constituciones de las últimas hornadas contienen, en lugar muy destacado, cláusulas abundantes en que proclaman su inspiración en valores como la Justicia, la Solidaridad, la Dignidad, etc. o principios-guía como el del libre desarrollo de la personalidad, aquel problema ya no es tal. Y no lo es porque mediante tal mención en el texto constitucional dichos valores habrían quedado positivados como norma de Derecho y, además, en su nivel más alto, a escala constitucional. La Justicia, por ejemplo, ya no es un importante valor externo al Derecho, sino parte plena del sistema jurídico, pues al mismo lo incorpora su suprema norma, la Constitución. Quiere esto decir que una norma legal que, aplicada al caso que el juez resuelve, diera como resultado una solución injusta de dicho caso, debe ser dejada de lado por tal juez y en su lugar debe resolver con lo que para ese asunto la Justicia mande. ¿Y qué mandará? Pues lo que el juez vea que manda, líbrenos Dios de decir que es la Justicia mera tapadera de la discrecionalidad judicial. La Justicia es lo que es y bien claro dispone lo que toca para cada caso y situación. Y lo que ella no diga lo dirán la Dignidad, la Solidaridad o el Libre Desarrollo de la Personalidad. Sin duda. Sin discusión.

Lo anterior supone, según esta doctrina neoconstitucionalista, que cuando el contenido de una ley sea considerado injusto por el órgano judicial competente en materia de inconstitucionalidad, dicho órgano deberá declarar la inconstitucionalidad de dicha ley por oponerse al valor constitucional Justicia. Eso por un lado. Por otro, cuando la ley no declarada inconstitucional, o, incluso, previamente declarada constitucional, proporcione para el caso una solución que no le haga justicia al mismo, habrá que hacer dejación de tal ley y resolver dicho caso desde lo que para él disponga la Justicia; o cualquier otra valor constitucional que venga al caso.

Naturalmente, siempre queda pendiente la cuestión epistemológica: puesto que en una sociedad plural y de libertades con toda legitimidad rigen socialmente múltiples y muy variadas concepciones sobre qué sea lo justo, a qué

obliga la solidaridad o en qué consiste el desarrollo libre de una auténtica personalidad, ¿cómo puede conocer ese juez el verdadero contenido de tales valores o principios, a fin de que podamos confiar en que no haga pasar por tales lo que no son más que sus personales convicciones sobre el particular? Y la única respuesta que esta doctrina insinúa creo honestamente que puede sintetizarse así: a) Si la Constitución expresamente menciona tales valores, habrá que pensar que es porque existen; b) puesto que existen, habrá que pensar que existen con pleno y preciso contenido; c) puesto que existen con pleno y preciso contenido, habrá que pensar que dicho contenido se puede conocer; d) puesto que ese contenido se puede conocer, habrá que pensar que su supremo conocimiento está al alcance de los órganos a los que la Constitución misma confía su tutela; e) puesto que la Constitución confía tal tutela a los jueces y tribunales y al Tribunal Constitucional, habrá que pensar que éstos pueden conocer supremamente el contenido de aquellos valores constitucionales y lo que los mismos disponen para cada caso; e) por tanto, el verdadero e indubitado contenido de lo que los valores constitucionales prescriben para la solución de cada caso es lo que al respecto digan los jueces y tribunales, y especialmente el Tribunal Constitucional.

Sinteticemos este apartado y el anterior. Hemos pasado revista a dos grupos de doctrinas que niegan y combaten la discrecionalidad judicial. Aparentemente son dos doctrinas muy opuestas, pero sus profundas coincidencias son sorprendentes en grado sumo. Las unas y las otras beben en un mito, aquellas del XIX en el mito del legislador racional o de la racionalidad inmanente a un Derecho ideal; éstas de la segunda mitad del XX y comienzos del XXI se apoyan en la creciente fuerza del mito del juez racional. Y ambas son formalistas, pues participan por igual de las siguientes ideas interrelacionadas: a) el sistema jurídico es perfecto, pues en algún lugar de su fondo contiene predeterminada la solución correcta para cualquier caso; b) esa solución correcta puede y debe ser conocida y aplicada por el juez; c) existe algún método que, rectamente aplicado, permite al juez aplicar a cada caso que resuelve esa única solución correcta; d) no queda sitio para la discrecionalidad judicial, que es mala cosa; e) el juez es mero aplicador del Derecho, nunca su creador; f) la ideología de los jueces no condiciona ni mediatiza sus decisiones, al menos cuando el juez se esfuerza bastante por conocer aquellas soluciones prefijadas para todo caso en el sistema jurídico, o cuando es un juez de suficiente nivel.

### **3. DOCTRINAS QUE AFIRMAN LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL**

Entre las corrientes del pensamiento jurídico que han mantenido que la discrecionalidad judicial existe y es inevitable, podemos diferenciar una radical y

una moderada. La primera, representada por numerosos autores del realismo jurídico y, más recientemente, por algunos de los adscritos al movimiento *Critical Legal Studies*, afirma que dicha discrecionalidad es total y absoluta, que todo lo que hace el juez lo hace siempre y por definición a su libre albur y que la cosa no tiene posibilidad de limitación ni arreglo. La segunda corriente, moderada, tiene su mejor ejemplo en el positivismo jurídico del siglo XX, paradigmáticamente representado por Hart, y mantiene que el ejercicio de discrecionalidad es constitutivo de la labor judicial, pero que dicha discrecionalidad puede y debe ser limitada, y lo es de hecho. Repasemos resumidamente estas dos posturas.

### **3.1. ¿Son realistas los realistas que afirman que todo juez hace meramente lo que le da la gana?**

En verdad no fueron sólo los autores pertenecientes al realismo jurídico, ya sea el escandinavo o el norteamericano, los que insistieron en que el juez disfrutaba de una libertad total para decidir a su antojo, al tiempo que, con lo mismo, la sutil demarcación entre discrecionalidad y arbitrariedad desaparecería, pues, a fin de cuentas, toda decisión, por libérrima, sería como arbitraria, y lo de discrecional no sería sino un caritativo eufemismo. Tres razones principales habría de que el libre hacer del juez no conozca auténtico límite ni traba alguna, por mucho que se finjan seguridades jurídicas o atadura a las normas, y en cada una de esas razones insistió particularmente una escuela distinta: la Escuela de Derecho Libre en las insuficiencias del sistema jurídico; el realismo en la soberanía de facto de los jueces; y, contemporáneamente, los del CLS en la radical indeterminación del lenguaje jurídico.

En las dos décadas primeras del siglo XX aparecieron en Alemania una serie de autores (Kantorowicz, Fuchs, etc.) que se adscribían a un movimiento de contornos un tanto vagos y que recibió el nombre de Escuela de Derecho Libre. Fueron los más furibundos e insistentes negadores de aquellos tres dogmas del formalismo ingenuo del XIX, plenitud, coherencia y claridad del sistema jurídico. En tales proclamaciones de la doctrina anterior no veían más que un descarado engaño, que tenía por finalidad alejar del juez la responsabilidad por sus decisiones, imputando éstas por completo a aquellos mágicos atributos de la legalidad o los conceptos. La doctrina jurídica sería generadora de ideología, en cuanto falsa conciencia, pues desde las Facultades de Derecho mismas se cebaba el engaño de que el juez nada pone de su parte, por lo que, así disfrazados de irreprochables autómatas, ya podían los jueces fallar como les daba la gana o como convenía a sus patronos, sin que nadie osara proclamar la obvia verdad, tan celosamente negada, de que el rey está desnudo, es

decir, que la sentencia la pone el juez, no el sistema jurídico mismo con sólo sus normas y con el juez como puro y simple portavoz. No pretendían negar la importancia de la ley ni su grave significado político, sino desmitificarla y enseñar que alcanza para poco y que, sus oscuridades, consecuencia de que el lenguaje del legislador, que es el nuestro, tiene poco de exacto; sus incoherencias, consecuencia de que a menudo el legislador pierde cuenta de sus propia obra debido a su volumen desmesurado; y sus insuficiencias, seguidas de que el mundo cambia más aprisa de lo que cualquier legislador puede prever y responder, convierten al juez, *malgré lui*, en centro del sistema y señor cuasiabsoluto del Derecho. Uno de sus dichos favoritos era que por mucho que el legislador produzca siempre serán más las lagunas que los casos que encuentren en sus normas solución.

La consecuencia principal que extrajeron parecía bien obvia, aunque se les hizo muy poco caso en la posteridad: hay que modificar la formación y el modo de selección de los jueces. Si el juez no es más que un robot, un puro autómatas, un simple hacedor de silogismos elementales, vale como juez cualquiera que esté en sus cabales. Pero si resulta que el juez verdaderamente decide y determina y, con ello, es señor de nuestras vidas y de importantes parcelas del destino social, necesitamos jueces con capacidad para entender lo que resuelven y sensibilidad para hallar las soluciones menos malas. Y para todo ello deberán saber más que pretéritas historias de Ticio y Cayo y conocer de más cosas que de metafísicas conceptuales: habrá que enseñarles ética, teoría política, economía, psicología, etc.

Todas las versiones del realismo jurídico, tanto la norteamericana como la escandinava, coinciden en el postulado básico de que no hay más cera que la que arde ni más Derecho que lo que dicen las sentencias. Frente al Derecho en los libros, ese Derecho de raíz formal y escasísima eficacia que figura en los códigos y repertorios legislativos, el Derecho de verdad es el que sirve para responder la pregunta que se hace el "hombre malo": "¿qué me puede ocurrir si hago tal cosa?" Para contestar qué le puede ocurrir a uno que haga algo, lo que importa es saber cómo vienen fallando los tribunales cuando juzgan tal tipo de acciones. Y el modo en que los tribunales respondan a estos o aquellos comportamientos dependerá de factores sociológicos y psicológicos, pero nada, o casi, del dato formal de cuáles sean las palabras de la ley vigente. Así que comprender el Derecho será conocer a los jueces de carne y hueso y averiguar qué factores, aquí y ahora, los determinan: ideologías, intereses, extracción social, sentimiento corporativo, ambiciones, etc. Porque, conforme a un lema central de los realistas, los jueces primero deciden y después motivan. Es decir, antes escogen el fallo del caso, guiados por sus personales

móviles, y luego redactan una motivación con la que disfrazan de resultado de la razón jurídica lo que no es más que producto de su personal cosecha, de sus pasiones subjetivas.

Algunos de los más radicales autores norteamericanos que en las últimas décadas del siglo XX se adscribieron al movimiento llamado *Critical Legal Studies* actualizaron los postulados de esas dos pasadas corrientes. Su tesis más insistente hace hincapié en la radical indeterminación del lenguaje jurídico. El lenguaje de las normas carece de toda virtualidad significativa y, por ende, de cualquier capacidad para dirigir el comportamiento decisorio del juez. La ley es puro *flatus vocis*, significante sin significado, ruido sin referente ni mensaje tangible de ningún tipo, simple apariencia carente de toda capacidad directiva, y por esa razón el juez no está en realidad sometido a nada que no sea la presión de los poderes establecidos y las ideologías dominantes. La seguridad jurídica es, en consecuencia, supremo engaño que hace a los ciudadanos sentirse protegido por las normas, allí donde, en realidad, no están sino a merced de los poderes, de los que el juez es servidor inerte, como una marioneta.

Pese a tan profundo escepticismo, cuentan las crónicas que cuando un profesor de los pertenecientes al CLS sufre alguna afrenta o padece algún perjuicio que le resulta intolerable, acude a los tribunales, interpone la correspondiente demanda y solicita humildemente justicia. Será su meritoria forma de pasar por un ciudadano más, se supone.

### **3.2. Ni apocalípticos ni integrados: el positivismo jurídico del siglo XX.**

Si hay una idea clarísimamente presente en todos los autores relevantes del positivismo jurídico del siglo XX (Kelsen, Hart, Bobbio...), es la de que la aplicación del Derecho por vía de decisión judicial no es ni puede ser, en modo alguno, un puro silogismo, una mera subsunción.

Buena parte del positivismo del XX ha sido formalista *en materia de teoría de la validez del Derecho*, pues a afirmado, con Kelsen a la cabeza, que una norma es jurídica cuando ha sido creada con arreglo a las pautas formales y procedimentales sentadas por el propio ordenamiento jurídico-positivo, y que esa condición de validez o juridicidad que posee la norma así creada no se pierde por causa de su injusticia o su incompatibilidad con esta o aquella ideología, religión, cosmovisión o inclinación. Ésta es la tesis positivista de la separación conceptual entre Derecho y moral, tesis que, como antes se indicó, nada tiene que ver con la reducción de la obligación moral a obligación jurídica, radical y expresamente rechazada por los tres autores que he mencionado, ni con

la más mínima afirmación de la superioridad de la obligación jurídica sobre la obligación moral. Y tampoco se relaciona con ningún género de doctrina abruptamente formalista de la decisión judicial. Para probar esto último, debería bastar con leer el capítulo último de la kelseniana *Teoría pura del Derecho*, en cualquiera de sus versiones, cuya claridad y rotundidad es meridiana, hasta el punto de que en materia de decisión judicial Kelsen está muchísimo más cerca del realismo jurídico que de aquella metafísica idealista de la Jurisprudencia de Conceptos, que él criticó sin compasión, metafísica idealista que, como ya dijimos, hoy vuelven a cultivar dworkinianos y zagrebelskys de toda laya.

Si hay un autor positivista que resulta claro para nuestro tema de la discrecionalidad, ése es Hart. En su obra *El concepto de Derecho* explica que el lenguaje de las normas, que es parte del lenguaje ordinario, tiene márgenes de vaguedad, lo que Hart llama zonas de penumbra. Por tanto, algunos casos, los que caen dentro de esa zona de indefinición lingüística de las normas, no reciben de éstas una solución clara y terminante, sino que en principio son varias y distintas las soluciones que la norma permite para ellos, y tendrá que ser el juez quien, por vía de interpretación, precise ese significado que en el enunciado previo de la norma permanece impreciso. Y esa labor de precisión, de interpretación, de concreción de la norma para que al aplicarla al caso ya dé sólo una solución y no la posibilidad de varias, tiene un componente esencialmente discrecional.

Así pues, Hart discurre por un camino intermedio entre dos extremos. Por un lado, discrepa de aquel positivismo ingenuo del XIX, que pensaba que los enunciados normativos eran perfectamente claros y unívocos, con lo que ni haría falta interpretarlos antes de su aplicación a los casos ni dejaban ningún resquicio para la libertad decisoria del juez. Por otro, discute también el escepticismo radical de los realistas, pues la práctica jurídica no es ese caos de imprevisibilidad en que consistiría si fuera verdad que los enunciados jurídicos en nada determinan al juez y que éste hace siempre y en todo caso lo que le da la gana, sin el más mínimo límite. Solemos acertar y suelen coincidir los jueces en la solución de los casos fáciles, los que caen en el núcleo significativo del enunciado jurídico aplicable, y difícilmente podemos prever la solución segura de los casos difíciles, los que se mueven en la zona de penumbra de tales enunciados, respecto de los cuales la propia jurisprudencia discrepa, pues cada juez puede hacer distintos usos de esa constitutiva discrecionalidad a que en términos prácticos se traduce la indeterminación de la norma en dicha zona. Por tanto, entre quienes dicen que no existe discrecionalidad, ya sean los de la Escuela de la Exégesis, los de la Jurisprudencia de Conceptos o los de Dworkin, y los que dicen que sí existe y

es absoluta y total en todos los casos, Hart sostiene que ni lo uno ni lo otro: sólo cierta discrecionalidad es inevitable, pero en lo que es inevitable es inevitable. Y en ese margen, lo único que podemos hacer es exigirle al juez que justifique exigentemente, mediante razones lo más convincentes y compartibles que sea posible, sus opciones y las valoraciones en que se basan, pero tales razones con que el juez motiva su decisión en los casos difíciles no serán nunca razones puramente demostrativas, jamás podrán ser prueba plena de que dio con la única respuesta correcta, sencillamente porque un caso no tiene una única respuesta correcta cuando las palabras de la ley permiten varias. Más allá del lenguaje en que las normas jurídicas se expresan, no hay verdad jurídica ninguna: ni en conceptos ideales ni en sistemas lógicos ni en valores ni en la moral social ni en el derecho natural ni en el oráculo de Oxford. Por eso el Derecho tiene siempre, también en su práctica aplicativa y decisoria, un componente político, de poder, y no es ciencia exacta ni mero ejercicio de conocimiento de verdades inmanentes o trascendentes. El juez no tiene ni metro con que medir exactamente la solución única que a cada caso conviene, ni balanza en que pesar las alternativas decisorias que se enfrentan, y por eso la decisión en Derecho, al menos en esos casos que llamamos difíciles, no es mera cuestión de medida... ni de ponderación. Medida o ponderación son palabras que valen como metáforas, no como descripción rigurosa de lo que el juez hace al fallar. Para explicar esa su labor es más exacto y honesto usar el término de siempre: valoración, juicio valorativo. Las soluciones que la ley no prefigura claramente no están prefiguradas en ninguna parte, ni en el cielo de los conceptos ni en el subsuelo de los valores o los principios, las construye el juez bajo su responsabilidad. Y la mayor parte de los casos que llegan a los jueces les llegan precisamente por eso, porque la ley no da de antemano solución inequívoca y cada parte se acoge a una de las soluciones que el tenor de la ley permite.

¿A alguien le sorprenderá aún esta afirmación de que según opinión común del positivismo jurídico del siglo XX la decisión judicial es esencialmente juicio valorativo, opción reflexiva y argumentada entre alternativas, en lugar de medición exacta, simple cálculo o puro pesaje? Medición exacta, simple cálculo o puro pesaje es lo que para la decisión judicial afirmaban hace siglo y medio los de la Escuela de la Exégesis o la Jurisprudencia de Conceptos, repito, y lo que siguen manteniendo hoy muchos seguidores de Dworkin o el último Alexy, especialmente los que trabajan en los altos tribunales y desde allí ejercen un poder decisorio que quieren disfrazar de rigor científico, o una acción política que quisieran hacer pasar por objetivo ejercicio de la razón práctica.

¿Qué consecuencias tiene para el estatuto del juez el reconocimiento positivista de su importante discrecionalidad? Pues significa que la decisión del

juez tiene un elevado componente de responsabilidad personal, que no puede traducirse en responsabilidad jurídica. Al juez sólo se le pueden pedir cuentas de su decisión en cuanto quede demostrada su mala fe o patente por completo su desvarío. Quiere decirse que si es el propio sistema jurídico el que al juez le deja la posibilidad de optar entre soluciones alternativas, compatibles con el tenor de las normas, no podemos luego castigarle por ejercer esa facultad que es constitutiva de su función. Es decir, si en Derecho para los casos difíciles, para los casos que caen en la zona de penumbra, no hay solución correcta, no podemos en dichos casos castigar al juez por no aplicar la solución correcta. Para la ley solución correcta es cualquiera que no vulnere su texto. Para cada uno de nosotros, ya seamos ciudadanos de a pie, fiscales o jueces de instancias más altas, solución correcta será la que más nos guste o nos convenga. Pero castigar por prevaricador al juez que no imponga el fallo que nosotros prefiramos es tanto como decir que no hay en Derecho más solución que la que a nosotros nos agrada, seamos "nosotros" quienes seamos: ciudadanos simples, ministros, Tribunal Supremo o Tribunal Constitucional. Y eso no es así. Y menos aún en un Estado de Derecho, en el que altas dosis de discrecionalidad judicial e independencia de los jueces son dos caras de la misma moneda, un doble precio a pagar por nuestras libertades. Porque donde ni se admite la discrecionalidad ni se respeta la independencia acaba siempre existiendo una tiranía, aunque sea la tiranía de los jueces que más mandan. Que dichas tiranías pretendan siempre legitimarse mediante la invocación de los más evanescentes valores de los que la Constitución mencione, no es sino una más de las argucias de que suelen valerse los abogados con menos escrúpulos y los políticos con mayor descaro, unidos siempre por el interés de mandar sin pasar por las elecciones o de legitimarse simbólicamente con sus sentencias para promocionarse en el camino hacia las urnas. Pura impostura, en todo caso.





---

**CONCLUSIONES DE LIMA**



## PRIMERA REUNIÓN PREPARATORIA DE LA XV CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA

Lima 9, 10 y 11 de octubre de 2008

### CONCLUSIONES DE LIMA

Los Presidentes y Presidentas, y los Coordinadores y Coordinadoras nacionales asistentes a la Primera Reunión Preparatoria de la XV Cumbre Judicial Iberoamericana, reafirmamos la plena vigencia de las Declaraciones de Barcelona, Canarias, Zacatecas, Cancún, Copán-San Salvador, Santo Domingo y Brasilia, 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 Uruguay en el año 2010, bajo el eje temático “El Rol del Juez en la Sociedad Contemporánea, la imagen de la justicia y las relaciones con la sociedad”, acordamos:

**Primera.** Aprobar como áreas temáticas y resultados de la presente edición, bajo el eje temático antedicho, las siguientes:

- a) “Red de Comunicadores de los Poderes Judiciales y Canal Judicial iberoamericano”, con el objeto de fortalecer las capacidades de los servicios de comunicación e imagen de las instituciones miembros, mediante un instrumento que facilite el intercambio de experiencias y buenas prácticas en materia comunicacional y con el resultado -por lo que respecta al Canal Judicial Iberoamericano- del desarrollo de un sistema de producción y de distribución de contenidos audiovisuales de interés para los ciudadanos y ciudadanas y para los Poderes Judiciales de la región, orientados hacia la transparencia, la información ciudadana, la difusión de los valores de justicia y el fortalecimiento del Estado Democrático de Derecho.
- b) “Manual de Buenas Prácticas sobre relaciones entre los Poderes Judiciales y los medios de comunicación”, con el resultado de elaborar un documento de Principios sobre esta materia.
- c) “Portal Iberoamericano del Conocimiento Jurídico y web social”, con la finalidad de la creación de un sitio web, que permita el acceso a las fuentes de información jurídico doctrinal, legislativa y jurisprudencial a escala iberoamericana, así como a otros documentos y herramientas de interés.

- d) “Gestión de despachos judiciales y oralidad”, con el objetivo de continuar el análisis de las lecciones aprendidas y derivadas de las reformas para la introducción de la oralidad en los sistemas judiciales iberoamericanos y prestar especial atención a los aspectos relacionados con la organización, gestión del caso y de los despachos judiciales.
- e) “Plan Iberoamericano de Estadística Judicial” (segunda parte) De acuerdo con los resultados previstos en la Declaración de Brasilia y demás documentos del proyecto.
- f) Seguimiento de proyectos e “Hijos de Cumbre”. Con el objetivo de estudiar y definir la posible conformación de una comisión destinada al seguimiento del proyecto ‘Cumbre’ y a la coordinación con los diferentes “hijos de Cumbre”.

**Segunda.** Aprobar la constitución de los siguientes grupos de trabajo, con la misión de elaborar la documentación y materiales que serán presentados, para su validación, a la Segunda Reunión Preparatoria de Coordinadores Nacionales:

- a) “Red de Comunicadores de los Poderes Judiciales y Canal Judicial iberoamericano”, coordinado conjuntamente por México (Suprema Corte) y Brasil (Superior Tribunal de Justicia y Consejo Nacional de Justicia) e integrado por : España (Consejo), Uruguay (Suprema Corte) , Panamá (Corte Suprema) , Perú (Corte Suprema y Consejo), Colombia (Corte Suprema y Consejo).
- b) “Manual de Buenas Prácticas sobre relaciones entre los Poderes Judiciales y los medios de comunicación”, Coordinado por Uruguay e integrado por: Puerto Rico (Tribunal Supremo), Costa Rica (Corte Suprema), México (Suprema Corte), Chile (Corte Suprema), Portugal (Corte Suprema), Perú (Corte Suprema y Consejo), Brasil (Superior Tribunal de Justicia y Consejo Nacional de Justicia); Panamá (Corte Suprema), Honduras (Corte Suprema.).
- c) “Portal Iberoamericano del Conocimiento Jurídico y web social”, coordinado por España (Consejo) y México (Suprema Corte y Consejo de la Judicatura Federal) e integrado por: Perú (Corte Suprema y Consejo), El Salvador (Corte Suprema) Costa Rica (Corte Suprema), Nicaragua ( Corte Suprema) Paraguay (Corte Suprema y Consejo de la Magistratura), Honduras (Corte Suprema) y España (Consejo).

- d) “Gestión de Despacho y Oralidad”. El grupo de trabajo del área de oralidad de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana (Honduras -Corte Suprema-, Uruguay - Suprema Corte-, México -Consejo de la Judicatura- Chile -Corte Suprema- y España (Tribunal Supremo y Consejo) continua y pasa a denominarse Grupo de Gestión de Despacho y Oralidad, coordinado por Costa Rica, incorporándose al mismo: Guatemala (Corte Suprema), Portugal (Consejo Superior de la Magistratura), Colombia (Consejo de la Judicatura y Corte Suprema), Nicaragua (Corte Suprema y Consejo), El Salvador (Corte Suprema y Consejo) y República Dominicana ( Suprema Corte).
- e) “Plan Iberoamericano de Estadística Judicial” (segunda parte). Acordar la continuidad del Grupo de Trabajo del Plan Iberoamericano de Estadística Judicial para abordar la segunda fase del mismo.
- f) “Comisión de seguimiento del Proyecto Cumbres y coordinación con los “hijos de Cumbre”. Se acuerda proponer a los Presidentes que el Grupo esté integrado por los siguientes coordinadores nacionales: Hussein Ali Kalout (Superior Tribunal de Justicia de Brasil); Miguel Ángel Cardoza (Corte Suprema del Salvador), Vilma Morales (Corte Suprema de Honduras); Sigfrido Steidel Figueroa (Tribunal Supremo de Puerto Rico); Eloy Espinosa Saldaña (Corte Suprema y Consejo del Perú); coordinado por las Secretarías Permanente y Pro Tempore.

**Tercera.-** Comisionar al Secretario General de la RIAEJ a fin de que establezca contacto con el Coordinador Nacional del Tribunal Supremo de la República Bolivariana de Venezuela, para concretar la reformulación del proyecto denominado “Universidad Judicial Iberoamericana”.

**Cuarta.-** Crear un grupo permanente de trabajo con la misión de protocolizar los procedimientos internos de Cumbre y trabajar en la optimización de la documentación. Este grupo trabajará preferentemente en forma virtual, y estará compuesto por la Secretarías Pro Tempore y Permanente, Andorra (Consejo), Brasil (Superior Tribunal de Justicia), El Salvador (Corte), Perú (Corte y Consejo), República Dominicana (Corte Suprema) y Paraguay (Corte Suprema y Consejo).

**Quinta.-** Mantener las menciones a la Red de Presidentes de Tribunales Supremos contenidas en las normas de constitución y funcionamiento de la Comisión Conjunta de trabajo entre Poderes Judiciales Europeos e Iberoamericanos, comisionando a la Secretaría Permanente y a los

Coordinadores Nacionales de Portugal a fin de que prosigan las gestiones tendientes a alcanzar un acuerdo de integración con la mencionada Red de Presidentes.

**Sexta.-** Constatar la necesidad de que desde el proyecto E-justicia se coordine con la Secretaría Pro Tempore la organización de la Tercera Feria de Justicia y Tecnología coincidiendo con la Asamblea Plenaria de la Cumbre, así como de ampliar a tal efecto el grupo de trabajo al cual se incorporarán: Brasil (Superior Tribunal de Justicia), Paraguay (Corte Suprema y Consejo), Argentina (Consejo) y Costa Rica (Corte Suprema), y procurar generar espacios a fin de que los Presidentes puedan tomar una participación más activa en la Feria.

**Séptima.-** Habilitar hasta el día 1 de diciembre de 2008, el plazo para que los países que se han postulado para aportar expertos a los grupos de trabajo, remitan a la Secretaría Permanente los nombres y datos de los citados expertos, a fin de proceder a la efectiva e inmediata constitución de aquellos. La Asamblea hace un llamamiento general a la responsabilidad de todos los coordinadores nacionales para el cumplimiento puntual de los plazos y obligaciones asumidos en esta reunión.

**Octava.-** Aprobar el siguiente calendario tentativo de talleres y reuniones para la XV Cumbre Judicial Iberoamericana, comisionando a las Secretarías Pro Tempore y Permanente para recabar de todos los coordinadores nacionales los planes de trabajo y cronogramas de cada área temática, que se ajustarán al siguiente calendario general de actividades:

Primera ronda de talleres por áreas temáticas	4, 5 y 6 de marzo de 2009	Costa Rica
Segunda ronda de talleres por áreas temáticas	3, 4 y 5 de junio de 2009	Paraguay
Segunda Reunión Preparatoria de Coordinadores Nacionales	2, 3 y 4 de septiembre de 2009	República Dominicana
Tercera ronda de talleres por áreas temáticas	Posible fecha: 28, 29 y 30 de octubre de 2009	Panamá por confirmar y en su defecto Chile
Tercera Reunión Preparatoria de Coordinadores Nacionales	Segunda semana de diciembre de 2009	STJ Brasil
Asamblea Plenaria	28, 29 y 30 de abril de 2010	Uruguay

**Novena.-** Aprobar el logo presentado por la Secretaría Pro Tempore para la XV Cumbre Judicial Iberoamericana.

**Décima.-** Convocar a todos los coordinadores Nacionales para la Segunda Reunión Preparatoria, que se celebrará los días 2, 3 y 4 de setiembre de 2009, en la República Dominicana.

**Decimoprimer.-** Agradecer a la Corte Suprema de Justicia y al Consejo Nacional de la Magistratura del Perú a través de sus respectivos presidentes, Dres. Francisco Távara Córdova y Edmundo Peláez Bardales, la magnífica organización del evento así como su hospitalidad, haciendo este agradecimiento extensivo a todo el equipo peruano tanto del Poder Judicial como del Consejo Nacional de la Magistratura y las otras instituciones que han colaborado en su organización y desarrollo

Dado en Lima, República del Perú, el día 11 del mes de octubre de dos mil ocho.





Primera Reunión Preparatoria de la XV Cumbre Judicial Iberoamericana  
Lima 9, 10 y 11 de octubre de 2008



---

**DECLARACIÓN DE AREQUIPA**



## SEGUNDO CONGRESO NACIONAL DE MAGISTRADOS DEL PODER JUDICIAL

Arequipa 6, 7 y 8 de noviembre de 2008

### DECLARACIÓN DE AREQUIPA

Los señores magistrados y servidores del Poder Judicial, participantes en el II Congreso Nacional de Magistrados del Poder Judicial, realizado en la ciudad de Arequipa, del 6 al 8 de noviembre de 2008, expresamos a la opinión pública:

**Primero.-** Respalda las acciones realizadas por la Presidencia del Poder Judicial, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República y del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, en el marco del proceso de reforma judicial y de la implementación del nuevo Código Procesal Penal.

**Segundo.-** Luchar por el respeto a la autonomía del Poder Judicial e independencia de los magistrados en el ejercicio de su función jurisdiccional.

**Tercero.-** Aprovechar el acuerdo de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República respecto a la Ley de Carrera Judicial. La magistratura no se opone a la evaluación con fines de superación y capacitación, por el contrario ha contribuido a crear espacios para su debate y aplicación, dentro del respeto a los principios y valores constitucionales.

**Cuarto.-** Reconocer la importancia y necesidad de continuar aplicando políticas de implementación de la tecnología en la judicatura nacional, que permitan en un futuro próximo adoptar la oralidad en todo tipo de procesos judiciales, dentro del marco de nuestra inserción en la sociedad del conocimiento.

**Quinto.-** Apoyar la implementación de un diseño de Despacho Judicial con separación de las funciones administrativas y jurisdiccionales, utilizando para ello infraestructura y medios tecnológicos adecuados.

**Sexto.-** Ratificar el acuerdo de institucionalización de los Congresos Nacionales de Magistrados. En ese sentido, se deberán realizar las acciones necesarias para asegurar la efectividad de un próximo III Congreso Nacional de la judicatura peruana.

**Séptimo.-** Felicitar a los máximos órganos de gobierno del Poder Judicial y a la Comisión Organizadora de este evento, por el éxito del II Congreso Nacional de Magistrados.

**Octavo.-** Saludar a la muy notable y muy leal ciudad de Arequipa , sede de este II Congreso Nacional de Magistrados del Poder Judicial, por su cálida acogida.

**Noveno.-** Reconocer la importancia de afirmar una cultura organizacional del Poder Judicial y dentro de ello saludar la creación del Himno del Poder Judicial, recientemente aprobado, aporte valioso que los magistrados felicitan.

**Décimo.-** Afirmar nuestro compromiso categórico de ejercer la magistratura con imparcialidad, y respeto a la Constitución, en aras del desarrollo del país.

Siguen firmas.



Segundo Congreso Nacional de Magistrados del Poder Judicial  
Arequipa 6, 7 y 8 de noviembre de 2008







## GUIÁ 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. 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:

<b>Ana Salas Salas*</b>
(*) 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 encargará 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.

Correos electrónicos: [cij@pj.gob.pe](mailto:cij@pj.gob.pe)  
[hdominguez@pj.gob.pe](mailto:hdominguez@pj.gob.pe)  
[mbustamante@pj.gob.pe](mailto:mbustamante@pj.gob.pe)  
[lrebaza@pj.gob.pe](mailto:lrebaza@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”.





Impreso en los talleres gráficos de  
**Editorial Supergráfica E.I.R.L.**  
Telf.: 426-6470  
[edsupergrafica@gmail.com](mailto:edsupergrafica@gmail.com)

