

ISSN 1997-6682



Revista Oficial del Poder Judicial

Corte Suprema de Justicia de la República

Vol. 7, n.^{ros} 8 y 9, 2012-2013
Lima, Perú



Revista Oficial del Poder Judicial

Corte Suprema de Justicia de la República

Justicia Honorable, País Respetable

Vol. 7, n.^{ros} 8 y 9, 2012-2013
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 jueces, y así constituir un escenario para la divulgación de temas del quehacer jurídico y judicial, contando para ello con la participación de los autores nacionales y extranjeros.

Vol. 7, n.ros 8 y 9, 2012-2013
ISSN 1997-6682

Esta revista se edita anualmente.

EDITORES

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

La Revista Oficial del Poder Judicial tiene como destinatarios a los jueces 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 del 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 consideren necesarios para mejorar el trabajo.

CENTRO DE INVESTIGACIONES JUDICIALES DEL PODER JUDICIAL

Palacio Nacional de Justicia - 2do. Piso
Av. Paseo de la República s/n - Lima, Perú
Teléfono 511 410 1010 - Anexos 11571 / 11185
Web: www.pj.gob.pe - Correo electrónico: cij@pj.gob.pe

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.
Es de carácter gratuito y acepta canjes con publicaciones de temas jurídicos y de ciencias sociales en general.



Elevándose sobre la escalinata de ingreso a la puerta principal del Palacio Nacional de Justicia, se yerguen las estatuas de dos grandes felinos esculpidas finamente en mármol (*Lima-Perú*)

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

Enrique Javier Mendoza Ramírez
Presidente

Luis Felipe Almenara Bryson
Hugo Sivina Hurtado
Ramiro Eduardo De Valdivia Cano
Francisco Artemio Távara Córdova*
Vicente Rodolfo Walde Jáuregui
Víctor Ticona Postigo
César San Martín Castro
Javier Villa Stein
José Luis Lecaros Cornejo
Víctor Roberto Prado Saldarriaga
Jacinto Julio Rodríguez Mendoza
Duberlí Apolinar Rodríguez Tineo
Josué Pariona Pastrana
Ana María Aranda Rodríguez
Roberto Luis Acevedo Mena
Javier Arévalo Vela
Jorge Luis Salas Arenas
Elvia Barrios Alvarado
Janet Ofelia Lourdes Tello Gilardi

* El Dr. Francisco Artemio Távara Córdova, Juez Supremo Titular, se encuentra con licencia constitucional. Preside el Jurado Nacional de Elecciones.



Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República

De izquierda a derecha, Jueces Supremos: Elvia Barríos Alvarado, Javier Arévalo Vela, Ana María Aranda Rodríguez, Duberlir Apolinar Rodríguez Tineo, Víctor Roberto Prado Saldarriaga, Javier Villa Stein, Víctor Ticona Postigo, Ramiro Eduardo De Valdivia Cano, Luis Felipe Almenara Bryson, Enrique Javier Mendoza Ramírez (Presidente del Poder Judicial), Hugo Sivina Hurtado, Vicente Rodolfo Walde Jáuregui, César San Martín Castro, José Luis Lecaros Cornejo, Jacinto Julio Rodríguez Mendoza, Josué Partona Pastrana, Roberto Luis Acevedo Mena, Jorge Luis Salas Arenas y Janet Ofelia Lourdes Tello Gilardi.

CONSEJO EJECUTIVO DEL PODER JUDICIAL

Enrique Javier Mendoza Ramírez
Presidente

Ramiro De Valdivia Cano
Juez Supremo

José Luis Lecaros Cornejo
Juez Supremo

Bonifacio Meneses Gonzáles
Juez Superior

Eliseo Giammpol Taboada Pilco
Juez Especializado

Eric Segundo Escalante Cárdenas
Representante de los Colegios de Abogados del Perú

Revista Oficial del Poder Judicial
Corte Suprema de Justicia de la República
Vol. 7, n.ros 8 y 9, 2012-2013 - ISSN 1997-6682

ÍNDICE

Presentación	
Enrique Javier Mendoza Ramírez	19
<i>Presidente del Poder Judicial</i>	

AUTORES NACIONALES - JUECES

Josué Pariona Pastrana	
<i>El silencio judicial. Análisis fenomenológico y normativo del preludio a la decisión judicial.....</i>	25
Javier Arévalo Vela	
<i>La protección penal del trabajo.....</i>	33
Héctor Enrique Lama More	
<i>Garantías en títulos valores.....</i>	45
Víctor Malpartida Castillo	
<i>Poder Judicial, justicia inclusiva y justicia intercultural.....</i>	65
Flor de María Madelaine Poma Valdivieso	
<i>La reparación civil por daño moral en los delitos de peligro concreto..</i>	95
Edwin Figueroa Gutarra	
<i>Jueces y argumentación.....</i>	119
Artemio Daniel Meza Hurtado	
<i>El denominado bloque de constitucionalidad como parámetro de interpretación constitucional, ¿es necesario en el Perú?.....</i>	143
Juan Carlos Montoya Muñoz	
<i>Los sistemas transversales y su impacto en la eficiencia y eficacia del Poder Judicial.....</i>	167

Nancy Carmen Choquehuanca <i>De la trascendencia de los criterios de efectividad y productividad del novísimo Sistema Procesal Penal.....</i>	177
Walter Eduardo Campos Murillo <i>Aplicabilidad de la teoría de las cargas probatorias dinámicas al proceso civil peruano. Apuntes iniciales.....</i>	201
Percy Salas Ferro <i>Las pretensiones en el proceso contencioso administrativo.....</i>	215
Reyler Yulfo Rodríguez Chávez <i>Tutela del consumidor contra cláusulas abusivas.....</i>	245
Mario Lohonel Abanto Quevedo <i>Formas de culminación del proceso penal por falta. Una propuesta de integración normativa.....</i>	291

AUTORES NACIONALES - ABOGADOS

Sergio Salas Villalobos <i>El Poder Judicial peruano como objeto de estudio para la calidad de la democracia y administración de justicia en el Perú. Ventajas y dificultades</i>	313
José F. Palomino Manchego <i>La primera Sentencia de Amparo en México. (Un antecedente de historia constitucional).....</i>	335

AUTORES EXTRANJEROS

Claudio Sarteá (Italia) <i>Función judicial y bien común: la aportación de la Deontología Jurídica.....</i>	347
Alessandro Somma (Italia) <i>A propósito del proceso, la democracia participativa y el rol de los medios de comunicación.....</i>	363

DOCUMENTOS

HOMENAJES

Manuel Sánchez-Palacios Paiva

<i>Homenaje al Dr. Juan Vicente Ugarte del Pino, vocal cesante y ex presidente de la Corte Suprema de Justicia, al cumplir su nonagésimo aniversario.....</i>	387
---	-----

DECLARACIONES

Reunión Anual de Presidentes y Administradores de Cortes Superiores de Justicia 2012. Declaración de los presidentes de Cortes Superiores de Justicia del país.....	401
Reunión Anual de Presidentes y Administradores de las Cortes Superiores de Justicia 2013. Declaración de Huaraz.....	405
VI Congreso Nacional de Jueces 2012. Declaración de Ica.....	409
IV Congreso Internacional sobre Justicia Intercultural 2012. Declaración de Lima.....	413
V Congreso Internacional sobre Justicia Intercultural 2013. Declaración de Piura.....	419

PRESENTACIÓN

Nos complace presentar una nueva edición de la Revista Oficial del Poder Judicial peruano, espacio editorial dedicado a promover una cultura de la investigación y reflexión sobre los principales aspectos que caracterizan el quehacer jurídico y judicial, particularmente.

La investigación reviste no poca importancia para el progreso jurídico. El avance en el conocimiento de la naturaleza de las acciones humanas dentro del mundo del Derecho es alcanzable gracias al afán investigador de quienes por su capacidad de observación y comprensión sobre ellas, las convierten en su objeto de estudio. Para tal virtud, ponen en práctica métodos, metodologías y técnicas de estudio adecuados, invirtiendo además tiempo y recursos. Mas el reconocimiento a tal esfuerzo no sería posible si sus resultados no vieran la luz en la forma de artículos jurídicos de divulgación.

Y es precisamente, ante el constante proceso de cambios y adaptación que vive el Derecho, que se hace presente el interés de nuestros colaboradores nacionales e internacionales, por plasmar novedosos enfoques jurídicos sobre materias de actualidad, que comprenden, incluso, a la marcha del Poder Judicial, cuya necesaria modernización en los servicios que presta debería venir acompañada de un fuerte desarrollo teórico-práctico que la sustente apropiadamente, de manera que el denominado derecho judicial, como disciplina, se vea afirmado y consolidado por fin en nuestro medio.

La publicación que en esta ocasión difundimos reúne importantes aportes, fruto de valiosas observaciones y experiencias que evidencian una sólida formación académica y humanística, así como una destacada trayectoria profesional en sus autores. Temas como la reforma del proceso penal, la justicia intercultural, la argumentación jurídica, el silencio judicial, la tutela del consumidor, el Poder Judicial, la deontología, el rol de los medios de

comunicación, la protección penal del trabajo entre otros temas trascendentes; son ampliamente abordados y contienen en sí una cordial invitación para su amigable lectura.

Consideramos que la Revista Oficial del Poder Judicial es un vehículo idóneo de transmisión de éstas y otras inquietudes referidas a la problemática del Derecho en general y de la administración de justicia en particular; siendo el presente esfuerzo editorial una muestra de que nuestra institución tiene el firme propósito de contribuir a la difusión de la cultura jurídica y promover el desarrollo profesional de jueces y servidores de este Poder del Estado.

Finalmente, solo nos queda agradecer la generosa contribución de nuestros destacados articulistas, cuyos aportes han dado cohesión a esta edición de la Revista, así como a todos aquellos con cuyo esfuerzo ha sido posible realizar la presente publicación.

Sr. Dr. Enrique Javier Mendoza Ramírez
Presidente del Poder Judicial



Sr. Dr. Enrique Javier Mendoza Ramírez
Presidente del Poder Judicial
(2013 - 2014)

EL SILENCIO JUDICIAL
ANÁLISIS FENOMENOLÓGICO Y NORMATIVO DEL
PRELUDIO A LA DECISIÓN JUDICIAL

*“Oh, Dios, no guardes silencio,
no calles, oh Dios”*
Salmo 83:1

*“No hables si lo que vas a decir no es
más hermoso que el silencio.”*
Proverbio árabe

JOSUÉ PARIONA PASTRANA*

Resumen

El presente aporte es una aproximación cercana a lo que debería ser la actuación del Magistrado respecto a cómo interpretar el silencio judicial y cómo ha de actuar cuando se encuentre en él.

Palabras clave: Silencio judicial – Decisión judicial.

Abstract

This brief is a close approximation of how a Judge must interpret the judicial silence and how he must act in the event of its existence.

Key words: Judicial Silence – Judicial Decision.

I

El tema sobre el cual hoy disertaré no pertenece al ámbito de lo que se denomina “jurídico” en sentido estricto, pues no abarcaré un tema de dogmática procesal o sustantiva, ni de política criminal. Hoy vengo a dar una propuesta sobre un aspecto que vendría a ser catalogado por muchos como banal o fútil de cara a la resolución de un problema jurídico. No obstante, dar una opinión tan categórica y con una carga semántica negativa concluyente no es muchas veces justo, y menos preciso.

* Juez Supremo Titular de la Corte Suprema de Justicia de la República – Poder Judicial del Perú.

Tanto la historia del sistema penal, como la historia de toda ciencia –sea social o exacta- en general nos han demostrado que muchos temas que se tienen como verdades obvias o aparentemente intrascendentes, tienen en la realidad un valor mucho más alto del que sus críticos consideraban. En el ámbito jurídico penal son abundantes los ejemplos en la dogmática que comprueban esta afirmación. Tal es el caso de la ubicación del dolo en la estructura de la teoría del delito, el cual se consideraba por muchos años perteneciente a la culpabilidad. En el mismo sentido, otro claro ejemplo es la aceptación –como verdad incuestionable- de que el Magistrado ejerciera simultáneamente las labores de Instructor y de Juzgador, hecho que sólo recientemente –desde la visión del constitucionalismo- comenzó a ser cuestionado.

Todos estos ejemplos nos llevan a la misma conclusión: El conocimiento, fundamentalmente en las ciencias sociales, varía constantemente. No existen verdades universales, sino que las mismas dependen en realidad de la época en la que surgen.

Sin más preámbulos pasamos a disertar el tema que nos convoca hoy: el silencio judicial. Adelantamos, que nuestro análisis no se avoca a la resolución del problema derivado de la falta de un pronunciamiento judicial en un plazo determinado –tal como también podría entenderse-, sino que incidirá en el acto reflexivo del Magistrado previo a la emisión de una decisión y posterior a la conclusión del debate oral.

II

Desde una perspectiva fenomenológica, el silencio puede ser definido como la ausencia de sonido. La perspectiva es correcta, porque efectivamente no puede existir silencio si es que no tiene una contraparte que es el sonido. No obstante, la carga semántica que trae consigo el silencio va más allá de expresar una ausencia, por lo que no puede ser limitada a una definición por oposición. El silencio al interior de un proceso comunicativo no puede ser entendido solamente como una ausencia, sino que por el contrario debe comprendérselo como si fuera una pausa en la comunicación. Un paréntesis entre un primer y segundo momento. Un espacio de necesaria reflexión que precede a una ruptura en la normalidad de la comunicación. En esa misma línea de pensamiento, puede considerarse que el silencio es el enlace necesario entre la situación precedente y la situación posterior.

La definición que proponemos de silencio, como pausa que precede a un cambio entre dos estados, se encuentra presente en diversas situaciones.

En primer lugar, el silencio también está presente en la teología y es conocido como el Silencio de Dios. Cuando se produce esto, no quiere decir que la humanidad se vio privada de su presencia y de su testimonio, sino que más bien significa que no hay comunicación nueva de parte de Dios para los seres humanos.

Son dos momentos cruciales en la historia sagrada donde se produce aquello. La primera en el Monte Sinaí, en la dación del Decálogo, donde al subir Moisés a dicho monte hay un espacio de tiempo que Dios no se comunica y después de ese lapso escribe en dos tablas de piedra los 10 Mandamientos, que vienen a ser principios cortos y claros, que sirvieron para el avance humanitario del derecho. Por ejemplo, en relación al derecho laboral, estipuló lo que hoy llamamos el derecho al descanso semanal de todo trabajador; y en el área penal, reguló varios tipos penales que subsisten en la actualidad: homicidio, hurto, calumnia e injuria.

El Segundo momento se produce entre el siglo cuarto antes de Cristo y el siglo primero después de Cristo, que abarca un periodo de 400 años, siendo el último profeta del Antiguo Testamento Malaquías.

A este episodio se le conoce como el periodo intertestamentario, pues Dios deja de ofrecer su revelación, su plan, su comunicación con el pueblo elegido -el pueblo judío-, pero la historia, la filosofía, la teología siguió su camino al interior del judaísmo. Fueron años que incluyeron guerras, incertidumbre socio política, con breves momentos de independencia, subyugación y produjo una serie de cambios geopolíticos en la zona del Mediterráneo, donde se ubicaba Judea, al establecerse 3 centros geopolíticos como son Alejandría, Siria y Roma.

En dicho periodo el helenismo intentó amalgamar la filosofía y las creencias paganas con el judaísmo, correlacionando el conocimiento existente sobre el universo en forma sistemática e integrando la experiencia humana con ella, indicando que la formulación de conocimiento en un sistema coherente debía ser gobernada por las reglas que el hombre lógico había ideado. Filón de Alejandría buscó vincular la esencia del judaísmo a los instrumentos de la razón griega, sosteniendo que la fe mosaica y la filosofía griega coincidían en su aspiración a la verdad.

Igualmente, se desarrolló el gnosticismo, un sistema que prometió la salvación por el conocimiento. La materia era el mal, el espíritu era lo verdadero, el cuerpo irreal, y por lo tanto, su satisfacción no tenía ningún efecto en la salvación última del individuo.

El silencio de Dios se rompe con el nacimiento de Jesús de Nazaret y su historia relatada en el Nuevo Testamento, lo cual a partir de dicha fecha ha tenido y tiene una influencia poderosa en los quehaceres de la humanidad, pero su obra podemos resumir en dos ámbitos, el salvífico, traducido en fe, esperanza y caridad, y al cambio de estructuras imperantes, que ha servido para las grandes reformas que son: no diferencias sociales, de sexo y edad, la equiparación de la mujer y el niño que son baluartes en el momento actual.

En segundo lugar, los ejemplos más cercanos sobre el silencio los podemos encontrar en la naturaleza. La presencia de un maremoto en la costa viene precedida por un retiro del mar de su cauce normal por un breve lapso. La calma que caracteriza los momentos previos a este fenómeno genera externamente una ausencia de sonido; sin embargo, más allá de ese dato sensorial, es más importante el mensaje que esa calma anuncia: la llegada de un suceso natural (el maremoto) que alterará el orden preexistente.

En tercer lugar, el silencio también se encuentra en el arte, específicamente en la música, pudiendo llegar a distinguirse tres tipos de silencio al interior de ella. Uno inicial que es el de expectación previa al inicio del sonido, la función del silencio es que el futuro receptor se prepare para el mensaje a recibir; el intermedio que enlaza dos momentos de la partitura, el cual sirve para entender el sentido comunicativo de la melodía, pues permite al espectador tomar una pausa para asimilar mejor la música; y uno final, que es el necesario para el recuerdo de la melodía. La importancia del silencio para la música es absolutamente indiscutible. El silencio sirve para que la audiencia pueda reflexionar y comprender mejor el mensaje transmitido a través de la melodía. En cada etapa del silencio musical existe un común denominador: el silencio, es el medio indispensable para entender el sonido. Es el preludio indispensable para que el público disfrute adecuadamente cada una de las etapas de la composición.

El ámbito judicial no se encuentra exento de esta lógica y en él también podemos encontrar un silencio. El silencio judicial siempre ha pasado desapercibido, por lo que no ha sido objeto de mayores estudios. Su análisis no pertenece sólo a un ámbito fenomenológico, sino que también se encuentra presente en los cuerpos normativos nacionales. En la especialidad penal, el caso más claro del silencio judicial regulado, es el previsto en el art. 392, numeral 1 del Código Procesal Penal de 2004: la deliberación producida una vez culminado el debate oral. El juicio oral es un espacio comunicativo donde impera el debate, especialmente la búsqueda de las partes de asignarle un sentido (un sonido) a los argumentos probatorios y jurídicos que sustentan,

con el objeto de convencer al Magistrado de que su postura es la que él deberá asumir. Posteriormente, culminado el debate el Magistrado ha de deliberar en secreto acerca de los argumentos expuestos por las partes y adoptar una posición sobre ellos, sea para acogerlos o rechazarlos. Finalmente, una vez producida la deliberación es emitida una sentencia en la cual consta el razonamiento del Magistrado y las consecuencias jurídicas emanadas de él.

De los tres momentos listados, la atención se concentra sólo en el primer y el tercer momento, pues ambos son actos públicos y por lo tanto sujetos al escrutinio de la ciudadanía. Ambos actos son comunicaciones, en la medida que son actos intersubjetivos que expresan un significado que va más allá de la subjetividad del emisor. Por ende, como todo acto comunicativo, ambos deben ser considerados como sonidos (entendiendo naturalmente al sonido como una comunicación), pues sólo a través de la alteración del silencio es que ambos podrán lograr su cometido final: que el mensaje sea recibido por el receptor.

A diferencia de ellos, que son actos públicos y comunicativos (lo que implica un debate intersubjetivo), la deliberación es un acto privado e interno. En primer lugar, no se trata de un acto público, por el contrario, en esencia se trata de un acto estrictamente privado, el cual pertenece a la esfera íntima del Magistrado. En segundo lugar, no es un acto comunicativo, porque si bien la deliberación tiene como objeto final la adopción de una decisión que se expresará en la sentencia, la misma sólo es un primer paso en el proceso de comunicación (formación del mensaje).

Si el debate y la sentencia son sonidos, entonces el silencio existente es pausa reflexiva que sirve al Magistrado para adoptar una decisión que será tomada sobre la base de todo lo debatido. Es decir, el silencio produce una reflexión, que va a determinar una decisión sobre la materia que este conociendo el Juez.

III

El silencio judicial aparentemente se expresa de forma distinta en razón de que la actuación del Magistrado sea –según los términos del nuevo Código Procesal Penal– unipersonal o colegiada.

En el caso del Juez Unipersonal el silencio es mucho más evidente, toda vez que siempre se tiene en mente que el silencio es un acto que proviene

de una persona exclusivamente y no de un colectivo. De ahí que podría pensarse, erróneamente, que el silencio judicial sólo es posible de ser tenido en cuenta como una actividad ascética, la misma que necesariamente excluiría la actividad plural.

Si entendemos al silencio como un acto reflexivo previo al proceso deliberativo, entonces en realidad esta reflexión precedente no realiza ninguna distinción de singularidad o pluralidad. El silencio yergue como la pausa entre dos estados, el cierre de la comunicación de las partes y la comunicación de la decisión judicial. Pretender realizar una distinción entre ambos y negar la existencia de un silencio colectivo sería el equivalente a negar la posibilidad de que existiera la música en orquesta, puesto que para su producción se requiere de un conjunto de personas y no de una sola. Y es precisamente la actuación múltiple, coordinada, armónica, usando uno o más tipos de instrumentos, lo que permite a la orquesta reproducir la belleza de una melodía.

Cuando se trata de la actuación judicial unipersonal, el Juez es amo y señor de su propio silencio. Por ello, le es mucho más fácil realizar normalmente sus actividades y realizar la deliberación. No obstante, en el caso de la actuación judicial colectiva es el que presenta un verdadero reto, pues implica una actuación concertada y sincronizada, que permita armonizar los diversos silencios (tres o cinco según la instancia). En este segundo tipo de silencio judicial el Magistrado no se limita a realizar una reflexión personal, sino que produce una reflexión colectiva.

Una característica central del silencio colectivo es la necesidad de que el Magistrado se convierta en un garante de la actividad de sus colegas, a efectos de guardar armonía en la reflexión. Sólo con una actuación coordinada el silencio podrá surtir el efecto reflexivo deseado. De no producirse esta armonía en la actuación del órgano colegiado, entonces la comunicación a producir (la decisión judicial) no estará exenta de sufrir una serie de vicios derivados de su construcción arrítmica.

Si bien se ha puesto énfasis al área penal, aquello no descarta que también se produzca en las otras especialidades como son las áreas constitucional, civil, comercial, laboral, familiar, contencioso - administrativo, y ahora en el novísimo Juez de Tránsito.

IV

Hasta este punto hemos llegado a definir que es el silencio y cómo se entiende en el ámbito jurídico. No obstante, lejos de realizar un análisis descriptivo, consideramos necesario realizar una propuesta de reglas que ha de tener en cuenta el Magistrado durante el trascendental periodo de silencio, las cuales pueden observarse fenomenológica y normativamente.

PRIMERO: ALEJARSE DEL RUIDO

El debate es el proceso comunicativo en el que las partes buscan convencer al Magistrado de su postura. El silencio del Magistrado exige que no exista perturbación externa en su proceso deliberativo. Esta perturbación (alteración del silencio) puede entenderse en dos sentidos. En primer lugar, como la presencia fenomenológica de sonidos que perturben el ambiente donde se produzca la deliberación. Esto es, que el Juez debe dejar de lado los ruidos: noticias periodísticas, opiniones y comentarios sobre el tema. En segundo lugar, como la presencia de actos probatorios y argumentaciones que pretendan influir en el debate, y que no hayan sido materia del mismo.

El Código Procesal Penal de 2004, como es natural, se refiere al segundo punto. La deliberación sólo ha de contener aquello que ha sido materia del debate. Por tanto, no puede incorporarse pruebas que no han sido materia de debate, conforme lo expresa el art. 393 del mencionado cuerpo sustantivo.

SEGUNDO: PROCURAR NO DEMORAR EXCESIVAMENTE LA DELIBERACIÓN

La comunicación es un proceso continuo, que si bien no es instantáneo, sino que puede tomar un tiempo en realizarse, este no ha de ser muy prolongado porque se pierde la secuencia entre el acto comunicativo previo y el mensaje posterior.

Un claro ejemplo de ello lo encontramos en el silencio intermedio en la música. La partitura tiene un punto de quiebre que genera expectativa entre el momento previo y el momento posterior. Si el músico demora excesivamente el silencio, entonces pierde la concentración del público y la secuencia musical, lo que deviene en la pérdida de armonía.

En el caso del ámbito judicial el silencio que toma el Magistrado no es considerado eterno, pues conforme pase el tiempo el debate realizado por las partes corre un mayor riesgo de esfumarse de su memoria. Por ello, el

Código Procesal Penal de 2004 establece en su art. 392, numeral 2, que el periodo de deliberación no puede exceder los dos días, o a lo sumo tres en caso de enfermedad del Magistrado, pudiéndose extender al doble para procesos complejos, y en el caso de la sentencia casatoria es de 20 días, Art.430 inc. 6 del Código Adjetivo. Para los demás casos que no están regulados por el Código Procesal Penal de 2004, se aplica supletoriamente la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece un plazo de 15 días para resolver la causa después de producida la vista, la cual puede ser prorrogada por igual lapso de tiempo.

La consecuencia de prolongar excesivamente el periodo de deliberación es que el mensaje que se pretenda emitir carezca de legitimidad, porque el emisor ha perdido la inmediatez con el acto comunicativo previo. Por ello, el art. 392, numeral 3, del Código Procesal Penal establece como consecuencia ante un silencio excesivo la necesidad de repetir el juicio oral, y en otras áreas acarrea una sanción disciplinaria administrativa.

TERCERO: CUIDAR QUE SE MANTENGA LA ARMONÍA ENTRE EL PRIMER Y EL TERCER SONIDO

El silencio es una pausa reflexiva que sirve para dar una respuesta que sea coherente con el sonido previo. Si el ruido del mar cesa y este se retira, entonces se prevé que un maremoto llegue. Si una persona emite una pregunta, espera una respuesta que tenga relación directa con ella.

En ese sentido, la armonía sólo podrá ser alcanzada cuando exista congruencia entre el primer y el tercer sonido. Entre las peticiones que realicen las partes y el fallo al que arribe el Magistrado. Entre las razones expresadas por el Magistrado y el fallo al que arribe. Es labor del Magistrado lograr que la decisión sea congruente, siendo el momento en que guarda silencio, el adecuado para procurar esta armonía. Esta labor no sólo es un consejo, es en realidad un deber de todo Juez, tal y como lo exige el art. 397 del Código Procesal Penal de 2004.

V

Nuestro aporte en la presente disertación no pretende ser una verdad universal sobre cómo interpretar el silencio judicial, y cómo ha de actuar el Magistrado cuando se encuentre en él. Tan sólo es una aproximación cercana a lo que debería ser su actuación.

LA PROTECCIÓN PENAL DEL TRABAJO

JAVIER ARÉVALO VELA*

Resumen

Se analiza conceptos generales sobre Derecho penal del trabajo, así como propone algunas medidas de política criminal respecto de los delitos laborales.

Palabras clave: Derecho penal del trabajo – Delitos laborales.

Abstract

Analyzes general concepts of Criminal Labor Law and proposes a few measures of criminal policy for labor offenses.

Key words: Criminal Labor Law – Labor Offenses.

Sumario

1.- Introducción. 2.- El Derecho penal como medio de control social. 3.- Derecho penal y Derecho penal del trabajo 4.- Derecho penal del trabajo y bien jurídico. 5.- Derecho penal del trabajo última ratio. 6.- Formación histórica del Derecho penal del trabajo. 7.- Derecho penal del trabajo y política criminal. 8.- Los delitos laborales en el Código Penal de 1991 y leyes especiales. 9.- Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

En nuestro medio resulta una noticia diaria la comisión de hechos que lesionan los derechos de los trabajadores, muchos de los cuales no son objeto de sanción alguna, sea porque no están tipificados como delitos o porque la autoridad competente no se preocupa de investigarlos y reprimirlos. En las líneas siguientes presentaremos unas breves reflexiones sobre una disciplina jurídica poco difundida, pero que tiene mucho que ver con este tema: el Derecho penal del trabajo.

2. EL DERECHO PENAL COMO MEDIO DE CONTROL SOCIAL

Toda sociedad moderna, basada en un ordenamiento democrático, tiene por finalidad garantizar el bienestar común de sus integrantes, a efectos que

* Juez Supremo Titular de la Corte Suprema de Justicia de la República – Poder Judicial del Perú. Presidente de la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema. Profesor de la Maestría en Derecho del Trabajo en la Universidad San Martín de Porres y de la Academia de la Magistratura.

libremente dentro de ella se puedan realizar como personas; es en la búsqueda de esa finalidad trascendente que la propia sociedad se ve obligada a imponer diversas regulaciones a la conducta de los individuos que la integran con el objeto de evitar que incurran en comportamientos que afecten el logro del desarrollo colectivo, poniendo incluso en peligro la subsistencia de la sociedad como tal. Estas limitaciones al comportamiento de los individuos constituyen el control social.

En opinión de VILLAVICENCIO: *“...el control social busca garantizar que las personas se sometan a las normas de convivencia, dirigiendo satisfactoriamente los procesos de socialización”*¹.

El control social puede adoptar dos modalidades: los controles informales y los controles formales.

Los controles informales se caracterizan porque el Estado no interviene de manera represiva sobre los individuos, sino que es la presión social la que persigue el cambio de actitud del sujeto infractor de reglas sociales y ocasionalmente lo sanciona con el reproche del grupo.

En esta forma de control social influye la escuela, la familia, el medio social y profesional, etc. que rechazan a la persona que incurre en un comportamiento disfuncional.

En el ámbito de las relaciones laborales, encontramos que el control social informal lo ejercen los sindicatos, las coaliciones de trabajadores, las empresas, etc.

Por su parte el control social formal, es aquel en que participa el Estado en materia de trabajo; es ejercido –en el ámbito no penal– por la Autoridad Administrativa de Trabajo a través del Servicio de Inspección de Trabajo, el cual tiene amplia facultad para sancionar con medidas administrativas y pecuniarias, la infracción de las normas laborales.

En el ámbito penal, el control social formal lo ejercen las agencias ordinarias de control social penal, tales como son la policía, el Ministerio Público, Poder Judicial, INPE, etc., las cuales aplican las disposiciones del Código Penal, Código Procesal Penal y leyes especiales, dictadas para sancionar los delitos contra los derechos de los trabajadores.

¹ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. «Derecho Penal - Parte General». Editora Jurídica Grijley, Lima, 2000, p. 7.

3. DERECHO PENAL Y DERECHO PENAL DEL TRABAJO

El Derecho penal es una clase de control social formal que, según la doctrina mayoritaria, admite dos puntos de vista para su definición, uno objetivo y otro subjetivo.

El Derecho penal objetivo (*ius poenale*) es el conjunto de normas jurídicas que establecen las conductas que deben ser consideradas como delictuosas, así como las sanciones (penas y medidas de seguridad) que deben imponerse a los sujetos que incurran en dichas conductas.

El Derecho penal subjetivo (*ius puniendi*) es el derecho que tiene el Estado de castigar determinadas conductas que considera atentatorias para las normas de convivencia social.

El Derecho penal puede dividirse en el Derecho penal general y Derecho penal especial.

Según HURTADO: *“El derecho penal general fija los ámbitos de aplicación de la pena, define las condiciones necesarias para castigar y determina los tipos y límites de las sanciones penales. En cuanto el derecho penal especial, enuncia y describe los actos punibles, indicando cual es la pena aplicable al autor según la gravedad del acto contenido”*².

Teniendo en cuenta la variedad de criterios existentes en la doctrina para definir el Derecho penal general, establecer una definición que pueda sintetizar el contenido, características y ámbito de aplicación del Derecho penal del trabajo no es una tarea fácil, pues esta disciplina jurídica está aún en formación; es más, algunos sectores de la doctrina consideran que ni siquiera debería existir ya que para ellos la ley penal no es la mejor herramienta para lograr el respeto a los derechos de los trabajadores, proponiendo recurrir a otros medios de control social no penal con el fin de lograr este objetivo.

No obstante las dificultades antes descritas, nos atrevemos a definir el Derecho penal del trabajo como un sector del Derecho penal que sanciona aquellas conductas que lesionan bienes jurídicos de naturaleza laboral cuyos titulares son los trabajadores individuales u organizados colectivamente.

² HURTADO POZO, José. «Manual de Derecho Penal – Parte General I». 3ra. Edición. Lima: Editora Jurídica Grijley, Lima 2005, p. 11.

4. DERECHO PENAL DEL TRABAJO Y BIEN JURÍDICO

La doctrina considera que el bien jurídico es un concepto operativo que nos permite delimitar qué es lo que debe ser objeto de protección penal en una sociedad.

Para HURTADO los bienes jurídicos, sean éstos individuales o colectivos, se pueden percibir “...como valores expresamente o implícitamente reconocidos por las reglas y principios constitucionales, que son necesarios para garantizar la relación de los fines del sistema social y el normal funcionamiento de éste”³.

En las sociedades democráticas la lista de estos bienes jurídicos resulta ser muy extensa, así por ejemplo, tienen tal calidad la vida, la salud, la libertad, el patrimonio, el honor, el trabajo, etc., y son objeto de protección a través de diversos mecanismos como son el civil y el administrativo, por sólo mencionar los más importantes, pero también pueden serlo por medio de la ley penal; entonces, se convierten en bienes jurídicos penalmente tutelados.

Según BRAMONT “Los bienes jurídicos pueden clasificarse en bienes jurídicos referidos a las bases del sistema penal y bienes jurídicos referidos al funcionamiento del sistema penal”⁴.

El primer grupo de bienes jurídicos se refiere a aquellos relacionados directamente con el individuo en cuanto es una persona que se relaciona con otra a un nivel microsociedad, aquí encontramos bienes jurídicos tales como la vida, la salud, la libertad, el patrimonio, etc.

El segundo grupo de bienes jurídicos está referido a las relaciones macrosociales de una persona con otras. Pueden ser colectivos, institucionales y de control.

Son *colectivos*, los relacionados a las necesidades de carácter social y económico, tales como la libre competencia, el medio ambiente, etc.; son *institucionales*, los relacionados con procedimientos u organismos destinados a garantizar los bienes jurídicos personales, aquí tenemos la Administración de Justicia, la fe pública, etc.; y finalmente los de *control*, están relacionados a la organización del Estado, entre éstos se encuentran la autoridad pública, la seguridad pública, la seguridad interior y exterior del Estado, etc.

³ HURTADO POZO, José. *Op. Cit.*, p. 27.

⁴ BRAMONT ARIAS, Luis A. y Luis Alberto BRAMONT-ARIAS TORRES. «Código Penal Anotado». Editorial San Marcos, Lima 1998, p.25.

En materia de Derecho penal del trabajo no existe en la doctrina un criterio unánime sobre qué bienes jurídicos laborales deben ser objeto de tutela penal.

De una manera genérica, podemos decir en principio, que el bien jurídico penalmente protegido lo constituyen los derechos laborales cuya titularidad ostentan los trabajadores en tanto sujetos de relaciones jurídicas de trabajo, sean éstas individuales o colectivas.

De una manera concreta, el bien jurídico objeto de tutela penal será aquel que la ley penal, en cada caso concreto, seleccione como objeto de su protección, pues, no sería posible ni conveniente que todos los derechos derivados de la relación laboral gozaran de protección penal, sino solamente aquellos cuya lesión afecte gravemente a la sociedad.

Creemos que un indicador objetivo para identificar los bienes jurídicos laborales que deben ser objeto de protección penal, lo constituyen los Tratados sobre Derechos Humanos, los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y los textos constitucionales, aunque en este último caso no debe olvidarse que no es requisito indispensable que los bienes jurídicos se encuentren consagrados en la Constitución para ser objeto de tutela penal.

En el caso peruano, somos de la opinión que el bien jurídico que se protege a través de los supuestos previstos por el artículo 168° del Código Penal modificado por el Decreto Legislativo N° 857 y por la Ley No. 27983, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 20 de agosto de 2011, no es solamente la libertad de trabajo, sino una pluralidad de bienes jurídicos correspondientes a cada modalidad delictuosa, como son: el derecho a la libertad sindical, a la libertad de trabajo, la seguridad y salud en el trabajo, el derecho al trabajo, el derecho a la protección contra el despido arbitrario y el respeto a las decisiones de la autoridad pública competente en materia de trabajo.

5. DERECHO PENAL DEL TRABAJO ÚLTIMA RATIO

Modernamente, la intervención del Derecho penal como medio de control social sólo se justifica en la medida que persiga la protección de bienes jurídicos vitales para la vida en sociedad, y cuando los otros medios de control social hayan resultado insuficientes para dicha protección.

Admitir una posición contraria, abre la posibilidad a una aplicación desmedida de la represión penal a cualquier tipo de infracción sin importar su gravedad ni daño social.

Creemos que el recurrir al Derecho Penal para sancionar conductas que lesionan bienes jurídicos laborales es una decisión de política criminal a la que se debe recurrir solo cuando los medios de control social estatales de carácter no penal hayan resultado insuficientes para proteger dichos bienes jurídicos, pues, tal como lo sostienen BAYLOS y TERRADILLOS *“el fundamento de esta protección penal se encuentra en el propio carácter de las normas laborales como normas que (...) requieren de un sistema reforzado de sanciones para prevenir su ineficiencia”*⁵.

6. FORMACIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO PENAL DEL TRABAJO

Las primeras concepciones sobre lo que debería entenderse por Derecho penal del trabajo están asociadas a la idea de represión de las luchas sociales de la clase trabajadora. Basta recordar que en Francia la Ley Chapelier de 1791 prohibió las asociaciones obreras y el Código Penal de 1810 que criminalizó la huelga; similar situación se presentó en Inglaterra donde las leyes de Combinación de 1799 y 1800 prohibieron las reuniones de los obreros para reclamar aumentos salariales, reducción de la jornada de trabajo o tratar de imponer condiciones al empleador.

En el Perú, si efectuamos una revisión histórica de nuestra legislación, encontraremos que la sanción penal de comportamientos vinculados a las relaciones laborales no es reciente, sino que por el contrario, es de antigua data. En las primeras décadas del siglo XX, se dictaron normas orientadas a reprimir los reclamos de los trabajadores, sobre todo el ejercicio de los derechos de sindicación y huelga. Así, por ejemplo, tenemos que el Decreto Supremo del 24 de enero de 1913, calificaba como delincuentes a quienes, individual o colectivamente, con hechos o amenazas, impedían el libre ejercicio de la industria, el comercio y el trabajo; mientras que el Decreto Supremo del 12 de mayo de 1920, con el objeto de limitar el ejercicio del derecho de huelga, estableció que quienes infringieran sus disposiciones serían juzgados como sediciosos o motinistas con arreglo al Código Penal.

No obstante lo antes señalado, desde los inicios del pasado siglo se dictaron algunas normas de protección penal de los trabajadores, como fue el caso de la Ley N° 1183 del 23 de noviembre de 1909, que prohibía a las autoridades políticas intervenir en la contratación de servicios de peones u operarios de cualquier clase, para trabajos públicos y particulares. El artículo 2° de

⁵ BAYLOS GRAU, Antonio y Juan TERRADILLOS. «Derecho Penal del Trabajo». Editorial Trotta, 2ª Edición Revisada, 1977, p. 10.

esta ley disponía que las citadas autoridades que por sí o por medio de sus tenientes enganchasen o reclutaran indios para cualquier trabajo público o de particulares sufrirían pena de cárcel por un año.

El Código Penal de 1924, no contempló en su articulado disposición alguna relativa a la represión penal de los delitos contra los derechos laborales; sin embargo, durante su vigencia se dictaron algunas disposiciones al respecto, pero formando parte de leyes de carácter laboral, como veremos a continuación.

Las normas de contenido penal empezaron a convertirse en un medio para proteger ciertos derechos laborales con la dación del Decreto Ley N° 22126 del 31 de marzo de 1978 sobre estabilidad laboral, el cual contenía normas relativas a la sanción penal del incumplimiento de las resoluciones de la Autoridad Administrativa de Trabajo relativas a la reposición del trabajador en el empleo, el abandono o cierre doloso del centro de labores y la utilización de documentos falsos en un procedimiento laboral. La Ley N° 24514 del 04 de junio de 1986, sobre estabilidad en el empleo, conservó disposiciones similares en materia penal.

Finalmente, al promulgarse mediante Decreto Legislativo N° 635, el Código Penal de 1991, se tipificó en su artículo 168° algunos delitos contra los derechos de los trabajadores formando parte del Título IV “Delitos contra la libertad”, Capítulo II Violación de la Libertad de Trabajo.

Posteriormente, la Tercera Disposición Derogatoria y Final del Decreto Legislativo N° 857 promulgado el 25 de setiembre de 1996 y publicado el 04 de octubre en el Diario Oficial “El Peruano”, modificó el artículo 168° del Código Penal, descriminalizando algunos supuestos contemplados en el texto original.

La Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 20 de agosto de 2011, en su Cuarta Disposición Complementaria Modificatoria incorpora el artículo 168° -A al Código Penal, el cual considera como delito contra las condiciones de seguridad e higiene industriales la infracción de normas de seguridad en el trabajo que pongan en riesgo la vida, salud o integridad física del trabajador.

7. DERECHO PENAL DEL TRABAJO Y POLÍTICA CRIMINAL

La Política Criminal es la manera como el Estado reacciona frente al fenómeno de la criminalidad, con la finalidad de eliminarla, manteniendo de esta manera

el orden establecido, respetando los derechos fundamentales y dentro del marco de lo que se entiende por Estado Democrático de Derecho.

Las tendencias de la Política Criminal en materia de Derecho penal laboral, podemos agruparlas de la manera siguiente:

Tendencia criminalizadora: Considera que la sanción penal permite reforzar la tutela de los derechos laborales, resultando más efectiva que las medidas de carácter administrativo y las propias del Derecho laboral.

Tendencia descriminalizadora: Persigue la no criminalización de las conductas antilaborales, sosteniendo que existen mecanismos extrapenales de protección de los derechos de los trabajadores que permiten sancionar dichos ilícitos sin tener que recurrir al Derecho penal.

Tendencia selectiva: Propugna la intervención del Derecho penal como instrumento necesario para garantizar un mínimo de tutela a ciertos derechos laborales que han superado el propio ámbito laboral para convertirse en derechos fundamentales reconocidos en los convenios internacionales y la Constitución.

8. LOS DELITOS LABORALES EN EL CÓDIGO PENAL DE 1991 Y LEYES ESPECIALES

El legislador peruano, siguiendo la tendencia de la mayoría de los Códigos Penales latinoamericanos, ha ubicado en nuestro Código Penal de 1991 los delitos contra los derechos laborales en el Título IV Delitos Contra la Libertad, Capítulo VII Violación de la Libertad de Trabajo, artículo 168°.

El texto original del artículo 168° del Código Penal tipificaba el delito de violación de la libertad de trabajo de la manera siguiente:

“Artículo 168.- Será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de dos años el que obliga a otro, mediante violencia o amenaza, a realizar cualquiera de las conductas siguientes:

- 1. Integrar o no un sindicato.*
- 2. Prestar trabajo personal sin la correspondiente retribución.*
- 3. Trabajar sin las condiciones de seguridad e higiene industriales.*
- 4. Celebrar contrato de trabajo o adquirir materias primas o productos industriales o agrícolas.*

La misma pena se aplicará al que retiene remuneraciones o indemnizaciones de los trabajadores o no entrega al destinatario las efectuadas por mandato legal o judicial; al que incumple las relaciones consentidas o ejecutoriadas dictadas por la autoridad competente; y al que disminuye o distorsiona la producción, simula causales para el cierre del centro de trabajo o abandona éste para extinguir las relaciones laborales”.

La modificación introducida por la Tercera Disposición Derogatoria y Final del Decreto Legislativo N° 857 al artículo 168° del Código Penal, descriminalizó varios supuestos contemplados en el texto original del artículo 168° quedando el nuevo texto redactado en los términos siguientes:

“Artículo 168.- Será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de dos años el que obliga a otro, mediante violencia o amenaza, a realizar cualquiera de los actos siguientes:

- 1. Integrar o no un sindicato.*
- 2. Prestar trabajo personal sin la correspondiente retribución.*
- 3. Trabajar sin las condiciones de seguridad e higiene industriales determinadas por la autoridad.*

La misma pena se aplicará al que incumpla las resoluciones consentidas o ejecutoriadas dictadas por la autoridad competente; y al que disminuye o distorsiona la producción, simula causales para el cierre del centro de trabajo o abandona éste para extinguir las relaciones laborales”.

Posteriormente la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, ha tipificado los delitos contra las condiciones de seguridad e higiene industriales en los términos siguientes:

“Artículo 168-A. Atentado contra las condiciones de seguridad e higiene industriales

El que, infringiendo las normas de seguridad y salud en el trabajo y estando legalmente obligado, no adopte las medidas preventivas necesarias para que los trabajadores desempeñen su actividad, poniendo en riesgo su vida, salud o integridad física, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos años ni mayor de cinco años.

Si, como consecuencia de una inobservancia de las normas de seguridad y salud en el trabajo, ocurre un accidente de trabajo con consecuencias de muerte o lesiones graves, para los trabajadores o terceros, la pena privativa de libertad será no menor de cinco años ni mayor de diez años.”

9. CONCLUSIONES

1. El Derecho penal del trabajo es un medio de control social que constituye un instrumento eficaz de protección de los derechos laborales, al que debe recurrirse sólo frente al fracaso de los mecanismos de control social extrapenal.
2. La criminalización primaria de ciertas conductas como delitos laborales debe hacerse teniendo en cuenta la lesión que ocasionen a bienes jurídicos trascendentes, entendiéndose por éstos, aquellos cuyo origen lo encontramos en los Tratados internacionales sobre derechos humanos, los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Declaración sobre Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, y en el texto constitucional.
3. La regulación contenida en nuestro Código Penal para proteger los derechos de los trabajadores es imperfecta, pues los supuestos típicos que contempla se circunscriben mayoritariamente a la coacción, y la pena con la que se sanciona tales delitos es mínima. Se ignora que la coacción no es la forma más común de atentar contra los derechos de los trabajadores y que la escasa penalidad con que se reprime los delitos laborales no cumple un fin disuasivo.
4. La ubicación sistemática de los delitos laborales dentro del Título relativo a los delitos contra la libertad, parecería encontrar explicación en el hecho que los tres primeros incisos del artículo 168° protegen bienes jurídicos laborales de agresiones realizadas a través de la coacción (violencia o amenaza) que resulta ser la forma más difundida de violación del derecho a la libertad en general, por lo que siguiendo este criterio, los delitos contra los derechos laborales, según nuestro Código Penal, serían en realidad una modalidad de delitos contra la libertad; sin embargo, esta interpretación no resulta exacta, pues, en la segunda parte del artículo objeto de comentario encontramos que se sancionan comportamientos de distinta naturaleza en los que no se exige la coacción para que se configure el delito, ya que los bienes jurídicos resultan ser otros diferentes de la libertad.
5. La Ley N° 29783 incorpora el artículo 168 - A al Código Penal, lo cual constituye un avance respecto de la anterior redacción del artículo 168° del Código Penal, pues tipifica con claridad el delito de atentado contra las condiciones de seguridad e higiene industriales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BAYLOS GRAU, Antonio y Juan TERRADILLOS. «Derecho Penal del Trabajo». 2ª. Editorial Trotta, Edición Revisada, 1977.

BRAMONT ARIAS, Luis A. y Luis Alberto BRAMONT ARIAS TORRES: «Código Penal Anotado». Editorial San Marcos, Lima, 1998.

HURTADO POZO, José. «Manual de Derecho Penal – Parte General I». Editora Jurídica Grijley, 3ra. Edición, Lima, 2005.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. «Derecho Penal – Parte General». Editora Jurídica Grijley, Lima, 2000.

GARANTÍAS EN TÍTULOS VALORES

HÉCTOR ENRIQUE LAMA MORE*

Resumen

El presente trabajo dirige su atención a las garantías en las relaciones jurídicas patrimoniales, es decir en las relaciones jurídicas obligatorias o creditorias; en las que se identifican a dos partes o sujetos: de un lado al sujeto activo, a quien se denomina acreedor o titular de un derecho de crédito, y por el otro al sujeto pasivo, denominado deudor u obligado frente al primero; por lo que ante la posibilidad de incumplimiento del deber u obligación impuesta o asumida por el sujeto pasivo -deudor-, la garantía constituye la esperanza de que tal obligación se cumpla y el acreedor vea satisfecho su crédito. En tal sentido, se analizan las garantías personales y reales que nuestro ordenamiento civil y mercantil, reconoce.

Palabras clave: Relaciones jurídicas patrimoniales - Acreedor - Deudor - Incumplimiento de las obligaciones - Garantías personales - Garantías reales.

Abstract

This paper addresses the guarantees or security interest granted in legal relationships, in other words, in mandatory or credit related legal relationships in which two parties or persons are identified: the active party, who is called the creditor or holder of a credit right, and the passive party, known as the debtor or liable party. Hence, facing the possibility of the breach of a duty or obligation imposed or assumed by the debtor, the guarantee constitutes the hope that such an obligation will be met and that the creditor's loan will be satisfied. In this regard, the personal and real guarantees acknowledged by our civil and commercial laws are analyzed.

Key words: Legal relationships - Creditor - Debtor - Breach of obligations - Personal guarantees - Real guarantees.

Sumario

1. Las garantías en general. 1.1. Garantías respecto de los bienes del deudor. 1.2. Garantías respecto de los bienes de un tercero. 2. Garantías personales, garantías reales y fideicomiso en garantía. 2.1. Fideicomiso de garantía. 2.2. Características generales de las garantías de los títulos valores. 2.3. Garantías personales. 2.3.1. Aval cambiario. 2.3.2. Responsabilidad del aval. 2.3.3. Subrogación del aval. Aval cambiario. 2.3.4. Alcances del aval cambiario. 2.4. La fianza. 2.4.1.- Responsabilidad del fiador. 2.5. Garantías reales. 3. Conclusiones.

* Juez Superior Titular de la Corte Superior de Justicia de Lima - Poder Judicial del Perú. Profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, de la Universidad San Martín de Porres y de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1. LAS GARANTÍAS EN GENERAL

Las garantías, en términos generales, constituyen un medio o instrumento de seguridad a las personas; con ellas se pone a buen recaudo sus derechos o sus bienes; proporcionan la tranquilidad necesaria a los titulares de tales derechos o bienes, frente a la amenaza o eventual afectación originada por la conducta indebida o inapropiada, adoptada –consciente o inconscientemente– por otra persona.

Reflexionando acerca de la idea que se tiene comúnmente sobre las garantías, podemos señalar que éstas pueden identificarse incluso como aquellas que sirven para la protección de bienes jurídicos de relevante importancia en nuestro ordenamiento jurídico, y que tienen connotación extrapatrimonial. Así, por ejemplo, la Constitución Política del Estado prevé medios idóneos que constituyen garantías que permiten asegurar y proteger los derechos fundamentales de las personas, frente a la amenaza de violación o a la violación misma de los referidos derechos, sea por los particulares o por el Estado; a estas se les conoce como garantías constitucionales.

En el presente trabajo circunscribiremos nuestra atención a las garantías en las relaciones jurídicas patrimoniales, es decir en las relaciones jurídicas obligatorias o creditorias; en ellas se identifican a dos partes o sujetos; de un lado tenemos al sujeto activo, a quien se le denomina acreedor o titular de un derecho de crédito, y por el otro se identifica al sujeto pasivo, denominado deudor u obligado frente al primero. Ante la posibilidad de incumplimiento del deber u obligación impuesta o asumida por el sujeto pasivo –deudor–, la garantía constituye la esperanza de que tal obligación se cumpla y el acreedor, llegado el momento, vea satisfecho su crédito; se puede afirmar entonces que la garantía permite al acreedor la seguridad de la satisfacción de su interés y la adecuada protección a su derecho de crédito; es decir, la garantía cubre el riesgo de un eventual incumplimiento de la obligación asumida por el deudor.

1.1. Garantías respecto de los bienes del deudor

Las garantías, como una seguridad de orden patrimonial, proporcionada a los acreedores, han tenido una significativa evolución. En sus orígenes encontramos, según lo refiere PEÑA GUZMÁN¹, la figura conocida en el

¹ PEÑA GUZMÁN, Luis Alberto. «Derecho civil. Derechos reales». Tomo III. Tipográfica Editora Argentina S. A. Buenos Aires, 1975, primera edición y primera reimpresión, p. 288.

derecho romano –Ley de las XII tablas– como el *nexum*, en virtud del cual el deudor, para garantizar el cumplimiento de la obligación, se auto mancipaba al acreedor mediante el típico procedimiento del cobre y la balanza, sometiéndose con su propia persona al acreedor –*manus*– de la misma forma como se sometían quienes se encontraban culpables por delitos por ellos cometido. Se conoce que esta figura desapareció en el año 326 a de nuestra era, al sancionarse en Roma la *Ley Paetelia Papiria*, que dispuso que el deudor en adelante solo respondería con sus propios bienes por las obligaciones que contrajera, siendo suficiente el juramento del deudor para pagar, de ser el caso, con sus bienes.

Efectivamente, en términos generales se reconoce por el derecho –desde Roma– que *los bienes del deudor son “prenda” común de los acreedores*, es decir, que cuando una persona contrae una obligación o asume una deuda, automáticamente todo su patrimonio queda afectado jurídicamente a favor del acreedor, de tal manera que si el deudor se desprende de sus bienes, enajenándolos, o gravándolos, perjudicando con ello el derecho del acreedor de ver satisfecho su interés con la realización de dichos bienes, éste se encuentra legitimado para impugnar –vía acción pauliana– dicha enajenación o gravamen con el objeto de que el órgano jurisdiccional declare su ineficacia respecto de su persona. Por ello, existiendo deuda pendiente de ser satisfecha, el deudor no tiene total libertad para disponer de su patrimonio, pues éste es precisamente la garantía o la seguridad que tiene el acreedor en caso que, llegado el momento, se incumpla la obligación.

Siendo que los bienes del deudor pueden ser dispuestos sin que el acreedor, por alguna razón, tenga la oportunidad de impedir ello, surge, para tranquilidad del acreedor, la figura de la garantía sobre determinados bienes –muebles o inmuebles– del deudor a favor del acreedor; inicialmente dichos bienes, claramente identificados, eran entregados físicamente al acreedor o a un tercero –depositario– apareciendo la figura de la prenda o *pignus* para el caso de los muebles; en el caso de inmuebles se utilizó la *anticresis* o la *hypotheca*; apareciendo de esta forma las denominadas garantías reales, constituida sobre bienes del propio deudor. Hoy en nuestro ordenamiento jurídico se reconocen, en lugar de la prenda, las denominadas garantías mobiliarias, subsistiendo, con sus particularidades, la anticresis y la hipoteca.

1.2. Garantías respecto de los bienes de un tercero

Sin embargo, ante la eventualidad de que los bienes del deudor resultaren insuficientes para responder por sus deudas, los acreedores ven reforzada

la seguridad de su derecho al admitirse que un tercero, ajeno a la relación jurídica existente entre ellos, para que respondiera de la misma forma que el deudor, es decir con su patrimonio –o con determinados bienes claramente identificados–, por las obligaciones asumidas por éste. El tercero puede constituirse como garante del deudor respondiendo con su patrimonio o puede afectar jurídicamente determinados bienes de su propiedad; en el primer caso se presenta la llamada garantía personal, como es el caso de la fianza, mientras que en el segundo se está ante una garantía real, como es el caso de la garantía mobiliaria –nuestro ordenamiento reconocía a la prenda– o la hipoteca.

Refiriéndose a la garantía –en el sentido patrimonial– DIEZ PICAZO², con aguda precisión, señala que por ésta se entiende toda medida de refuerzo que se añade a un derecho de crédito para asegurar su satisfacción, atribuyendo al acreedor un nuevo derecho subjetivo o unas nuevas facultades. Se puede afirmar, sin duda, que esta garantía proporciona al acreedor la posibilidad de atacar no solo el patrimonio del deudor, sino además el del que constituyó la garantía.

Si la finalidad de la garantía es dar seguridad al titular de un crédito, es fácil deducir que la garantía constituye, en estricto, un elemento accesorio a la relación jurídica de crédito. Su existencia solo se justifica frente a la existencia de una relación jurídica obligatoria. En realidad estamos frente a dos relaciones jurídicas; una es la que existe entre el acreedor y el deudor y otra es la que se presenta entre el acreedor y el garante; la primera de ellas es la relación jurídica principal y la segunda es una relación jurídica accesorio.

Los contratos de seguros, en virtud de la cual se cubren riesgos por actividad profesional o industrial o por daños causados a terceros por responsabilidad extracontractual, cumplen el rol de garantías en favor de los eventuales afectados o acreedores, pues agregan a la obligación que le corresponde al autor directo, la de otra persona a efecto de asegurar la compensación económica respectiva.

En los daños causados directamente por el chofer de un vehículo en un accidente de tránsito, el dueño del vehículo –cuando es persona distinta del chofer– asume el rol similar al de garante del conductor frente al dañado, en la medida que cubre con su patrimonio la obligación que le corresponde al

² DIEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. «Sistema de Derecho Civil». Volumen III, Editorial Tecnos S.A. Madrid, Quinta edición, Cuarta reimpresión, 1995, p. 496.

autor directo. Sucede algo similar con el empleador o principal respecto de los daños ocasionados directamente por el subordinado o dependiente en el ejercicio de sus funciones o del encargo.

En los procesos judiciales, la contracautela –personal o real– ofrecida por el beneficiado –o por un tercero– de una medida cautelar concedida por el Juez, constituye una garantía frente a los eventuales daños que pudiera generar su ejecución si la medida dictada resultara ser innecesaria.

En materia civil y mercantil, nuestro ordenamiento reconoce las garantías personales como la fianza, el aval; en cuanto a las garantías reales, se identifican a la garantía mobiliaria, la hipoteca, el derecho de retención y la anticresis; se agrega ahora como una garantía real *sui generis*, aquella constituida en mérito de una resolución judicial que admite la contracautela real en garantía de los eventuales perjuicios que pudiera generar la ejecución de una medida cautelar.

2. GARANTÍAS PERSONALES, GARANTÍAS REALES Y FIDEICOMISO EN GARANTÍA

El Art. 56 de la actual Ley de Títulos Valores (La Ley) distingue las garantías personales de las reales. Como se ha indicado líneas arriba, en términos generales, se afirma que por las primeras de las nombradas el garante responde con todo su patrimonio hasta por el monto de la obligación, el que queda afectado jurídicamente desde la constitución de la garantía a favor del acreedor garantizado; mientras que por la otras el garante afecta jurídicamente determinados bienes, claramente identificados, en favor del acreedor.

El Art. 56.1 de La Ley, establece que el cumplimiento de las obligaciones que representan los títulos valores puede estar garantizado total o parcialmente por cualquier garantía personal y/o real u otras formas de aseguramiento que permita la ley, inclusive por fideicomisos de garantía.

Nos detendremos ahora, brevemente, en la figura del fideicomiso, para luego analizar las otras formas de aseguramiento, es decir las garantías personales y las reales.

2.1. Fideicomiso de garantía

Esta forma de aseguramiento –fideicomiso de garantía– guarda relación con lo previsto en el numeral **56.5 de La Ley**, en la medida que regula la

constitución y ejecución de garantías de **valores mobiliarios** y de **valores con representación por anotación en cuenta**; ésta norma señala que en ese caso deberán observarse además las disposiciones especiales que señalen las leyes de la materia.

En principio diremos que con relación al uso del fideicomiso³ como una forma de aseguramiento de obligaciones, debemos entenderlo como aquel que constituye una persona denominada fideicomitente –deudor– quien transfiere bienes en fideicomiso, con la finalidad de asegurar con dichos bienes –o con sus provechos– las obligaciones o deudas por él asumidas, pudiendo los mismos ser realizados por el fiduciario con el objeto de resarcir, de ser el caso, el crédito incumplido, en la forma prevista en el contrato a favor del fideicomisario u otro acreedor.

Según MARTORELL⁴ el *fideicomiso de garantía* es el fideicomiso por el cual se transfiere al fiduciario bienes para garantizar con ellos o con su producto el cumplimiento de ciertas obligaciones a su cargo o a cargo de terceros, designando como beneficiario al acreedor o a un tercero en cuyo favor, en caso de incumplimiento, se pagará una vez realizados los bienes, el valor de la obligación o el saldo insoluto de ella, conforme a lo previsto en el contrato; refiere este autor que se trata de un sustituto práctico del tradicional sistema de garantías reales; la diferencia sustancial que existe con éstas, es que si bien se trata de la efectivización de la garantía en caso de incumplimiento, la venta fiduciaria no es una ejecución forzada, sino simple cumplimiento de una obligación alternativa.

Nuestro ordenamiento jurídico reconoce dos supuestos en las que intervine la figura del *fideicomiso de garantía*. Uno de ellos es cuando se constituye como respaldo o aseguramiento de créditos concedidos por una Empresa del sistema financiero y de seguros, en cuyo caso, de incumplirse el crédito se procederá a la ejecución del patrimonio fideicometido, en la forma prevista

³ El Art. 241 de la Ley de Bancos –Ley 26702– establece que el **fideicomiso** es una relación jurídica por la cual el *fideicomitente* transfiere bienes en fideicomiso a otra persona, denominada *fiduciario*, para la constitución de un patrimonio fideicometido, sujeto al dominio fiduciario de éste último y afecto al cumplimiento de un fin específico en favor del fideicomitente o de un tercero denominado *fideicomisario*; agrega la citada norma que el patrimonio fideicometido es distinto del patrimonio del fideicomitente, del fiduciario o del fideicomisario, y en su caso, del destinatario de los bienes remanentes.

⁴ MARTORELL, Ernesto Eduardo. «Tratado de los Contratos de Empresa». Tomo II. Contratos bancarios. Ediciones Depalma, Segunda edición ampliada y actualizada, Buenos Aires, 2000, págs. 1024-1025. Sostiene este autor que es probable que esta especie de fideicomiso –en garantía– reemplace en algunos supuestos la hipoteca en razón de ciertas ventajas que primarán sobre ella; por ejemplo, al evitarse el proceso judicial; ello repercutirá en la valorización del bien como objeto de la garantía, ya que los costos y el tiempo de recupero de la inversión en caso de incumplimiento serán menores.

en la ley o en el contrato. El otro es cuando se constituye en respaldo a los derechos incorporados en valores mobiliarios.

El Art. 274 de la Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (Ley de Bancos) ha regulado la figura conocida como *fideicomiso en garantía*⁵, aplicable solo a empresas del sistema financiero y de seguros. Esta norma prohíbe que el *fiduciario* sea al mismo tiempo el acreedor. Es el primer supuesto indicado en el párrafo anterior.

Por su parte, con relación al segundo supuesto, el Art. 260 de Ley de Bancos, ha establecido que la emisión de **valores mobiliarios** con respaldo de un patrimonio fideicometido, se sujeta a lo dispuesto en la Ley del Mercado de Valores.

El Art. 301 del Texto Único Ordenado de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por DS. 093-2002-EF, establece que en el *fideicomiso de titulación* una persona denominada *fideicomitente*, se obliga a efectuar la transferencia fiduciaria de un conjunto de activos a favor del *fiduciario* para la constitución de un patrimonio autónomo, denominado patrimonio fideicometido, sujeto al dominio fiduciario de este último y afecto a la finalidad específica de servir de respaldo a los derechos incorporados en valores cuya suscripción o adquisición concede a su titular la calidad de *fideicomisario*. Agrega la citada norma que únicamente las **sociedades tituladoras**⁶ pueden ejercer las funciones propias del *fiduciario* en los *fideicomisos de titulación*.

Como se puede apreciar, los alcances del *fideicomiso en garantía* se encuentran limitados por la expresa regulación contenida en la Ley de Bancos y en la Ley del Mercado de Valores. Por ello cuando la Ley de Títulos Valores alude al aseguramiento de las obligaciones contenidas en títulos valores *vía fideicomiso en garantía*, debe estarse a lo dispuesto en tales disposiciones legales.

⁵ El Art. 274 de la Ley de Bancos -Ley 26792-, refiriéndose al **fideicomiso en garantía**, señala: La empresa que otorgue créditos con una garantía fiduciaria constituida con una tercera empresa fiduciaria se resarcirá del crédito incumplido con el resultado que se obtenga de la ejecución del patrimonio fideicometido, en la forma prevista en el contrato o con el propio patrimonio fideicometido cuando ésta se encuentre integrado por dinero dando cuenta, en este último caso, a la Superintendencia.

⁶ Según al Ley del Mercado de Valores la **Sociedad Tituladora** es la sociedad anónima de duración indefinida cuyo objeto exclusivo es desempeñar la función de *fiduciario* en los procesos de titulación, pudiendo además dedicarse a la adquisición de activos con la finalidad de constituir patrimonio fideicometidos que respalden la emisión de valores.

2.2. Características generales de las garantías de los títulos valores

Los numerales **56.2, 56.3 y 56.4 de la Ley de Títulos Valores**, establecen determinadas características respecto de las mencionadas garantías, que deben tenerse en cuenta.

En el primero de ellos se establece como requisito para que dichas garantías surtan efecto en favor de cualquier tenedor, el que deba dejarse constancia de ello en el mismo título o registro respectivo. Esto, como se sabe, es expresión del principio de literalidad regulado en el Art. 4° de la Ley de Títulos Valores; en él se establece que los alcances y modalidad de los derechos y obligaciones que emergen de los títulos valores, quedan determinados del texto del propio documento cambiario o en hoja adherida a él. Por lo tanto no es posible la exigencia de cumplimiento de derechos u obligaciones que no consten en el propio texto del documento.

Tratándose de valores desmaterializados, con representación por anotación en cuenta, las garantías constituidas conforme a la ley de la materia deberán estar inscritas –bajo responsabilidad del emisor y en su caso de la Institución de Compensación y Liquidación de Valores– en los respectivos registros; esta garantía surte efecto desde su inscripción.

Por otro lado, el segundo dispositivo que se indica establece que si no se señala a la persona garantizada, se presume que la garantía opera en respaldo del obligado principal. El garantizado puede ser cualquiera de los obligados en el título valor, contra los que pueden ejercerse acciones cambiarias directas, de regreso u ulterior regreso; en las garantías debe indicarse quién es el garantizado; no obstante, si esta garantía consta en un título valor, tal omisión no la invalida ni la hace ineficaz, pues se entiende que dicha garantía es a favor del obligado principal –aceptante en la cambial, emitente o girador en el pagaré y el cheque, etc.; decisión idónea del legislador a efecto de asegurarle al tenedor del documento la mejor posibilidad de hacer eficaz la garantía.

Finalmente, el tercero de los supuestos previstos líneas arriba, establece que a falta de mención expresa del monto o límite de la garantía, se entiende que garantiza todas las obligaciones y el importe total que representa el título valor. Al igual que en el caso anterior, en términos generales debe entenderse que en las garantías deben indicarse con precisión, al momento de su constitución, la obligación garantizada así como el monto o suma garantizada; no obstante, tratándose de una garantía que consta en un título valor, en caso de omisión de tales datos, la garantía subsiste, con la precisión

de que se aseguran todas las obligaciones que aparecen consignadas en el documento y por el monto total de ellas.

2.3. Garantías personales

Las garantías personales pueden consistir, como lo sostiene VICENT CHULIA⁷, en la asunción de una obligación propia, que se añade y refuerza la obligación principal, o que, por el contrario, en la incorporación del garante como sujeto pasivo de la misma obligación preexistente.

Las garantías personales típicas en el derecho mercantil son el aval cambiario y la fianza.

2.3.1.- Aval cambiario

En términos generales se puede afirmar, como se reconoce en el derecho comprado, que por el solo hecho de la firma, todo firmante de una letra –o título valor– garantiza su pago⁸.

En virtud del aval, el avalista interviene en el título valor con el objeto de garantizar el pago de la obligación contenida en él; no está pensado para ser parte o integrar ninguno de los negocios jurídicos que subyacen tanto en la emisión del documento como en su circulación.

La doctrina concibe al aval cambiario como aquel mediante la cual una persona –denominada avalista– garantiza que uno de los obligados cambiarios pagará la obligación contenida en la letra de cambio o título valor. SÁNCHEZ CALERO⁹ señala que algunas de las características del aval son: que debe constituirse por escrito; que el avalado ha de ser uno de los obligados cambiarios, es decir, el aceptante en la letra –o emitente en el pagaré– el librador o endosante.

⁷ VICENT CHULIÁ, FRANCISCO. «Introducción al estudio de las garantías personales en el ordenamiento español». En: *Tratado de garantías en la contratación mercantil*. Coordinación a cargo de Ubaldo NIETO CAROL y José Ignacio BONET SÁNCHEZ. Tomo I. Parte general y garantías personales. Editorial Civitas SA, Primera edición, 1995, p. 372.

⁸ GARRIGUES, JOAQUÍN. «Curso de Derecho Mercantil». Tomo III; reimpresión de la séptima edición. Editorial Temis, Bogotá Colombia, 1987, p. 244. Refiriéndose al aval cambiario, el autor sostiene que el aval da por supuesta la existencia de un título ya creado y que nadie le obliga a firmar y en el que interviene espontáneamente para asegurar su buen fin.

⁹ SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO. «Instituciones de Derecho Mercantil». Tomo II. Editorial Clares, Valladolid, 1969, p. 34. Este autor reconoce que el aval puede ser general y limitado; en el primer caso el avalista responde en los mismos casos y formas que la persona por la que salió garante, y en el segundo, cuando la garantía se limitare a tiempo, caso, cantidad o persona determinada, no producirá mas responsabilidad que la que nazca de los términos del aval.

El aval cambiario, según VICENT CHULIÁ, es la declaración cambiaria estampada por el avalista en el mismo título de la letra de cambio, pagaré o cheque, mediante la cual el avalista garantiza, solidariamente con el avalado –quien debe ser otro firmante u obligado cambiario– el pago de la totalidad o de parte del importe de la obligación cambiaria. La causa típica del aval es la garantía del pago y no de la aceptación¹⁰.

Refiriéndose a la influencia francesa y alemana en relación al concepto del aval, URÍA¹¹ señala con magistral precisión que el Código de comercio de su país, siguiendo el modelo francés de código napoleónico, estableció que la función garantizadora que constituye la causa del aval se deduce su indiscutible parentesco con la fianza; frente a la concepción alemana que siempre vio en el aval una asunción cumulativa de las obligaciones del avalado efectuada por el avalista y válida aun en el caso de ineficacia, inexistencia o inexigibilidad de vínculo obligatorio para el avalado, siempre que formalmente este apareciera como obligado; la concepción alemana dejó establecida la desconexión entre aval y afianzamiento.

En la lógica citada líneas arriba, ESCUTI¹² señala que el avalista queda obligado hacia los portadores del título en una posición similar a la del avalado; así mismo que el aval es en estricto un obligado cambiario, y por tanto contrae una obligación literal, abstracta y sustancialmente autónoma que lo obliga solidariamente ante el portador del título, por lo que son inadmisibles los beneficios de excusión, división o interpelación.

En el **artículo 57 de nuestra Ley de Títulos Valores**, se define quiénes pueden otorgar aval en un título valor; señala que, con excepción del obligado principal, el aval puede ser otorgado por cualquiera de los que intervienen en el título valor o por un tercero. En el caso de ser uno de los intervinientes, éste debe señalar en modo expreso su adicional condición de avalista.

En esta norma se establece que para ser aval no es requisito ser, necesariamente, un tercero distinto a los obligados en el título valor; en realidad el aval puede ser también cualquier otro obligado cambiario –aceptante, emitente o librador

¹⁰ VICENT CHULIÁ, Francisco. *Op. Cit.*, p. 383. Precisa el autor que el carácter especial del aval respecto de la fianza se manifiesta en los supuestos de conversión del mismo en fianza común, por virtud del principio de conservación del negocio jurídico.

¹¹ URÍA, Rodrigo; MENÉNDEZ, Aurelio y Antonio PÉREZ DE LA CRUZ. «Curso de Derecho Mercantil». Estudio colectivo. Tomo II. Contratación mercantil, Derecho de los valores, Derecho concursal, Derecho de navegación. Editorial Civitas, Madrid. 2001, p. 779.

¹² ESCUTI, Ignacio A. «Títulos de Crédito, letra de cambio, pagaré y cheque». Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo De Palma, Segunda edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, 1988, p. 127.

o endosatario del título valor-; en cuyo caso el obligado debe indicar además su condición de avalista, indicando quién es el avalado; en caso de omisión se entiende que el avalado es el obligado principal. Es obvio que el obligado principal no puede ser avalista, pues su situación en el documento cambiario no puede agravarse.

Los numerales **58.1, 58.2 y 58.3 del artículo 58 de la Ley de Títulos Valores**, establecen algunas formalidades que se deben tener en cuenta, en lo referente a la intervención del aval; el primero de ellos señala que el aval debe constar en el anverso o reverso del mismo título valor avalado o en hoja adherida a él, observando en este último caso las formalidades que la presente Ley establece. En esta norma se ratifica el elemento literalidad en los títulos valores; **es decir el aval debe constar por escrito en el propio documento cambiario**; dicho en otras palabras, el avalista debe suscribirlo, caso contrario no existirá acción cambiaria contra dicho garante.

En relación al tema de que si el aval debe o no constar en el título, nuestra Ley de Títulos Valores, se distingue de aval cambiario regulado en otros países, en las que se admite la posibilidad de que el aval conste por escrito fuera del título; así vemos, por ejemplo, en Argentina ESCUTI¹³ señala que el aval es un acto cambiario unilateral no recepticio de garantía, *otorgado por escrito en el título o fuera de él*, en conexión con una obligación cartular formalmente válida, que constituye al otorgante en responsable cambiario del pago. Por su parte, Sandoval¹⁴, con similar criterio que el sostenido por ESCUTI, refiriéndose al derecho cambiario en Chile, señala que el aval es un acto escrito y firmado en la letra de cambio, *en una hoja de prolongación adherida a ésta, o en un documento separado*, por el cual el girador, un endosante o un tercero garantiza en todo o en parte el pago de ella.

Debe indicarse además la cláusula expresa de “aval” o “por aval”, como lo precisa el segundo de los numerales citados el párrafo precedente; se aplica al avalista la misma exigencia que a cualquiera que suscribe un título valor -Art. 6° de La Ley- es decir debe consignar su nombre, el número del documento oficial de identidad, su domicilio y su firma. Debe precisar además la persona avalada; claro está que en caso no se indique a quién se está garantizando, se entiende que el avalado es el obligado principal o en su caso el girador; así esta establecido en el **numeral 58.4 de La Ley**.

¹³ ESCUTI, Ignacio A. *Op. Cit.*, p. 111.

¹⁴ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. «Manual de derecho comercial». Tomo II. Segunda edición actualizada. Editorial jurídica de Chile, p. 122.

Si la garantía consta en el anverso del documento, como lo precisa en **numeral 58.3** de La Ley, podrá prescindirse de la cláusula “aval” o “por aval”.

Con relación al domicilio del avalista, el numeral **58.5 de La Ley**, señala que a falta de indicación del domicilio del avalista, se presume que domicilia para todos los fines de ley respecto al ejercicio de las acciones derivadas del título valor, en el mismo domicilio de su avalado o, en su caso, en el lugar de pago. La norma privilegia la subsistencia de la garantía –aval cambiario–, pues se asume que en caso de omisión en el señalamiento de su domicilio, debe entenderse que su domicilio es el mismo que el del avalado, o en su caso el del obligado principal –lugar de pago–.

Finalmente, como se ha indicado líneas arriba, tratándose de una garantía personal, como lo es el aval, debe indicarse el monto o la suma de dinero que está cubriendo el avalista; si no se precisa tal detalle, se presume que es por el importe total del título valor; así lo prevé el numeral **58.6 de la Ley**.

2.3.2.- Responsabilidad del aval

El **Art. 59 de La Ley** establece la Responsabilidad del aval. Veamos. Como bien lo señala ESCUTI¹⁵, una de las características más importantes de aval cambiario está referida a su desvinculación de la relación causal, en virtud de la cual queda establecido que la obligación del avalista subsiste aunque la obligación garantizada o el título sean nulos por cualquier causa sustancial; sin embargo, si el vicio que afecta al documento cambiario o título valor es meramente formal, tal hecho, por el contrario, hace caer la citada garantía.

En nuestro país, el **Art. 59.1 de La Ley**, incorpora la característica recogida en el derecho comparado y que es comentada en el párrafo precedente por el jurista argentino, al establecer que el avalista queda obligado de igual modo que aquél por quien prestó el aval; y, su responsabilidad subsiste, aunque la obligación causal del título valor avalado fuere nula; excepto si se trata de defecto de forma de dicho título.

Por otro lado, refiriéndose a la diferencia con la fianza, el mismo autor argentino sostiene, que mientras la obligación del fiador es siempre accesoria y puede o no ser solidaria, en el caso del avalista su obligación es siempre directa, independiente y solidaria. Asimismo, el avalista cambiario no puede valerse de las excepciones personales del avalado, en razón de que su obligación es independiente y el derecho del tercero es autónomo, por su

¹⁵ ESCUTI, Ignacio A. *Op. Cit.*, pp. 113/114.

parte el fiador puede valerse de todas las defensas del deudor garantizado, aun contra la voluntad de éste¹⁶.

Con relación a esto último, el Art. **59.2 de La Ley**, establece que el avalista no puede oponer al tenedor del título valor los medios de defensa personales de su avalado. Tal hecho, como se ha indicado, constituye una de las diferencias más importantes que existe entre el aval cambiario y la fianza.

Es posible que en el aval se establezca su vigencia en el tiempo; ello con el objeto de verificar o no su intervención en las renovaciones que se establezcan entre su avalado y el tenedor del título. El Art. **59.3 de La Ley**, señala que el avalista puede asumir la obligación señalada en el primer párrafo en forma indefinida, en cuyo caso no será necesaria su intervención en las renovaciones que acuerde su avalado y el tenedor del título; la citada norma señala que en este caso, su aval deberá constar en modo expreso en el título mediante la cláusula "Aval Indefinido" o "Aval Permanente".

A contrario de lo regulado en la norma citada precedentemente, se puede establecer que el aval puede ser de naturaleza temporal. URÍA¹⁷ señala que el aval temporal es aquel en que el avalista subordina su vinculación a que le sea requerido el pago de la letra dentro de unos determinados límites temporales; como por ejemplo: 30 ó 60 días después de la fecha del vencimiento; refiere el mencionado autor que se considerará nulo el aval que contenga una limitación temporal que lo haga caducar antes de que la letra venza.

La cláusula "aval indefinido" o "aval permanente", resulta innecesaria en aquellos títulos valores que contengan la cláusula de prórroga prevista en el Art. 49 de La Ley; así queda establecido en el **numeral 59.4 de La Ley**.

2.3.3.- Subrogación del aval

El Art. **60 de La Ley** regula la subrogación del aval. En las relaciones que el aval tiene con los otros obligados en el título valor, el avalista que cumple con la obligación garantizada adquiere los derechos resultantes del título valor contra el avalado y los obligados en favor de éste en virtud del título valor, y se subroga en todas las garantías y derechos que otorgue dicho título. Así lo establece categóricamente el Art. **60.1 de La Ley**.

Similar criterio al que prevé la norma citada en el párrafo precedente, sucede en el derecho cambiario español. Sobre ello URÍA¹⁸ indica que el avalista que

¹⁶ ESCUTI, Ignacio A. *Op. Cit.*, p. 114.

¹⁷ URÍA Rodrigo, MENÉNDEZ Aurelio y Antonio PÉREZ DE LA CRUZ. *Op. Cit.*, p. 783.

¹⁸ URÍA Rodrigo, MENÉNDEZ Aurelio y Antonio PÉREZ DE LA CRUZ. *Op. Cit.*, p. 785.

pague adquirirá los derechos derivados de ella contra la persona avalada y contra los que sean responsables cambiariamente respecto de ésta última; por ello, sostiene el citado autor que si el aval se dio por el aceptante, tenga acción contra éste, pero no acción de regreso contra nadie; si salió el garante –avalpor el librador –en la letra–, tendrá acción contra éste y contra el aceptante y su avalista. Si avaló a un endosante, puede dirigirse contra su avalado, los endosantes anteriores, contra el librador –en la letra– contra el aceptante y contra el eventual avalista de cualquiera de ellos.

Por su parte, en el derecho argentino, informa ESCUTI¹⁹, se establece también que el avalista que cumple con la prestación a la que estaba obligado en función de la garantía asumida, tiene el derecho cartular de ir contra el avalado y de los que respondan ante éste; en otras palabras, goza de un derecho cambiario y, por tanto, es autónomo y originario, similar al que puede tener un endosante para ir en contra de los obligados mediante la acción de reembolso: el avalista no sucede ni se subroga en los derechos que tenía el portador del título a quien le efectuó el pago.

Finalmente el **Art. 60.2 de La Ley**, establece que el avalista que cumpla con el pago el día del vencimiento o antes que el título fuese protestado, de lo que se dejará constancia en el mismo título, no requerirá de la formalidad prevista en el segundo párrafo del Artículo 70 para ejercitar los derechos cambiarios que le corresponda.

El segundo párrafo del **Art. 70 de La Ley** establece que en los títulos valores sujetos a protesto, el protesto o la formalidad sustitutoria que deben ser obtenidos dentro de los plazos previstos al efecto, constituyen formalidad necesaria para el ejercicio de las acciones cambiarias respectivas; de lo expuesto se desprende que el avalista se encuentra exonerado de la diligencia del protesto o formalidad sustitutoria, siempre y cuando pague la obligación garantizada el día del vencimiento o antes de que el título sea objeto del protesto; para ello se requiere que se deje constancia del pago en el propio documento cambiario.

2.3.4.- Alcances del aval cambiario

Con relación a los alcances de las obligaciones que corresponden al aval, supongamos que en un título valor el avalado es el obligado principal ¿Si se acredita que la firma de éste es falsa, por ejemplo del aceptante en una cambial, responderá el aval por la obligación contenida en el citado documento?

¹⁹ ESCUTI, Ignacio A. *Op. Cit.*, p. 132.

Algunos sostienen que si se acredita la falsedad de la firma del avalado puesta en un título valor, tal hecho invalidaría formalmente el documento, de lo que se concluye que, en tal supuesto, el aval no respondería por la obligación asumida por su avalado.

No obstante, nuestro ordenamiento establece que el hecho de que se acredite la invalidez de la firma puesta por uno de los obligados en un título valor, dicha situación no invalida el documento cambiario, ello en razón de que la obligación será asumida por los otros que firmaron tal documento. Ello se deduce de lo previsto en el **Art. 8 de la Ley**. Por ello se puede afirmar que si la firma del avalado es inválida o falsa, el aval continúa siendo obligado respecto del crédito garantizado.

2.4. La fianza

La fianza se celebra entre el acreedor y el fiador; es decir, no se requiere de la intervención del deudor; se puede celebrar sin que el deudor sea citado o comunicado, e incluso contra la voluntad del propio deudor. En virtud de ella el fiador responde frente al acreedor por el incumplimiento de la obligación asumida o que le corresponde al deudor en la obligación principal.

De lo que se trata es que el fiador asume y responde por una obligación ajena. Nuestro Código Civil –en su Art. 1868– acepta que la fianza puede constituirse no solo a favor del deudor –en la obligación principal–, sino a favor también de otro fiador.

En materia civil queda establecido que cuando la fianza se establezca como solidaria, o que el deudor se encuentre en estado de quiebra, el fiador solo puede ser intimado para pagar la obligación incumplida, cuando se haya producido la excusión de los bienes del deudor.

Siguiendo la idea descrita líneas arriba, en el derecho foral español, según MELLADO²⁰, la fianza es una obligación accesoria que en garantía de una deuda ajena, asume el fiador y debe cumplir subsidiariamente en defecto de cumplimiento de la obligación afianzada. Agrega el citado jurista que el carácter de *accesoriedad* de la fianza, supone la existencia de una obligación principal, de manera que si ésta no existe, tampoco existirá la fianza; otra

²⁰ MELLADO RODRÍGUEZ, Manuel. «La fianza en el derecho foral español. El derecho interregional». En: *Tratado de Garantías en la Contratación Mercantil*. Coordinación a cargo de Ubaldo NIETO CAROL y José Ignacio BONET SÁNCHEZ. Tomo I. Parte general y garantías personales. Editorial Civitas SA, Primera edición, 1995, p. 178-179.

característica de la fianza es la *subsidiaridad*, en virtud de la cual la obligación del fiador surge en el momento que el deudor principal no ha cumplido; finalmente se conoce el carácter de *reintegrabilidad* del contrato de fianza, en virtud del cual el fiador actúa con ánimo de reintegrar lo que tenga que pagar, y no con ánimo liberatorio.

Tales características de la fianza están recogidas en nuestro ordenamiento jurídico en materia civil. No obstante, cuando esta garantía consta en títulos valores, toman ciertas características particulares que la distinguen de la fianza puramente civil; pese a ello, subsisten en la fianza cambiaria las características más importantes, lo que permite siempre una clara diferencia con la figura del aval cambiario.

Por ello el **Art. 62 de La Ley** establece que son de aplicación a la fianza de que trata el Artículo 61, en cuanto no resulten incompatibles con su naturaleza y con lo señalado en dicho artículo, las disposiciones referentes al aval. Veamos.

2.4.1.- Responsabilidad del fiador

El **Art. 61 de La Ley** regula la responsabilidad del fiador. El **Art. 61.1 de La Ley**, señala que, salvo que en modo expreso se haya señalado lo contrario, la fianza que conste en el mismo título valor o en el respectivo registro tiene carácter de solidaria y el fiador no goza del beneficio de excusión, aun cuando no se haya dejado constancia de ello en el título o en el respectivo registro del valor con representación por anotación en cuenta.

Efectivamente, cuando la fianza consta en un título valor, es sin beneficio de excusión; y, salvo pacto en contrario, tiene el carácter de solidaria.

En materia de títulos valores, refieren BEAUMONT y CASTELLARES²¹, la fianza toma distancia del concepto civilista, precisamente debido a la característica que se indica en el párrafo precedente; los citados autores nacionales, recogiendo lo que la doctrina ha establecido clásicamente, reconocen que la obligación del fiador, a diferencia de la del avalista, es siempre accesorio y puede o no ser solidario; mientras que la del avalista es siempre directa, independiente y solidario.

Por su parte el **Art. 61.2 de La Ley**, establece que el fiador queda sujeto a la acción cambiaria, del mismo modo, durante el mismo plazo y en los mismos

²¹ BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo y Rolando CASTELLARES AGUILAR. «Comentarios a la Nueva Ley de Títulos Valores». Gaceta Jurídica S. A., Primera edición, Octubre de 2000, p. 281.

términos que contra su afianzado. Asimismo, el **numeral 61.3 de La Ley**, prevé que el fiador puede oponer al tenedor del título valor los medios de defensa personales de su afianzado.

Como se puede apreciar, a diferencia del avalista, el fiador puede ejercer como su defensa, las mismas que le corresponde a su afianzado, incluidas las que se deriven de las relaciones personales de este último. Por el contrario en el aval, el avalista se encuentra impedido de ejercer tales defensas.

2.5. Garantías reales

A diferencia de las garantías personales, las garantías reales recaen sobre bienes específicamente determinados, y en virtud de ello quedan afectados jurídicamente por el propietario o persona autorizada o por mandato legal, con el objeto de asegurar el cumplimiento de cualquier obligación, propia o de tercero. La obligación garantizada puede ser determinada o determinable, puede ser futura o eventual; el gravamen puede ser por suma determinable o determinada. Tratándose de la hipoteca, debe estar inscrita en el Registro de Propiedad inmueble respectivo.

Refiere DIEZ-PICAZO²² que las garantías reales son las que recaen sobre cosas determinadas y tienen como uno de sus efectos la oponibilidad *erga omnes*. Su esencia se hace radicar tradicionalmente en que permiten al acreedor dirigirse contra la cosa gravada a fin de realizar su valor y de esta manera satisfacer su interés.

Nuestro ordenamiento civil reconoce la constitución de una garantía real para asegurar la obligación contenida en títulos transmisibles por endoso o al portador, es decir, títulos valores. Efectivamente el Art. 1108 del C. C. vigente, prevé la escritura pública de constitución de hipoteca para garantizar títulos transmisibles por endoso o al portador; precisa la norma que en la Escritura Pública toda la información que permita identificar, por ejemplo, el número y valor de los títulos valores que se emitan y garanticen con la hipoteca; la serie o series que correspondan, la fecha o fechas de emisión; entre otras.

En el caso citado, se trata de la emisión de valores mobiliarios –títulos valores– que circularán en el mercado, y que se encontrarán garantizados con hipoteca. Se entiende que constituye un requisito de circulación la existencia de la hipoteca válidamente constituida. El documento que contiene la garantía debe

²² DIEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. *Op. Cit.*, p. 496.

contener además los datos suficientes para identificar los valores asegurados; y por su parte, en dichos valores mobiliarios deberán constar los datos de la inscripción registral de la hipoteca respectiva.

La figura descrita guarda similitud con la emisión de valores mobiliarios en el marco del *fideicomiso de titulización*, comentada líneas arriba, con la diferencia que en éste caso, la garantía o respaldo de las obligaciones contenidas en los referidos valores mobiliarios se encuentra en el *patrimonio fideicometido* y no con una hipoteca.

En consecuencia, tratándose de títulos valores asegurados con garantías reales, la garantía real constituida debe constar de modo expreso en ellos, de tal manera que al circular cualquier tenedor pueda advertir, del solo documento cambiario, la existencia de tal garantía.

Así ha quedado establecido en el **Art. 63.1 de La Ley**, en el que se señala que además de las formalidades y requisitos que las respectivas disposiciones legales señalen para la constitución de garantías reales que respalden títulos valores, cuando dichas garantías aseguren el cumplimiento de las obligaciones frente a cualquier tenedor, debe señalarse en el mismo título o en el respectivo registro la existencia de tales garantías y, en su caso, las referencias de su inscripción registral.

Es del caso comentar que la Ley de Títulos valores ha regulado en el Art. 240 el documento cambiario denominado *Título de crédito hipotecario negociable* (TCHN). Se trata de un título valor que se emite por el Registrador Público, a petición expresa del propietario, en el que consta la inscripción de una hipoteca –constituida unilateralmente por el propietario– con el objeto de asegurar una obligación que constará, con posterioridad, en el propio documento; cuando se consigne la obligación garantizada, el propietario tenedor del título valor lo endosará al acreedor, quien verá su crédito asegurado con la citada garantía real. La norma establece que el documento cambiario deberá contener, entre otros datos: lugar y fecha de emisión del documento; la descripción resumida del bien afectado con el gravamen hipotecario, según aparece de la inscripción registral; el monto de la valorización del bien que será además el monto del gravamen.

Consignada la obligación en el documento y producido el primer endoso a favor de acreedor, estaremos frente a una obligación contenida en un título valor, asegurada con una hipoteca.

Finalmente, el **Art. 63.2 de la Ley** señala que en el caso citado líneas arriba, las transferencias del título no requieren del asentimiento del obligado ni, de ser el caso, del constituyente de la garantía, para que ésta tenga plena eficacia frente a cualquier tenedor del título valor.

3. CONCLUSIONES:

3.1.- La fianza y el aval son garantías personales que aseguran el cumplimiento del crédito contenido en un título valor. El fiador o aval puede garantizar al obligado principal del título valor o al endosante. Estos garantes aseguran el cumplimiento de la obligación con su patrimonio personal. Sin embargo aseguran tal obligación de manera distinta.

3.2.- A diferencia de la fianza, en el aval el garante no puede invocar como defensa las excepciones fundadas en las relaciones personales tenidas entre su avalado y su acreedor, y su obligación cambiaria subsistirá aun cuando se acredite la invalidez de la relación sustantiva que dio origen al título valor. Solo quedará sin efecto la garantía constituida por el aval cuando se invalide el documento cambiario por razones de índole formal.

3.3.- La fianza puesta en un título valor es siempre solidaria, salvo que de modo expreso se haya señalado lo contrario. En este tipo de garantía el fiador puede oponer al tenedor del documento cambiario los medios de defensa personales de su afianzado.

3.4.- Los títulos valores emitidos para que circulen en el mercado, están garantizados por garantías reales, de tal manera que los bienes dados en garantía constituyen el respaldo material en caso el obligado u obligados no cumplan con la obligación incorporada en tales documentos; en este caso los datos de la garantía, incluso su inscripción registral deben estar consignados en los valores mobiliarios.

3.5.- En la emisión de valores mobiliarios para que se adquieran en el mercado, las obligaciones allí contenidas pueden estar aseguradas con fideicomiso en garantía. El uso de esta garantía es mucho más eficiente que la propia garantía real, en la medida que el patrimonio fideicometido, que asegura materialmente la obligación, puede ser ejecutada por el fiduciario sin necesidad de recurrir a un proceso judicial.

PODER JUDICIAL, JUSTICIA INCLUSIVA Y JUSTICIA INTERCULTURAL

Dedicado al Doctor Fernando Silva Santisteban

VÍCTOR MALPARTIDA CASTILLO*

Resumen

Se tiene como aspecto central el recuento de cómo el Poder Judicial ha ido asumiendo la justicia intercultural, desde la valoración del peritaje antropológico hasta la realización de congresos internacionales de justicia intercultural, preocupándose constantemente por la relación entre la justicia denominada ordinaria y la justicia comunal, planteándose finalmente un Proyecto de Ley de Coordinación y Armonización Intercultural de la Justicia en 2011.

Palabras clave: Antropología jurídica - Interculturalidad - Poder Judicial - Administración de justicia - Justicia intercultural - Justicia inclusiva.

Abstract

The central aspect here is an account of how the Judiciary has gradually assumed an intercultural form of justice, ranging from the valuation of the anthropological appraisal to the organization of international congresses of intercultural justice, with constant concern for the relationship between ordinary justice and communal justice, ending with an Intercultural Coordination and Harmonization of Justice Bill in 2011.

Key words: Legal Anthropology - Interculturality - The Judiciary - Administration of Justice - Intercultural Justice - Inclusive Justice.

Sumario

1.- Introducción. 2.- Un factor clave: desarrollo de la antropología jurídica. 3.- Administración de justicia: hacia una justicia intercultural. 3.1.- Acerca del peritaje antropológico. 3.2.- Propuesta de Juzgado de Paz No Letrado Especializado en Asuntos Indígenas. 3.3.- Primera Escuela de Justicia Intercultural. 3.4.- Acuerdo Plenario sobre las Rondas Campesinas y el Derecho Penal. 3.5.- Proyecto de ley de Coordinación y Armonización Intercultural de la Justicia. 3.6.- Congresos Internacionales de Justicia Intercultural. 4.- Pluriculturalidad, multiculturalidad e interculturalidad. 5.- Base jurídica de la justicia intercultural. 6.- A manera de conclusión: interculturalidad como proceso inclusivo y como meta.

* Juez Superior Titular de la Corte Superior de Justicia de Ica - Poder Judicial del Perú.

1. INTRODUCCIÓN

Hace unos años atrás, se opinaba en relación al discurso judicial habido en la jurisprudencia, señalando que en dicho discurso “se expresa con mayor nitidez, a veces caricaturesca, lo que la simple lectura de la ley sólo puede mostrar muy discretamente: los prejuicios etnocentristas, la negación de valores a la población indígena, la identificación entre mercado capitalista y civilización occidental, el profundo desprecio por quienes son “indios”; en suma, el carácter marcadamente étnico de la dominación social en el Perú”. Se completaba lo dicho así: “De esta manera, aparece demostrado cómo este Estado, que se afirma mediante un derecho de pretensión universalizadora, no sólo niega las clases sociales sino que viola la diversidad étnico - cultural”¹.

El derecho y la administración de justicia, desde ésta perspectiva, negaban lo evidente en la sociedad peruana: la pluralidad cultural, resaltándose la violentación de la misma. Y esto solo era parte del comportamiento de un Estado como el peruano².

En la actualidad, existe un panorama algo distinto aunque aún en construcción³. En la sensibilización y concientización de un país pluricultural, multiétnico y multilingüe, de una diversidad envidiable, en suma de un país como el que representó José María ARGUEDAS cuando señalaba que en el Perú se encuentran “todas las naturalezas del mundo en su territorio, casi todas las

¹ Pásara, Luís: Presentación a: «Etnia y Represión Penal». Francisco BALLÓN AGUIRRE. Edición CIPA, Lima, 1980, p. 10.

² NÚÑEZ PALOMINO respecto a la legalización de las comunidades campesinas señala: “El proceso de legalización es un campo fecundo e importante para analizar las cambiantes y diversas actitudes mantenidas por el Estado hacia las comunidades campesinas. Un ejemplo de esto son aquellas leyes que han tratado de definir oficialmente lo que es una “comunidad campesina”, mostrando cómo son percibidas estas instituciones por los legisladores. Usualmente, estas leyes también contienen un modelo de organización comunal, los requisitos para obtener reconocimiento del Estado, los derechos y obligaciones de los comuneros, la forma de tenencia de la tierra, la oficina o entidad estatal encargada de estos asuntos. El análisis de todos estos aspectos en una ley determinada nos brinda la oportunidad de descubrir qué tipo de política busca desarrollar el Estado ante las comunidades campesinas. Así, este puede estar más o menos interesado en reconocer a las comunidades, aumentando o disminuyendo –por ejemplo– los requisitos y pasos para lograrlo. O puede también desear reconocer e incrementar la autonomía comunal, permitiendo o promoviendo así un “pluralismo jurídico débil” (NÚÑEZ PALOMINO, Pedro Germán. «Derecho y Comunidades Campesinas en el Perú 1969-1988». Centro de Estudios Regionales Andinos “Bartolomé de las Casas”. Cusco, mayo 1996, p. 11).

³ ATARAMA expresa lo siguiente: “La Justicia Comunal Indígena en la Región Loreto o como lo llama la Constitución, la Jurisdicción Especial, no ha sido debidamente investigada, pues, pese a estar debidamente reconocida por la Constitución de 1993, en el artículo 149º, es decir a pesar de haber transcurrido diecinueve años desde la vigencia de la Constitución, sin embargo no se conoce cuáles son sus características, cómo funciona, quién la administra, cuáles son sus límites y cómo se relaciona con la justicia Ordinaria, y sobre todo cómo debería ser respetada por la Justicia oficial.” (ATARAMA LONZOY, Aldo Nervo. «Justicia Comunal Indígena». Corte Superior de Justicia de Loreto, Iquitos, junio 2012, p.2).

clases de hombres”⁴, un país de “todas las sangres”, han contribuido diversos factores y presenta un desarrollo del pensamiento social.

2. UN FACTOR CLAVE: DESARROLLO DE LA ANTROPOLOGÍA JURÍDICA

Desde la Antropología Jurídica, un hito incuestionable en el desarrollo enunciado es precisamente lo ocurrido a partir de la década del cincuenta. Señala Deborah POOLE⁵ –a quien seguimos en esta parte– que al inyectar una dosis de historia en el estudio antropológico de las sociedades andinas y posteriormente amazónicas, algunos autores abrieron algunas pistas para la antropología jurídica y crearon las condiciones que más tarde harían posible imaginar un “pluralismo legal”.

Dentro de estos autores, figura descollante es la de José María ARGUEDAS, quien en el trabajo titulado *Las comunidades de España y el Perú* rompió con el esquema etnohistórico tradicional, al preguntarse cuáles eran las raíces españolas y por lo tanto, coloniales de la comunidad indígena peruana. ARGUEDAS resaltaba que en las comunidades rurales españolas estudiadas por él, la vecindad y propiedad territorial son conceptos idénticos; sin embargo, al trasladarse esta categoría jurídica española al contexto colonial sufre una evidente transformación. Cuando los españoles asumen la condición de colonizadores y, aplicando sus modelos de comunidad a la organización de la población nativa americana, dejan de reconocer los estatus de vecindad y comuna como derechos complementarios, dándoles una atribución étnica o racial. Esta observación de ARGUEDAS, señala Deborah POOLE, sugiere que la integridad de la sociedad indígena no parte de un patrón cultural indígena o una mera supervivencia, sino de la interacción dinámica entre las formas de organización social propias de los Andes y el derecho consuetudinario español⁶.

⁴ ARGUEDAS, José María. «Obras Completas». Tomo V. Editorial Horizonte, Lima 1983, p. 198.

⁵ POOLE, Deborah: “La ley y la posibilidad de la diferencia: la antropología jurídica peruana entre la justicia y la ley”. En: DEGREGORI, Carlos Iván; SENDÓN, Pablo y Pablo SANDOVAL (Editores). «No hay país más diverso». Compendio de Antropología Peruana II. Instituto de Estudios Peruanos. Lima 2012, pp. 212 y 213.

⁶ En sus propias palabras Arguedas explica lo anterior: “a) Los colonizadores españoles disfrutaban ya de una experiencia propia y muy antigua del aprovechamiento comunal de la tierra, mediante la adjudicación de parcelas de arar a cada miembro de una comunidad y de usufructo común de los pastos. La aplicación por los españoles de su propia experiencia a un gran imperio donde encontraron sistemas de explotación de la tierra tan semejantes al suyo constituyó una tarea relativamente fácil y evidentemente necesaria y lógica. Más fácil que la relativamente equivalente que aplicaron durante el proceso de la reconquista, en la propia península. b) La Corona tuvo en cuenta sus intereses específicos, que no concordaron siempre con los intereses de los colonizadores y, al trazar la política relativa a la administración de las comunidades de indios, trataron de protegerlas de la voracidad de los vecinos españoles, otorgándoles ciertas garantías que impidieran el enriquecimiento ilimitado de los colonos. Frenar la capitalización de los colonos, la formación

Lo anterior, entonces, abrió, como señala la autora citada, por lo menos dos caminos para la antropología jurídica: el estudio de los usos de la ley para el despojo y la explotación del indígena en los tribunales coloniales y el estudio de las raíces jurídicas de la cultura reivindicativa propia a las comunidades y organizaciones indígenas⁷.

Como indicativo del paso hacia un pluralismo legal, advierte Deborah Poole que existe una lógica que guiaba la antropología jurídica en el Perú. Así, si “la ley” era monopolio del Estado, entonces las formas de reconciliación y arbitraje con que las disputas se resuelven en las sociedades no-estatales eran relegadas a la categoría de la “costumbre”. Lo importante de este esquema para la formación de una antropología jurídica del pluralismo –concluye la autora– es que “la costumbre” siempre se imagina como una forma de control social, propia de las culturas tradicionales y “orales” que no sólo existen fuera del Estado –con sus cortes, códigos y legisladores– sino en oposición a él⁸.

3. ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA: HACIA UNA JUSTICIA INTERCULTURAL

El inocultable cambio que conlleva lo anterior, tiene como acompañamiento un nuevo sentir en lo que respecta a la administración de justicia, distinto al que analizaba y criticaba PÁSARA. Es aún tímido pero saludablemente diferente.

Así, en los últimos años la judicatura ha volcado su interés en lo que se denomina justicia intercultural, como corolario de una serie de aspectos importantes que han ido presentándose como pasos previos a lo que

de una burguesía fuerte y de una clase de terratenientes propietarios perpetuos de la tierra fue uno de los objetivos de la política real, porque de este modo se impedía las posibilidades de independización de colonos que habitaban un continente tan lejano y tan pleno de medios de producción. Para este fin, la Corona conservó la propiedad legal de las tierras y la propiedad de los indios, permitiendo que los vecinos disfrutaran de ambos instrumentos de enriquecimiento, pero supeditándolos a la autoridad y a los intereses particulares del rey. Esta política y los métodos que se emplearon para aplicarla hicieron que los pueblos de indios, después de las reducciones que Toledo aplicó implacablemente, disfrutaron de un Término Comunal, de una propiedad común de tierras de arar y de pastos, los que, según Mishkin, fueron tomadas de las tierras que estaban destinadas al pueblo en el Imperio. Las palabras Común y Comunero y los conceptos que expresan se incorporan bien pronto al lenguaje general de indios y vecinos. Comunero se convirtió en sinónimo de indio, Común es sinónimo de ayllu y Comunidad. Así, un indio dice “comunmi kani” (soy común, o pertenezco al común) o “comunero kani” (soy comunero). El término vecino (sinónimo de comunero en los pueblos de Sayazo y Aliste) sirve para nombrar genéricamente a los españoles radicados en el Perú que adquieren en América la jerarquía de los “señoritos” de España. c) El comunero no tiene o no posee vecindad; porque, igualmente, esta palabra, de acuerdo con el nuevo sentido que adquiere en América, significa otra cosa que en Sayazo y Aliste (...)” (ARGUEDAS, José María. «Las Comunidades de España y del Perú». Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima 1968, pp. 329-330).

⁷ POOLE, Deborah. *Ob. Cit.*, p. 214.

⁸ *Ibidem*, p. 218.

está pasando ahora. Es importante señalar así, al peritaje antropológico; igualmente, la propuesta presentada para la Creación y Funcionamiento del Primer Juzgado de Paz No Letrado Especializado en Asuntos Indígenas de Ucayali; también, la creación de la primera Escuela de Justicia Intercultural el 13 de noviembre de 2009 por acuerdo de la Sala Plena de la Corte Superior de Justicia de San Martín; asimismo, el V Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, en donde se arribó al Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116, sobre las Rondas Campesinas y el Derecho Penal, llevado a cabo en Lima, el 13 de noviembre de 2009; también el impulso para la dación de una Ley de Justicia de Paz y, asimismo la presentación como iniciativa legislativa del Proyecto de Ley de Coordinación y Armonización Intercultural de la Justicia en 2011; y, finalmente, los cuatro Congresos Internacionales sobre Justicia Intercultural en Pueblos Indígenas, realizados en La Merced, Cajamarca, Huaraz y Lima, en 2009, 2010, 2011 y 2012⁹, respectivamente, impulsados originalmente por el doctor Javier Villa Stein.

3.1. Acerca del peritaje antropológico

Lo primero en mencionar es lo que concierne al denominado “peritaje antropológico”. Francisco Ballón da cuenta que tiene conocimiento de tres informes antropológicos en la década del setenta, preparados por, en primer lugar, Stefano VARESE y, asimismo, otros dos elaborados por los religiosos Jesús Víctor SAN ROMÁN y Luís URIARTE, incluyendo dos de ellos como anexos en su libro¹⁰. No obstante lo dicho, GUEVARA GIL señala que dicha pericia fue empleada en el área penal en la Corte Superior de Justicia de Loreto a fines de los noventa, para invocar el error de comprensión culturalmente condicionado, sancionado en el artículo 15° del Código Penal, y con el objetivo de obtener la exención o reducción de la pena¹¹.

Citando al jurista colombiano Hernán Darío BENÍTEZ, GUEVARA GIL señala que el peritaje antropológico tiene dos objetivos específicos, a saber, dirimir si una persona pertenece a un universo social y cultural diferente al consagrado en la ley penal y si esa pertenencia lo hizo actuar ilícitamente, sin comprender el carácter delictivo que su acto tiene para el derecho oficial (o, si aún comprendiendo una norma no es capaz de motivarse por ella).

⁹ A la fecha de la publicación de la presente edición, se ha celebrado el V Congreso Internacional sobre Justicia Intercultural, realizado en la ciudad de Piura el 21 de diciembre del 2013.

¹⁰ BALLÓN, Francisco. *Ob. Cit.*, p. 66.

¹¹ GUEVARA GIL, Armando. «Diversidad y Complejidad Legal. Aproximaciones a la Antropología e Historia del Derecho». Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2009, p. 192.

Por eso –advierte–, el peritaje antropológico no es el lugar adecuado para ensayar elaboraciones teóricas y etnográficas sobre “una cultura”. Es más bien –añade–, un instrumento judicial que ilustra a los magistrados sobre las características culturales específicas de la persona imputada penalmente¹².

Del análisis de los mencionados peritajes antropológicos en la Corte Superior de Justicia de Loreto, GUEVARA GIL da algunas conclusiones señalando, en primer lugar, que desde el punto de vista de la utilidad casuística de los peritajes antropológicos practicados en los expedientes revisados, el balance es positivo ya que contribuyeron a formar la convicción judicial sobre la responsabilidad penal de los procesados y sustentaron la aplicación de la legislación especial (e.g., artículo 15, CP 1991) en casos específicos.

Sin embargo –aclara–, desde el punto de vista de la naturaleza, función y finalidad de la pericia como institución judicial, el balance es negativo. En la práctica –continúa diciéndonos– el peritaje antropológico se halla desnaturalizado, cumple una función arbitraria y se le ha asignado una finalidad predeterminada, a saber, servir de fundamento para la aplicación del artículo 15 sobre el error culturalmente condicionado. En realidad –concluye–, el examen debería servir para ilustrar a los jueces sobre la pertenencia cultural del procesado y si ese universo simbólico y social lo condujo a actuar de manera ilícita (desde el punto de vista del derecho oficial).

Concluye diciendo: “Por eso, en términos globales el balance resulta negativo. La aplicación sesgada del peritaje y la ley penal especial contradice el sentido emancipatorio e intercultural que en teoría los fundamenta (...) ambos adquieren una función hegemónica y hasta discriminadora pues, en la práctica judicial, la diferencia cultural se define como carencia de conocimientos y fuente de incapacidad en los patrones culturales y legales de la sociedad dominante. Esta inversión del sentido original de la legislación especial impide una lectura intercultural de la conducta de los procesados indígenas y los obliga a reconocerse como incapaces (en la cultura hegemónica) para poder invocar la aplicación del artículo 15 del CP”¹³.

3.2. Propuesta de Juzgado de Paz no Letrado especializado en asuntos indígenas

Igualmente, es importante reseñar la propuesta presentada para la Creación y Funcionamiento del Primer Juzgado de Paz No Letrado Especializado en

¹² *Ibidem*, p. 198.

¹³ *Ibidem*, p. 230.

Asuntos Indígenas de Ucayali, por parte del Instituto Regional de Desarrollo de Comunidades Nativas (IRDECON), organismo perteneciente al Gobierno Regional de Ucayali (cuya dirección ejecutiva se encuentra a cargo de un indígena) y la ONG Instituto Indígena Paz y Desarrollo, presentada el 15 de diciembre de 2005. En dicha propuesta se señalaba: “sería la instancia de coordinación entre el Poder Judicial y la jurisdicción especial que ejercen las autoridades tradicionales de comunidades campesinas y nativas para administrar justicia en el ámbito de sus territorios comunales de acuerdo a su derecho consuetudinario, asimismo, este ente judicial definirá el límite de la jurisdicción especial y el ejercicio de su identidad étnica y cultural, estableciendo si cabe sanción como delito por vulneración de los derechos humanos producidas fuera del territorio comunal, en este caso aplicando el caso del error de comprensión culturalmente condicionado dispuesto por el artículo 15 y el artículo 45 referente cultural de los sujetos”¹⁴.

Presentada la propuesta, la Corte Superior de Justicia de Ucayali la observaría, en varios aspectos, siendo nuevamente presentada por IRDECON titulándola así: Creación de Juzgados de Paz y Oficina de Coordinación de la Jurisdicción Especial de Comunidades Nativas en la Corte Superior de Justicia de Ucayali, proponiendo esta vez la creación de 89 Juzgados de Paz, correspondientes al mismo número de comunidades nativas.

En respuesta a esta propuesta, la gerencia general del Poder Judicial señala, en primer lugar, que “es pertinente aclarar que el pedido de crear Juzgados de Paz especializados en Asuntos Indígenas, no está contemplado en el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-JUS y sus modificatorias”. Asimismo, añade que “el Consejo Ejecutivo ha creado la Oficina Nacional de Apoyo a la Justicia de Paz-ONAJUP- cuyo reglamento está para aprobación y en el que se han previsto Oficinas Descentralizadas en cada Distrito Judicial, una de cuyas funciones será la de coordinación, por tanto no es necesario a la fecha crear la indicada Oficina, en tanto no se pronuncie el Consejo Ejecutivo”.

Asimismo, la gerencia general del Poder Judicial requería la información siguiente: a) petición formal escrita de la autoridad de cada comunidad nativa correspondiente y en caso que sean varios juzgados pertenecientes a una misma etnia, debe constar el pedido expreso de la autoridad de la zona; b) completar por cada propuesta de Juzgado de Paz, los datos que se indican

¹⁴ MATOS, James. «¿La interculturalidad se abre paso en las Cortes Superiores de Justicia de la Amazonía peruana?»; p. 6.

en ficha adjunta; el caso de caseríos o anexos de una misma etnia, señalar las zonas conforme denominación en castellano y/o en el idioma nativo si es posible; c) en caso de incluir la petición para un nuevo Juzgado de Paz, en ámbito de un Juzgado de Paz creado y en actual funcionamiento, se requiere: 1. En ambos casos señalar los nuevos límites, 2. Adjuntar copia fedateada de la Resolución Administrativa de creación del Juzgado de Paz; plano o croquis de ubicación actual y precisar conforme la propuesta; d) señalar la forma precisa de cada Juzgado de Paz; e) conflictos más comunes; f) documento de entidad oficial que reconozca las comunidades nativas o etnias, preferible si hay información adicional del territorio que abarca cada una; y, g) otra información que considere pertinente¹⁵.

Lamentablemente, esta propuesta quedaría primero estancada y luego acabaría archivada, ya que completarla conllevaba un esfuerzo que excedía al de los propulsores.

3.3. Primera Escuela de Justicia Intercultural

Otra experiencia importante en la asimilación de la interculturalidad por parte del Poder Judicial, fue la creación de la primera Escuela de Justicia Intercultural el 13 de noviembre de 2009, por acuerdo de la Sala Plena de la Corte Superior de Justicia de San Martín, mediante la Resolución Administrativa N° 408-2009-P-CSJSM/PJ, la misma que fue publicada el 26 del mismo mes de noviembre, estableciéndose en la ciudad de Moyabamba.

Se explica así la creación de la Escuela: “La Escuela de Justicia Intercultural, en adelante “La Escuela”, parte de la realidad local del distrito judicial de San Martín, el cual es de una realidad “(...) heterogénea y plural en la que coexisten dinámicamente diversas culturas y etnias que tienen su particular cosmovisión, racionalidad, manera de vivir, lenguas, tradiciones, construcción del tiempo y el espacio, sistemas normativos y mecanismos que solucionan sus conflictos (...)”, así como de “(...) la necesidad de garantizar el derecho de toda persona a la tutela judicial efectiva y al libre acceso al sistema de impartición de justicia (...)”, lo cual expresa el esfuerzo para que en el país, partiendo de una experiencia regional, se implemente las reformas de fondo que la justicia en el país espera”¹⁶.

¹⁵ *Ibíd.*, p. 7.

¹⁶ «Escuela de Justicia Intercultural. Distrito Judicial de San Martín: Documento Guía de Desarrollo, San Martín»; marzo de 2010, p.3.

3.4. Acuerdo Plenario sobre las Rondas Campesinas y el Derecho Penal

Por otra parte, especial atención merece el V Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, en donde se arribó al Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116, sobre las Rondas Campesinas y el Derecho Penal, llevado a cabo en Lima, el 13 de noviembre de 2009.

Explicando el mencionado Acuerdo Plenario, el doctor Víctor PRADO SALDARRIAGA¹⁷ señala que en él se desarrollan dos aspectos esenciales. Por un lado, la asimilación de un innovador enfoque jurisdiccional sobre el rol y la trascendencia de las funciones de control social que ejercitan las rondas campesinas en el país. Y, por otro lado, la definición de criterios de orientación que sirvan de referencia a la judicatura nacional, para el tratamiento adecuado de los casos penales donde se ven involucradas personas que integran tales organizaciones comunales.

Precisa el juez supremo que: “En cuanto a lo primero, el Acuerdo Plenario plantea abiertamente la necesidad de entender y reconocer la presencia formal y material de la interculturalidad en el ejercicio de la administración de justicia penal en el Perú. Y en relación a lo segundo, se precisa que la jurisdicción formal debe visualizar siempre a la interculturalidad como un proceso dinámico e interactivo, basado en objetivos de cooperación mutua en igualdad de condiciones. Por tanto, su percepción no debe limitarse a la declaración de sesgados actos de reconocimiento de una manifestación estática del pluralismo jurídico, o a la existencia, siempre subordinada, de órganos jurisdiccionales comunales de segundo nivel o de operatividad limitada y subsidiaria”^{18 19}.

¹⁷ PRADO SALDARRIAGA, Víctor: «El Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116 de la Corte Suprema: “Rondas Campesinas y el Derecho Penal». En: *Congresos Internacionales sobre justicia intercultural en pueblos indígenas, comunidades andinas y rondas campesinas*. Fondo Editorial del Poder Judicial, Lima 2011, p.171.

¹⁸ *Ibidem*, p. 171.

¹⁹ LA ROSA precisa: “De este modo, paulatinamente se ha ido reformulando esta visión tradicional dada la necesidad de reconocer una noción más amplia del derecho al acceso a la justicia que permita incorporar dentro de su contenido las funciones jurisdiccionales de las comunidades campesinas y nativas (pueblos andinos y amazónicos), en primer lugar, pero posteriormente de otros grupos sociales o culturales que tienen características similares y que suplen la inacción estatal en la impartición de justicia. Por esas consideraciones, sostenemos que el Acuerdo Plenario comentado se encuentra dentro de aquellas disposiciones que conciben el derecho al acceso a la justicia como el derecho de todas las personas, sin distinción de sexo, raza, edad, identidad sexual, a obtener una respuesta satisfactoria a sus necesidades jurídicas, configurándose de este modo una visión integral de este derecho que en nuestro caso incorpora el ejercicio de la función jurisdiccional que las comunidades y rondas campesinas vienen haciéndolo actualmente”. (LA ROSA CALLE, Javier. «Presentación en: La Facultad Jurisdiccional de las Rondas Campesinas». Instituto de Defensa Legal, Lima 2010, pp. 5-6).

Como conclusiones del significado de este Acuerdo Plenario se pueden señalar:

1. El Acuerdo Plenario ha promovido en la judicatura nacional una reflexión integral sobre el tratamiento penal de los delitos imputados a ronderos, a partir de un innovador enfoque intercultural.
2. A partir del Acuerdo Plenario las relaciones de coordinación entre las autoridades ronderiles y de la justicia penal ordinaria serán más fluidas y equitativas, así como menos tensas.
3. El interés generado en la comunidad jurídica nacional sobre los alcances del Acuerdo Plenario, se viene expresando en diferentes espacios de opinión como foros y publicaciones, lo cual coadyuvará a su difusión y retroalimentación.
4. El Poder Judicial como muestra de su transparente compromiso con una justicia intercultural, realizó el año 2010, en la ciudad de Cajamarca, un Congreso Internacional sobre Justicia Intercultural y Rondas Campesinas. En ese contexto fue presentado el Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116 sobre Rondas Campesinas y el Derecho Penal, con la exclusiva finalidad de propiciar un abierto debate sobre sus alcances y contenidos^{20 21}.

3.5. Proyecto de Ley de Coordinación y Armonización Intercultural de la Justicia

Cabe también hacer una breve reseña sobre la preocupación del Poder Judicial en cuanto a la dación de una nueva ley que contemplará la justicia de paz en el Perú, preocupación que fue reflejada en las declaraciones de cada congreso internacional que sobre justicia intercultural se ha llevado a cabo. Es así que finalmente se dio una Ley de Justicia de Paz, Ley N° 29824 en diciembre de 2011, y, su Reglamento mediante Decreto Supremo 007-2013-JUS, de 25 de junio de 2013.

Igualmente, cabe destacar que como iniciativa legislativa se presentó al Congreso de la República el Proyecto de Ley de Coordinación y Armonización

²⁰ PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Ob. Cit.*, p. 175.

²¹ Son particularmente interesantes los análisis que efectúan GITLITZ (GITLITZ, John. «Una mirada desde la Sociología. Comentarios al Acuerdo Plenario de la Corte Suprema». En: *La Facultad Jurisdiccional de las Rondas Campesinas. Instituto de Defensa Legal*. Lima 2010, pp. 21 y ss.) y RUÍZ MOLLEDA (RUÍZ MOLLEDA, Juan Carlos: «Una mirada desde el Derecho Constitucional. Algunos Comentarios al Acuerdo Plenario de la Corte Suprema sobre Rondas Campesinas». En: *La Facultad Jurisdiccional de las Rondas Campesinas. Instituto de Defensa Legal*. Lima 2010, pp. 73 y ss.); sobre este Acuerdo Plenario.

Intercultural de la Justicia (Proyecto de Ley 313/2011-PE), que fue aprobado para su presentación mediante Resolución Administrativa N° 103-2011-SP-CS-PJ, resolución de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República, de 29 de septiembre de 2011, visto el proyecto presentado por el doctor Víctor Roberto Prado Saldarriaga, lo cual es una cuestión pendiente y que en el IV Congreso Internacional de Justicia Intercultural se ha invocado al Congreso de la República para su aprobación y posterior implementación.

3.6. Congresos Internacionales de Justicia Intercultural

Por otra parte, una experiencia sumamente importante en el camino a la asunción de la justicia intercultural está constituida por los cuatro Congresos Internacionales sobre Justicia Intercultural en Pueblos Indígenas, realizados en La Merced, Cajamarca, Huaraz y Lima, en 2009, 2010, 2011 y 2012, respectivamente.

Resulta significativo lo expresado por el Presidente de la Comisión Organizadora de los tres primeros congresos, doctor Darío PALACIOS DEXTRE, quien señala que, “recientes sucesos de explosión social en poblaciones nativas, llevaron a las autoridades judiciales a reconocer la necesidad de fortalecer la presencia del Estado en aquellas comunidades donde el sistema de justicia formal comparte roles y espacios con la justicia comunitaria; relación harto compleja si advertimos que la interrelación entre ambos sistemas generan situaciones de conflicto e incluso de negación mutua de competencias, de no corresponder a las dinámicas culturales de cada pueblo”. Complementa lo dicho precisando que “el imperativo de establecer niveles de coordinación entre el sistema de justicia ordinaria y los sistemas o subsistemas de justicia especial, nace de la necesidad de reducir la brecha cultural existente entre ambas; lo que plantea innumerables retos en cuanto a la comprensión del fenómeno social de la exclusión y el estudio de propuestas que reformulen tanto la legislación aplicable a los casos que involucren a integrantes de dichas poblaciones, como las competencias de las autoridades o instancias rurales encargadas de administrar justicia, particularmente en lo referente a sus procedimientos”²².

Observamos un pensamiento maduro de un Poder Judicial como poder del Estado, que afronta de manera decidida el fenómeno de la exclusión –en propias palabras del doctor PALACIOS– planteando una justicia inclusiva como

²² PALACIOS DEXTRE, Darío. «Congresos Internacionales sobre justicia intercultural en pueblos indígenas, comunidades andinas y rondas campesinas». Fondo Editorial del Poder Judicial, Lima 2011 p.16.

política pública que establezca mínimamente niveles de coordinación entre la justicia ordinaria y la justicia especial de los pueblos indígenas, comunidades andinas y rondas campesinas, teniendo en cuenta –sobre todo– que lo que hay que enfrentar desde la judicatura son aquellos seculares modelos culturales impuestos y relaciones de poder que subyacen al estado de cosas subyugante para la población indígena y campesina. Como manifiesta el doctor César SAN MARTÍN, “se trata de todo un proceso ideado con el deliberado propósito de establecer firmes relaciones entre la justicia formal con las instancias de justicia comunal, donde prime el diálogo democrático, la participación activa y respeto mutuo, al momento de buscar puntos coincidentes o al abordar las diferencias culturales que en materia de justicia sean menester tratar. Ello obviamente implica abordar la dinámica aquí planteada desde una perspectiva de respeto de los derechos fundamentales”²³.

El Primer Congreso se realizó –como ya se adelantó– en La Merced, Junín, del 28 de septiembre al 1 de octubre de 2010. En este se llegaron a acuerdos y recomendaciones valiosas incorporadas en lo que se denominó Declaración de La Merced. Así entre las conclusiones se tienen:

1. Este congreso constituye un hito histórico en el proceso de diálogo intercultural entre los sistemas de justicia ordinaria y la justicia indígena, el cual debe mantenerse y consolidarse.
2. Afirmamos que en nuestro país coexisten diversos pueblos que tienen sus propios sistemas jurídicos, los cuales resuelven todo tipo de conflictos dentro de su ámbito territorial, y fuera del mismo, entre sus miembros, de conformidad con su derecho consuetudinario.
3. En aplicación del artículo 149° de la Constitución Política, el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, la Declaración de Naciones Unidas sobre derechos de los Pueblos Indígenas, y el artículo 18°.3 del Código Procesal Penal, la jurisdicción ordinaria debe respetar plenamente los sistemas jurídicos indígenas.
4. Manifestamos nuestra voluntad de entrar en relaciones de coordinación y diálogo intercultural entre ambas jurisdicciones.
5. Respalda la iniciativa del Presidente del Poder Judicial, Dr. Javier Villa Stein, por promover espacios de diálogo con los pueblos indígenas a través de este tipo de encuentros.

²³ SAN MARTÍN, César. «Congresos Internacionales sobre justicia intercultural en pueblos indígenas, comunidades andinas y rondas campesinas». Fondo Editorial del Poder Judicial, Lima 2011, p. 11.

Asimismo, las recomendaciones del evento fueron:

1. Crear, en los distritos judiciales, instancias de coordinación entre la justicia ordinaria e indígena, de composición paritaria, mixta intercultural, con representantes indígenas designados por ellos mismos.
2. Establecer los mecanismos y criterios de coordinación entre los sistemas de justicia ordinaria y la justicia indígena en el marco de un diálogo intercultural, con participación de las autoridades de ambas jurisdicciones.
3. Identificar los procesos judiciales que involucran a indígenas y los casos de conflicto entre la jurisdicción ordinaria e indígena, para efectos de que se respeten los derechos indígenas y se realicen las coordinaciones que permitan dar las soluciones correspondientes.
4. Sistematizar la jurisprudencia de la jurisdicción ordinaria en materia de pueblos indígenas y diversidad cultural; así como las distintas experiencias de los sistemas jurídicos indígenas.
5. Generar espacios de formación, capacitación e intercambio de saberes con enfoque intercultural para los operadores de justicia ordinaria y de autoridades de la jurisdicción indígena, con participación paritaria.
6. Plantear al Congreso de la República la convocatoria de la consulta previa a los pueblos indígenas para el desarrollo legislativo del artículo 149° de la Constitución Política que comprenda, entre otros, el fortalecimiento de la jurisdicción indígena, el reconocimiento de los derechos y beneficios sociales de las autoridades de dicha jurisdicción y la dotación de los recursos que requieren para su buen funcionamiento.

Por otra parte, el Segundo Congreso se realizó en la ciudad de Cajamarca, del 8 al 10 de diciembre de 2010, tomándose como conclusiones:

1. Este Segundo Congreso viene a consolidar y ratificar las conclusiones del primer Congreso Internacional sobre Justicia Intercultural en Pueblos Indígenas, realizado en la ciudad de La Merced - Chanchamayo, por lo que constituye una renovación del compromiso del Poder Judicial para desarrollar este proceso de acercamiento y de encuentro entre la justicia ordinaria y la justicia especial comunal y ronderil, en el marco del diálogo intercultural.

2. Reconocemos el importante papel que cumplen las comunidades y rondas campesinas en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, contribuyendo de esa forma al objetivo común de lograr la paz social y el mejor acceso a la justicia de la población rural.
3. Afirmamos la necesidad de construir procesos para que la justicia ordinaria y la justicia comunal y ronderil desarrollen mecanismos para promover relaciones de complementariedad y mutuo apoyo.
4. Ratificar el respeto y cumplimiento de la legislación nacional e internacional sobre los derechos de los pueblos indígenas y rondas campesinas a efectos de su debida observancia por las autoridades del sistema de justicia.
5. Reiteramos nuestro reconocimiento al papel protagónico desempeñado por el Doctor Javier Villa Stein, en su condición de Presidente de Poder Judicial, por haber propiciado la reflexión sobre la justicia intercultural en estos dos Congresos, y le solicitamos al Presidente Electo Doctor César San Martín Castro que continúe profundizando la agenda desarrollada en el marco del diálogo intercultural, entre la justicia ordinaria y la justicia comunal.

Asimismo, se adoptaron las recomendaciones siguientes:

1. Fortalecer los mecanismos y criterios de coordinación entre los sistemas de justicia ordinaria y la justicia indígena, en el marco de un diálogo intercultural, con participación de las autoridades de ambas jurisdicciones.
2. Solicitar al Congreso de la República la aprobación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, del 13 de septiembre de 2007.
3. Crear una Oficina Nacional de Justicia Intercultural, dependiente del Poder Judicial, para desarrollar políticas de coordinación entre la jurisdicción estatal, comunal y ronderil.
4. Generar espacios de formación, capacitación e intercambio de saberes con enfoque intercultural para los operadores de justicia ordinaria y de las autoridades de la jurisdicción indígena, con participación paritaria, replicando la experiencia de los Centros de Justicia Intercultural de los Distritos Judiciales de San Martín y Cajamarca.

5. Recomendar a las autoridades educativas de todos los niveles de educación, la creación de cursos que promuevan el estudio y la reflexión de la diversidad cultural del Perú, con el fin de impulsar la comprensión intercultural en nuestra sociedad.
6. Recomendar que, en las zonas declaradas en estado de emergencia, se afirme la plena vigencia de los derechos humanos y, asimismo, se respete el derecho de las Comunidades Indígenas y Rondas Campesinas.

Por otra parte, en el Tercer Congreso, realizado en Huaraz del 27 al 30 de noviembre de 2011, se arribaron a las siguientes conclusiones y recomendaciones:

1. El actual Congreso consolida las conclusiones y recomendaciones del I y II Congresos Internacionales sobre Justicia Intercultural en Comunidades Nativas, Comunidades Campesinas y Rondas, realizados en las ciudades de La Merced y Cajamarca, respectivamente, por lo que constituye una ratificación del proceso de acercamiento y de encuentro entre la justicia ordinaria y la justicia especial comunal y ronderil.
2. Confirmamos la importancia de las comunidades campesinas, comunidades nativas y rondas como instituciones que imparten justicia en el mundo rural peruano, contribuyendo con la paz social y el mejor acceso a la justicia de aquella población.
3. Reconocemos el esfuerzo del Poder Judicial para asumir como enfoque y política institucional a la interculturalidad en la justicia, para, en base a ella, orientar la actuación de sus instancias y órganos jurisdiccionales.
4. Declaramos que el respeto mutuo entre el Poder Judicial y la justicia indígena es la base primordial para continuar el proceso de coordinación en marcha de manera sostenible.
5. Los jueces del Poder Judicial reconocen en la diversidad de formas de justicia comunal y ronderil la aplicación de un conocimiento valioso, distinto y dinámico, y manifiestan su voluntad de esforzarse en conocerlo con mayor detalle.
6. Respal damos el Proyecto de Ley 313/2011-PE, sobre coordinación intercultural de la justicia, y ofrecemos nuestra continua y abierta reflexión para su mejora, aprobación y aplicación práctica. Asimismo, saludamos la

decisión adoptada por el Congreso de la República al aprobar el proyecto de ley sobre Justicia de Paz presentado por el Poder Judicial.

7. Resulta necesario desarrollar un Protocolo de Gestión a aplicarse por la justicia ordinaria que le permita una adecuada investigación y juzgamiento, de aquellos casos en que estén inmersos los miembros de las comunidades campesinas, comunidades nativas y rondas.
8. Es necesario que se implementen acciones de sensibilización y capacitación a nivel nacional desde el Poder Judicial para que los jueces conozcan y apliquen el nuevo marco jurídico que reconoce la jurisdicción especial indígena.
9. Se convoca la participación activa en el desarrollo de la política de justicia intercultural a las instituciones del sistema de justicia, o vinculadas con esa labor: Ministerio Público, Tribunal Constitucional, Defensoría del Pueblo, Consejo Nacional de la Magistratura, Academia de la Magistratura, Ministerio de Justicia y Policía Nacional del Perú.
10. Reconocemos las dificultades que cada sistema de justicia tiene para cumplir sus diversas visiones y fines, aunque, a la vez, encontramos grandes afinidades entre ellas vinculadas con la paz, el derecho al desarrollo y la promoción del ser humano, lo cual permite confiar en la posibilidad y eficacia de la colaboración.
11. Destacamos que la riqueza de la pluralidad actualmente existente es afectada por la carencia de medios económicos que impiden su mejor articulación, por lo que el Poder Judicial, como líder del Sistema de Justicia, exhorta a las autoridades de los poderes Ejecutivo y Legislativo a aprobar aquellas medidas que, de no ponerse en vigencia, van a afectar la mejor gestión de su presupuesto, pues ello repercute inmediatamente en los ciudadanos, y de manera particular en los más vulnerables, entre quienes se cuentan las personas y comunidades indígenas.
12. Lamentamos el indebido uso de la violencia en Cajamarca, mientras se realiza este Congreso, y las heridas físicas y sociales que ella produce, e invocamos que se recurra al diálogo para resolver las diferencias actualmente existentes.
13. Expresamos nuestro reconocimiento al Doctor César San Martín Castro, Presidente del Poder Judicial, por su compromiso con la justicia

intercultural, promoviendo una posición institucional del Poder Judicial favorable a la coordinación y colaboración con la justicia indígena, en un contexto de interculturalidad y de protección efectiva de los derechos humanos.

Y, finalmente, en la denominada Declaración de Lima, como corolario del IV Congreso Internacional sobre Justicia Intercultural, realizado del 13 al 15 de diciembre de 2012, se pueden resaltar, entre otros aspectos, la invocación “a las Cortes Superiores a desarrollar y fortalecer los mecanismos y criterios de coordinación entre los sistemas de justicia ordinaria y especial”. Asimismo, cabe señalar la recomendación que se hace de crear en cada Corte Superior, una escuela de justicia intercultural, así como la creación de una Escuela Nacional de Justicia Intercultural; igualmente resulta sumamente interesante, la propuesta de la aprobación e implementación de una Hoja de Ruta de Justicia Intercultural.

Del anterior recuento de lo concluido en los cuatro Congresos de Justicia Intercultural habidos hasta la actualidad, fluye una decidida apuesta del Poder Judicial por la interculturalidad desde un primer señalamiento en La Merced de lo pertinente de un diálogo intercultural entre la justicia ordinaria y la justicia indígena, luego ratificado en Cajamarca, y auspiciar la propuesta de una política institucional de la interculturalidad en la justicia, en Huaraz, lo cual significa la asunción de una política pública de justicia intercultural, lo que implica un despliegue de recursos presupuestados, pero asimismo, y a nuestro parecer lo más importante, internalizar un pensamiento de pluralismo jurídico y de diálogo democrático entre culturas horizontal, lo que es ratificado en la Declaración de Lima de diciembre de 2012, al considerarse la propuesta de una Hoja de Ruta de Justicia Intercultural. Como aspecto final puede también puntualizarse que se proclama el respeto de los derechos de los pueblos indígenas.

Todo ello hace que se pueda hablar de un nuevo momento del Poder Judicial en relación a los pueblos indígenas y en el asumir decididamente el pluralismo jurídico, lo cual es consecuencia de varios instantes previos que hemos hecho el recuento aquí²⁴.

²⁴ La función del Poder Judicial estará encuadrada en -previamente- reconocer cuál es el origen y cuál es el carácter del pluralismo subyacente al pluralismo jurídico. Así, es necesario tener en cuenta lo señalado por HABERMAS -con los cuidados ideológicos que debe tenerse-, en cuanto plantea que debe establecerse primero si estamos ante un Estado en el que “las minorías endógenas se hacen conscientes de su identidad” o de Estados en donde “surgen nuevas minorías por causa de la inmigración”, “dependiendo de si con esa tarea se confrontan Estados que, en razón de su historia y de su cultura política, se comprenden a sí mismos como un Estado de inmigración o como un Estado cuya autocomprensión nacional debe ser adaptada a

4. PLURICULTURALIDAD, MULTICULTURALIDAD E INTERCULTURALIDAD

Visto lo anterior, se hace imprescindible establecer los conceptos y las diferencias entre pluriculturalidad, multiculturalidad e interculturalidad.

Ahora bien, un concepto anterior a los tres señalados y asimismo, sin el cual, no pueden entenderse en toda su dimensión, es el concepto de cultura.

Así, se tiene el concepto de Clifford GEERTZ, para quien la cultura "(...) denota un esquema históricamente transmitido de significaciones representadas en símbolos, un sistema de concepciones heredadas y expresadas en formas simbólicas por medios con los cuales los hombres comunican, perpetúan y desarrollan su conocimiento y sus actitudes frente a la vida". Este concepto a su vez se funda en dos ideas. La primera en cuanto a que "(...) la cultura se comprende mejor no como complejos de esquemas concretos de conducta-costumbre, usanzas, tradiciones, conjunto de hábitos-, como ha ocurrido en general hasta ahora, sino como una serie de mecanismos de control-planes, recetas, fórmulas, reglas, instrucciones (lo que los ingenieros de computación llaman "programas") que gobiernan la conducta (...)". Y, asimismo, la segunda "es la de que el hombre es precisamente el animal que más depende de esos mecanismos de control extragenéticos, que están fuera de su piel, de esos programas culturales para ordenar su conducta"^{25 26}.

la integración de culturas extrañas". Esto es fundamental para HABERMAS, en tanto dependiendo de una u otra situación va a dar lugar a un mayor o menor desafío iniciado por las sociedades multiculturales o pluriculturales. Así, "los desafíos resultarán mayores cuanto más profundas sean las diferencias de religión, de raza o de etnia o las diacronías histórico - culturales que deben ser superadas; serán más dolorosos cuanto más adopten las tendencias de autoafirmación un carácter fundamentalista-delimitador, ya sea porque la minoría que pugna por el reconocimiento al haber sufrido experiencias de impotencia se refugie en regresiones, o ya sea porque tenga que despertar por vía de una movilización de masas a la conciencia de la articulación de una nueva identidad elaborada constructivamente" (HABERMAS, Jürgen. «La inclusión del otro. Estudios de teoría política». Paidós, Barcelona 1999, p.199).

²⁵ RIVERA VELA, Enrique: «La interculturalidad como principio ético para el desarrollo de nuestros pueblos». Instituto Nacional de Ciencia y Ética. Arequipa, junio 2009, pp. 10-11.

²⁶ Interesante resulta citar lo que sobre cultura expresa Ralph LINTON: "(...) No debemos dejar de reconocer que estas facultades humanas, cuyos orígenes pueden encontrarse en el nivel animal, han producido por su interacción algo nuevo y único. Es posible demostrar que cada pieza de un automóvil moderno es modificación o ampliación de algún útil empleado antes de aparecer el automóvil; sin embargo, éste es, en sí, algo nuevo y distinto. Del mismo modo la cultura humana, aunque desarrollada sobre un fondo animal, difiere de todo cuanto puede encontrarse entre los animales. Ha sido producida por una especie dentro de los mamíferos, pero, a su vez, ha hecho humana a esa especie. Sin la existencia de la cultura, gracias a la cual se conservan las adquisiciones del pasado y se modelan las generaciones sucesivas de acuerdo con sus patrones, el homo sapiens no sería más que un mono antropoide terrícola, ligeramente distinto en estructura y algo superior en inteligencia, pero hermano del chimpancé y del gorila" (LINTON, Ralph. «Estudio del Hombre». Fondo de Cultura Económica, Séptima edición, México 1963, pp. 90-91).

De esto entonces, se puede desprender –siguiendo a RIVERA VELA– que “la cultura incluye la cosmovisión y los principios axiológicos, que son los elementos que dan identidad a un pueblo y sobre los cuales se ha creado lo visible de las culturas: sus manifestaciones materiales (música, tradición oral, religión, etc.), así como los comportamientos propios de cada pueblo”²⁷.

Asimismo, Fernando SILVA SANTISTEBAN²⁸ señala que la cultura es un concepto para designar a un conjunto de fenómenos que caracterizan al tipo de actitud exclusivamente humana surgida de la capacidad de poder reflejar la realidad objetiva en forma de imágenes ideales las que, al mismo tiempo, se convierten en objeto de conciencia para el hombre. Pero –agrega el profesor– si bien es cierto que el concepto que tenemos de cultura es el resultado de la aprehensión racional de una relación o sistema de fenómenos sociales, es dependiente de la capacidad cognoscitiva y de la manera como son captados aquellos aspectos de la realidad objetiva. Las condiciones sociales de la existencia humana son reales –aclara–, pero su percepción puede ser incompleta, irregular, inadecuada en todo una serie de acciones e, incluso, ilusoria. Aquí radica su relatividad –especifica el autor citado–, puesto que es muy posible que muchos aspectos de la realidad social no hayan sido aún advertidos. Prueba de ello es la variación que a través de tiempo y según como se ha desarrollado la observación ha sufrido el propio término cultura, mejor dicho, sus acepciones y connotaciones²⁹ –concluye al respecto–.

Por otro lado, Diez Hurtado, nos habla que hay dos concepciones históricas del término cultura. Así, aquella que proviene de la Revolución Francesa que en el siglo XIX entendía por cultura a la civilización, como los logros humanos, propios de la humanidad, un estado superior de la evolución. La segunda proviene de la tradición alemana, la cual entiende a la cultura como la cualidad innata de cada grupo humano, una especie de esencia, que hace

²⁷ RIVERA VELA, Enrique. *Ob. Cit.*, p. 11.

²⁸ SILVA SANTISTEBAN, Fernando. «Antropología. Concepto y nociones generales». Universidad de Lima, Primera edición, Lima 1977, p. 135. En otro texto, el Profesor SILVA SANTISTEBAN acota: “La cultura, como resultado de la interacción entre grupos sociales y la naturaleza exterior, o de esos grupos con otros grupos sociales, se revela como un conjunto de rasgos y productos de actividad social que denotan la especificidad de un determinado grupo social humano. Es entonces cuando se objetivan las realizaciones colectivas y nos referimos a ellas como a “una cultura concreta y determinada, que existe, o que ha existido en determinado tiempo y en determinado lugar; así, hablamos de cultura minoica o de cultura incaica y, ampliando más los alcances del término, podemos hablar de civilización occidental o de civilización andina, ya que la civilización no es otra cosa que el grado máximo de desarrollo y complejidad de la cultura (...)” (SILVA SANTISTEBAN, Fernando. «Introducción a la Antropología Jurídica». Universidad de Lima - Fondo de Cultura Económica- Perú, Primera edición, Lima 2000, pp. 58-59).

²⁹ GUARDIA MAYORGA define cultura de la siguiente manera: “(...) es el conjunto de producciones materiales e intelectuales que efectúa el hombre en el proceso de su desarrollo social e histórico”. (GUARDIA MAYORGA, César. *Cultura Humana*, Lima 1966, p. XII).

diferentes y particulares a cada grupo humano con respecto a otro. Se señala asimismo, que nuestros usos contemporáneos y coloquiales contienen ambos conceptos divergentes.

Por todo lo anterior, el profesor antes nombrado, concluye que “la cultura es al mismo tiempo algo propio a los seres humanos, algo que nos diferencia de los animales, y algo que nos hace diferentes unos a otros”³⁰.

Ahora bien, concluye el autor citado que se pueden establecer tres componentes en lo que respecta a la cultura, sobre los que existe cierto consenso. A saber:

1. La cultura no es un asunto de raza, se aprende, no se lleva en los genes. La cultura está vinculada a los procesos de socialización humana, a la forma como los individuos se integran a su sociedad a lo largo de su vida.
2. Aunque de manera desigual, la cultura humana ha progresado en el largo plazo, hay avances tecnológicos irreversibles que conectan a las diversas culturas.
3. La cultura es esencialmente una cuestión de ideas y valores, un molde mental colectivo y compartido, por lo que se puede describir la cultura como un sistema simbólico.

Es entonces en base a lo anteriormente expuesto, que DIEZ HURTADO precisa que el supuesto básico del enfoque más utilizado de cultura en las discusiones sobre interculturalidad –lo que nos interesa realmente– es que “cultura” corresponde a una comunidad, a una colectividad distinguible de las otras, con rasgos característicos. En palabras del autor citado, el enfoque más utilizado de cultura finalmente en relación con la interculturalidad, es la primera acepción pero que se desarrolla sobre la segunda. Parte de que todas las culturas tienen un mismo estatus, pero reconoce a su vez, la distinción entre ellas.

Asimismo, pluriculturalidad, es una categoría utilizada - como manifiesta Rivera Vela³¹ a quien seguimos en esta parte mayormente - para caracterizar la situación en la que al interior de un mismo territorio co-existen varios grupos humanos con culturas diferentes, siendo el ideal que la relación

³⁰ DIEZ HURTADO, Alejandro. «Entre la cultura y la interculturalidad». En: *La interculturalidad como principio ético para el desarrollo de nuestros pueblos*. Instituto Nacional de Ciencia y Ética; Arequipa, junio 2009, pp. 20 y ss.

³¹ RIVERA VELA, Enrique. *Ob. Cit.*, p.12 y ss.

existente entre ellos sea de reconocimiento mutuo y respetando sus diferencias culturales, aunque no siempre sea así.

De otra parte, multiculturalidad representa una propuesta que tiene su origen en los países del norte, específicamente en Estados Unidos de Norteamérica. Su concepción –precisa RIVERA VELA– parte de la existencia de diversos grupos humanos con rasgos culturales claramente definidos (anglosajones, chinos, latinoamericanos, africanos, etc.) compartiendo un espacio común y en el que, aunque existan comportamientos tolerantes, no llegan a establecerse relaciones dinámicas entre las culturas. Este modelo representa ante todo –aclara el autor– una propuesta donde se marcan diferencias por la autoproclamada superioridad de la cultura receptora y la supuesta inferioridad de las otras.

Asimismo, la interculturalidad se emplea para referirse a la convivencia armónica, dialogante y no excluyente en miras de construir o desarrollar proyectos políticos comunes a largo plazo, respetando las diferencias culturales de los grupos humanos involucrados^{32 33}. Es así que Catherine WALSH señala sobre la interculturalidad lo siguiente: “Como concepto y práctica, la interculturalidad significa “entre culturas”, pero no simplemente un contacto entre culturas, sino un intercambio que se establece en términos equitativos, en condiciones de igualdad. Además de ser una meta por

³² ZÚNIGA y ANSIÓN plantean la diferencia entre “mestizaje cultural” e interculturalidad señalando: “En términos más teóricos, se critica también esta noción (“mestizaje cultural”) porque – como lo señalara Fernando Fuenzalida – trata las culturas como si fueran entidades corpóreas con capacidad de mezclarse de modo similar a los seres orgánicos. para nosotros, en cambio, la cultura no tiene existencia en sí misma, sino que se refiere a actitudes acostumbradas y a maneras de ser compartidas (dimensión social) de las personas en concreto (dimensión individual). Por esta razón, en el mejor de los casos, podría hablarse de “mestizaje” en un sentido metafórico, pero es una metáfora que, lejos de ayudar a entender la realidad, más bien conduce a confundirla” Agregan. “Por todo ello, nos parece más provechoso dejar de lado ese término para centrarnos en lo que realmente importa: el estudio de las transformaciones que ocurren en nosotros – y que compartimos con otros – al entrar en contacto permanente con personas y grupos que suelen expresarse, actuar, pensar o sentir de modo distinto al que acostumbramos. Lo importante es entender de qué manera, en el contacto cotidiano entre grupos de orígenes distintos, ocurre las transformaciones sociales y cómo van de la mano con cambios en las mentalidades, en los universos simbólicos, en el imaginario de las personas, en sus maneras de sentir y percibir el mundo y, en especial, en sus maneras de adaptarse y enfrentar situaciones nuevas, de relacionarse con datos culturales distintos a los propios” (ZÚNIGA CASTILLO, Madeleine y ANSIÓN MALLET, Juan: *Interculturalidad y educación en el Perú*. Foro Educativo, Lima 1997).

³³ Se debe mencionar además que se habla también de una filosofía intercultural: “(...) a diferencia de la Filosofía occidental europea cuya esencia reside en que sólo dialoga con ella misma, es decir, que practica un monólogo con los representantes de su propia cultura, la Filosofía Intercultural se abre a todas las demás culturas, comunica sus saberes, escucha respetuosamente y al mismo nivel que sí misma, a las demás culturas; confronta, debate, y, el Otro deja en ellas una estela de inquietudes intranquilizantes, semillero hormigueante de nuevas posibilidades de expresiones filosóficas” (VIDAL ALVA, Dora. «La Filosofía Intercultural y la Filosofía latinoamericana». En: *Reflexión y Crítica. Revista de Filosofía*. Año 7 N°3. Departamento Académico de Filosofía, Facultad de Letras y Ciencias Humanas, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima 2003, p.60).

alcanzar, la interculturalidad debería ser entendida como un proceso permanente de relación, comunicación y aprendizaje entre personas, grupos, conocimientos, valores y tradiciones distintas, orientadas a generar, construir y propiciar un respeto mutuo, y a un desarrollo pleno de las capacidades de los individuos, por encima de sus diferencias culturales y sociales. En si, la interculturalidad intenta romper la historia hegemónica de una cultura dominante y otras subordinadas y, de esa manera, reforzar las identidades tradicionalmente excluidas para construir, en la vida cotidiana, una convivencia de respeto y de legitimidad entre todos los grupos de la sociedad”.

De manera que el término pluriculturalidad es uno de carácter descriptivo, que nos muestra una situación específica de existencia de varios grupos humanos con sus correspondientes culturas distintas; y, asimismo, en lo que respecta a la multiculturalidad, también existe una situación de grupos y culturas distintas, pero no obstante que éste término alude a tolerancia y respeto entre dichas culturas, también es cierto que hay una intencionalidad en el mencionado término en cuanto a que va a existir una cultura dominante y otras subordinadas, es decir, hay una relación de poder entre ellas. En el caso de la interculturalidad, por el contrario, se parte también de la misma situación pero como manifiesta WALSH, la interculturalidad es un proceso y también una meta, vale decir, el proceso es el diálogo e intercambio entre las culturas diferentes en una situación de igualdad y, en tanto meta, es acabar con una situación de dominio y subordinación entre dichas culturas³⁴.

De allí que Carlos Iván Degregori, de manera bastante gráfica plantee que, atendiendo a la caracterización de una sociedad como la peruana, sea más acorde utilizar un término como el de interculturalidad que el de multiculturalidad:

³⁴ Tubino señala: Mientras que el culturalismo, la palabra es tolerancia, en la interculturalidad “la palabra clave es diálogo. La interculturalidad reasume en parte de multiculturalismo, en el sentido de que para dialogar hay que presuponer respeto mutuo y condiciones de igualdad entre los que dialogan” (ETXEBERRIA). En otras palabras la interculturalidad como propuesta ético-política presupone el multiculturalismo, es decir, la reducción de las relaciones asimétricas entre las culturas. Podemos plantearlos también en términos conceptuales y decir que la interculturalidad presupone a veces el multiculturalismo así como el diálogo intercultural presupone la tolerancia. La tolerancia negativa consiste en no hacer “de una creencia propia una condición absoluta de la convivencia” (THIBEAUT)”. (TUBINO, Fidel. «Entre el multiculturalismo y la interculturalidad: más allá de la discriminación positiva». p. 25). Por otra parte INDEPA dice: “no olvidemos que la interculturalidad es el contacto establecido y conformado por agentes de distintas culturas, los cuales buscan de forma horizontal acuerdos y prácticas, añadiendo selectivamente algunos aportes culturales de cada uno, en función de tareas comunes, buscando objetivos para mejorar la eficacia y equidad de las mismas; propiciando así la identificación con la gestión mancomunada” (INDEPA. «Aportes para un enfoque intercultural». Lima 2010, p.74).

“Dentro de las concepciones multiculturales que se vienen desarrollando en los países del Norte, los diferentes *nosotros* son vistos como bloques bien definidos, con fronteras muy precisas, y donde el ideal es que las contradicciones, roces y diferencias se solucionen vía la tolerancia y el respeto, y donde la acción afirmativa consiste en que B y C, que están más abajo que A, sean empujados o impulsados para equipararse con A y estar al mismo nivel de desarrollo económico o de poder.

“Yo creo que esta política es aplicable a realidades como la norteamericana donde, por razones históricas, se han conseguido logros importantes en términos de tolerancia, reconocimiento y acción afirmativa. Sin embargo, creo que para realidades como la peruana, la aproximación intercultural es mucho más rica porque implica que, A, B y C no son bloques diferenciados, ni con fronteras nítidas, y donde las relaciones de poder que existen desde hace muchos siglos –que son las que hay que cambiar– son el resultado de una interacción en la cual no puede entenderse A sino en su relación con B y con C, y donde el resultado nunca es final porque la interrelación continúa. No existimos si no es a través y por la existencia de los otros y mediante las miradas mutuas. Las soluciones, por lo tanto, no pueden ser iguales para ambas realidades.

“En nuestro caso, lo ideal sería establecer miradas horizontales entre A, B y C, donde el poder sea más o menos equiparado, y tender hacia una interculturalidad sana y humanista donde se pueda vivir feliz todas las patrias, utopía arguediana considerada arcaica por VARGAS LLOSA, a pesar de estar tan ligada a las discusiones actuales”³⁵.

Tiene, por tanto, indudables ventajas un enfoque de interculturalidad. Se señala que el logro de la autoestima equilibrada a nivel grupal e individual, consiste en valorarse a uno mismo, acoger lo propio con aprecio y, al mismo tiempo, engendrar en uno mismo una actitud de apertura a lo externo. Esta es precisamente la condición de una comunicación intercultural: “Dicha apertura permitirá valorar también lo ajeno y esta valoración permitirá incorporarlo, integrándolo y no asimilándose a él, recreándolo y reinventando así la cultura propia. De esta manera se le abre la posibilidad a un grupo cultural de seguir viviendo, sin anquilosarse en el culto al pasado ni eliminarse a sí mismo en la negación de lo propio”³⁶.

³⁵ DEGREGORI, Carlos Iván. «Multiculturalidad e Interculturalidad», p.2.

³⁶ HEISE, María; TUBINO, Fidel; y Wilfredo ARDITO. «Interculturalidad. Un desafío». p.8.

5. BASE JURÍDICA DE LA JUSTICIA INTERCULTURAL

El contexto jurídico en el que se desenvuelve la justicia intercultural en el Perú actualmente, tiene como aspectos resaltables, en primer lugar, lo establecido en la Constitución Política, de 1993. Así, se ha establecido que “toda persona tiene derecho a: su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación” (artículo 2º inc. 19); igualmente, se prescribe que “el Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas” (artículo 89º); y finalmente se establece que “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 la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial” (artículo 149º)³⁷. Lo anterior va a ser complementado por la Ley N° 24571 (Primera Ley de Rondas Campesinas) y la Ley N° 27908, Ley de Rondas Campesinas, así como la Ley N° 24656, Ley General de Comunidades Campesinas y su Reglamento (Decreto Supremo N° 008-91-TR).

De otro lado, se encuentra el Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), relativo a la Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas y de otras Poblaciones Tribales y Semitribales en los países independientes, de 1957. También el Convenio 169 de la OIT, ratificado por el Perú en 1993, el cual trae como consecuencia la legitimidad del derecho consuetudinario y una figura, como son los pueblos indígenas. Cabe resaltar que dos aspectos principales son resaltados en este instrumento, y son, de una parte, el respeto de lo que constituye la cultura, instituciones, formas de vida de los pueblos indígenas, y de otra, la participación y consulta de los mencionados pueblos en las decisiones que van a afectarles. Son aspectos sustanciales en la interpretación del Convenio. Ligado al Convenio, se debe citar la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios aprobada en 2011.

Igualmente se debe tener en consideración la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblo Indígenas, Resolución de Asamblea General 61/295, del 13 de septiembre de 2007.

³⁷ Se puede leer al respecto: IRIGOYEN FAJARDO, Raquel: «Retos para construir una juricidad pluricultural» (Balance de los proyectos de Ley sobre el art. 149º de la Constitución)”. En: BIRA. Boletín del Instituto Riva Agüero. N°28. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2001, pp. 153 y ss.

Asimismo, cabe mencionar lo dispuesto en el artículo 15° del Código Penal peruano vigente, el que prescribe: "El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena". Al respecto cabe precisar que si bien para muchos este artículo ofrece una oportunidad de tomar conciencia de aquellos grupos con una cultura distinta o diversa también existen las críticas muy duras al mismo³⁸.

También se debe anotar, el artículo 18 inc. 3 del Nuevo Código Procesal Penal, Decreto Legislativo N° 957, en el que se establece que la jurisdicción penal ordinaria no es competente para conocer de los hechos punibles en los casos previstos en el artículo 149° de la Constitución³⁹.

Por otra parte, en cuanto a jurisprudencia, tenemos, en primer lugar, lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, sentencia de 27 de junio de 2012.

Asimismo, en el ámbito constitucional nacional, como aprecia César LANDA, desde el 2004 en el Tribunal Constitucional peruano, se vienen resolviendo algunas causas sobre el derecho al medio ambiente y los derechos de los pueblos indígenas, considerando los valores constitucionales y democráticos de la unidad y diversidad cultural⁴⁰.

³⁸ Es el caso de Antonio PEÑA quien señala: "Nótese que se otorga al supuesto inculcado de una cultura diferente una especie de "perdón" por considerar que desde su "diferente cultura" (diríamos "inferior" o sometida al juzgador) no pudo comprender el carácter delictuoso del acto. En un estudio anterior ya hemos señalado: "...La solución penal propuesta no deja de ser parcial y hasta etnocéntrica frente al problema: consideramos "error" u "hecho punible" aquello que puede identificar como elemento cultural a un grupo étnico o social determinado, y, de otro lado, el problema de "incomprensión" del hecho delictivo corresponde ser probado - con mucha rigurosidad por el inmigrante involucrado (o persona involucrada) mientras sus juzgadores - por tratarse de materia penal - pertenecen a la autoridad central, esto es el juez penal del poder judicial estatal...". (PEÑA JUMPA. Antonio: «La interculturalidad en su aplicación en el derecho y la justicia: la aplicación de los derechos fundamentales y la justicia comunal en la Constitución peruana». En: *La interculturalidad como principio ético para el desarrollo de nuestros pueblos. Instituto Nacional de Ciencia y Ética*. Arequipa, junio 2009, p. 127. Como estudio histórico al respecto puede verse: PONCE DE LEÓN, Francisco. «Situación jurídico penal de los aborígenes peruanos». Cuzco 1948.

³⁹ Al respecto puede leerse: BAZÁN CERDÁN, Jorge Fernando. «El Nuevo Código procesal Penal del 2004 y las Rondas Campesinas: Escenarios de Conflictividad y de Coordinación». Poder Judicial, Segunda edición, Lima 2011.

⁴⁰ LANDA señala los siguientes casos como importantes en relación con la interculturalidad: STC N° 042-2004-AI/TC (impuesto de las corridas de toros) y STC N° 00017-2010-AI/TC (sobre materia similar a lo anterior); STC N° 03343-2007-PA/TC (Cordillera Escalera); STC N° 04611-2007-PA/TC (derecho al honor de las comunidades nativas); STC N° 0022-2009-PI/TC (Inconstitucionalidad del Régimen de Formalización y Titulación de Tierras Rurales- D.Leg. 1089), STC N° 06316-2008-PA/TC (Pueblos Indígenas No Contactados) y STC N° 05427-2009-PC/TC (Cumplimiento del Convenio OIT N° 169) (LANDA, César: «Interculturalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». En: *Anuario de Derecho Penal 2010. Sistema de control penal y diferencias culturales*. Director: José HURTADO POZO. Pontificia Universidad Católica del Perú - Universidad de Friburgo Suiza, Lima 2012, pp. 101 y ss.).

También, cabe hacer mención de múltiples sentencias expedidas por las Salas de la Corte Suprema de la República, en las que contemplan casos de justicia intercultural en cuanto a la actuación de las comunidades y rondas campesinas⁴¹.

6. A MANERA DE CONCLUSIÓN: INTERCULTURALIDAD COMO PROCESO INCLUSIVO Y COMO META

Todo lo anterior no hace sino reafirmar que se ha constituido en el Perú un reconocimiento a un cierto pluralismo jurídico, en el que los derechos de las comunidades constituyen una especie de subsistemas jurídicos⁴².

Ahora bien, ese cierto pluralismo jurídico obedece a una pluralidad o diversidad étnica y cultural en el Perú. Como señala PEÑA JUMPA: “Si no existiese pluralidad o diversidad étnica y cultural en el Perú, no hubiere sido necesario ocuparnos de la presente discusión y no habría sido necesario la propia regulación del artículo 149° de la Constitución Política del Perú”⁴³.

Sin embargo, existen dos valoraciones del concepto de justicia en tanto se apela a diferentes apreciaciones de lo que debe ser la pluralidad. Así, “mientras el Estado juega con una noción de derecho como un bien que él

⁴¹ Sala Penal Permanente, Recurso de Nulidad N° 4382-97 Piura, 09/03/97; Sala Penal Permanente N° 4160-96 Huaraz, 07/11/97; Sala Penal Permanente, Exp. N 5622 - 97 Piura, 11/05/98; Sala Penal Transitoria, Exp. N°4086-2001 Cajamarca, 03/09/02; Sala Penal Transitoria, Exp. N°975-04 San Martín, 09/06/04; Segunda Sala Penal Transitoria, Exp. N° 764-2004 Cusco, 16/02/05; Segunda Sala Penal Transitoria, Exp. N° 1523-2004 Cusco, 01/03/05; Sala Penal Transitoria, Exp. N° 3473-04 Cajamarca, 04/05/05; Sala Penal Transitoria Exp. N° 3285-2005 Cajamarca, 16/11/05; Sala Penal Permanente Exp. N° 3746-2005 Piura, 07/12/05; Sala Penal Permanente, Exp. N° 2174- 2005 Cajamarca, 26/04/06; Sala Penal Transitoria, Exp. N° 752-2006 Puno, 17/05/06; Sala Penal Permanente, Exp. N° 1836-2006 Amazonas, 04/07/06; Sala Penal Permanente, Exp. N° 625-2008 Amazonas, 21/04/08 (Instituto de Defensa Legal - Justicia Viva. «La facultad jurisdiccional de las rondas campesinas. Comentarios al Acuerdo Plenario de la Corte Suprema que reconoce facultades jurisdiccionales a las Rondas Campesinas». Lima 2010, pp. 117- 119).

⁴² CÁRDENAS KRENZ, Ronald: «Ejercicio de la función jurisdiccional por las comunidades campesinas y nativas». En: Gaceta Jurídica. *La Constitución Comentada*. Tomo II. Primera reimposición, Lima 2006, p. 710.

⁴³ PEÑA, Antonio. *Ob. Cit.*, p. 130. Asimismo es necesario puntualizar cómo en otras realidades como Colombia y quizás mucho más antes que en Perú se puso en discusión el tema de un derecho paralelo al formal estatal, al que denominan “alternativo”, término en el cual se engloba a lo que corresponde a las comunidades indígenas. Así lo hace ver Luís VILLAR BORDA cuando señala: “Mi tesis es, en síntesis, que entre mayor sea el grado de subdesarrollo sea económico, político o cultural) mayor será el grado de *ideologización* del derecho, tomando éste término en su expresión fuerte, esto es, de encubrimiento de la realidad, de radical diferencia entre las normas, en particular las de carácter constitucional, y los hechos y relaciones que pretenden regular. Por esta razón ha surgido el llamado *derecho alternativo*, o sea una normatividad paralela a la del estado que rige las relaciones de la sociedad en diferentes ámbitos: las zonas marginadas, los territorios bajo dominio de la guerrilla, los barrios suburbanos y principalmente las comunidades indígenas. Estas últimas con una larga historia anterior al propio descubrimiento de América y que apenas ahora comienzan a ser legalmente reconocidas. Hasta dónde ese derecho alternativo puede integrarse con las normas jurídicas stricto sensu es un debate abierto en toda Latinoamérica” (VILLAR BORDA, Luís. «Derechos Humanos: responsabilidad y multiculturalismo». Universidad Externado de Colombia. Bogotá 1998, p. 97).

mismo otorga o reconoce, los movimientos indígenas y populares, movilizan un modelo ético de la justicia en virtud del cual no sólo demandan el mero reconocimiento de derechos legales, sino también el derecho a vivir una vida digna”. Concreta la idea Debora POOLE señalando: “En el discurso neo-liberal “pluralidad” implica el reconocimiento y tolerancia de diferencias culturales y sociales basadas en identidades heredadas o biológicas). Con respecto al tema de la justicia, sin embargo, este modelo siempre esconde una jerarquía de poder en cuanto que es el Estado el que mantiene el poder de reconocer y subordinar) otros sistemas de justicia, acomodándolos a sus prioridades. En el caso peruano, este proceso de reconocimiento se ha fundamentado hasta el momento en un reconocimiento desigual a formas de vida y comunalidad que implican una valorización distinta del agua, de la tierra y de los recursos naturales”^{44 45}.

⁴⁴ Ejemplificativo del discurso neoliberal es el que toca a Fernando DE TRAZEGNIES quien al caracterizar a la postmodernidad como superación de los problemas de la modernidad señala: “Dado que se trata de una perspectiva que va más allá del sustrato de modernidad de todas las posiciones anteriores, debemos pensar que estamos ante una ruptura. Sin embargo, no debe por ello considerarse que se trata de “otra” tradición: modernidad y postmodernidad forman un continuum, en el que la segunda no sería posible sin la primera. Esta nueva fase organiza los elementos de la tradición occidental de manera nueva, crea otros e incluso ensancha esa tradición mediante la inserción de otras tradiciones antes separadas: en este sentido, la problemática y las antiguas culturas de los países del Tercer Mundo tendrán dentro de la postmodernidad el lugar que les había sido negado por la actitud colonizadora de la modernidad. Pero, a pesar de todos los afluentes que se incorporan al río desde regiones remotas, continúa siendo el río de la tradición occidental que tiene su origen en la concepción griega del hombre y del mundo. No es entonces una tradición diferente sino una explosión dentro de la tradición occidental” (DE TRAZEGNIES, Fernando. «El derecho civil ante la post-modernidad». En: *Derecho* N° 45. Facultad de Derecho/Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, diciembre 1991, p. 317). Igualmente SOBREVILLA: “¿Qué es lo que debemos hacer? ¿Volver a nuestras raíces originarias y cerrarnos a la cultura occidental por haber sido opresiva? ¿Renunciar a las culturas subalternas y desarrollarnos sólo en el sentido de tratar de seguir nuestro proceso de incorporación a la cultura occidental? En nuestra opinión ninguna de estas dos opciones extremas es la correcta sino que debemos seguir asumiendo la cultura occidental, pero de una manera crítica y creadora. En verdad, no podemos renunciar a la cultura occidental y a la modernidad que nos trae porque dicha cultura ha probado a través de sus realizaciones que sus soluciones a muchos problemas de la especie humana han sido sino superiores en todo caso más eficientes que las de otras culturas. Pero tampoco podemos renunciar a nuestras culturas originarias y a seguir impulsándolas, porque son parte de nosotros mismos, por lo que si renunciáramos a ellas nos condenaríamos a ser malas copias. Por otra parte, muchos aspectos de la cultura occidental son problemáticos o están directamente en crisis, de modo que al permanecer atendidos a nuestras otras fuentes culturales podríamos tener una perspectiva distinta para resolver los problemas que ha tratado de solucionar de una manera cuestionable la cultura occidental (...)” (SOBREVILLA ALCAZAR, David: «Globalización, modernidad y multiculturalismo». En: GARCÍA ZÁRATE, Óscar Augusto (Editor). *Actas del VIII Congreso Nacional de Filosofía. Filosofía, Globalización y Multiculturalidad*. Volumen I. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de de Letras y Ciencias humanas, Lima 2001, p.139).

⁴⁵ Resulta sugerente lo planteado por FERRAJOLI en cuanto a bosquejar cuatro posibles modelos de configuración jurídica de las diferencias, partiendo de distinguir a éstas últimas con las desigualdades. Así señala que las primeras tienen que ver con las identidades de las personas (lengua, etnia, religión, opiniones políticas, y la diferencia de sexo, a su parecer la de carácter originario e insuperable que la hace “la diferencia”) y las desigualdades tienen que ver con las discriminaciones y disparidades de condiciones sociales. Ferrajoli establece entonces cuatro modelos: 1)de la indiferencia jurídica de las diferencias 2)de la diferenciación jurídica de las diferencias 3)de la homologación jurídica de las diferencias 4)de la igual valoración jurídica de las diferencias. Finalmente, FERRAJOLI señala que este cuarto modelo es el que explica los incisos 1° y 2° del artículo 3 de la Constitución italiana explicándolo así: “La igualdad en los derechos fundamentales

Entonces con la anterior perspectiva y, en atención a que una visión de la justicia debe estar integrada en un proceso mayor de redistribución del poder, toca preguntarnos, cuál es la función de la judicatura en tanto propugnar la justicia intercultural y, consecuentemente, una justicia inclusiva⁴⁶.

La función asumida por la judicatura apunta a tomar partido por un concepto de justicia intercultural que implique un proceso y una meta. Como proceso se erige el diálogo y la coordinación entre la judicatura ordinaria y la comunal, que conlleva una igualdad entre ambas, resaltando una interculturalidad dinámica de retroalimentación entre culturas⁴⁷. Asimismo, propender la justicia intercultural para todas las personas y grupos y no sólo para los indígenas⁴⁸. Y como meta, la judicatura apunta a contribuir desde el Estado

resulta así configurada como el igual derecho de todos a la afirmación y a la tutela de la propia identidad, en virtud del igual valor asociado a todas las diferencias que hacen de cada persona un individuo diverso de todos los otros y de cada individuo una persona como todas las demás. Pero este igual derecho es, precisamente, una norma, destinada como todas las normas a ser violada en algún grado o medida. De ello se sigue que las diferentes identidades pueden ser reconocidas y valorizadas en la misma medida en que, partiendo no de la proclamación de su abstracta igualdad, sino del hecho de que pesan en las relaciones sociales como factores de desigualdad en violación de la norma sobre la igualdad, se piensen y elaboren no sólo las formulaciones normativas de los derechos sino también sus garantías de efectividad". FERRAJOLI, Luigi. «Derechos y garantías. La ley del más débil». Editorial Trotta, Séptima edición, Madrid 2010, pp.73-76).

⁴⁶ Como señala Rosember ARIZA SANTAMARÍA: "El hecho que no es centro de interés legislativo ni jurisprudencial es cómo lograr un ejercicio democrático de la justicia formal, mucho menos de la justicia informal, por ello se presenta a continuación una propuesta que permita el reconocimiento y aprendizaje de parte del derecho positivo respecto al acumulado del derecho profano como un derecho con contenido social y un elevado nivel democrático respecto al derecho formal (...)". Dentro de la propuesta señalado por el autor citado, plantea un aspecto central: "El punto de partida es lo colectivo, no lo general: recuperar el valor de lo comunitario como base de la convivencia social permite un mayor grado de participación en la justicia como un asunto público y de todos y todas". (ARIZA SANTAMARÍA, Rosember. «El derecho profano. Justicia Indígena, justicia informal y otras maneras de realizar lo justo». Universidad Externado de Colombia. Primera edición, octubre 2010, pp. 300,301.

⁴⁷ ARDITO señala: "A nivel de formalidad, a los funcionarios estatales les corresponde aceptar cierta flexibilidad y a los mecanismos comunitarios introducir niveles mínimos de formalidad que puedan permitir una mejor coordinación a los involucrados con la institucionalidad estatal. El diálogo entre las diversas instituciones podría redundar en mejorar la seguridad jurídica de la población" (ARDITO VEGA, Wilfredo. «La promoción del acceso a la justicia en las zonas rurales. Poder Judicial». Lima, octubre 2011, p. 226. Asimismo, de particular importancia resulta lo dicho por Peña Jumpa: "El problema mayor que se presenta en la coordinación de jueces de paz y magistrados profesionales con las autoridades comunales es respecto a casos complejos que ponen en discusión, de un lado, el ámbito territorial de la jurisdicción de las Comunidades Andinas y Amazónicas y, de otro lado, la transgresión de Derechos Fundamentales bajo percepciones o concepciones culturales diferentes. En términos sencillos se tratarían de casos bajo conflicto de competencia de ambos sistemas de resolución. ¿Quién debía resolver este conflicto de competencias? Tratándose de dos jurisdicciones constitucionales, es la coordinación de ambas bajo un diálogo intercultural el mejor medio de resolución" (PEÑA JUMPA, Antonio. «La jurisdicción especial de las comunidades campesinas y nativas en la Constitución Política del Perú». En: *Libro Homenaje al Profesor José Hurtado Pozo. El Penalista de Dos Mundos*. IDEMSA, Lima 2013, pp. 937-938).

⁴⁸ Dibos señala: "(...) hay un abismo entre los discursos y enfoques cercanos a la versión más comprehensiva de interculturalidad, por un lado, y la práctica real del Estado (y de la sociedad en su conjunto) por otro. Es decir, los objetivos de un proyecto ético y político basado en un enfoque más comprensivo de interculturalidad requiere o implica que las políticas interculturales trasciendan el sector educación y se conviertan en relevantes y centrales para todos los sectores del Estado así como para todas las personas y

a finalizar con ese discurso de la dominación que tiene como principal aspecto, concebir que en una sociedad hay solo una cultura dominante y otras subordinadas per se, lo cual no es aceptable; por el contrario, la convivencia creativa de culturas es una meta o utopía que la judicatura debe contribuir desde su perspectiva, cumpliendo lo que ARGUEDAS planteó para nuestro país como un país de “todas las sangres”^{49 50}.

grupos en el país (no sólo indígenas)”DIBÓS GÁLVEZ, Alexandra. «¿Entre el ser y la nada? Interculturalidad en la política pública peruana»; p.10).

⁴⁹ Particularmente interesante resulta lo dicho por CARBONELL en tanto expresa que: “Quizá la misión principal que tienen frente a sí las sociedades democráticas en las que conviven diversas naciones y nacionalidades sigue siendo la muy básica de lograr una cierta homogeneidad social, entendiendo por ella no la posibilidad de arrasar con todas las diferencias, sino el establecimiento de un orden social que permita a todos los miembros de la comunidad el gozo de los derechos vinculados con la satisfacción de sus bienes básicos (...) A partir del aseguramiento de esos bienes básicos se pueden explorar algunas modalidades de los derechos culturalmente diferenciados como las que ya se han mencionado más arriba”(CARBONELL, Miguel. «Problemas constitucionales del multiculturalismo». Fundap, Primera edición, Santiago de Querétaro 2002, pp. 81-82).

⁵⁰ La exigencia de reconocer la diversidad cultural. Así: “La ausencia del Estado no sólo es material sino política en muchos espacios de la vida peruana. No existe una política lingüística ni cultural de alcance nacional que abarque lo educativo y lo judicial. Esta ausencia, ciertamente, puede llevar a los reformadores judiciales a convertirse en irresponsables lazarillos de un ciego que lo es porque ni siquiera quiere abrir los ojos para mirarse a sí mismo. Es cierto que la tarea no es fácil y que la solución puede ser compleja, pero la marginación y la indiferencia ya sabemos que son las peores vías”. (BERNALES BALLESTEROS, Enrique y Antonio RUÍZ BALLÓN. «La pluralidad cultural en la Constitución peruana de 1993». En.: «Derecho penal y pluralidad cultural. Anuario de Derecho Penal 2006». José HURTADO POZO (Director). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú - Universidad de Friburgo. Suiza, Lima 2007, p. 39).

LA REPARACIÓN CIVIL POR DAÑO MORAL EN LOS DELITOS DE PELIGRO CONCRETO

FLOR DE MARÍA MADELAINE POMA VALDIVIESO*

Resumen

El presente artículo analiza la viabilidad de que el Juez Penal imponga como sanción jurídico-penal una reparación civil por daño moral en los delitos de peligro concreto. Para ello, se examina los postulados de la responsabilidad civil hasta llegar al estudio de los delitos de peligro concreto. Finalmente, se concluye con algunos criterios que permitirían determinar el quantum del daño moral.

Palabras clave: Reparación civil - Daño moral - Delitos de peligro - Cuantificación del daño moral.

Abstract

This article analyzes whether it is feasible for a Criminal Judge to dictate a civil redress, as a legal and criminal punishment, for moral damages in specific crimes of endangerment. To this effect, hypotheses of civil liability and the specific crimes of endangerment are examined, concluding with a few criteria that will allow us to determine the quantum of the compensation for moral damages.

Key words: Civil Redress - Moral Damages - Crimes of Endangerment - Quantification of moral damages.

Sumario

1.- Introducción. 2.- Nociones preliminares. 3.- Concepto de Reparación Civil. 4.- El daño como elemento configurador de la Reparación Civil. 5.- Concepto de "Daño moral". 6.- Naturaleza de la reparación del daño moral. 7.- El "daño moral" en la legislación peruana. 8.- El daño moral y la reparación civil derivada del delito. 9.- Clasificación de los tipos penales. 10.- Delitos de lesión y delitos de peligro. 11.- Noción de peligro. 12.- La reparación civil por daño moral en los delitos de peligro. 13.- La Reparación civil por daño moral en los delitos de peligro concreto. 14.- Cuantificación del daño moral. 15.- Conclusiones.

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

1. INTRODUCCIÓN

La determinación de la reparación civil (por lucro cesante, daño emergente y/o daño moral) en los procesos penales es uno de los aspectos menos desarrollados en las resoluciones judiciales, pues carece de una idónea fundamentación y debida motivación. Asimismo, otro terreno aún no explorado en la dogmática penal lo constituye la reparación civil por daño moral, máxime cuando su cuantificación resulta dificultosa para el juzgador al momento de imponer una sanción indemnizatoria. No obstante, a efectos del presente trabajo de investigación, hemos decidido analizar si resulta viable fijar una reparación civil por daño moral en los delitos de peligro concreto, en razón al Acuerdo Plenario N° 6-2006/CJ-116, el mismo que señala que sí resulta viable la fijación de reparación civil en los delitos de peligro.

2. NOCIONES PRELIMINARES

La reparación civil es una de las consecuencias jurídicas del delito, que se le impone –conjuntamente con la pena– a la persona que se encuentra responsable de la comisión de un delito. Si bien no es una consecuencia jurídica indispensable al momento de imponerse una pena, sí configura un mecanismo de satisfacción de intereses de la víctima, cuando se aprecie la existencia de un daño¹; en ese sentido, cabe mencionar que la reparación civil no siempre se determina con la pena, pues ésta solo requiere de la existencia de una conducta típica, antijurídica y culpable, mientras que la reparación civil exige la constatación de un daño². Asimismo, como institución jurídica se constituye como el punto de conexión entre el Derecho penal y el Derecho civil, ya que de esta manera se aprecia la doble acción de las consecuencias jurídicas del delito: pena y reparación; en otros términos, una consecuencia jurídica dirigida a restablecer la paz en la sociedad (pena) y otra dirigida a reparar el daño ocasionado a la víctima (reparación civil)³.

¹ Es necesario dejar en claro que, la reparación civil no siempre se determina con la pena, pues no toda sentencia condenatoria que acaba imponiendo una sanción penal (pena o medida de seguridad), supone que se halla producido de manera efectiva un daño, que es el presupuesto básico para la fijación de la reparación civil.

² En términos del penalista colombiano Fernando VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, “El hecho punible origina no solo consecuencias de orden penal sino también civil, por lo cual –en principio– toda persona que realice una conducta típica, antijurídica y culpable, trátase de imputable o inimputable, debe restituir las cosas al estado en que se encontraban en el momento anterior a la comisión del ilícito, cuando ello fuere posible, y resarcir los daños o perjuicios ocasionados al perjudicado; nace de esta manera la responsabilidad civil derivada del hecho punible”. Vid. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho penal. Parte general*. Bogotá: Editorial Temis, 1997, p. 774

³ Vid. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. “Naturaleza jurídica de la reparación civil *ex delicto*”. *Gaceta Penal & Procesal Penal*. 2010. N° 9, p. 74: “La justicia penal ampara también el interés de la víctima (el agraviado u ofendido) con la “reparación civil” de los efectos perjudiciales de la conducta criminal. Esto se explica

3. CONCEPTO DE REPARACIÓN CIVIL

Al responsable penal de un delito no sólo el Magistrado le impone una pena como consecuencia jurídica, sino también un monto de reparación civil siempre que el agraviado haya sufrido un daño, perjuicio o menoscabo. Por ello, mediante la reparación civil se busca resarcir el daño ocasionado a la víctima, en razón de restituirle al status anterior al desarrollo del suceso delictivo⁴. Por lo que se puede entender que la reparación civil tiene como finalidad colocar a la víctima en una posición lo más parecida posible a la que tenía antes de que se produjera el daño⁵. Como lo señaló Carlos FONTÁN BALESTRA, “El daño causado por el delito puede distinguirse, por lo común, en público y privado. El primero se traduce en la alarma social que el hecho delictuoso provoca; el segundo es el perjuicio o daño causado a las particulares víctimas del delito o a las personas a quienes las leyes reconocen el carácter de damnificados. El daño público o colectivo determina la aplicación de las medidas específicas del Derecho Penal, en primer lugar, la pena; el daño privado motiva también el resarcimiento de ese daño que se persigue con la acción civil”⁶. De esta manera, el daño público se encuentra compensado a través de la imposición de una pena al autor de un delito, mientras que el daño privado se compensa mediante la imposición de una obligación jurídica de reparar el daño ocasionado. En esta última encuentra su lugar la reparación civil o la responsabilidad civil derivada del delito⁷.

porque, como anota Raúl PEÑA CABRERA, el hecho delictivo, además de ser un ilícito penal constituye un ilícito civil, aunque no siempre es así”.

⁴ VIDAL LA ROSA SÁNCHEZ, María Delfina. “La reparación civil *ex delicto* en los delitos de peligro abstracto”. *Ágora. Revista de Derecho*. 2007-2008. Años IV-VI, No. 7 y 8, p. 274: “El responsable penal de un delito se le impone el cumplimiento de una pena proporcionada al mismo y destinada a fines colectivos y/o estatales, como son la finalidad preventivo-general y especial. En cambio, esa relación de carácter imperativo entre el Estado y el responsable penal no es la que caracteriza a la responsabilidad civil derivada del delito, aunque también se declare en la sentencia y sea exigible ejecutoriamente. En efecto, mientras que con la pena el responsable penal responde frente al Estado y la colectividad, con la responsabilidad civil se pretende, a grandes rasgos, reparar o compensar los efectos que el delito ha tenido sobre la víctima o los perjudicados por el mismo”.

⁵ ZAMORA BARBOZA, Juan Rodolfo. “La determinación judicial de la reparación civil”. *Actualidad Jurídica*. Marzo. 2009. N° 184, p. 145.

⁶ FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Derecho penal. Introducción y Parte General*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 657 y ss. En el mismo sentido, Alfredo ETCHEBERRY señala que “El derecho penal se ocupa esencialmente de los requisitos y circunstancias que justifican la imposición de penas, esto es, de sanciones que significan una pérdida o disminución de derechos individuales para el transgresor de una norma. Estas sanciones se imponen por la especial gravedad que la ley atribuye a determinadas infracciones, que la lleva a conminar la transgresión con la reacción más severa que el derecho contempla. Otras normas, en cambio, llevan aparejadas otras sanciones, menos graves, para el caso de transgresión. En tales casos, por lo general la infracción solamente acarrea el cumplimiento forzado de lo incumplido y la reparación de los perjuicios que este incumplimiento haya producido a otro. La finalidad de estas sanciones es el restablecimiento de una situación existente con anterioridad o la creación de una situación nueva de conformidad con lo que la ley ordenaba”. Vid. ETCHEBERRY, Alfredo. «Derecho Penal. Parte General». Tomo Segundo. Carlos E. Gibbs A., Editor, Santiago de Chile, 1964, p. 261.

⁷ En palabras de Francisco MUÑOZ CONDE se tiene que “al responsable penal de un delito se le impone el cumplimiento de una pena proporcionada al mismo y destinada a fines colectivos y/o estatales, como será

El penalista peruano REYNA ALFARO ha señalado que “La realización de un hecho punible genera no sólo consecuencias jurídico-penales en el autor del hecho (penas o medidas de seguridad), sino también consecuencias jurídico-civiles que se conocen comúnmente como reparación civil”⁸, mientras que, por su parte, Alonso PEÑA CABRERA refiere que “La reparación civil de las consecuencias perjudiciales del hecho punible tiene que ver con la necesidad de reparar, resarcir aquellos daños causados de forma antijurídica y no con ejercer una comunicación disuasiva a los comunitarios ni con rehabilitar a quien incurrió en el delito, máxime, si la responsabilidad civil puede recaer sobre personas (naturales o jurídicas) que intervinieron en la infracción”⁹.

El civilista peruano Juan ESPINOZA ESPINOZA define a la reparación civil como “la obligación que se le impone al dañante (una vez acreditado que se ha configurado un supuesto de responsabilidad civil) en beneficio del dañado, consistente, bien en una prestación de dar una suma dineraria (indemnización por equivalente) o en una prestación de hacer o de no hacer (indemnización específica o in natura). Sin embargo estas prestaciones no son excluyentes entre sí”¹⁰.

La jurisprudencia nacional ha establecido que “la reparación civil comprende el daño causado por el delito, así como el daño emergente y el lucro cesante. (...) la comisión de todo delito acarrea como consecuencia no sólo la imposición de una pena, sino también da lugar al surgimiento de la responsabilidad civil por parte del autor, es por ello que en aquellos casos en que la conducta del agente ocasione un daño reparable, corresponde fijar junto con la pena el monto de la reparación civil”¹¹. En ese sentido, SILVA SÁNCHEZ señala que “la reparación civil tiene como fundamento el *daño* y no la configuración de la conducta, es transmisible *mortis causa* y es asegurable”¹².

la finalidad preventivo general y especial. En cambio, en la relación de carácter imperativo entre el Estado y el responsable penal no es la que caracteriza a la responsabilidad civil derivada del delito, aunque también se declare en la sentencia y sea exigible ejecutoriamente; en efecto, mientras que con la pena, el responsable penal responde frente al Estado y la colectividad, con la responsabilidad civil se pretende, a grandes rasgos, reparar o compensar los efectos que el delito ha tenido sobre la víctima o los perjudicados por el mismo”. Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes GARCÍA ARÁN. «Derecho Penal. Parte General». Tirant lo Blanch, 2º edición, Valencia, 1996, p. 617-618.

⁸ REYNA ALFARO, Luis Miguel. «Estudio final: la víctima en el sistema penal». En: REYNA ALFARO, Luis Miguel (Coord.). *La víctima en el sistema penal. Dogmática, proceso y política criminal*. Lima: Editorial Jurídica Grijley, 2006., p.147.

⁹ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. «Naturaleza jurídica de la reparación civil *ex delicto*». *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 2010, N° 9, p. 82.

¹⁰ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. «Derecho de la Responsabilidad Civil». Lima: *Gaceta Jurídica*, 2006, p. 277.

¹¹ Vid. Sentencia de la Primera Sala Penal de Apelaciones de La Libertad, recaída en el Exp. N° 411-2008, de fecha once de setiembre del año dos mil ocho, fundamentos jurídicos 5 y 6.

¹² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. «Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de “reparación”». En: REYNA ALFARO, Luis Miguel (Coord.). *Victimología y Victimodogmática. Una aproximación al estudio de la*

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que “la institución de la reparación civil tiene como objeto, reparar o compensar los efectos que el delito ha tenido sobre la víctima o perjudicados, reconociéndose en la dogmática jurídico-penal que los hechos que constituyen delito penal merecen la aplicación de una pena, puesto que estos hechos pueden causar un daño (...), decimos que son fuentes de responsabilidad civil, estos son por tanto casos de responsabilidad civil derivada del ilícito penal, por ende no tiene fundamento la responsabilidad en el delito sino en el daño ocasionado a la víctima, existiendo acuerdo mayoritario en la doctrina sobre su naturaleza civil y no penal de responsabilidad civil ex delito, consecuentemente para fijarlo el colegiado debió analizar el grado del daño ocasionado, debiendo guardar proporción con la entidad de los bienes jurídicos que se afectan; por lo que en el caso de autos amerita aumentar la reparación civil”¹³.

Finalmente, apreciamos que la reparación civil es aquella consecuencia jurídica que se impone –conjuntamente con la pena– a la persona que, en calidad de autor o partícipe, cometió un delito¹⁴. En otras palabras, la reparación civil es la responsabilidad civil atribuida al acto de un delito, por lo que éste deberá responder por las consecuencias económicas de su conducta.

4. EL DAÑO COMO ELEMENTO CONFIGURADOR DE LA REPARACIÓN CIVIL

El análisis de los elementos de la Responsabilidad Civil nos permitirá apreciar la viabilidad de la imposición de la reparación civil por el delito cometido. El elemento más importante de la Responsabilidad Civil es el “daño”, pues la existencia de éste permite el posterior análisis de los elementos restantes que configuran la Responsabilidad Civil. Es decir, la existencia de Responsabilidad

Víctima en el Derecho Penal. ARA Editores, Lima 2003, p. 309 y ss.: “La reparación en la que puede expresarse la orientación de la víctima actual en el Derecho penal ha de fundarse necesariamente en la gravedad de la conducta y del tipo subjetivo; en cambio, es perfectamente concebible su imposición en casos de ausencia de daño (...) La reparación no constituye, pues, un nuevo fin del Derecho penal, sino que es asumida por éste en tanto en cuanto contribuye al cumplimiento de los fines tradicionales del Derecho penal”.

¹³ Vid. TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. «Diccionario de Jurisprudencia Civil». Lima: Editora Jurídica Grijley, 2008, p. 678.

¹⁴ En palabras de SILVA SÁNCHEZ: “La reparación puede expresar, ciertamente, en determinados casos, el reconocimiento y consiguiente estabilización de la norma vulnerada suficientes para producir el efecto de confianza de la colectividad en el funcionamiento del Ordenamiento jurídico. La cuestión es, de nuevo aquí, que la reparación, con su prioritaria orientación a la víctima actual, no desborde los límites en que puede cumplir razonablemente tal misión estabilizadora para entrar en terrenos en los que se desencadenaría la desestabilización y la desconfianza. De nuevo se produciría en tal caso un sacrificio de la víctima potencial a favor de la víctima actual”. Vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de “reparación”. En: REYNA ALFARO, Luis Miguel (Coord.). *Victimología y Victimodogmática. Una aproximación al estudio de la Víctima en el Derecho Penal*. Lima: ARA Editores, 2003, p. 303.

Civil respecto a un hecho ilícito, permite al juzgador imponer la reparación civil correspondiente.

En ese sentido, uno de los elementos que configura la Reparación Civil es el daño ocasionado a otra persona o la infracción normativa que se realiza a un acuerdo voluntario de partes¹⁵. Así, siguiendo las enseñanzas de Karl LARENZ, podría definirse al “daño” como aquel “menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o patrimonio”¹⁶.

Esta vulneración o infracción al derecho puede afectar dos modalidades de derechos: derechos patrimoniales y derechos extrapatrimoniales. Cuando se vulneran derechos patrimoniales se está vulnerando todos aquellos bienes que otorgan un beneficio económico a su titular, generándose así la institución jurídica denominada *responsabilidad civil contractual*; mientras que cuando se vulneran derechos inherentes a la personalidad, como el derecho a la integridad física y el honor, se estaría violentando derechos extrapatrimoniales, permitiendo la configuración de la institución jurídica denominada *responsabilidad civil extracontractual*.

Por estos motivos, el **Tribunal Constitucional** ha determinado que “Cuando el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, se habla en términos doctrinarios de *responsabilidad civil contractual*, y dentro de la terminología del código Civil Peruano de *responsabilidad derivada de la inejecución de obligaciones*. Por el contrario, cuando el daño se produce sin que exista ninguna relación jurídica previa entre las partes, o incluso existiendo ella, el daño es consecuencia, no del incumplimiento de una obligación voluntaria, sino simplemente del *deber jurídico genérico de no causar daño a otro*, nos encontramos en el ámbito de la denominada “responsabilidad civil extracontractual”¹⁷.

¹⁵ “La noción jurídica de daño se configura en términos de daño injusto; el daño así entendido es necesariamente elemento del ilícito porque el elemento en cuanto tal comporta la lesión de un interés tutelado; el daño debe ser causalmente vinculado al comportamiento del agente o a la actividad del responsable; y se puede hacer empleo del nexo causal para seleccionar los daños resarcibles”. Vid: VALDERRAMA MOYA, Karina Haydee. “Fundamentos para la cuantificación del Daño Moral”. *Revista ESDEN*. 2007. Año: 1, No. 2, p. 185.

¹⁶ Derecho de obligaciones, versión española de J. SANTOS BRIZ, Tomo I, pág. 193. Siguiendo lo estipulado por nuestra jurisprudencia, tenemos que “[E]l daño es toda lesión, disminución o menoscabo sufrido en un bien jurídico, entendiéndose por tales no solo los objetivos susceptibles de ser evaluados pecuniariamente, sino también los bienes que por no tener una traducción adecuada en dinero, escapan a la esfera del patrimonio. Esos bienes no patrimoniales son de naturaleza especial, y forman en su conjunto lo que la persona es: la vida, la salud, la integridad física, el honor, la libertad, etc”. Vid. Casación No. 3973-2006-Lima. 13 de diciembre de 2006.

¹⁷ STC N° 00001-2005-AI, segundo párrafo del fundamento jurídico 17.

En el marco de la responsabilidad civil extracontractual encontramos el *daño moral* y el *daño a la persona*, como instituciones dirigidas a compensar el daño ocasionado al vulnerar la norma genérica del *neminem laedere* (no dañar a otro), conforme lo reconoce el artículo 1985° del Código Civil¹⁸.

5. CONCEPTO DE “DAÑO MORAL”

Una de las definiciones más complicadas en el ámbito de la Responsabilidad civil es el referido al “daño moral”, pues su definición entregaría las nociones básicas y elementales para lograr la cuantificación de su compensación. Por ello MÉNDEZ ROZO señala que “Ese daño moral debe ser cuantificado para reparar de forma total y eficiente al individuo vulnerado y así, permitir que el camino jurídico de las normas, se desenvuelva de forma natural y evolutiva”¹⁹.

Por estas consideraciones, se define al “daño moral” como aquella “modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer, o sentir, que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquél en que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial”²⁰.

Por su parte el jurista español DÍEZ-PICAZO señala que “el denominado daño moral debe reducirse al sufrimiento o perturbación de carácter psicofísico en el ámbito de la persona”²¹, señalando así al sufrimiento y a la perturbación psíquica y física de la persona como elementos constitutivos del daño moral.

La jurisprudencia peruana define esta institución como “el daño no patrimonial inferido en derechos de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica; en cuanto a sus efectos, es susceptible de producir una pérdida pecuniaria y una afectación espiritual”²².

¹⁸ “[El] citado artículo 1985° del Código Civil contempla como daño no patrimonial el daño a la persona y el daño moral, entendiéndose por el primero de ellos el que se configura como una afectación de los derechos de la personalidad; y el segundo, como el dolor o la angustia que experimenta una persona a causa de un evento dañoso, existiendo entre ambos conceptos una relación de género a especie, según lo ha destacado el doctor Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, en cuanto ha sostenido que el daño moral, dentro de su concepción dominante de dolor o sufrimiento, constituye un aspecto del daño a la persona”. Vid. Casación No. 1545-3006-Piura; Sala Civil de la Corte Suprema, Lima, 14 de noviembre de 2006.

¹⁹ MÉNDEZ ROZO, Diana Cecilia. “El daño moral como límite a la libertad de prensa (Reflexiones desde el Derecho colombiano y el Derecho comparado)”. REDUR. 1999. Diciembre. No. 7, p. 86.

²⁰ VALDERRAMA MOYA, Karina Haydee. “Fundamentos para la cuantificación del Daño Moral”. Revista ESDEN. 2007. Agosto/Octubre, Año: 1, No. 2, p. 185.

²¹ DÍEZ- PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Derecho de daños*. Madrid: Editorial Civitas, 2000, p. 328.

²² Casación No. 1070-95-Arequipa, Sala Civil de la Corte Suprema, 13 de julio de 1998. En palabras del jurista peruano OSTERLING PARODI, “El daño moral es el daño no patrimonial; es el inferido en derechos de la

En palabras de MÉNDEZ ROZO, en la jurisprudencia colombiana definen al “daño moral” como “el integrante de la lesión que padece la víctima, está concebido como el dolor humano o sufrimiento que ésta experimenta y que dada su naturaleza corresponde al mundo de la sensibilidad espiritual y mantiene relación directa con la dignidad del ser humano”²³.

De esta manera, puede apreciarse que el “daño moral” tiene un elemento netamente subjetivo²⁴, es decir, que su fundamento se encuentra en aquel daño que logra ocasionar un menoscabo en su integridad psíquica; por lo que, sus efectos dependerían de los diversos estados psicológicos del sujeto, pues este tipo de daño se encuentra en proporción directa con la parte afectiva del ser humano²⁵.

Sin embargo, resulta interesante el concepto elaborado por el jurista chileno Marcelo MONTERO, quien determina que “podemos entender por daño moral cualquier interferencia no consentida, ilegal o arbitraria, en el plan de vida de una persona o en el desarrollo institucional de una persona jurídica”²⁶.

6. NATURALEZA DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL

Existen tres vertientes que pretenden explicar la naturaleza del “daño moral”: a) la tesis punitiva; b) la tesis resarcitoria; y, c) la tesis mixta. La primera de estas tesis, refiere que la reparación del “daño moral” constituye una sanción al ofensor y considera que “los derechos así lesionados tienen una naturaleza ideal no susceptibles de valoración pecuniaria y, por ello, no son resarcibles: lo que mira en realidad la condena, no es la satisfacción de la víctima, sino el castigo del autor, los daños e intereses no tienen carácter resarcitorios sino ejemplar”²⁷.

De otra parte, **la tesis resarcitoria** considera que la reparación del “daño moral” cumple con la función de satisfacción de la responsabilidad civil,

persona o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica, (...) y, en cuanto a sus efectos, son susceptibles de producir una pérdida pecuniaria, o son morales strictu sensu, cuando el daño se refiere a lo estrictamente espiritual”. Vid. OSTERLING PARODI, Felipe. *Tratado de Obligaciones*. Lima: Gaceta Jurídica, 2005, p. 292.

²³ MÉNDEZ ROZO, Diana Cecilia. Op. cit., p. 87.

²⁴ “El dolor, la pena, la angustia, la inseguridad, etc., son solo elementos que permiten aquilatar la entidad objetiva del daño moral padecido, el que se produce en un solo acto o en varios, pero que una vez presentados en el contexto fáctico ya son susceptibles de indemnizarse, es decir, de reparación indirecta con dinero”. Vid. Casación No.959-95-Arequipa, 18 de diciembre de 1997.

²⁵ MÉNDEZ ROZO, Diana Cecilia. Op. cit., p. 88.

²⁶ MONTERO, Marcelo. “Responsabilidad Civil y daño moral”. *Apuntes de Derecho*. Setiembre. 2001. N° 8, p. 23.

²⁷ VIELMA MENDOZA, Yoleida. “Discusiones en torno a la reparación del daño moral”. *Dikaiosyne*. 2006. No. 16. Revista de filosofía práctica, p. 147.

siendo que “proporcionar al lesionado o perjudicado una satisfacción por la aflicción y la ofensa que se le causó, que le otorgue no ciertamente una indemnización propiamente dicha o un equivalente mensurable por la pérdida de su tranquilidad y placer de vivir, pero sí una cierta compensación por la ofensa sufrida y por la injusticia contra él personalmente cometida”²⁸.

Finalmente, **la tesis mixta** plantea que “La reparación del daño moral puede revestir y reviste comúnmente, el doble carácter de resarcitorio para la víctima y de sanción para el agente del ilícito que se atribuye”²⁹. De esta manera, se aprecia que la reparación del “daño moral” presenta una naturaleza doble, dependiendo de la persona que reciba los efectos de la reparación.

Asimismo, siguiendo lo anotado por MÉNDEZ ROZO, **el daño moral** puede ser reparado de dos maneras: reparación in natura o específica, y resarcimiento pecuniario. Desde la perspectiva de la reparación in natura, ésta se refiere a restituir el estado que el sujeto tenía antes de la comisión del daño. Si bien parece poco verosímil esta posición, se considera que para casos de información que emite la prensa, ésta puede resarcirse a través de un comunicado expresando la corrección de su error; en otras palabras, este tipo de restitución consiste en volver las cosas al estado anterior al acto dañoso, consistiendo en una obligación de hacer. Asimismo, el resarcimiento pecuniario se intenta conseguir, en mayor o menor medida, sustituir el bien dañado por su valor monetario³⁰, consistiendo en el pago de una suma de dinero que represente simbólicamente el valor del daño experimentado, constituyéndose como una obligación de dar.

7. EL “DAÑO MORAL” EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

En el Código Civil de 1852 se ignoraba la existencia de esta institución debido a la influencia francesa del Code de Napoléon, ya que en ésta el Derecho Civil está orientado a la reparación; sin embargo, se aprecia en el artículo 2202 que

²⁸ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*, Traducción de J. Santos Briz. Madrid: Revista de derecho Privado, 1959, pp. 642 y ss.

²⁹ “La reparación cumple, entonces, una función de justicia correctiva o sinalagmática, que conjuga o sintetiza a la vez la naturaleza resarcitoria de la indemnización del daño moral para la víctima (entidad del bien jurídico lesionado, su posición social, la repercusión del daño en su ser existencial individual o personal y también de relación intersubjetiva, etc.) y la naturaleza punitiva o sancionatoria de la reparación para el agente del daño (su mayor deber de prever las consecuencias del hecho ilícito, su situación económica, el factor de atribución de responsabilidad, etc)”. Vid. VIELMA MENDOZA, Yoleida. “Discusiones en torno a la reparación del daño moral”. *Dikaosyne*. 2006. No. 16. Revista de filosofía práctica, pp. 149-150.

³⁰ “Desde el punto de vista de la víctima, la indemnización debe ser suficiente, compensatoria, no instituir diferencias irritantes e irreales con montos indemnizatorios para víctimas de daños similares; y lograr que su pago sea en forma más o menos inmediata”. Vid. MÉNDEZ ROZO, Diana Cecilia. Op. cit., pp. 101-102.

el legislador señala que “En caso de injurias, tiene derecho el que las recibe a pedir una indemnización proporcionada a la injuria”, el mismo que podría entenderse como una forma originaria de indemnización por daño moral³¹.

No obstante, en el Código Civil de 1936, se logra reconocer el “daño moral” como institución jurídica en su artículo 1148°, al señalar que “al fijar el Juez la indemnización, puede tomar en consideración el daño moral irrogado a la víctima”, logrando su aparición en nuestro ordenamiento jurídico. Asimismo, en la Exposición de Motivos del Libro Quinto del Proyecto del Código Civil de 1936 los legisladores manifestaron: “No es preciso [...] que el daño sea material o patrimonial. Puede tratarse de verdaderos detrimentos morales que se traducen en dolores o menoscabos de ciertos bienes inmateriales. No nos han parecido bastantes las observaciones relativas al carácter pasajero de estas situaciones, ni las dificultades invocadas para relacionar los daños morales y las indemnizaciones. A través de estas y de otras observaciones, la institución se ha instalado en los Códigos modernos y tiene su desarrollo en la jurisprudencia de los tribunales. La actitud prudente de nuestra formulación puede ser notada en el hecho de bienes atribuido al juez la facultad de influenciar la indemnización por el factor moral que hubiere intervenido. Por este medio la jurisprudencia estará habilitada a reparar o a satisfacer todos los intereses respetables. Habrán casos sin duda en los que la solución indicada sea la de dar satisfacción a los sentimientos de la persona humana, o al perjuicio de ciertos aspectos de los bienes no materiales”³².

El daño moral se encuentra regulado en nuestro Ordenamiento jurídico civil vigente, tanto en las normas correspondientes a la responsabilidad contractual como a las normas de la responsabilidad extracontractual. Para su inclusión en el Código Civil actual se dieron las razones: “De un lado, el hecho de que, aun cuando se trate de una reminiscencia de sentimientos primitivos de venganza, un país tiene que darse un Código a su medida, y si en el Perú la víctima de un “daño moral” espera que se imponga una indemnización al culpable, es necesario que el Derecho atienda de alguna manera esta necesidad

³¹ DE TRAZEGNIES, Fernando. *La Responsabilidad Extracontractual*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988, p. 101.

³² Vid. LEÓN, Lyesser. «Funcionalidad del “daño moral” e inutilidad del “daño a la persona” en el derecho civil peruano”. *Diké. Portal de Información y Opinión Legal de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. Disponible en Internet: http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ_art57.PDF Asimismo, DE TRAZEGNIES, Fernando. *La Responsabilidad Extracontractual*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988, p. 101.: “El Código Civil de 1936 reconoce el daño moral extracontractual en su artículo 1148, pero tímidamente: se limita a señalar que el juez “puede” tomar en consideración el daño moral. A su vez, con el mismo carácter facultativo para el juez, lo autoriza a fijar una indemnización por daño moral en los casos de ruptura de sponsales (artículo 79). Nada se dice sobre daño moral en relación con la responsabilidad contractual”.

psicológica. De otro lado, a veces el **daño moral** sirve para indemnizar aquello que la doctrina ha denominado “daños patrimoniales indirectos”, es decir, aquellos daños que, siendo económicos, son difícilmente valorizables: el demandante no puede probar su monto preciso³³.

Asimismo, desde la perspectiva de la responsabilidad contractual, encontramos el artículo 1322° del C.C. referido a la “Indemnización por daño moral” en la que se lee: “El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento”, señalando expresamente la existencia de daño moral en la vulneración de los derechos patrimoniales.

Finalmente, y de manera más específica, el artículo 1984° del C.C. establece que “El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia”, configurando así su estrecha relación con la vulneración de los derechos extrapatrimoniales, referidos a la responsabilidad extracontractual.

8. EL DAÑO MORAL Y LA REPARACIÓN CIVIL DERIVADA DEL DELITO

La reparación del daño moral ocasionado en el agraviado y/o perjudicado no solo es viable en el ámbito del Derecho civil, sino también es factible en el ámbito del Derecho penal. El fundamento de esta institución jurídica es diferente en ambas ramas del Derecho, pues mientras en el Derecho civil surge por la infracción de una norma jurídica, en el Derecho penal –según la doctrina mayoritaria– se requiere la comisión y existencia de un hecho típico penalmente para que éste sea merecedor de una reparación civil.

No obstante, siguiendo al civilista peruano Leysser LEÓN comprendemos que “Para el caso del daño moral, se ha sostenido que la función de la responsabilidad civil es más bien aflictivo-consolatoria, mitigadora del sufrimiento, debido a la imposibilidad de “reparar” éste, en sentido estricto: “La función eminentemente aflictivo-consolatoria del resarcimiento del daño extrapatrimonial queda así configurada como una manifestación de la función satisfactoria de la responsabilidad civil desde una perspectiva diádica, en detrimento de la afirmación de una función reparatoria de aquél”³⁴.

³³ DE TRAZEGNIES, Fernando. «La Responsabilidad Extracontractual». Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 1988, p. 107.

³⁴ Vid. LEÓN, Leysser. “Funcionalidad del “daño moral” e inutilidad del “daño a la persona” en el derecho civil peruano”. *Diké. Portal de Información y Opinión Legal de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. Disponible en Internet: http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ_art57.PDF. Asimismo, siguiendo a Adolfo Di MAJO

De esta manera, para conocer la viabilidad de la existencia de una reparación civil por “daño moral” en la comisión de un delito consideramos necesario revisar los diversos tipos penales que describen los elementos normativos que constituyen la existencia de un delito.

9. CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS PENALES

En la doctrina especializada encontramos que los tipos penales se clasifican según *su estructura* (tipo básico y tipos derivados), por su *relación entre la acción y el objeto de la acción* (tipos de resultado y tipos de mera actividad), por *el daño del objeto de la acción* (tipos de lesión y tipos de peligro, ya sea concreto o abstracto), por *las formas básicas de comportamiento* (tipos de comisión y tipos de omisión), por *el número de bienes jurídicos protegidos* (tipos monofensivos y plurifensivos), por *el número de agentes* (tipos individuales y tipos colectivos), por *las características del agente* (tipos comunes y tipos especiales)³⁵.

La primera clasificación hace referencia al dispositivo legal genérico y al derivado, es decir, a aquel tipo penal que describe la acción (Artículo 188° del C.P.) y a aquel tipo penal que señala las acciones o circunstancias que agravan la acción (Artículo 189° del C.C.); asimismo, la segunda clasificación se refiere a la consumación y grados de consumación del delito. También encontramos que los tipos penales se clasifican según su obrar, es decir, si es una conducta comitiva (de hacer ‘algo’) o si es una conducta omitiva (de no hacer ‘algo’), aquellos tipos penales que protegen diversos bienes jurídicos o uno solo, y aquellos tipos penales que describen la conducta de una persona cualquiera o de aquella que cumple un papel especial en el desempeño de la sociedad.

Sin embargo, sin perjuicio de los tipos penales antes reseñados, consideramos necesario analizar si los tipos penales clasificados por el daño del objeto de la acción son merecedores de una reparación, teniendo en consideración que estos hacen referencia al daño como característica principal de su clasificación, en razón del Acuerdo Plenario N° 6-2006-CJ/116 referido a la reparación civil y los delitos de peligro.

señala que: “prefiere hablar de función compuesta, porque, “por un lado, se tiende a brindar una forma de satisfacción y/o gratificación a la víctima del hecho ilícito, en el sentido de asegurarle un beneficio económico –y al respecto, es innegable que el dinero también puede servir para dicho fin– y, por otro lado, para sancionar el comportamiento del responsable de la infracción””.

³⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes GARCÍA ARÁN. «Derecho Penal. Parte General». Tirant lo Blanch, 4ta edición, Valencia: 2000, pp. 291 y ss; FONTÁN BALESTRA, Carlos. «Derecho Penal. Introducción y Parte General». Abeledo-Perrot, 16ta edición, Buenos Aires 1998, pp. 243 y ss.

10. DELITOS DE LESIÓN Y DELITOS DE PELIGRO

Desde la perspectiva de esta clase de delitos, la doctrina reconoce que el bien jurídico puede ser afectado de dos formas: de lesión y de peligro. En palabras del jurista argentino Eugenio Raúl ZAFFARONI “Hay daño o lesión cuando la relación de disponibilidad entre el sujeto y el ente se ha afectado realmente, es decir, cuando se ha impedido efectivamente la disposición, sea en forma permanente (como sucede en el homicidio) o en forma transitoria. Hay afectación del bien jurídico por peligro cuando la tipicidad requiere solamente que esa relación se haya puesto en peligro. Estas dos formas de afectación dan lugar a una clasificación de los tipos penales en tipos de daño y tipos de peligro”³⁶.

En el mismo sentido, el jurista español MUÑOZ CONDE señala que “Normalmente, la forma consumada de los tipos delictivos contiene una lesión del bien jurídico protegido en dicho tipo. [Sin embargo,] junto a la lesión, en el Derecho penal se castiga también la puesta en peligro de bienes jurídicos”³⁷. En otras palabras, no solo la conducta que ocasiona un daño material sobre un bien jurídico es merecedora de una sanción penal, sino también aquella conducta que pone en peligro la integridad del bien jurídico.

Respecto a los delitos de lesión o daños, nuestra jurisprudencia ha sostenido que “En el delito de daños, el comportamiento consiste en dañar, destruir o inutilizar un bien, siendo que en su tipicidad subjetiva, se requiere necesariamente el dolo; que en tal sentido, del análisis de lo actuado, se colige claramente que al compulsar el aspecto interno de la conducta con el tipo subjetivo, se determina que en todo caso el acto es atribuible con carácter culposo, por lo que mal puede el *a quo* sentenciar al procesado por un delito cuya configuración es esencialmente doloso”³⁸.

Asimismo, en cuanto a los delitos de peligro nuestros magistrados en el Acuerdo Plenario N° 6-2006/CJ-116, en su fundamento noveno, han señalado que “Los delitos de peligro –especie de tipo legal según las características externas de la acción– pueden definirse como aquellos en los que no se requiere que la conducta del agente haya ocasionado un daño sobre un objeto,

³⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. «Manual de Derecho Penal Parte General». Ediciones Jurídicas, Lima, 1990, p. 474.

³⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes GARCÍA ARÁN. «Derecho Penal. Parte General». Tirant lo Blanch, 4ta edición, Valencia 2000, p. 344.

³⁸ Vid. Exp. N° 6872-97, Ej. sup., 27 dic. 1997. En: LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE, José Miguel. «Jurisprudencia del proceso penal sumario». Editorial Grijley, Lima 1999, pp. 343-345.

sino que es suficiente con que el objeto jurídicamente protegido haya sido puesto en peligro de sufrir una lesión que se quiere evitar (el peligro es un concepto de naturaleza normativa en cuanto a que su objeto de referencia es un bien jurídico, aunque su fundamento, además de normativo, también se basa en una regla de experiencia o de frecuente que es, a su vez, sintetizada en un tipo legal)³⁹.

Además, dentro de la clasificación de los delitos de peligro, la doctrina logra diferenciar los delitos de peligro concreto y los delitos de peligro abstracto. En los delitos de peligro concreto es necesario que la acción desplegada ocasione un peligro real al bien jurídico, la misma que se prueba con la existencia de un peligro efectivo⁴⁰. De otra parte, en los delitos de peligro abstracto solo se necesita comprobar si se ha desarrollado una conducta prohibida⁴¹, sin necesidad de analizar en el caso concreto si se generó o no un peligro⁴².

³⁹ Vid. Acuerdo plenario N° 6-2006/CJ-116, Precedente vinculante, Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias, 13 oct. 2006, en: *Jurisprudencia*. Diciembre. 2006. Año XV, N° 857 [Boletín de *El Peruano*], p. 6327.

⁴⁰ Vid. VIDAL LA ROSA SÁNCHEZ, María Delfina. «La reparación civil *ex delicto* en los delitos de peligro abstracto». En: *Ágora. Revista de Derecho*. N° 7 y 8, p. 270: “al igual que ocurre con los delitos de lesión, en los delitos de peligro concreto el tipo legal prevé, como elemento constitutivo de la infracción, una modificación del mundo exterior, física y cronológicamente, diferente de la acción inculpada. Por eso, la cuestión de la causalidad y de la imputación objetiva se plantea de la misma manera que con relación a los delitos de lesión. Sin embargo, a diferencia de estos, en donde el objeto del delito (bienes, persona, etc.) es directamente afectado por el quehacer delictuoso, en los delitos de peligro concreto dicha modificación solo consiste en la creación de una situación que puede dar lugar a un perjuicio respecto al objeto del delito”.

⁴¹ Vid. VIDAL LA ROSA SÁNCHEZ, María Delfina. *Op. Cit.*, pp. 270-271: “El denominado delito de peligro abstracto, (...) no supone alteración alguna de mundo exterior diferente e independiente de la acción en que consiste. Por lo tanto, se consume con la realización de la acción reprimida por peligrosa”.

⁴² VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. «Derecho Penal. Parte General». Lima: Editorial Jurídica Grijley, 2006, pp. 311-312. Asimismo, en términos de ZAFFARONI, “(...) se distinguió entre tipos de peligro abstracto y tipos de peligro concreto. El peligro fue entendido como un verdadero peligro y el abstracto como una posibilidad de peligro. Semejante interpretación resulta insostenible, porque con ella el llamado peligro abstracto sería un “peligro de peligro”, lo que en el caso de la tentativa traería la consecuencia de requerir un “peligro de peligro de peligro”. En realidad, no hay tipos de peligro concreto y de peligro abstracto –al menos en sentido estricto–, sino sólo tipos en los que se exige la prueba efectiva del peligro corrido por el bien jurídico, en tanto que en otros hay una inversión de la carga de la prueba, pues realizada la conducta se presume el peligro hasta tanto no se pruebe lo contrario, circunstancia que corresponderá probar al acusado. Se trata de una clasificación con relevancia procesal más que penal “de fondo””. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. «Manual de Derecho Penal Parte General». Ediciones Jurídicas, Lima 1990, p. 474. En el mismo sentido, “De daño y de peligro. Los primeros suponen la disminución o destrucción de un bien jurídico, como las lesiones; los segundos están constituidos por un hecho que pone en peligro uno o más bienes jurídicos, como el que fuera de los casos permitidos por la ley fabrica, adquiere o conserva dinamita u otra materia u objetos explosivos o inflamables, o gases o bombas mortíferas o sustancias que sirvan para la composición o fabricación de ellos (artículo 260 del Código Penal)”. GAITÁN MAHECHA, Bernardo. «Curso de Derecho Penal General». Ediciones Lerner, Bogotá 1963, p. 111.

11. NOCIÓN DE PELIGRO

La noción de peligro es importante en el ámbito jurídico, pues es el elemento que configura los denominados delitos de peligro. Su concepción no es unívoca en el ámbito del Derecho Penal; sin embargo, podemos señalar que el *peligro* es aquella situación en la cual se prevé la posibilidad de la producción de un daño⁴³.

Para determinar la existencia de peligro es necesario que concurren dos requisitos: a) el peligro debe encontrarse en relación directa con el comportamiento concreto, y b) constatar que dicho peligro supere el riesgo permitido.

12. LA REPARACIÓN CIVIL POR DAÑO MORAL EN LOS DELITOS DE PELIGRO.

El Acuerdo Plenario N° 6-2006/CJ-116, en su fundamento décimo, señala que cabe la posibilidad que exista reparación civil en los delitos de peligro “puesto que en ellos –sin perjuicio, según los casos, de efectivos daños generados en intereses individuales concretos– se produce una alteración del ordenamiento jurídico con entidad suficiente, según los casos, para ocasionar daños civiles, sobre el que obviamente incide el interés tutelado por la norma penal – que, por lo general y que siempre sea así, es de carácter supraindividual–. Esta delictiva alteración o perturbación del ordenamiento jurídico se debe procurar restablecer, así como los efectos que directa o causalmente ha ocasionado su comisión [el daño como consecuencia directa y necesaria del hecho delictivo]”.

Sin embargo, el Acuerdo Plenario en mención omite pronunciarse sobre la modalidad de delito de peligro que puede generar responsabilidad civil y, consecuentemente, su correspondiente reparación civil desde la orientación del derecho penal. Es necesario, entonces, examinar en qué casos (delitos de peligro concreto y/o delito de peligro abstracto) resulta idóneo sancionar con una reparación civil.

Si entendemos el daño moral como aquel estado de sufrimiento ocasionado por el hecho ilícito, entonces es necesario que exista una acción externa que

⁴³ Vid. VIDAL LA ROSA SÁNCHEZ, María Delfina. *Op. Cit.*, p. 263.: “En el lenguaje común, se entiende por peligro el “riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal” y por situación de peligro aquella que *aumenta la inminencia del daño*”.

produzca este sentimiento. Asimismo, si el hecho ilícito se configura como hecho típico penalmente, éste puede generar un estado de sufrimiento en el agraviado o perjudicado, ya sea a través de los delitos de lesión o delitos de peligro. Es preciso mencionar que resultaría ocioso examinar si los delitos de lesión generan o no reparación civil por daño moral, pues la mayoría de delitos de nuestra normativa son catalogados como delitos de lesión y, consecuentemente, merecedores de una reparación civil por daño moral; sin embargo, es necesario detenernos en los delitos de peligro para apreciar si su configuración les permite o no ser merecedores de una reparación civil derivada del delito por daño moral.

13. LA REPARACIÓN CIVIL POR DAÑO MORAL EN LOS DELITOS DE PELIGRO CONCRETO

Desde la óptica civil tenemos que para la configuración de la existencia de un daño moral se requiere analizar los siguientes presupuestos⁴⁴: a) el hecho ilícito, b) el daño causado, c) la relación de causalidad, d) factores de atribución (criterios de imputación de responsabilidad civil). Cabe señalar que estos presupuestos son los mismos que emplean la doctrina y la jurisprudencia para analizar los casos que corresponden a los daños patrimoniales y daños extrapatrimoniales.

En ese sentido, tenemos que el presupuesto referido al “hecho ilícito” se entiende como aquella conducta humana que contraviene la norma y el orden jurídico. Debemos advertir que en el ámbito del Derecho civil se diferencia entre hecho ilícito típico y atípico; no obstante, ambos pueden generar daños y dar lugar a supuestos de responsabilidad civil en el ámbito penal⁴⁵.

Asimismo, se requiere que luego de evaluar la conducta ilícita, sea típica o atípica, ésta debe ocasionar un daño, de manera que pueda ser viable una indemnización, siendo que “se entiende por daño la lesión a todo derecho subjetivo, en sentido de interés jurídicamente protegido del individuo en su vida de relación, que en cuanto protegido por el ordenamiento jurídico, se convierte justamente en derecho subjetivo, esto es un derecho en el sentido formal y técnico de la expresión”⁴⁶.

⁴⁴ GUILLERMO BRINGAS, Luis Gustavo. «Aspectos fundamentales del resarcimiento económico del daño causado por el delito». *Lex. Revista de Derecho*. N° 1, pp. 515 y siguientes.

⁴⁵ GUILLERMO BRINGAS, Luis Gustavo. “Aspectos fundamentales del resarcimiento económico del daño causado por el delito”. En: *Lex. Revista de Derecho*. N° 1, p. 515.

⁴⁶ Citando a Lizardo Taboada, GUILLERMO BRINGAS, Luis Gustavo. *Op. Cit.*, p. 516.

Otro presupuesto que debe demostrarse es la existencia de relación de causalidad entre la conducta ilícita y el daño ocasionado, de manera que deben concurrir dos factores: “el factor in concreto y el factor in abstracto. El primero debe entenderse como una causalidad física o natural, es decir, que el daño causado debe ser consecuencia natural o fáctica del hecho ilícito del autor”⁴⁷, mientras que el segundo opera “según el curso normal y ordinario de los acontecimientos [que] deben ser capaz o adecuada para producir el daño causado”⁴⁸.

Finalmente, se deben analizar los factores de atribución consistentes en criterios de imputación de responsabilidad civil: factores de atribución objetiva (el riesgo o peligro causado) y factores de atribución subjetivos (dolo y culpa). Por lo que, luego de analizar cada uno de estos presupuestos se tendrá la existencia de un reparación civil por daño moral.

Sin embargo, desde la perspectiva del análisis jurídico-penal, consideramos en concordancia con lo expuesto por el jurista español Jesús-María SILVA SÁNCHEZ⁴⁹ que es innecesario que el daño ocasionado sea penalmente típico y que el daño causado sea reputado delictivo. En otras palabras, solo se requiere que la conducta ilícita (hecho ilícito) sea típica penalmente y que ésta genere u ocasione un daño, sin importar si el daño debe ser considerado como delito o no.

Un ejemplo palpable de la reparación civil por daño moral en los delitos de peligro concreto lo encontramos en el artículo 125° del Código Penal, que tipifica la siguiente conducta: “*El que expone a peligro de muerte o de grave e inminente daño a la salud o abandona en iguales circunstancias a un menor de edad o a una persona incapaz de valerse por sí misma que estén legalmente bajo su protección o que se hallen de hecho bajo su cuidado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años*”. En efecto, la exposición a peligro y el abandono constituyen conductas ilícitas que más allá de configurarse penalmente típicas⁵⁰, generan un sufrimiento en el agraviado o perjudicado; por lo que, ocasiona un daño moral en la esfera jurídica del agraviado o perjudicado. En consecuencia, queda demostrado que en los

⁴⁷ GUILLERMO BRINGAS, Luis Gustavo. *Op. Cit.*, p. 518.

⁴⁸ GUILLERMO BRINGAS, Luis Gustavo. *Op. Cit.*, p. 518.

⁴⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. «¿“ex delicto”? Aspectos de la llamada “responsabilidad civil” en el proceso penal». *INDRET*. Julio. 2001, pp. 3 y siguientes. Disponible en Internet: www.indret.com

⁵⁰ SALINAS SICCHA, Ramiro. *Derecho Penal. Parte Especial*. Quinta edición. Lima: Grijley, 2013, p. 268.: “En todos los supuestos delictivos, el peligro debe ser concreto e inminente para la vida misma o para la salud del sujeto pasivo. Todo riesgo que no tenga estas connotaciones carece de relevancia para la presente figura delictiva, como sucedería si se verifica que el riesgo es leve o remoto”.

delitos de peligro concreto es viable la fijación de una reparación civil por daño moral.

Asimismo, el artículo 128° de nuestra normativa penal requiere para su configuración la existencia de un peligro: *“El que expone a peligro la vida o la salud de una persona colocada bajo su autoridad, dependencia, tutela, curatela o vigilancia, sea privándola de alimentos o cuidados indispensables, sea sometiéndola a trabajos excesivos, inadecuados, sea abusando de los medios de corrección o disciplina, sea obligándola o induciéndola a mendigar en lugares públicos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.*

En los casos en que el agente tenga vínculo de parentesco consanguíneo o la víctima fuere menor de doce años de edad, la pena será privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

En los casos en que el agente obligue o induzca a mendigar a dos o más personas colocadas bajo su autoridad, dependencia, tutela, curatela o vigilancia, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cinco años”; por lo que, cada una de las modalidades delictivas que acoge este tipo penal requiere de la producción de un peligro⁵¹, el mismo que al generar un daño en el perjudicado o agraviado constituye una reparación civil por daño moral.

De igual manera, el inciso primero del artículo 168°-A exige que “el peligro que ocasiona el empleador debe ser real, es decir, debe ser idóneo para afectar el bien jurídico protegido”⁵², con lo cual se estaría produciendo un daño, merecedor de una reparación civil por daño moral.

En síntesis, para la viabilidad de una reparación civil por daño moral en los delitos de peligro concreto se requiere la existencia de un daño ocasionado por la presencia de un peligro, siendo que este daño ataca a la esfera interna del agraviado y del perjudicado.

14. CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL

El ámbito referido a la cuantificación del daño moral es uno de los más complicados al momento de emitir una sanción jurídica destinada a la reparación o al resarcimiento, pues el trabajo de valoración económica es diferente al que se realiza en casos de derechos patrimoniales⁵³.

⁵¹ SALINAS SICCHA, Ramiro. Derecho Penal. Parte Especial. Quinta edición. Lima: Grijley, 2013, pp. 286 y siguientes.

⁵² VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe y Robert MEZA RIVERA. Informe legal. Análisis del delito de Atentado contra las condiciones de seguridad e higiene industriales. Disponible en Internet: www.vmrfirma.com

⁵³ “Mientras que en el daño patrimonial la valuación se realiza mediante una relación de equivalencia y proporción entre el daño ocasionado y la consiguiente reparación, la cual ingresa en lugar del perjuicio, en

Sobre la cuantificación del daño moral nuestra jurisprudencia ha señalado que “El daño moral sí es cuantificable patrimonialmente, aun cuando su valuación sea difícil, desde que el interés del acreedor puede ser patrimonial o no, cuestión que no debe confundirse con el carácter patrimonial de la obligación; el perjuicio que experimenta el acreedor no es siempre de naturaleza patrimonial, aunque con menor frecuencia el retardo o el incumplimiento pueden afectar otro género de derechos todavía más valiosos como es el daño moral”⁵⁴. De esta manera, la Corte Suprema de Justicia reconoce la posibilidad de la cuantificación del daño moral en nuestro derecho, lográndose así colocar en un mejor status al agraviado frente al hecho dañoso acaecido.

En ese sentido, para establecer la dosificación del monto equivalente a una indemnización por daño moral, nuestra jurisprudencia ha señalado que “Todo daño patrimonial o no patrimonial es susceptible de ser cuantificable, puesto que para ello se puede utilizar diversos mecanismos auxiliares del Derecho, como son los informes contables, económicos, de rentabilidad de negocio e incluso, podría efectuarse un análisis costo-beneficio, dependiendo de las necesidades del proceso y de las circunstancias o elementos del mismo”⁵⁵.

Asimismo, la doctrina ha señalado que para determinar el quantum de la reparación civil por daño moral debe cumplirse con los siguientes requisitos: “a) gravedad del delito que es tanto más intensa cuanto mayor es la participación del responsable en la comisión del hecho ilícito; b) la intensidad de la perturbación anímica, en la cual se debe tener en cuenta la duración del dolor, a la edad y al sexo del dañado; c) la sensibilidad de la persona ofendida; la Corte de Casación tiene en cuenta el nivel intelectual y moral de la víctima, y cuando éste es más alto – en opinión de los jueces, más grande es el dolor; d) las condiciones económicas y sociales de las partes, este parámetro, sin embargo, ha sido superado en los pronunciamientos más recientes porque contrasta con el sentimiento humano y con el principio de igualdad; el vínculo matrimonial o de parentesco; f) el estado de convivencia (entre parientes legítimos); a los convivientes de hecho, como se ha dicho, la orientación aún largamente mayoritaria de la jurisprudencia, niega también el resarcimiento del daño no patrimonial”⁵⁶.

el daño moral la indemnización se fija sin ningún elemento que permita traducir la entidad de aquel en la magnitud de ésta, que se coloca a su lado”. Vid. MÉNDEZ ROZO, Diana Cecilia. Op. cit., p. 104.

⁵⁴ Casación No. 1070-95-Arequipa, 13 de julio de 1998.

⁵⁵ Casación No. 3220-2002-Camaná. 25 de abril de 2003.

⁵⁶ PALACIOS MELÉNDEZ, Rosario Solange. “Derechos Humanos, Proceso Penal y Reparación Civil”. En: *Responsabilidad Civil II. Hacia una unificación de criterios de cuantificación de los daños en materia civil, penal y laboral*. Lima: Editorial Rodhas, 2006, p. 52.

No obstante, desde nuestra perspectiva, consideramos que para determinar el quantum de la reparación civil deberá analizarse: a) la gravedad del daño ocasionado, b) la intensidad de la perturbación anímica, c) la sensibilidad de la persona perjudicada o agraviada, d) la relación existente entre el agraviado y su agresor.

De esta manera, se aprecian los mecanismos de los cuales se podría servir el juzgador al momento de establecer una consecuencia jurídica satisfactoria, de carácter económico, destinada a indemnizar el daño moral. No obstante, debemos advertir que si bien el dinero no logra ser directamente proporcional con el daño moral ocasionado, sí puede entenderse como una manera de compensación que permita restablecer el estado anterior al daño⁵⁷.

15. CONCLUSIONES

Finalmente, podemos señalar que si bien el Acuerdo Plenario N° 6-2006/CJ-116 señala que sí es posible la imposición de una reparación civil en casos de delitos de peligro, consideramos que es necesario analizar con profundidad los alcances de éste con la finalidad de determinar si es posible una reparación civil en los delitos de peligro concreto y abstracto, y más aún si estos pueden ser reparados en razón de “lucro cesante”, “daño emergente”, “daño a la persona” y “daño moral”.

El análisis jurídico del presente trabajo nos permite determinar que sí es posible la reparación civil por daño moral en los delitos de peligro concreto y establecer el quantum de reparación civil por daño moral.

Asimismo, sugerimos que la Corte Suprema de Justicia debe elaborar un Acuerdo Plenario, Circular o Resolución en la cual establezca los criterios jurídicos para determinar el monto de reparación civil en los casos de daño moral.

⁵⁷ “Si bien el dinero es algo muy diferente a los sentimientos, a lo espiritual de la persona, no es un fin en sí mismo sino un medio, tal vez el más apto para conseguir otros bienes que hagan a la comodidad, satisfacción o felicidad de las personas. En esa dimensión debe estar el dinero integrando la reparación del daño”.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- DE TRAZEGNIES, Fernando. "La Responsabilidad Extracontractual." Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988.
- DÍEZ- PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. Derecho de daños. Madrid: Editorial Civitas, 2000.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de la Responsabilidad Civil. Lima: Editorial Grijley, 2006.
- ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal. Parte General. Tomo Segundo. Santiago de Chile: Carlos E. Gibbs A., Editor, 1964.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos. Derecho penal. Introducción y Parte General. Buenos Aires: Abeledo-Perrotto, 1998.
- GUILLERMO BRINGAS, Luis Gustavo. "Aspectos fundamentales del resarcimiento económico del daño causado por el delito". Lex. Revista de Derecho. N° 1. Lima, UIGV.
- LARENZ, Karl. Derecho de obligaciones, Traducción de J. Santos Briz. Madrid: Revista de derecho Privado, 1959.
- LEÓN, Lyesser. "Funcionalidad del "daño moral" e inutilidad del "daño a la persona" en el derecho civil peruano". *Diké*. Portal de Información y Opinión Legal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Disponible en Internet: http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ_art57.PDF
- MÉNDEZ ROZO, Diana Cecilia. "El daño moral como límite a la libertad de prensa (Reflexiones desde el Derecho colombiano y el Derecho comparado)". *REDUR*. Diciembre. 1999. No. 7.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes GARCÍA ARÁN. Derecho Penal. Parte General. 2° edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.
- OSTERLING PARODI, Felipe. Tratado de Obligaciones. Lima: Gaceta Jurídica, 2005.
- PALACIOS MELÉNDEZ, Rosario Solange. "Derechos Humanos, Proceso Penal y Reparación Civil". En: ESPINOZA ESPINOZA, Juan. (Comp.). *Responsabilidad*

Civil II. Hacia una unificación de criterios de cuantificación de los daños en materia civil, penal y laboral. Lima: Editorial Rodhas, 2006.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. "Naturaleza jurídica de la reparación civil *ex delicto*". *Gaceta Penal & Procesal Penal*. 2010. N° 9.

REYNA ALFARO, Luis Miguel. "Estudio final: la víctima en el sistema penal". En: REYNA ALFARO, Luis Miguel (Coord.) *La víctima en el sistema penal. Dogmática, proceso y política criminal*. Lima: Editorial Jurídica Grijley, 2006.

Sentencia recaída en el Exp. N° 411-2008, de fecha once de setiembre del año dos mil ocho.

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Derecho Penal. Parte Especial. Quinta edición.* Lima: Editorial Jurídica Grijley, 2013.

STC N° 00001-2005-AI, segundo párrafo del fundamento jurídico 17.

Sentencia del Exp. N° 6872-97, Ej. sup., 27 dic. 1997. En: LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE, *jurisprudencia del proceso penal sumario, 1997*. Lima, Editorial Jurídica Grijley, 1999.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. "¿"ex delicto"? Aspectos de la llamada "responsabilidad civil" en el proceso penal". *INDRET*. Julio. 2001. Disponible en Internet: www.indret.com

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. "Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de "reparación". En: REYNA ALFARO, Luis Miguel (Coord.). *Victimología y Victimodogmática. Una aproximación al estudio de la Víctima en el Derecho Penal*. Lima: ARA Editores, 2003.

TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Diccionario de Jurisprudencia Civil*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2008.

VALDERRAMA MOYA, Karina Haydee. "Fundamentos para la cuantificación del Daño Moral". *Revista ESDEN*. Agosto/Octubre. 2007. Año: 1, No. 2.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho penal. Parte general*. Bogotá: Editorial Temis, 1997.

VIDAL LA ROSA SÁNCHEZ, María Delifna. "La reparación civil *ex delicto* en los delitos de peligro abstracto". *Ágora. Revista de Derecho*. 2007-2008. Años IV-VI, N°s 7 y 8.

VIELMA MENDOZA, Yoleida. "Discusiones en torno a la reparación del daño moral". *Dikaioosyne*. No. 16. Revista de filosofía práctica. Mérida: Universidad de Los Andes, 2006.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho Penal. Parte General. Lima: Editorial Jurídica Grijley, 2006.

VILLAVICENCITO TERREROS, Felipe y Robert MEZA RIVERA. *Informe legal. Análisis del delito de Atentado contra las condiciones de seguridad e higiene industriales*. Disponible en Internet: www.vmrfirma.com

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal Parte General. Lima: Ediciones Jurídicas, 1990.

ZAMORA BARBOZA, Juan Rodolfo. "La determinación judicial de la reparación civil". *Actualidad Jurídica*. N° 184.

JURISPRUDENCIA CONSULTADA

Acuerdo plenario N° 6-2006/CJ-116, Precedente vinculante, Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias, 13 oct. 2006, *Jurisprudencia*. Año XV, N° 857 [Boletín de *El Peruano*]. Lima, 29 dic. 2006, p. 6327.

Casación No. 3973-2006-Lima. 13 de diciembre de 2006.

Casación No. 1545-3006-Piura; Sala Civil de la Corte Suprema, Lima, 14 de noviembre de 2006.

Casación No. 1070-95-Arequipa, Sala Civil de la Corte Suprema, 13 de julio de 1998.

Casación No. 1070-95-Arequipa, 13 de julio de 1998.

Casación No. 3220-2002-Camaná. 25 de abril de 2003.

JUECES Y ARGUMENTACIÓN

EDWIN FIGUEROA GUTARRA*

“No hay mejor forma de ejercitar la imaginación que estudiar la ley.
Ningún poeta ha interpretado la naturaleza tan libremente como los
abogados interpretan la verdad”

Jean Giraudoux

Resumen

La construcción de la argumentación de los jueces demanda una correlación de conceptos necesarios que identifica la teoría del derecho, la filosofía del derecho, los derechos fundamentales y las propuestas de las escuelas de la argumentación. El estudio que desarrollamos plantea a este respecto algunas reflexiones iniciales en el propósito de que la labor judicial de sostener razones pueda verse más fortalecida a partir de la identificación de conceptos matrices en relación a las ideas esbozadas.

Palabras clave: Argumentación - Contextos de descubrimiento y justificación - Justificación interna - Justificación externa - Jueces.

Abstract

The construction of legal arguments by a judge requires the correlation of necessary concepts that identify the theory of law, the philosophy of law, the fundamental rights and the proposal of schools of legal argumentation. Our study offers a few initial thoughts on how the judicial work can be strengthened by identifying core concepts related to proposed ideas and by providing arguments to justify them.

Key words: Argumentation - Context of discovery and justification - Internal Justification - External Justification - Judges.

Sumario

Introducción. 1. La argumentación jurídica. Importancia de su función. 2. Derecho y argumentación. 3. La construcción de argumentos. 4. El ordenamiento jurídico. 5. Contexto de descubrimiento y contexto de justificación. 6. Justificación interna y justificación externa. 7. Teorías de la argumentación jurídica. 7.1. La tópica de Viehweg. 7.2. La retórica de Perelman. 7.3. El discurso racional de Alexy. Conclusiones de interés.

* Juez Superior Titular de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque - Poder Judicial del Perú. Profesor de la Universidad San Martín de Porres, Filial Chiclayo, Lambayeque y profesor de la Academia de la Magistratura.

INTRODUCCIÓN

Describir en unas pocas líneas los grandes ejes de la argumentación representa una tarea de suyo ambiciosa en tanto una idea de completitud al respecto resulta muy difícil de manejar si apuntamos a definir todos los ítems más importantes, entre conceptos clásicos de positivismo, no positivismo, teorías precursoras y teorías estándar de la argumentación.

Sin embargo, sí podemos aspirar a puntualizar algunas de las ideas más relevantes en relación a la disciplina de la argumentación, materia que hoy ha asumido una extraordinaria importancia en tanto en todos los ámbitos argumentamos: en nuestras relaciones personales, en los roles institucionales asignados a nuestra formación, y en propiedad, cuando se trata de presentar una tesis que pueda consistir en una demanda o una resolución judicial, ámbito este último en el cual la tarea de argumentar resulta mucho más exigente en cuanto se pretende aportar razones jurídicas consistentes, coherentes y prevalentes.

De ahí el título de nuestra ponencia en cuanto queremos abordar ese rol en especial que les corresponde a los jueces cuando deben argumentar, no en la idea de que fijemos un glosario de pasos necesarios ni alcanzar al famoso juez Hércules en el imaginario de Dworkin, pues versiones al respecto existen muchas, sino procurando destacar la importancia de percibir ese quehacer desde la posición de quien está en la posición de garante de los fundamentos de su decisión, en tanto debe ejercer una función de respaldo de los argumentos que sustentan su posición.

Es nuestro propósito pues poner de relieve algunos conceptos siempre distintivos respecto a la importancia de la argumentación jurídica, partiendo de la necesaria vinculación entre Derecho y argumentación, y en qué medida la construcción de argumentos es una labor ciertamente compleja, para discurrir, de igual modo, por algunas nociones de la argumentación constitucional, en tanto argumentación y derechos fundamentales suelen presentar una vinculación la mayor de las veces estrecha.

A partir de estas nociones de entrada, deviene importante puntualizar las acepciones de ordenamiento jurídico, contextos de descubrimiento y justificación, y en propiedad, justificaciones interna y externa, en tanto son conceptos sucedáneos de la argumentación y todos ellos marcadamente entrelazados, para finalmente abordar un esbozo inicial, corto por razones de espacio, de algunas de las teorías de la argumentación jurídica que más han impactado en los últimos años.

Ciertamente las teorías han construido importantes estándares para la construcción de argumentos y sin embargo, debemos advertir que la complejidad del Derecho y de misma realidad, tornan en puntos de partida los ejes ancla sobre los cuales reposan las vigas centrales de varias teorías de la argumentación, en tanto y en cuanto el incesante devenir de la realidad y de la riqueza inagotable de los hechos, obligan a revisar permanentemente nuestras propuestas argumentativas, de tal forma que cobra realidad la frase con la cual comienza este estudio, en la medida que la interpretación de la ley por parte de los abogados en el propósito de desarrollar sus asertos de verdad, demanda una gran dosis de imaginación, tarea solo comparable a la de los poetas y más aún, inclusive más exigente que aquella.

Argumentar es, pues, parte de nuestras vidas y en esa reflexión podemos coincidir parafraseando a ORTEGA Y GASSET en el sentido de que construir razones es nuestro ser y circunstancia.

1. LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA. IMPORTANCIA DE SU FUNCIÓN

La argumentación jurídica nos enseña a construir las razones con las cuales sustentamos una decisión con relevancia jurídica. La argumentación constitucional, a su turno, reconduce nuestra base argumentativa por el escenario de los derechos fundamentales y determina en qué medida, las pretensiones constitucionales han de merecer una respuesta razonada de los intérpretes autorizados de la Constitución que son en propiedad los jueces constitucionales.

Podemos figurarnos, entonces, que la importancia de la argumentación jurídica radica en que ella permite la plasmación de las justificaciones del juzgador a propósito de su decisión.

Inicialmente el juez se encuentra frente a un problema, identifica a qué alude la controversia sometida a su conocimiento y luego de ello, realiza un examen exhaustivo de los hechos. El contexto de descubrimiento habrá de informarle que será necesario recurrir a su bagaje de conocimientos para asumir determinada posición, será exigible adoptar una posición frente al problema jurídico suscitado y luego de ello, habrá que comenzar a construir la decisión, cuidando de separar en forma ordenada sus argumentos, los cuales unos habrán de constituirse, los complementarios, como *obiter dicta*, o razones complementarias, y otros tantos, como *ratio decidendi*, o justificaciones principales del fallo.

En todo ese ejercicio, habrá de observarse que el esquema de justificación interna sea compatible con el uso de las reglas de la lógica, y es en la justificación externa, al desarrollarse la explicación material de las premisas, que habrá de observarse la importancia de construir buenos argumentos, buenas razones y buenas justificaciones, a propósito de la decisión que cierra el conflicto o que en su caso, implica un análisis razonado de la decisión.

Algunas veces podremos preguntarnos, como hacía GARCÍA FIGUEROA, que si los jueces han resuelto durante mucho tiempo solo con su conocimiento de la norma y el examen directo de los hechos, y así parecen haberlo hecho durante muchos siglos, ¿por qué esos parámetros hoy tendrían que cambiar? En otros términos, ¿por qué no podremos justificar como se hacía antaño cuando se optaba por validar una decisión que tuviera cuando menos elementos razonables de un ejercicio mínimo pero suficiente de justificación? La respuesta es puntual: porque los parámetros de exigencia de justificación han cambiado sustancialmente.

Argumentar en el siglo XIX se circunscribía al contexto de potestades del juez en el Estado legal de Derecho, en el cual la norma legal o la ley, representaba el punto más alto de interpretación y argumentación para el Derecho.

Hoy esos parámetros han cambiado en varios aspectos: ya no tenemos en estricto un Estado legal de Derecho, que es ciertamente el punto de partida del constitucionalismo moderno, sino existe un Estado constitucional, en el cual la exigencia de justificación es mucho mayor, pues hoy existe un conjunto de derechos –los derechos fundamentales– para los cuales la simple exigencia de justificación en base a la ley es notoriamente insuficiente.

Y no porque la ley haya perdido su valor. No es así en modo alguno. Se trata de que la ley sigue siendo el primer punto de referencia para la resolución de los conflictos, y sigue manteniendo el primer rango de fuente del Derecho respecto a la argumentación en la solución de conflictos. Y sin embargo, la cuestión de que la ley no pueda responder de modo convincente a controversias como las relativas al derecho a la dignidad en su contenido constitucionalmente protegido¹, como el derecho a vida si se trata de una

¹ STC 2016-2004-AA/TC. Caso Correa Condori

El principio de dignidad de la persona

16. Partiendo de la máxima kantiana, la dignidad de la persona supone el respeto del hombre como fin en sí mismo, premisa que debe estar presente en todas las planes de acción social del Estado suministrando una base constitucional a sus políticas, pues en el Estado social el respeto a la dignidad se refiere esencialmente a lograr una mejor calidad de vida de las personas.

Consecuentemente, en sede jurisdiccional ningún análisis puede desarrollarse sin verificar el respeto a la dignidad del hombre, tanto en la actuación del Estado como en la de los particulares.

cuestión de zanjar posiciones respecto al origen de la misma², o como las fronteras propias entre el derecho al honor y el derecho a la información, entre otras asuntos de actualidad, nos llevan a pensar en que efectivamente se necesita otros parámetros argumentativos frente a la importancia creciente de los derechos fundamentales.

De esa forma, no es lo mismo argumentar solo en base a los ámbitos de vigencia y validez formal de la norma jurídica, que hacerlo desde la perspectiva de los derechos fundamentales, en función a los contenidos de juridicidad y de moralidad de estos derechos.

Es pertinente pues remarcar el valor axiológico de los derechos denominados fundamentales, en cuanto ello permite un margen de diferenciación de los derechos denominados de origen legal, o de configuración legal si nos referimos a los derechos que resisten un ámbito de efectividad respecto de la norma jurídica.

Es en esa perspectiva que la argumentación cumple una función primordial dentro de la justificación externa en tanto en su decurso los jueces propiamente interpretan las normas de origen legal y constitucional, así como proceden a una lectura de los hechos de acuerdo a las controversias propias de la controversia materia de examen.

Es decir, el proceso de interpretación, tan importante en el derecho, se produce cuando argumentamos, denotándose un efecto de interrelación muy estrecho entre argumentación e interpretación, no de rango mayor a menor ni viceversa, sino de inter ejecución de ambos ejercicios racionales, pues al argumentar realizamos interpretación de la norma y los hechos, y al interpretar, igualmente desarrollamos un ejercicio de argumentación.

No se trata, sin embargo, de lecturas iguales en cuanto la interpretación obedece más a un contexto de lectura de comprensión de los sentidos de la norma y de los hechos, en tanto que argumentar es, en propiedad, un

² STC. ° 02005-2009-PA/TC. Caso ONG Acción de Lucha Anticorrupción, de la Píldora del día siguiente 4.2. *Teorías sobre el inicio de la vida*

14. *Desde el punto de vista de la ciencia médica existen diversas teorías que pretenden identificar el momento en el que la vida humana empieza. Hay quienes consideran que la vida humana surge desde el instante en que se inicia la actividad cerebral (aproximadamente la sexta semana contada desde la fecundación), pues resulta lógico que si la persona llega a su fin con el estado irreversible de las funciones cerebrales, de la misma manera la actividad cerebral daría inicio a la vida. Sin embargo, las más importantes considerando el número de seguidores, y que justamente han sido ampliamente debatidas a partir del caso en cuestión, se encuentran en la llamada Teoría de la Fecundación, basada principalmente en la existencia, ya en esta instancia, de una nueva individualidad genética; y la Teoría de la Anidación, fundamentada en la viabilidad del embrión y la certeza del embarazo.*

ejercicio de construcción de razones que a su vez van a resultar muy útiles para consolidar el ejercicio de motivación que exige el artículo 139 inciso 5 de la Carta Fundamental.

Podemos perfilar, en ese propósito, que toda pretensión, al igual que toda decisión jurisdiccional, representa un ejercicio de construcción de argumentos y un argumento, asume la forma de una razón.

Tanto los abogados como los jueces y fiscales se encuentran obligados a que sus argumentos constituyan razones valederas, consistentes y coherentes, con marcado énfasis de responsabilidad para los jueces en mayor grado pues existe un mandato constitucional de motivación, cuya infracción implica incurrir en vulneración³ de un derecho fundamental.

2. DERECHO Y ARGUMENTACIÓN

Describir las relaciones entre Derecho y argumentación pasa por un necesario examen histórico de las exigencias argumentativas frente al Derecho. En efecto, a partir del modelo de justificación vigente es que podemos identificar el escenario de dimensión argumentativa del Derecho. Y dentro de esa línea argumentativa, observaremos la relevancia de los derechos fundamentales en relación con la argumentación en el Estado constitucional.

Por la Ley del Tali3n *“Ojo por ojo, diente por diente”*, desde el C3digo de Hammurabi, el Derecho solo pod3a entenderse como una reacci3n proporcional, sin contenido alguno adicional, salvo el de la respuesta de igual forma a la ofensa, criterio que a su vez represent3 hasta una pauta de equivalencia, dadas las venganzas desmedidas⁴ que el mundo sufr3a antes de la Ley del Tali3n.

A partir del iusnaturalismo, entre cuyos representantes podemos referir a GROCIO, ALTHUSIUS, LOCKE, HOBBS y ROUSSEAU, la relaci3n entre Derecho y argumentaci3n se ci3a a una subordinaci3n del derecho en su conjunto, a una

³ STC 00728-2008-PHC/TC Caso Giuliana LLAMOJA.

El fundamento jur3dico 7 describe las siguientes categor3as contrarias a una debida motivaci3n: Inexistencia de motivaci3n o motivaci3n aparente, falta de motivaci3n interna del razonamiento, deficiencias en la motivaci3n externa, motivaci3n insuficiente y motivaci3n sustancialmente incongruente.

⁴ La Biblia refiere en G3nesis 34,1,31, que una joven de nombre Dina fue agredida sexualmente por un hombre llamado Siquem. En venganza, los hermanos de ella mataron al violador, a su padre y a todos los j3venes de sexo masculino de la ciudad. Vista de esta forma, la Ley del Tali3n represent3 una idea de proporcionalidad, en comparaci3n a las venganzas que permit3an cr3menes desmedidos.

razón inmanente, natural, divina, cuya argumentación solo podía sujetarse a fundamentar las razones de esa noción de trascendencia superior y de más allá de las fronteras espirituales.

En la España del siglo XVIII, por Real Cédula dictada en junio de 1768⁵, el Rey Carlos III de España prohibió a la Audiencia y demás jueces de Mallorca la práctica de motivar las sentencias que hasta entonces se observaba. Se señalaba al efecto:

“Para evitar los perjuicios que resultan con la práctica que observa la Audiencia de Mallorca, de motivar sus sentencias, dando lugar a cavilaciones de los litigantes, consumiendo mucho tiempo en la extensión de las sentencias, que vienen a ser un resumen del proceso, y las costas que a las partes se siguen; mando cese en dicha práctica de motivar sus sentencias, ateniéndose a las palabras decisorias, como se observa en el mi Consejo, y en la mayor parte de los Tribunales del Reino; y que a ejemplo de lo que va prevenido a la Audiencia de Mallorca, los Tribunales ordinarios, incluso los privilegiados, excusen motivar las sentencias como hasta aquí, con los vistos y atentos en que el hecho de los autos y los fundamentos alegados a las partes; derogando, como en esta parte derogo, el auto acordado 22, Tít. 2º, Libro 3º, duda 4ª Rec. u otra cualquiera resolución o estilo en contrario”

La noción del Estado de Derecho transforma progresivamente los esquemas de unilateralidad de la razón en exigencias argumentativas de aporte de fundamentos para la validez de las decisiones jurídicas. Por tanto, en vía de ejemplo, una condena impuesta en una sentencia en los albores del Estado de Derecho, ya debía cuando menos justificar las razones de forma y fondo para la validez de la decisión. En forma paulatina, el Derecho comienza convertirse en un mecanismo de respuesta, efectividad y solución de los conflictos jurídicos, frente a los cuales debía cumplirse la configuración de razones válidas, congruentes y suficientes para la validez de una decisión, más aún si ella era jurisdiccional.

La irrupción del Estado constitucional, cuya tesis es la Constitución como cúspide del ordenamiento jurídico, consolida la exigencia de una argumentación, formal y material, para la validación de las decisiones con

⁵ GHIRARDI se refiere a la Real Cédula de 1778 (Ghirardi, *Teoría y práctica del razonamiento forense. Advocatus*, Córdoba, 1999, p. 15), sin embargo, precisan Carlos Garriga y Marta Lorente, siguiendo a J.M. Mariluz Urquijo que la fecha correcta es de 1768. (GARRIGA, Carlos - LORENTE, Marta: «El Juez y la Ley. La Motivación de las Sentencias (Castilla, 1489 - España, 1855)». En: *La Vinculación del Juez a la ley. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*. Madrid, 1997, p. 101, nota 17). En SANTA CRUZ, Julio César. «Razonamiento Jurídico». *Diplomatura de Formación Profesional para Jueces del Segundo y Tercer Nivel de la Magistratura*. Academia de la Magistratura, 2010, p. 14.

relevancia jurídica. En ese caso, la argumentación ya no es solo una potestad que debe impulsar el Estado, sino una necesidad para la legitimación de las decisiones en ese Estado con principios, valores y directrices de contenido constitucional.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), la Ley Fundamental de Bonn (Alemania, 1949), las Constituciones de Francia (1958) y España (1978), se orientan a consolidar como exigencia de todo Estado la observancia el respeto y la defensa de los derechos fundamentales, premisas a partir de las cuales podemos inferir, con suficiencia, que la debida motivación de las resoluciones judiciales, constituye un ejercicio de argumentación como singular expresión de una democracia viviente y no solo existente.

Perú se suma a esa ruta de exigencia con sus Constituciones de 1979, la Constitución modélica, y 1993, así como aporta a la exigencia de motivación su Código Procesal Constitucional de 2004, el cual exige que las decisiones, inclusive de órganos constitucionalmente autónomos⁶, cumplan el deber de motivar sus decisiones.

Es posible observar, a partir de estas menciones de orden histórico, la necesidad de identificar un estrecho nivel de relación entre cómo se configura el Derecho en determinado momento histórico, y cómo, a partir de esa percepción, tiene lugar el proceso argumentativo.

En una idea resumen, podemos establecer que las relaciones históricas entre Derecho y argumentación se han orientado a que la exigencia de argumentación se ha ido incrementando, a medida que los derechos de las personas han ido progresivamente impregnándose de mayor contenido y a medida que los derechos fundamentales, con su crecimiento vía las tesis constitucionales de derechos no enumerados e incorporados paulatinamente al ordenamiento constitucional, han ido transformando las potestades de orden facultativo de argumentación, en sendos deberes de raigambre constitucional.

⁶ Inicialmente, el voto de los consejeros del Consejo Nacional de la Magistratura, en los procesos de ratificación desarrollados conforme al artículo 154 inciso 2 de la Constitución, involucraban solo un voto de confianza y como tal, la justificación no era exigible. El Código Procesal Constitucional y el desarrollo jurisprudencial de la exigencia de la motivación, en cuyo caso el proceso Álvarez Guillén aquí reseñado es emblemático, han modificado sustancialmente ese panorama y desde la vigencia de la nueva herramienta procesal constitucional, la motivación en los procesos de ratificación, resulta un derecho de los magistrados. Y creemos que la perspectiva de análisis es puntual en el siguiente aspecto: si el magistrado laboró 7 años al servicio del Estado, concluido ese período, dicho magistrado como ciudadano, tiene derecho a saber por qué no se la ratifica y se determina la conclusión de su contrato de trabajo. A ello apunta la motivación constitucional en el tema de la ratificación de magistrados.

Vid también STC 3361-2004-AA/TC. Caso Jaime Álvarez Guillén.

Bajo esa pauta, hoy el Derecho es argumentación y la argumentación es Derecho, en una relación indisoluble cuya base se ciñe a las exigencias de un Estado constitucional.

3. LA CONSTRUCCIÓN DE ARGUMENTOS

¿Qué significa construir argumentos? ¿Se trata de una labor meramente teórica y abstracta? ¿Implica ello para el juez cerrarse en su gabinete y ejercer una construcción de ideas hondamente esquemáticas y abstractas? ¿Es una buena sentencia aquélla que abunda en argumentos de Derecho? ¿O es mejor sentencia aquella que es eminentemente práctica?

Vamos por partes. Construir argumentos es una labor de construcción de razones. Significa, en buena cuenta, aplicar lógica, interpretación, desarrollar motivación suficiente y exige de parte de los jueces, constante preparación, formación, lectura, identificación con el trabajo, cultura jurídica, entre otras virtudes necesarias para desarrollar una buena argumentación.

Manuel ATIENZA⁷ desarrolla hasta 10 buenas razones para argumentar bien, las cuales son, a juicio nuestro, un excelente punto de partida, para rescatar las nociones de entrada en toda argumentación que quiera preciarse de suficiente.

De otro lado, la argumentación no es una tarea por entero abstracta. Es abstracto el razonamiento del juez para llegar a una conclusión pero una

7 ATIENZA, Manuel. «Diez consejos para argumentar bien o decálogo del buen argumentador». Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, No. 29 (2006).

"1. El mejor consejo que puede darse a quien desee argumentar bien en el Derecho o en cualquier otro ámbito es prepararse bien".

"2. Hay aspectos comunes a cualquier tipo de argumentación, pero también rasgos peculiares de cada campo, de cada tipo de debate. Por ejemplo, lo que es apropiado para una conferencia (la exposición por extenso de una tesis) no lo es para el que participa en una mesa redonda..."

"3. No se argumenta mejor por decir muchas veces lo mismo, ni por expresar con muchas palabras lo que podría decirse con muchas menos".

"4. En una discusión, en un debate racional, esforzarse porque el otro tenga razón –como alguna vez propuso Borges– parece demasiado".

"5. Cuando se argumenta en defensa de una tesis, no estar dispuesto a conceder nunca nada al adversario es una estrategia incorrecta y equivocada".

"6. Cuando se argumenta con otro, uno puede tener la impresión de que los argumentos de la parte contraria funcionan como una muralla contra la que chocan una y otra vez nuestras razones. Por eso, una vez probada la solidez de esa defensa, lo más aconsejable es ver si uno puede tomar la fortaleza intentando otra vía".

"7. La argumentación no está reñida con el sentido del humor, pero sí con la pérdida del sentido de la medida".

"8. No se argumenta bien por hacer muchas referencias a palabras prestigiosas, autores de moda, etc. Lo que cuenta es lo que se dice y las razones que lo avalan..."

"9. Frente a la tendencia, natural quizás en algunas culturas, a irse por las ramas no cabe otro remedio que insistir una y otra vez en ir al punto, en fijar cuidadosamente la cuestión".

"10. En cada ocasión, hay muchas maneras de argumentar mal y quizás más de una de hacerlo bien".

vez que el problema ha sido enfocado, el desarrollo del problema debe ser eminentemente pragmático pues partimos de la tesis de que un conflicto es un hecho real que tiene que ser dilucidado. Como refiere ATIENZA⁸: *“Si se quiere, al lado del lema: “la enseñanza del Derecho ha de ser más práctica”, tendría que figurar este otro: “No hay nada más práctico que la buena teoría y el núcleo de la buena teoría jurídica es argumentación!”.*

De esta tesis de hondo significado, podemos extraer que la argumentación debe ser buena teoría para que las decisiones con contenido jurídico sean fiel expresión del deber de resolver una controversia, cual fuere su naturaleza.

4. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Precisadas las nociones que anteceden en conceptos de entrada al complejo mundo de la argumentación, queremos rescatar ahora, hasta 3 acepciones relevantes: el ordenamiento jurídico en la concepción de Norberto BOBBIO, los contextos de descubrimiento y de justificación así como las nociones de justificación interna y externa, conceptos todos estos que se interrelacionan en tanto exigimos un ordenamiento que evite incoherencias y lagunas para que en el mismo los intérpretes desarrollen la justificación de sus pretensiones, las cuales deben respetar, del mismo modo, reglas mínimas de no contradicción y desarrollo material de las premisas.

Fijadas esas ideas, podemos realizar un esbozo de cuáles son los aportes más importantes de diversas teorías de la argumentación jurídica.

En su concepto de orden normativo sistémico y aunque pudiera eventualmente criticarse que ésta sea una tesis positivista⁹, convenimos con Norberto BOBBIO¹⁰ en que el ordenamiento jurídico goza de 3 caracteres esenciales: unidad, coherencia y plenitud.

De unidad, por cuanto las decenas de miles de normas y leyes existentes, sin contar otros tantos dispositivos reglamentarios, forman un todo armónico con la Constitución, en el sentido de que todas esas reglas, aún las que pudieran en determinado momento colisionar con la misma, forman una unidad

⁸ ATIENZA, Manuel. «Las razones del Derecho». Palestra- Lima, 2004, p. 18.

⁹ La tesis del positivismo jurídico pretende asumir una noción de certeza, seguridad y fortaleza del Derecho sobre la base de que la norma jurídica debe responder con suficiencia al conflicto planteado. El positivismo se presenta como un método, una teoría y una ideología. Cfr. BOBBIO, Norberto. «El problema del positivismo jurídico». Fontamara, México, 1991. p. 89.

¹⁰ BOBBIO, Norberto. «Teoría del Ordenamiento Jurídico», 1960. En *Introducción al Derecho* de José Luis del HIERRO. Editorial Síntesis, Madrid, 1997. p. 95.

representativa, en la cual en la cúspide de esa pirámide, la Constitución no es solo una norma más, sino la norma que realmente vincula a todos los poderes y por consiguiente, a todas las normas con rango de ley y administrativas.

De coherencia, en razón de que el todo armónico que acabamos de reseñar en realidad puede presentar en algún momento contradicciones respecto a sus contenidos, esto es, normas que pudieran eventualmente contradecirse cuando de pretensiones judiciales contrarias pudiera tratarse, y sin embargo, esas incoherencias son resueltas por los jueces del Estado constitucional de diversas formas: sea por los métodos de solución de antinomias bajo los criterios *ley superior derogat inferior*, *ley posterior derogat anterior* o *lex specialis derogat generalis*¹¹ cuando se trata de conflictos normativos, o sea bajo otros parámetros como la ponderación y el principio de proporcionalidad, entre otros, si se trata de colisiones de principios, también denominados derechos fundamentales, o por extensión, normas-principios.

Y de plenitud, en vista de que las lagunas o vacíos del ordenamiento jurídico necesariamente y sin excusa, deben ser colmados. Es decir que, ante los conflictos normativos o las colisiones de principios, no pueden prevalecer vacíos más allá del simple examen inicial de la pretensión.

El Juez podrá advertir, frente a determinado caso, que si bien no hay una norma-regla aplicable al caso que debe resolver, o que no existe una ley o reglamento que pueda resolver la controversia, no por esta razón habrá de excusarse de solucionar el caso.

En tal sentido, tendrá que invocar principios, entendidos como mandatos de optimización, para poder dar solución al conflicto o controversia materia de análisis. Y más aún cuando se trata de derechos fundamentales, pues en rigor éstos tienen la premisa de optimizar los contenidos de pretensiones hasta donde sea racional y razonable tutelar un derecho iusfundamental frente a una afectación manifiesta a su contenido.

De ahí que podamos entender, también, la teoría del Derecho Constitucional, como una teoría de la integración¹², en el propósito de que siendo insuficiente

¹¹ La traducción literal sería: "La ley superior deroga a la inferior; la ley posterior deroga a la anterior; y la ley especial deroga a la ley general". Sin embargo, la referencia es efectuada en un sentido de prevalencia de una ley sobre otra, sin llegar necesariamente a la derogación.

¹² Cfr. LUCAS VERDÚ, Pablo. «La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar. La teoría constitucional de Rudolf Smend», Ed. Tecnos, Madrid, 1987. En *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época). Núm. 59. Enero-Marzo 1988, p. 269.

resolver los conflictos con la ayuda de las normas-regla, deba acudir a los contenidos de las normas-principio como manifestaciones de optimización de los derechos fundamentales.

En consecuencia, todo ordenamiento jurídico puede a su vez ser entendido como un ordenamiento constitucional en el cual la Constitución regula como un todo armónico, coherente y pleno las relaciones entre los derechos fundamentales de los ciudadanos del Estado constitucional.

5. Contexto de descubrimiento y contexto de justificación

Las diferencias centrales entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación se ciñen a la exigibilidad de justificación cuando argumentamos una decisión.

En relación al contexto de descubrimiento, podemos esbozar un ejemplo conforme a un ejemplo clásico de GARCÍA FIGUEROA¹³ en el sentido siguiente: ¿podríamos exigirle a alguien explicar por qué le gusta el helado de vainilla? Podría en nuestro caso interrogárenos ¿tiene relevancia jurídica por qué hemos estudiado Derecho? O una pregunta más aún de contexto general ¿por qué unos vemos el vaso medio vacío y otros solemos verlo medio lleno?

El contexto de descubrimiento no asume relevancia en la argumentación constitucional en tanto no es exigible, racionalmente, la explicación de por qué se adoptó una u otra posición interpretativa pues en gran medida, este tipo de contexto tiene lugar respecto a los criterios de valoración del juez, a su formación, a su propia idiosincrasia frente a determinados problemas, a cómo ve un determinado problema con relevancia constitucional, entre otros fundamentos de su fuero interno.

En otra vía de ejemplo, los jueces de las zonas alejadas de la Costa, en donde las poblaciones –léase Comunidades Nativas– conservan valores distintos a los de las zonas urbanas en temas de represión de conductas antijurídicas, podrían asumir que constituya una conducta permitida que ciertos sectores de la población nativa puedan comprometerse y procrear familia desde temprana edad, en tanto que un juez de la Costa, más ceñido a valores de protección vertical de la indemnidad sexual de menores, sí consideraría la apertura de un proceso penal por cuestiones vinculadas a la protección estatal

¹³ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso y Marina GASCON ABELLÁN. «La argumentación en el derecho». *Algunas cuestiones fundamentales*. Palestra Editores, Lima, 2003, p. 60.

en caso de la unión marital con una persona menor de edad.

En el caso en comento, el contexto de descubrimiento del juez del entorno rural, expresado como su formación moral, social y de valores, informaría que no habría mérito para la imposición de una sanción penal, y en rigor el contexto de descubrimiento no es un ítem susceptible de examen pues el fuero interno obedece a un conjunto de razones determinadas para apuntar a una solución del conflicto.

La dimensión del problema, en términos de justificación, es otra cuando nos referimos al contexto de justificación. Las condiciones en este caso sí son diferentes pues el contexto de justificación asume relevancia jurídica en tanto el juez debe explicar, sustentar y argumentar por qué su decisión asume el sentido finalmente adoptado. En rigor, en el contexto de justificación, la sociedad abierta de intérpretes que somos todos los seres humanos con capacidad de raciocinio, siguiendo la noción háberleana, nos vemos en la necesidad, exigencia y requerimiento de fundamentar nuestras decisiones, a diferencia del contexto de descubrimiento, el cual solo enuncia nuestra posición.

Es en ese sentido cuando cobra una dimensión jurídico garantista la decisión del juez que debe sustentar una posición y las implicancias constitucionales son de suyo relevantes. Bajo los alcances del contexto de descubrimiento, no se le requerirá al juez por qué adoptó una decisión, o de qué manera se expresó ese fuero interno propio del mismo para entender que en un caso determinado, verbigracia, no adoptó una posición de tutela o de improcedencia. Tampoco sería viable, bajo las reglas del contexto de descubrimiento, por qué el juez partió de determinados supuestos para señalar que la pretensión constitucional sí debía declararse fundada.

Sin embargo, en el contexto de justificación el juez se ve impelido para expresar, una a una, las razones, normativas, fácticas o de principios, que le conceden fuerza a su decisión y que propiamente satisfacen la exigencia de una justificación.

Anteponer el contexto de descubrimiento como sustento de una decisión, en consecuencia, equivaldría a adoptar una posición subjetiva, en propiedad arbitraria o irracional. Sería asumir la posición de Luis XIV en la Francia del siglo XVII, al afirmar: *"El Estado soy yo"*¹⁴, cuya equivalencia a un contexto

¹⁴ *"L'Etat c'est moi"*. Luis XIV, también llamado el Rey Sol. Aunque la cita es acusada de apócrifa, la frase pudo

de actualidad se acercaría a justificar que una sentencia ha sido expedida en la forma que lo fue, porque ése es simplemente el parecer del juez.

El contexto de justificación, apreciamos entonces, nos conduce a otro escenario de la argumentación: el necesario aporte de razones que a su vez determinen, racional y razonablemente, por qué el juez falló en la forma que lo hizo.

De ahí la importancia de la existencia de un contexto de justificación pues a través del mismo, como comunidad jurídica y bajo sustento constitucional¹⁵, exigimos a los jueces una tarea de justificación sólida, coherente y consistente. Si la decisión judicial adolece de estas condiciones mínimas, se abren las puertas del necesario ejercicio de corrección bajo las reglas del principio de pluralidad de instancias. En consecuencia, una decisión constitucional sin un ejercicio adecuado de argumentación, debe ser dejada sin efecto.

6. JUSTIFICACIÓN INTERNA Y JUSTIFICACIÓN EXTERNA

¿Por qué dividir la justificación en interna y externa? Fundamentalmente a efectos de dividir la decisión en 2 planos: por la justificación interna, apreciamos si el juez ha seguido un ejercicio de *sindéresis* lógica y revisamos, con insistencia, si el juez ha seguido las reglas de la lógica formal.

Analizamos en el plano de justificación interna, si el fallo ha sido cuidadoso en no entrar en contradicciones manifiestamente incongruentes. Verificamos si las premisas fácticas de vulneración de un derecho fundamental se adecuan y tipifican dentro de la norma tutelar constitucional o infraconstitucional.

En realidad, la decisión constitucional muchas veces constituye un conjunto considerable de premisas mayores o principios, valores y directrices, a cuyo ámbito se remiten igual número de hechos o circunstancias fácticas vinculadas a vulneraciones. En tal sentido, podemos apreciar un número considerable de razones que exigen ser delimitadas a través de un ejercicio lógico que denote que efectivamente hay una secuencia de congruencia, de íter procedimental lógico y que no se han producido cuando menos contradicciones entre las premisas mayores y las premisas fácticas, o entre los principios rectores de tutela y las circunstancias de hecho expuestas.

derivar de la idea "El bien del Estado constituye la Gloria del Rey", sacada de sus Reflexiones. El sentido de la frase es vinculada al absolutismo político.

¹⁵ Constitución 1993. Artículo 139 inc. 5:

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

"5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan".

La tarea del juez constitucional, en estos casos, es acometer con mucho cuidado su tarea de construcción de argumentos y no podrá, en vía de ejemplo, resolver de forma desestimatoria una pretensión vinculada al derecho fundamental a la salud, unida a la norma-principio del derecho a la vida, si ya existe un antecedente jurisprudencial¹⁶ que sienta doctrina constitucional respecto a una tutela.

El juez no podrá alegar que conoce el antecedente pero que considera restarle validez. ¿Por qué? Porque en caso de una sentencia denegatoria, en la cual desestima la pretensión, cuando menos una de las construcciones lógicas – que no existe tutela del derecho fundamental a la salud cuando sí existe en otro caso resuelto por el supremo intérprete de la Constitución– devendría falsa.

Veamos esto con objetividad: creeríamos que el juez, al denegar el caso, infringiría un principio de la lógica formal: daría como cierto un hecho falso. En consecuencia, se consolida una manifiesta contradicción en su razonamiento y esa decisión es susceptible de ser atacada por un problema de justificación interna.

En otro ámbito, la justificación externa se acerca mucho más a una justificación material de las premisas: implica un ejercicio de justificación que bien podría ser *óptimo*, cuando justifica su decisión en base a la ley, la doctrina y la jurisprudencia¹⁷, o bien cuando recurre a un ejercicio *mínimo suficiente* de la justificación, es decir, aporta cuando menos una sustentación que satisface los requisitos liminares de una justificación suficiente.

En la justificación externa, atendemos fundamentalmente a que en los casos en sede constitucional, los principios que justifican la decisión hubieren sido óptimamente delimitados, y que los hechos que rodean el caso, hubieren

¹⁶ Vid. STC 2945-2003.AA/TC caso Azanca Meza, sobre atención médica integral para pacientes con VIH/SIDA

6. "... en nuestro ordenamiento jurídico el derecho a la salud no se encuentra contemplado entre los derechos fundamentales establecidos en el artículo 2° de la Constitución, sino más bien se lo reconoce en el capítulo de los derechos económicos y sociales a que se refieren los artículos 7° y 9° de la Constitución, este Tribunal, al igual que nuestro similar colombiano, considera que cuando la vulneración del derecho a la salud compromete otros derechos fundamentales, como el derecho a la vida, la integridad física o el libre desarrollo de la personalidad, tal derecho adquiere carácter de derecho fundamental y, por tanto, su afectación merece protección vía la acción de amparo (STC N.º T- 499 Corte Constitucional de Colombia)".

¹⁷ Vid. GASCÓN ABELLÁN, Marina. «Los argumentos de la interpretación». En *Razonamiento Jurídico*. XII Curso de Ascenso Academia de la Magistratura. p. 70.

Marina GASCÓN ABELLÁN señala: "Los argumentos que sostienen la justificación externa de la premisa normativa pueden ser de tres tipos: el respeto a la ley (en particular las definiciones legislativas, las leyes interpretativas y los métodos de interpretación), los argumentos de la dogmática y el recurso a los precedentes".

correspondido a una adecuada enunciación fáctica. Solo en esos casos, puede entenderse debidamente cumplido el ejercicio de justificación externa.

Por tanto, toda decisión judicial debe satisfacer los estándares de justificación interna y externa, en tanto la ausencia de una u otra, no permite la validez de la misma, asumiendo que la validez es en rigor, un ejercicio de compatibilidad con la Constitución, es decir, con los principios, valores y directrices de la Carta Magna.

7. TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Es importante observar, a grandes rasgos, cuáles son las teorías de argumentación jurídica que han marcado un espacio determinado de influencia en el pensamiento jurídico contemporáneo para, a partir de las mismas, esbozar nuestros lineamientos centrales sobre la argumentación constitucional.

Los criterios de estas teorías constituyen una clara influencia sobre el pensamiento constitucional moderno y su conocimiento debe afianzar una visión en rigor amplia de las corrientes más representativas.

Comenzamos por analizar las posiciones de VIEHWEG y PERELMAN, quienes representan una tendencia que comienza a señalar que es necesario aportar otras fuentes de análisis para una mejor argumentación, descartando la mera lógica formal; y luego principalmente a ALEXY, quien en rigor representa la teoría estándar de la argumentación jurídica por la presencia significativa del contexto de justificación como escenario que obliga al aporte de razones.

7.1. La tónica de VIEHWEG

Según ATIENZA,¹⁸ Theodor VIEHWEG (Leipzig, Alemania, 1907- Mainz, Alemania, 1988) pretende revitalizar la tónica. Refiere que los lugares comunes, los tópicos, las opiniones asumidas generalizadamente, nos pueden ahorrar un considerable esfuerzo fundamentador.

Lo importante no es lo que dice el Código, sino cómo resolver el caso aquí y ahora, y entonces entran en juego las técnicas de la tónica jurídica, los lugares comunes socialmente aceptados, la tradición jurídica compartida, etc.

¹⁸ VIEHWEG, Theodor. «Topik und Jurisprudenz». En *Las Razones del Derecho* de Manuel Atienza. p. 71.

Y aún cuando García AMADO le critica a VIEHWEG su vaguedad, pluriformidad e indefinición metodológica, es innegable el gran valor anticipatorio de la teoría de Viehweg, al potenciar la perspectiva argumentativa desde una posición que se esfuerza por compatibilizar la práctica con la razón y la justicia.

Pero no solo este es el aporte de VIEHWEG a la disciplina de la argumentación. Sus propuestas tópicas rompen, de igual forma, con la hegemonía de la lógica formal para replantear que podía igualmente argumentarse, y de mejor modo, desde una alternativa distinta a la presentada, hasta entonces, por la lógica propiamente dicha, cuyos esquemas formales, de la mano de una secuencia positivista del Derecho, ya no brindaban una respuesta satisfactoria a las cuestiones controversiales del Derecho y que por lo tanto, exigían una nueva forma de argumentar.

La tónica, en esa forma, implicaba razonar a partir de problemas o casos con la idea de presentar una “jurisprudencia de problemas”¹⁹, en la idea de proyectar “conclusiones que derivan de proposiciones que parecen verdaderas con arreglo a una opinión acreditada”²⁰.

La tónica consistiría en el siguiente método: “Cuando se quiere hacer una pregunta lo primero que se tiene que descubrir es el tópico que debe emplearse para obtener la conclusión dialéctica; en segundo lugar, se deben plantear en sí mismas las preguntas concretas, llevándolas con un determinado orden; y, por último, dirigirlas adecuadamente al interlocutor”²¹.

Ciertamente la tónica apunta a una especie de lugar de donde se extraen materiales, propiamente argumentos, para una demostración de razones y aún cuando no percibimos una verdadera sistematización de la propuesta, es innegable concluir que la propuesta se diferencia de la propuesta de la lógica formal de completitud de sus argumentos desde una perspectiva del Derecho capaz de dar respuesta, desde la norma jurídica, a todas las cuestiones controversiales, reto que las corrientes positivistas ya no podían asumir y que Viehweg, al publicar *Topik und Jurisprudenz* en 1953, se anticipa a proyectar.

¹⁹ MORELLI, Mariano G. «Pensar el derecho desde el problema. Theodor VIEHWEG: Tónica y Sistema en la Historia del Derecho». Disponible en: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/viewFile/815/1446>

²⁰ MORELLI, Mariano G. Op cit., p. 8.

²¹ ARISTÓTELES. «Topika». Libro VII. 1,2. En VIEHWEG, Theodor. «Tónica y Jurisprudencia», Madrid, Ed. Taurus, 1986, traducción de Luis Díez-Picazo Ponce de León. P. 41. En MORELLI, Mariano G. Op cit., p. 8.

7.2. La retórica de PERELMAN

La retórica de Chaim PERELMAN (Varsovia, Polonia, 1912- Bruselas, Bélgica, 1984) constituye una de las apuestas más interesantes por rescatar el concepto persuasivo de la argumentación, a partir de la importancia de su correlación con la retórica del mundo griego, revitalizando así los conceptos de Aristóteles sobre la legitimidad filosófica de la retórica y relegando la condena de Platón frente a esta disciplina, en tanto la solía asociar a la sofística y a la manipulación de la verdad.

Se inserta esta propuesta, conjuntamente con la de Theodor Viehweg, propulsor de la tópica jurídica, en la exigencia de descartar los métodos de la lógica estrictamente formal para el desarrollo de las cuestiones de derecho.

La tesis de PERELMAN sustenta la prevalencia de la persuasión como elemento prevalente en el discurso argumentativo, a efectos de convencer a los demás de nuestra posición. Diríamos que esta tesis se acerca mucho a la idea de pretensión de corrección de ALEXY, más basados en que nos dirigimos a un auditorio particular y a un auditorio universal, respecto de los cuales es necesario que nuestro discurso persuada, explique y convenza. Precisamente la exigencia de adhesión de ese auditorio a las ideas, explica la figura de la importancia de la persuasión.

A propósito de la diferencia de los niveles de persuasión, es importante rescatar la diferencia que hace GUASTINI²², dentro de los alcances de la interpretación correctora, entre la tarea del abogado, la cual denomina es de valoración, elección y decisión, y la labor del juez, a la cual le asigna un contenido hondamente racional, en cuanto su tarea es sustantivamente cognoscitiva.

El juez no puede dejarse convencer solo por el discurso persuasivo del abogado en cuanto le es exigible conocer el proceso y determinar las pruebas que han de orientar la estimación o desestimación definitiva de la pretensión. Por lo tanto, es exigible someter las propuestas persuasivas al tamiz de la validación de los argumentos que exponen las partes, independientemente del nivel de persuasión de sus pretensiones.

En términos de ATIENZA,²³ PERELMAN rehabilita la lógica, planteando la retórica como una práctica argumentativa cuyo objetivo consiste en captar

²² GUASTINI, Ricardo. «Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho». Gedisa. Barcelona, 1999. p. 216.

²³ PERELMAN, Chaim. «La nueva Retórica». En *Las Razones del Derecho* de Manuel ATIENZA, p. 87.

la adhesión de alguien. PERELMAN intentó construir una lógica específica de los valores y pretendió conducir la rehabilitación de la retórica como una disciplina de la antigüedad.

Este autor polaco contrapone dos esferas bien distintas del pensamiento: la lógica formal, regida por la idea de necesidad, y la argumentación, presidida por la idea de lo plausible, aceptable, verosímil. De esa razonabilidad nace la noción de un auditorio que ha de adherirse a un argumento.

La retórica, según PERELMAN, es pues el estudio de las técnicas discursivas que tratan de provocar la adhesión a tesis presentadas a un determinado auditorio, excluyendo la violencia.

Representan elementos de la actividad argumentativa: el orador, el discurso y el auditorio. Para dicho autor, existen varios tipos de auditorio: universal, formado por todos los seres de la razón, aquel constituido por un único oyente (en el cual hay diálogo), y el constituido por uno mismo. Finalmente, los tipos de argumentación que invoca son: persuasiva, cuando se dirige a un auditorio particular, y convincente, cuando se desenvuelve el orador ante un auditorio universal.

Como crítica, ATIENZA advierte que la noción de auditorio universal es ambigua y sin embargo, le reconoce el esfuerzo por desarrollar el nivel de persuasión en la argumentación.

Llevadas las propuestas de PERELMAN a nuestra realidad, es importante destacar la necesidad de que el discurso argumentativo preste necesaria atención a la exigencia de persuadir, labor que no puede el abogado hacer a un lado en tanto la construcción de sus argumentos de defensa, o de imputación si nos referimos al ámbito de los fiscales en tanto representan también la pretensión punitiva del Estado, exige un esfuerzo de argumentación desde una posición exigiblemente persuasiva.

¿Debe el juez persuadir con su decisión? Consideramos que ésta es una manifestación implícita de la decisión judicial, pero junto a este rol de naturaleza del mensaje del juez, adquiere mayor noción de relevancia el rol cognitivo-racional, conforme reseñamos *supra*, es decir, tendrá que proceder el juez, por sobre las manifestaciones argumentativas de la persuasión, a definir racionalmente cuál es la fuerza probatoria de las pruebas aportadas y en qué medida ese rol cognitivo inclina su labor hacia una tarea mucho más objetiva, fuera de los apasionamientos que bien puede denotar el rol persuasivo.

7.3. El discurso racional de ALEXY

En 1978, surgen las teorías modernas o estándar de la argumentación jurídica: de Robert ALEXY²⁴ (Oldenburg, Alemania, 1945) y de Neil MAC CORMICK²⁵ (Glasgow, Escocia, 1941-Edimburgo, Escocia, 2009), las cuales perfilan en conjunto, una referencia al análisis teórico de los procesos argumentativos en el derecho.

La teoría de la argumentación jurídica pretende la descripción, conceptualización y sistematización del razonamiento y en sí, representa un metalenguaje, un metadiscurso con sus propios instrumentos y sus propios presupuestos.

Así, conforme señala MATHEUS²⁶, mientras el discurso de los juristas se inclina por el análisis de la pena, el recurso, el dolo y la negligencia, el metadiscurso de las teorías de la Argumentación Jurídica hará referencia a la premisa normativa, la lógica deóntica, la situación ideal del diálogo y el argumento de la universalización, entre otras ideas.

El discurso racional de ALEXY revela, a juicio nuestro, uno de los aportes más significativos a la teoría de la argumentación jurídica, pues en función al aporte de razones válidas, congruentes y consistentes, se busca discernir sobre la validez del discurso jurídico que identifica a la decisión jurídica.

Revisar los postulados de ALEXY significa asociar sus ideas a las tendencias de la ponderación y la proporcionalidad, en las cuales es importante rescatar el rol que juega la importancia del discurso racional respecto a la argumentación jurídica y en efecto, por sobre las críticas formuladas a la ponderación de intereses y el principio de proporcionalidad, estimamos que es válido concluir que ponderación y proporcionalidad no constituyen, en modo alguno, expresiones de subjetividad ni posiciones particulares que escapen al examen de los juicios de validez jurídica. Por el contrario, la tesis de ALEXY se ciñe a que en el discurso racional un papel de suyo relevante, lo juega el aporte de razones.

²⁴ ALEXY, Robert. «La Teoría de la Argumentación Jurídica». En *Las Razones del Derecho* de Manuel Atienza. p. 227.

²⁵ MACCORMICK, Neil. «Legal Reasoning and Legal Theory». En *Las Razones del Derecho* de Manuel Atienza. p. 167.

²⁶ MATHEUS, Carlos. «Normas y silogismo jurídico». *Materiales enseñanza Razonamiento Jurídico. PROFA. II nivel*. Lima, 2004.

Las posiciones de ALEXY han sido ampliamente difundidas en el mundo del Derecho contemporáneo, desde diversas obras²⁷ y aportes, en la idea de sumar fuerza a la ponderación que en propiedad denomina *balancing*, desde la definición inglesa, y *Abwägung*, desde la doctrina alemana, en la idea matriz de que los principios, cuyo mejor ejemplo son los derechos fundamentales, pueden ser pesados y a partir de esa colisión, destacar que un principio se impone a otro.

Es de anotarse que esta propuesta puede ser blanco de objeciones: Jürgen HABERMAS considera que ALEXY ha abordado equivocadamente sus presupuestos de filosofía del lenguaje y Paolo COMMANDUCCI critica que los principios sean abordados como elementos de definición de una controversia dada su indeterminación, al tiempo que García AMADO objeta la subjetividad del método de la ponderación, pauta a la que debemos agregar la crítica de Luigi FERRAJOLI en cuanto considera que la ponderación es un equívoco muy grave que debilita la normativa constitucional.

Y sin embargo, es necesario observar que la ponderación aspira a identificar una lógica procedimental en cuanto su aplicación propiamente dicha a través del test de proporcionalidad, identifica tres sub exámenes que en rigor son los pasos de idoneidad o adecuación, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto, cuyo rigor de sistematización ha venido siendo una constante en la construcción abstracta de la teoría de ALEXY, y que ha sido criterio rector de pronunciamiento en diversas sentencias emblemáticas de la propia jurisprudencia peruana²⁸ y de diversos ordenamientos constitucionales en el Derecho Comparado²⁹.

CONCLUSIONES DE INTERÉS

No obstante las pinceladas trazadas a modo de introducción, percibimos que nuestro análisis aún exige mucho por desarrollar dadas las premisas entimemáticas de la argumentación, es decir, que no pueden explicitarse en lo sostenido todas las ideas por excelencia concurrentes para una mejor justificación.

²⁷ Cfr. ALEXY, Robert. «Teoría de la argumentación jurídica». Palestra Editores. Lima, 2007. Cfr. ALEXY, Robert. «Teoría de los derechos fundamentales». Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2002.

²⁸ STC 045-2004-AI/TC, caso PROFA; STC 007-2006-PI/TC, caso calle de las Pizzas; STC 032-2010-PI/TC, caso Ley del Tabaco; STC 037-2012-PA/TC, caso Scotiabank; entre otros casos.

²⁹ Fundamentalmente Corte Constitucional de Colombia, Tribunal Constitucional español y la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos (vid. caso Kimel vs Argentina. FF.JJ. 68-95)

A pesar de ello, algunos esbozos han merecido nuestro interés principal en la medida que hemos graficado ideas de entrada a propósito de la importancia de argumentar y la percepción de la importancia de ese quehacer por parte de quienes tenemos la responsabilidad de asumir decisiones a diario a propósito de definir controversias jurídicas.

Es en ese tráfago de exigible justificación, que diferenciar los contextos de descubrimiento y de justificación, coadyuvan a que separemos, en la decisión judicial, nuestros motivos personales de las razones realmente justificativas de la decisión, en la necesidad de que sean excluidos prejuicios, inferencias subjetivas y cuestiones de idiosincracia del juicio jurídico.

Sobre esa separación necesaria, tiene lugar la justificación interna, a efectos de excluir juicios contradictorios, y la justificación externa, en referencia a una adecuada corrección material de las premisas, aspectos ambos necesarios para la validación suficiente de la razón judicial.

Por último, hemos querido brindar algunos lineamientos de reflexión de algunas de las varias importantes teorías de la argumentación jurídica, habiendo excluido, por temas de espacio, otros aportes de valor cuya data sería muy extenso enunciar.

Quedémonos sin embargo, con la idea fuerza de que la construcción de argumentos representa una tarea ciertamente compleja: miles de vicisitudes en el camino del razonamiento podrían bien variar en el camino de la solución de la controversia y a pesar de estar persuadidos de una justa solución en el caso concreto, bien podría conducirnos la existencia de soluciones múltiples a que pensemos, en paráfrasis, en la existencia del genio maligno del cual hablaba Descartes, haciéndonos creen en una solución pero encontrarnos prestamente otra inclusive mejor argumentada, lo cual podría conducir a un camino *sine die* de razones.

Pues ello no es estrictamente así. La construcción de argumentos implica el aporte de las mejores razones posibles para las cuales recurrimos a las herramientas más óptimas que la disciplina de la argumentación nos proporciona. Ese camino es de un permanente esfuerzo por desarrollar herramientas, alternativas y mejores recursos para brindar soluciones sociales en justicia. Es un reto al que no podemos renunciar.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Palestra Editores. Lima 2007.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2002.
- ATIENZA, Manuel. *DIEZ CONSEJOS PARA ARGUMENTAR BIEN O DECÁLOGO DEL BUEN ARGUMENTADOR*. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, No. 29 (2006).
- ATIENZA, Manuel. *Las razones del Derecho*. Palestra- Lima, 2004. .
- BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. Fontamara, México, 1991.
- BOBBIO, Norberto. *Teoría del Ordenamiento Jurídico*, 1960. En *Introducción al Derecho* de José Luis del Hierro. Editorial Síntesis, Madrid, 1997.
- GARCIA FIGUEROA, Alfonso y Marina GASCÓN ABELLÁN. *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*. Palestra Editores, Lima, 2003.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los argumentos de la interpretación*. En *Razonamiento Jurídico*. XII Curso de Ascenso Academia de la Magistratura.
- GUASTINI, Ricardo. *Distinguiendo*. Estudios de teoría y metateoría del Derecho. Gedisa. Barcelona, 1999.
- LUCAS VERDÚ, Pablo *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar*. La teoría constitucional de Rudolf Smend, Ed. Tecnos, Madrid, 1987. En *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época). Núm. 59. Enero-Marzo 1988.
- MATHEUS. Carlos. *Normas y silogismo jurídico*. Materiales enseñanza Razonamiento Jurídico. PROFA. II nivel. Lima, 2004.
- MORELLI, Mariano G. *Pensar el derecho desde el problema. Theodor VIEHWEG: tónica y sistema en la historia del derecho*. Disponible en <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/viewFile/815/1446> p. 6
- SANTA CRUZ, Julio César. *Razonamiento Jurídico*. Diplomatura de Formación Profesional para Jueces del Segundo y Tercer Nivel de la Magistratura. Academia de la Magistratura, 2010.

EL DENOMINADO BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD COMO PARÁMETRO DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL, ¿ES NECESARIO EN EL PERÚ?

ARTEMIO DANIEL MEZA HURTADO*

Resumen

El Tribunal Constitucional del Perú para cumplir con la función de máximo intérprete de la Constitución, para determinar la correcta interpretación en un caso concreto y cumplir con su principal función, de determinar la inconstitucionalidad sometida a su conocimiento, no utiliza sólo las normas contenidas en la Constitución, casi siempre, acude a otras normas y criterios, que se conocen como el parámetro de constitucionalidad o bloque de constitucionalidad, cuya necesidad o importancia se encuentra en debate.

Palabras clave: Interpretación - Inconstitucionalidad - Parámetro de constitucionalidad - Bloque de constitucionalidad.

Abstract

The Constitutional Tribunal of the Peru to fulfill the function of maximum interpreter of the Constitution, to determine the correct interpretation in a concrete case and to fulfill its main function, of determining the subjected unconstitutionality to its knowledge, doesn't only use the norms contained in the Constitution, almost always, he goes to other norms and approaches that are known as the parameter of constitutionality or block of constitutionality whose necessity or importance is in debate.

Key words: Interpretation - Unconstitutionality - Parameter of constitutionality - Block of constitutionality.

Sumario

I.- Introducción. II.- Antecedentes. III.- Definición. IV.- Tipos o clase del bloque de constitucionalidad. V.- El caso de Francia. VI.- El bloque de constitucionalidad en España. VII.- El bloque de constitucionalidad en Latinoamérica. VIII.- El parámetro de constitucionalidad en el Perú. IX.- Problemas en su aplicación. X.- Conclusiones. XI.- Bibliografía.

* Juez Superior Titular de la Corte Superior de Justicia de Piura - Poder Judicial del Perú. Profesor de la Universidad Nacional de Trujillo y de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo; profesor de la Academia de la Magistratura.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 201° de la Constitución Política peruana señala que el Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución, declaración que ha sido interpretada y ampliada por el artículo 1° de la Ley Orgánica -Ley N° 28301- de este organismo, el cual establece que el Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad.

Justamente, una de sus principales atribuciones es la de conocer en instancia única la acción de inconstitucionalidad que se promueva, de conformidad con el inciso 4° del artículo 200 de la Constitución, contra las normas con rango de ley.

Hasta aquí todo claro, pero cuando pretendemos dar respuesta a la interrogante de ¿cuáles son los criterios que deben utilizarse para que el citado Tribunal Constitucional desarrolle la determinación de la inconstitucionalidad de las leyes?, se presentan singulares problemas interpretativos. A nivel de la doctrina internacional y de la jurisprudencia francesa, italiana y española principalmente, se ha establecido y determinado cuáles son los criterios o parámetros que utilizan o que deben utilizar los tribunales constitucionales como parámetro para determinar dicha inconstitucionalidad, y para ello se ha elaborado el concepto del *bloque de la constitucionalidad*, que pretende proponer cuáles son los criterios que deben utilizarse para dar solución a los casos de interpretación y aplicación de la inconstitucionalidad de las leyes.

Pero inmediatamente también, han surgido reacciones por parte de otro sector de la doctrina especializada¹, quienes cuestionan la utilización de este concepto por innecesario o porque su contenido es impreciso o porque poco puede aportar a la solución de los casos que enfrenta el Constitucional en dicho ámbito; de tal suerte que son válidas las interrogantes: ¿para qué sirve el bloque de constitucionalidad?, ¿es correcta la posición del Tribunal Constitucional de utilizar dicho concepto como parámetro de enjuiciamiento de la constitucionalidad?, ¿es necesaria la traslación de conceptos originados

¹ Vid. MESÍA, Carlos. «Exégesis del Código Procesal Constitucional», Gaceta Jurídica, Lima, 2004, pp. 829-830; quien señala comentando el artículo 79° del Código Procesal Constitucional, que esta norma es "entendida en el contexto del discutido concepto del bloque de constitucionalidad, y cita al profesor español RUBIO LORENTE, Francisco en «La Forma de Poder», Estudios sobre la Constitución, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 100, quien afirma con referencia a España pero aplicable a nuestro ordenamiento que: *ni la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ni en la obra de los pocos estudiosos que, hasta el presente, han dedicado alguna atención al tema, hay elementos que permitan determinar con exactitud cuál sea el contenido del tal bloque, ni cuál elemento o rasgo que lo constituye como tal, sin que, de otra parte (...) exista definición o referencia normativa alguna del bloque en cuestión.*

en Europa para introducirlos en la actividad interpretativa que desarrolla el Tribunal Constitucional? No existen mayores trabajos destinados a dar respuesta sobre éstas y otras interrogantes acerca de tan importante tema, el cual pretendemos contribuir con su discusión y esclarecimiento.

Un sector de la constitucional ha puesto de relieve que el denominado bloque de constitucionalidad no es más que el resultado de que en el derecho moderno, al constituirse la Constitución Política en “fuente de fuentes”, se ha introducido en la ordenación de éstas el criterio de la distribución de materias –obligado por la dinámica de las relaciones sociales traducidas en dicho cuerpo jurídico– dando lugar al fenómeno de las *normas interpuestas*, que son aquellas normas a las que la Constitución les atribuye la virtualidad de condicionar la creación de otras que sin embargo son de su mismo rango².

II. ANTECEDENTES

Los orígenes del denominado “Bloque de Constitucionalidad” se remontan a un suceso acaecido en Francia, cuando el Consejo Constitucional Francés emitió una sentencia de fecha 16 de julio de 1971³, según la cual para ejercer la actividad de control de las actividades de la administración pública, podía hacer uso de normas y principios generales del derecho, atendiendo a que en el Preámbulo de la Constitución Francesa se hacía referencia a la Constitución derogada de 1946 y a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, por lo que se argumentó que como consecuencia lógica se debían integrar estas normas y principios a la Constitución, adquiriendo “valor constitucional” para ser utilizados en los juicios de constitucionalidad de las normas jurídicas a las que se atribuía vicios de inconstitucionalidad⁴.

Cuando la tesis creada originalmente en Francia es trasladada a la doctrina constitucional española, ésta la adopta pero con matices diferentes y es de allí

² DE OTTO, Ignacio, «Derecho Constitucional», p. 94, cit. por MESÍA, Carlos en Exégesis del Código Procesal Constitucional, p. 830.

³ Vid. UPRIMNY YEPES, Rodrigo. «Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal», Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial “Rodrigo Bonilla”, 2006, p. 38, citado por REYES KURI, Juan Fernando. “La inconstitucionalidad de algunas restricciones al derecho a ser elegido en Colombia”, en Revista Derecho del Estado, N° 23, diciembre, 2009, p. 149, quien recalca que la idea misma del Bloque de Constitucionalidad y los debates que le están asociados son tan antiguos como la propia justicia constitucional. Pero otra cosa es la concreción de la categoría y sus intentos de precisión dogmática, que es mucho más reciente y se origina en la práctica del Consejo Constitucional francés en el marco de la llamada V República.

⁴ Vid. MANILL, Pablo. «El ejercicio incompleto del poder constituyente y el bloque de constitucionalidad en España», en Revista Española de Derecho Constitucional, Año 9, N° 27, Setiembre-Diciembre de 1989, también en: www.pablomanili.com.ar/art_ejercicio.doc, quien pone de relieve que no obstante que este concepto efectivamente tiene su origen en el derecho francés, el mismo ha adquirido relevancia y renombre en Latinoamérica a través del derecho español, no obstante que este es muy diferente al concepto francés.

de donde se ha trasladado el concepto, que está siendo desarrollado por el Tribunal Constitucional; por ello es que en el presente trabajo necesariamente tendremos que referirnos al significado del bloque constitucional en estos dos países.

Asimismo el presente trabajo pretende responder a la interrogante respecto a que si es necesario denominar o adoptar doctrinas que fueron creadas y concebidas para otras situaciones jurídicas para establecer el parámetro de constitucionalidad, no bastaría una adecuada interpretación de acuerdo a los “criterios de interpretación constitucional” existentes y que han sido desarrollados profusamente por la doctrina constitucional moderna

La noción del bloque de constitucionalidad, como se aprecia, es de origen doctrinal y no jurisprudencial, puesto que cuando se emitió el fallo de 1971, por el tribunal administrativo francés, los estudiosos empezaron a explicar sus consecuencias a través del principio de constitucionalidad, asimilándolo a la doctrina del bloque de legalidad utilizada por el Derecho Administrativo⁵.

El concepto de bloque de constitucionalidad ha sido tomado del Derecho administrativo, donde se maneja el concepto de bloque de legalidad; sobre el particular, es conveniente precisar que en el Perú el Tribunal Constitucional a través de la acción de inconstitucionalidad, evalúa si una ley o una norma con rango de ley transgrede por la forma o por el fondo, la norma suprema; se trata, en principio, de un juicio abstracto respecto a dos normas de diversa jerarquía. Por un lado, la Constitución que actúa como parámetro en la medida que es la *Lex Legum*; y, por otro, la ley o las normas con rango de ley, que constituyen las fuentes sometidas a ese control.

La inconstitucionalidad de una ley, *prima facie*, se genera por la incompatibilidad entre las fuentes legales sometidas a control y la Constitución, y no porque una de ellas colisione, viole o transgreda a otra de su misma jerarquía. Y es que no se presenta un problema de validez constitucional cada vez que se produce la colisión de dos normas del mismo rango, sino un típico problema de antinomia, resoluble conforme a las técnicas que existen en nuestro ordenamiento jurídico (v.g. “ley especial deroga ley general”, “ley posterior deroga ley anterior”, etc.).

⁵ Vid. CARPIO MARCOS, Edgar, en «Bloque de Constitucionalidad y Proceso de inconstitucionalidad de las leyes» p. 83, en www.iidpc.org/revistas/4pdf/93_128.pdf, (consulta: 30 de junio del 2010), quien refiere que este concepto de “bloque de constitucionalidad es tributario de una idea análoga existente en el proceso contencioso administrativo francés, era una adaptación del concepto “bloque de legalidad”, creado por el maestro de Derecho administrativo francés Maurice Hariou, a principios del siglo XX, que era utilizado por el Consejo de Estado francés para efectuar el control de legalidad de los actos administrativos.

La posición del tribunal que será desarrollada, afirma expresamente no solo la aceptación de esta tesis del bloque de constitucionalidad sino que en diversas resoluciones ha delineado cuáles son las normas que integran el denominado “parámetro de constitucionalidad”.

III. DEFINICIÓN

El bloque de constitucionalidad es un concepto que alude a las fuentes formalmente no constitucionales que integran el parámetro a utilizar en una acción de inconstitucionalidad⁶. Así en diversas sentencias el Tribunal Constitucional nacional se ha pronunciado estableciendo que se debe comprender como integrante del bloque de constitucionalidad a toda norma de naturaleza jurídica, que si bien ni está desarrollada por la Constitución, tiene algún tipo de jerarquía constitucional y sirva como parámetro constitucional para la toma de decisión tanto del Tribunal Constitucional como de los demás órganos jurisdiccionales⁷.

Como se sabe la Constitución en principio debería ser el único parámetro para determinar dicha constitucionalidad, pero en algunas ocasiones el parámetro que utilice el Tribunal Constitucional para resolver una acción de inconstitucionalidad puede estar comprendido en fuentes distintas de la Constitución⁸.

El Tribunal Constitucional peruano ha reconocido que en nuestro ordenamiento jurídico, la referencia al parámetro de constitucionalidad o bloque de la constitucionalidad, tiene como antecedente inmediato el artículo 22° de la

⁶ En el mismo sentido OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. «El Bloque de Constitucionalidad en Colombia». Estudios Constitucionales. Año/Vol 3, N° 001, pp. 231-242. Afirma que por Bloque de Constitucionalidad se puede entender un conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, que se encuentran fuera de la Constitución fundamental.

⁷ Vid. al respecto la STC en los procesos acumulados 0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI/TC en la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Presidente de la República contra la Ordenanza Regional N.º 031-2005-GRC/CRC, y las Ordenanzas Regionales N.ºs 015-2004-CR-GRH y 027-2005-E-CR-GRH, del Gobierno Regional de Huánuco, donde se precisa que cuando se trate de efectuar una interpretación recurriendo al bloque de constitucionalidad de las normas de los Gobiernos Regionales, no significa que allí se agoten las normas que pueden conformar dicho bloque, la apertura de éste a otras normas, ya sean leyes orgánicas o simples leyes estatales o decretos legislativos, depende del tipo de materias que hayan sido reguladas por una ordenanza regional y particularmente, de la clase de competencia de que se trate.

⁸ Vid. STC 0007-2002-AI, del 27 de agosto del 2003, Fund. 5, donde se reconoce esta posibilidad, siempre que esa condición sea reclamada directamente por una disposición constitucional (v.g. la ley autoritativa en relación con el decreto legislativo). En tales casos, estas fuentes asumen la condición de “normas sobre la producción jurídica”, en un doble sentido; por un lado, como “normas sobre la forma de la producción jurídica”, esto es, cuando se les encarga la capacidad de condicionar el procedimiento de elaboración de otras fuentes que tienen su mismo rango; y, por otro, como “normas sobre el contenido de la normación”, es decir, cuando por encargo de la Constitución pueden limitar su contenido.

Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, hoy incorporada en el texto del artículo del 79° del Código Procesal Constitucional con rango de “principio de interpretación”, según el cual para apreciar la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona.

De esta forma, afirmarse que el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución. Se afirma que éstos son “verdaderos principios y reglas de valor constitucional”, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *stricto sensu*⁹.

En nuestro país el Tribunal Constitucional identifica como sinónimos los conceptos de “parámetro de control constitucional o “bloque de la Constitucionalidad”, cuyo contenido lo integran “otras fuentes distintas de la Constitución, en concreto, determinadas fuentes con rango de ley, denominándolas normas sobre la producción jurídica en su vertiente formal es decir sobre la forma de producción jurídica, el procedimiento de elaboración de otras fuentes del mismo rango y también se refiere a las normas sobre el contenido de la regulación, las cuales por encargo del texto constitucional pueden limitar su contenido”^{10 11}.

IV. TIPOS O CLASES DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

La doctrina ha identificado dos sentidos que se le podría dar al concepto del bloque de constitucionalidad:

⁹ Vid. Sentencia N° C-225/95 de la Corte Constitucional de Colombia, citada por RUEDA AGUILAR, Dolores, en «El Bloque de constitucionalidad en el sistema colombiano», p. 6, accesible en : https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Lists/Becarios/Attachments/88/Becarios_088.pdf, quien además sostiene que la noción de prevalencia de los tratados sobre derechos humanos y de derecho internacional humanitario permite concluir que éstos forman con el resto del texto constitucional un “bloque de constitucionalidad” cuyo respeto se impone a la ley.

¹⁰ Vid. STC. 007-2002-AI/TC; STC N° 0041-2004-AI/TC.

¹¹ MESÍA, Carlos, Exégesis del Código..., cit. p. 830, de igual forma señala que aún cuando la doctrina y la jurisprudencia es errática, se puede definir el bloque de constitucionalidad, como el conjunto de normas que no están incluidas en la Constitución, algunas de las cuales delimitan competencias, pero cuya infracción determina la inconstitucionalidad de la ley sometida a examen. Visto así, algún grado de parentesco existiría entre el llamado “bloque de constitucionalidad y las denominadas “normas interpuestas”.

4.1. Bloque de constitucionalidad *stricto sensu*

Que se encontraría confirmado por aquellos principios y normas de valor constitucional, referidas al texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción.

ARANGO OLAYA por su parte considera que dentro de esta clasificación se encuentran comprendidos:

- a. El preámbulo de la Constitución;
- b. La Constitución;
- c. Los Tratados Limítrofes de derecho internacional ratificados por el Estado;
- d. La ley estatutaria que regula los estados de excepción;
- e. Los Tratados de Derecho Internacional Humanitario;
- f. Los Tratados de Derecho Internacional que reconocen derechos intangibles;
- g. Los artículos de los Tratados de Derecho Internacional de Derechos Humanos ratificados por Colombia, cuando se trate de derechos reconocidos por la Carta y,
- h. La doctrina elaborada por los tratados internacionales u órganos de control de los tratados de derechos humanos en relación con esas normas internacionales restrictivamente y sólo en determinados casos.

4.2. Sentido *lato sensu* del bloque de constitucionalidad

Alude a que dicho bloque estaría compuesto por todas aquellas normas de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para efectuar el control de la constitucionalidad de la legislación; RUEDA AGUILAR considera que conforme a este sentido, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado correspondiente de la Constitución sino además por los tratados internacionales de derechos humanos, por las denominadas leyes orgánicas y además –en algunas ocasiones– por las leyes estatutarias¹².

La doctora Mónica ARANGO OLAYA sostiene al respecto que el bloque de constitucionalidad en sentido lato como parámetro de constitucionalidad de

¹² Vid. RUEDA AGUILAR, Op. cit, pp.12-13, quien consigna el texto del artículo 152 de la Constitución de Colombia regula las denominadas leyes estatutarias de la siguiente manera: “ Art. 152.- Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias : a. Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección; b. Administración de justicia; c. Organización y régimen de los partidos y movimientos políticos; estatuto de la oposición y funciones electorales; d. Instituciones y mecanismos de participación ciudadana; Estados de Excepción.

las leyes está compuesto por: a. Las leyes orgánicas, y b. Las leyes estatutarias en lo pertinente¹³.

V. EL CASO DE FRANCIA

En el año 1975, Louis FAVOREAU en un trabajo dedicado a explicar una decisión del Consejo Constitucional Francés (la Decisión D-44 del 16 de julio de 1971) que declaró inconstitucional una ley que limitaba el régimen de las asociaciones, utiliza la expresión “Bloque de constitucionalidad” para explicar como el Consejo consideró que para analizar la invalidez de dicha norma no sólo debía considerar a la Constitución francesa de 1958, sino que también utilizó como parámetro de constitucionalidad a la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, explicando el Consejo que ello era posible en razón que si bien dicho documento era distinto a la Constitución formalmente, ésta en su preámbulo aludía a dicha declaración como principio interpretativo.

La expresión al parecer se tomó del uso que se efectuaba en el Derecho administrativo de una similar: “bloque de legalidad”, que servía para efectuar el control de legalidad de los actos administrativos y que hacían referencia a todas las reglas que se imponen en la administración.

El concepto de bloque de constitucionalidad alude en consecuencia a *un conjunto de normas y principios de valor formalmente constitucional*.

Por otro lado, en lo que atañe a la función procesal que desempeña el concepto en este país, todas las normas que lo componen sirven como normas de referencia o parámetro de control sobre la totalidad de fuentes que en el derecho francés pueden someterse a la evaluación del Consejo, y es que en Francia como explica CARPIO MARCOS¹⁴, la noción del bloque de constitucionalidad está fundamentalmente vinculada a la unidad de rango de las fuentes que la componen, siendo la función procesal que cumplen una consecuencia de ello.

¹³ Vid. ARANGO OLAYA, Mónica. «El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana», p. 102, disponible en: <http://www.icesi.edu.co/contenido/pdfs/C1C-marango-bloque.pdf>

¹⁴ CARPIO MARCOS, Edgar, en «Bloque de Constitucionalidad y Proceso de inconstitucionalidad de las leyes» p. 89, en www.iidpc.org/revistas/4pdf/93_128.pdf

VI. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN ESPAÑA

En este país, a diferencia del caso francés, esta tesis tuvo su origen en la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal Constitucional Español desde la expedición de la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 10/82¹⁵, pero con la diferencia que este desarrollo responde a la solución de diversos problemas. Es más como afirma REQUEJO RODRÍGUEZ¹⁶, existe tal diversidad su contenido y alcance que se ha llegado a afirmar que esta institución fue “raptada del constitucionalismo francés”¹⁷.

La posición del tribunal español ha sido variada, incluyéndose en este concepto a los “Estatutos de Autonomía” y posteriormente incluye el Reglamento Parlamentario (en forma similar el Tribunal Constitucional peruano ha dado a entender que el reglamento del Congreso también integraría el bloque de constitucionalidad: cualquier parecido es solo una coincidencia), no existiendo en consecuencia en España una sola versión sino “versiones del bloque de constitucionalidad”.

La doctrina española, según Antonio DE CABO DE LA VEGA, ha identificado cuatro significados del concepto:

1. En primer lugar, el que se refiere (como equivalente a lo que en la doctrina italiana se denomina “normas interpuestas”, esto es,) a aquellas normas que no siendo formalmente constitucionales, sin embargo, sirven de parámetro para determinar la validez de otras fuentes. Incluidos en esta concepción del bloque, estarían las normas de delegación de facultades legislativas, los reglamentos de las cámaras, los estatutos de autonomía y ciertos tratados sobre derechos humanos.
2. La de la comprensión del bloque según el cual se trataría de un conjunto concreto de normas que sirve para enjuiciar la constitucionalidad de otra norma específica, el bloque sólo surgiría en el supuesto de su

¹⁵ Vid. CARPIO MARCOS, Edgar. «Bloque de constitucionalidad y proceso de inconstitucionalidad de las leyes», Conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional San Cristóbal de Huamanga, disponible en: www.iidpc.org/revistas/4/pdf/93_128.pdf

¹⁶ REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma. «Bloque de constitucional y comunidades autónomas», en Revista de la facultad de Derecho de la Universidad Complutense, pp. 117-118, cit. por CARPIO MARCOS, op. cit. p. 90.

¹⁷ Vid. GARCÍA BELAÜNDE, Domingo, “Estado y Municipio en el Perú”, en <http://www.garciabelaunde.com/articulos/EstadoyMunicipio.pdf>, quien el mismo afirma: La doctrina del bloque de la constitucionalidad, o más brevemente, del bloque de constitucionalidad (*bloc de constitutionnalité*) es de origen francés; nació en y para los franceses, con buenos resultados. Al ser trasladada a España, para sorpresa de sus vecinos, ha creado una realidad distinta, multiforme y confusa. Últimamente ha pretendido ser también aplicada al Perú, con resultados similares.

impugnación. Se habla así de la determinación de 'su bloque' (de la norma impugnada), y no de un bloque en general.

3. También con la expresión el bloque de constitucionalidad se aludiría a aquellas normas "materialmente" constitucionales que, por supuesto, no se encuentran recogidas en la Constitución formal o escrita, una crítica frontal a tal pretensión (la de equiparar la noción del bloque como un conjunto de normas materialmente constitucionales). En términos jurídicos y en un ordenamiento organizado en función de formas, no hay más Constitución que la que formalmente tiene tal carácter; no hay norma al margen de la forma ni normas revestidas de una forma específica que, en virtud de funciones 'materiales', puedan recabar para sí las cualidades propias de normas albergadas en formas distintas. Admitir la existencia de normas que, sin serlo formalmente, son materialmente constitucionales, por tener como objeto la producción de normas por los órganos superiores del Estado, supone partir del presupuesto de que, en primer lugar, lo definitivo de las constituciones es precisamente tal objeto y de que, en segundo término, el que positivamente no se formalicen como constitucionales normas que inequívocamente lo son desde el punto de vista lógico no tiene mayor trascendencia que la dificultad que con ello se genera a la hora de identificar las verdaderas normas constitucionales de un ordenamiento".
4. El que alude a la existencia de un ordenamiento complejo, en el que las normas que la componen tendrían por propósito regular el reparto de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas. Desde este punto de vista, el bloque cumpliría una doble función: Por un lado, para comprender al conjunto de normas materialmente constitucionales, en el sentido que ellas regulan, *ex constitutione*, la distribución de competencias entre el gobierno central y el regional; y, de otro, como normas que cumplen una función procesal, en tanto que constituyen el parámetro de aquella legislación que incide en la regulación de aquella distribución de competencias¹⁸.

En razón de esta doble función y de su relación con los anteriores conceptos del bloque, es que DE CABO ha podido advertir que esta última versión "no aparece incontaminada, sino simultáneamente con las demás", deudora

¹⁸ DE CABO DE LA VEGA, Antonio. «Nota sobre el bloque de constitucionalidad», en *Jueces para la democracia*, N° 24, Noviembre 1995.

de las concepciones anteriores y, por tanto, susceptible de destinarle las mismas críticas argumentales.

En definitiva en España, tras el concepto del bloque de constitucionalidad se ha pretendido explicar diversos fenómenos, no de un modo totalmente satisfactorio, que ha llevado a Francisco RUBIO LLORENTE a expresar que el artículo 28 de la LOTC español¹⁹, a partir del cual se ha construido la idea del bloque, no es otra cosa que una disposición “superflua”, “que no puede servir... de base para construir un concepto de bloque de la constitucionalidad compatible con nuestro derecho positivo, por una doble razón:

- En primer lugar, y sobre todo, porque la utilización como medida de la constitucionalidad de otras leyes, de las normas a que dicho precepto alude no es ni puede ser consecuencia de esa alusión ni depende, por tanto, de ella.
 - En segundo término, porque el régimen jurídico de las normas aludidas es muy heterogéneo: ni la transgresión de todas ellas determina el mismo vicio, ni la función constitucional de la mayor parte de esas normas se agota, a diferencia de lo que ocurre (cuando ocurre) con la ley orgánica, en los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad”, por lo que a su juicio, si se conserva, debería de reservarse “para designar aquellas normas que tienen como contenido propio, no como efecto derivado, la delimitación de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas”.
5. En el derecho español, explica MANILL, la doctrina y la jurisprudencia españolas toman la expresión “bloque de constitucionalidad” del derecho francés porque este concepto les era útil como común denominador para referirse a las normas que están dentro y fuera de la constitución pero que sirven por igual para el reparto competencial entre el estado central y las comunidades Autónomas que existen en este país y donde dichas

¹⁹ **Artículo 28 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español.**

Uno. Para apreciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de una Ley, disposición o acto con fuerza de Ley del Estado o de las Comunidades Autónomas, el Tribunal considerará, además de los preceptos constitucionales, las Leyes que, dentro del marco constitucional, se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de estas.

Dos. Asimismo el Tribunal podrá declarar inconstitucionales por infracción del artículo 81 de la Constitución los preceptos de un Decreto-ley, Decreto Legislativo, Ley que no haya sido aprobada con el carácter de Orgánica o Norma Legislativa de una Comunidad Autónoma en el caso de que dichas disposiciones hubieran regulado materias reservadas a Ley Orgánica o impliquen modificación o derogación de una Ley aprobada con tal carácter cualquiera que sea su contenido.

comunidades participan del dictado directo de la constitución nacional por la vía de limitar los poderes centrales al delimitar sus propias competencias²⁰.

6. Por lo expuesto, no está determinado con exactitud cuál es el contenido del bloque, ya que la lista de normas que lo integran no parece estar cerrada, diferenciándose de otros países como Colombia, Argentina y Panamá, en el sentido que nada hay en este concepto referido a los derechos humanos, sino más bien refiriéndose como se ha señalado, el bloque de constitucionalidad sólo al reparto de competencias entre estado central y las comunidades autónomas.

VII. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN LATINOAMÉRICA

A continuación detallamos la aplicación de la institución en algunos países de nuestro continente.

7.1. El bloque de constitucionalidad en Colombia

En Colombia, el concepto de bloque de constitucionalidad ha sido desarrollado ampliamente por la jurisprudencia constitucional colombiana y como lo pone de relieve RUEDA AGUILAR, lo que permite resolver una controversia judicial tomando en cuenta no sólo los artículos de la Constitución sino otras disposiciones y principios de valor constitucional no contenidos en ésta²¹, siendo en este país donde se desarrolla principalmente este concepto.

Como reseña REYES KURI, cuando se dicta la Sentencia C-225 de 1995, es cuando se trata por primera vez el concepto de bloque de constitucionalidad definiéndolo como “aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución”²².

²⁰ Vid. MANILI, Pablo. «El ejercicio incompleto del poder constituyente y el bloque de constitucionalidad en España», en Revista Española de Derecho Constitucional, Año 9, N° 27, Setiembre - Diciembre de 1989; también en: www.pablomanili.com.ar/art_ejercicio.doc

²¹ RUEDA AGUILAR, Dolores. «El bloque de constitucionalidad en el sistema colombiano», disponible en: https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Lists/Becarios/Attachments/88/Becarios_088.pdf

²² REYES KURI, “la inconstitucionalidad...” cit. p. 150.

7.1.2. Posteriormente la Corte Constitucional colombiana amplía este sentido del término bloque de constitucionalidad, apreciándose en consecuencia dos interpretaciones: **(i)** la primera de ellas donde se hace alusión al cuerpo de normas que, con igual jerarquía, complementan las normas constitucionales y que son producto del vigor dinámico de dicha Constitución y cuyo contenido atiende a los avances de la comunidad internacional en el tema de los derechos humanos; y **(ii)** también se entiende por bloque de constitucionalidad al conjunto de normas, de naturaleza no siempre constitucional, que sirve al tribunal para realizar el control de constitucional de la ley.

7.1.3. Asimismo debe de ponerse de relieve que es la propia Corte Constitucional que en las sentencias C-774- de 2001, C-802 de 2002, T-786 de 2003 y C-028 de 2006, ha reconocido explícitamente que la Convención Americana sobre Derechos Humanos hace parte del bloque de constitucionalidad²³.

7.1.4. A partir de los inicios de la década de los años noventa del siglo pasado en Colombia se consolida, como señala UPRIMNY YEPES²⁴, la idea de que la Constitución no es un texto que se agota con el contenido de sus artículos, sino que formando un “bloque de constitucionalidad” con otras normas, principios e ideologías, contribuye a la adaptación de sus propias disposiciones a las realidades sociales y políticas del país en consonancia con el mundo globalizado, convirtiéndose en un derecho en constante evolución y que se halla en armonía con las transformaciones sociales; de esta forma la Corte Constitucional ha interpretado el art. 93 de la Constitución –por ejemplo– en el sentido que los tratados ratificados por Colombia sobre derechos humanos, que prohíben su limitación en los estados de excepción, tienen la virtud de poder incluir nuevos derechos no consagrados en el texto constitucional²⁵.

²³ Vid. REYES KURI, op. cit. p. 153, quien refiere que al respecto no cabe duda de que dicho tratado es parte del bloque de constitucionalidad en Colombia, cuyo respeto y seguimiento estricto deben seguir, no sólo el productor del derecho positivo, sino también el ejecutor de la norma y su intérprete autorizado, ya que en dicha sumisión reside la validez jurídica de sus actuaciones.

²⁴ Vid. UPRIMNY YEPES, Rodrigo. «Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal», Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial “Rodrigo Bonilla”, 2006, pp. 31-32.

²⁵ Finalmente queremos poner de relieve que como lo señala la Licenciada RUEDA AGUILAR, “la conformación del bloque de constitucionalidad en Colombia es muy compleja debido a que es necesario que exista una regla constitucional clara que ordene la inclusión de las normas al bloque, lo que es muy difícil dadas las diversas técnicas de reenvío admitidas por la Constitución colombiana para establecer un orden sistemático, op. cit. p. 13.

7.2. El bloque de constitucionalidad en Ecuador

Mediante el fallo del Tribunal Constitucional contenido en la Resolución No. 001-2004-DI, Sentencia del pleno del tribunal del 9 de julio del 2004, se esboza en el ordenamiento jurídico ecuatoriano el complicado tema del bloque de de constitucionalidad.

7.2.1. El caso se trata de la destitución de un Juez ecuatoriano por haber efectuado declaraciones en un medio televisivo sobre aspectos jurídicos de una detención, este interpone una acción de amparo constitucional por considerar que se atentaba contra su derecho a la libertad a la libertad de expresión que se encuentra consagrada en al artículo 23.9 de la Constitución y solicita a su vez que se declare inaplicable el inciso 2 del art. 255 del Código de Procedimiento Penal que señalaba: “En ningún caso, el juez, o magistrado que conozca de una causa penal sometida a su resolución puede formular declaraciones públicas o privadas a los medios de comunicación social, ni antes ni después del fallo. La violación de esta prohibición será sancionada con su destitución, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que hubieren”.

7.2.2. El Tribunal Constitucional declaró inconstitucional parte del art. 255, no por entrar en contradicción contra el texto literal del art. 23.9 de la Constitución ecuatoriana, sino fundamentalmente por oponerse al art. 23.9, pero interpretado a la luz de los pactos internacionales de derechos humanos y de algunas disposiciones de la legislación nacional –que no eran normas constitucionales–, por lo como observa con agudeza RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA, significa que el Tribunal ha terminado constitucionalizando las normas internacionales y las legislativas correspondientes²⁶.

7.2.3. De esta forma el bloque de constitucionalidad ecuatoriano está conformado por **(i)** la Constitución política; **(ii)** los tratados internacionales, que se insertan dentro de la normativa con máxima jerarquía; **(iii)** ciertas Leyes Orgánicas que desarrollan el texto constitucional, lo que eleva el status de los tratados de derechos humanos y les concede el de constitucional, así como algunas normas jurídicas de derecho interno, a la vez abre nuevas perspectivas para el campo de las autonomías, de la descentralización, de las competencias de las diferentes instituciones del Estado incluyendo las propias del Tribunal Constitucional²⁷.

²⁶ Vid. RIOFRÍO MARTÍNEZ VILLALBA, Juan Carlos. «El bloque de constitucionalidad pergeñado por el Tribunal Constitucional», en FORO, Revista de derecho, N°. 6, UASB-Ecuador/CEN, Quito 2006, p. 229.

²⁷ RIOFRÍO MARTÍNEZ VILLALBA, ibidem. p.235.

VIII. EL PARÁMETRO DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL PERÚ

El artículo 22° de la anterior Ley Orgánica del Tribunal Constitucional²⁸ N° 26435, hacía referencia expresa al bloque de constitucionalidad. La nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional N° 28301 no hace referencia al citado bloque, regulando sin embargo de similar forma en el Código Procesal Constitucional aprobado por Ley N° 28237 y vigente desde el uno de diciembre del año dos mil cuatro, su contenido material en el Art. 79° con el siguiente texto: *“Para apreciar la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona”*; definiendo de esta forma, en mi concepto, el *“parámetro para evaluar la validez constitucional de las normas en un proceso de inconstitucionalidad”*.

Sin embargo, existen problemas de carácter interpretativo para determinar el alcance y significado de *“leyes dictadas dentro del marco constitucional”*, así como de la expresión *“leyes dictadas para determinar la competencia o atribuciones de los órganos del Estado”* y de *“leyes para determinar el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona”*, teniendo para ello que acudir a la Jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional, así como a la doctrina que estableció este concepto.

8.1. La posición del Tribunal Constitucional peruano

8.1.1. En primer lugar debe señalarse que el Tribunal Constitucional ha reconocido expresamente la denominación del denominado bloque de constitucionalidad como parámetro interpretativo, así en el **STC Exp. N.° 00007-2002-AI/TC**, LIMA, caso *Municipalidad Metropolitana de Lima*, en el Fundamento tercero, puede apreciarse que el Constitucional ha señalado que el parámetro para evaluar si una ley o una norma con rango de ley, transgrede por la forma o por el fondo la Norma Suprema, es la Constitución, *la que actúa como parámetro, en la medida que es la Lex Legum (sic)*.

²⁸ Así la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establecida por Ley 26435 del mes de enero del año 1995 establecía en su artículo 22° *“Bloque de constitucionalidad. Para apreciar la constitucionalidad o la inconstitucionalidad de las normas mencionadas en el artículo 20° (referidas a que normas podrían ser impugnadas como inconstitucionales), el tribunal considera, además de los preceptos constitucionales las leyes que dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado”* dichas normas eran Las leyes, Decretos Legislativos, Decretos de urgencia, tratados internacionales, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general (Ordenanzas Regionales) y Ordenanzas Municipales.

8.1.2. Pero también ha señalado el tribunal que, en determinadas ocasiones, ese parámetro puede comprender a “otras fuentes distintas de la Constitución”, en concreto, a **determinadas fuentes con rango de ley**, siempre que esa condición sea reclamada directamente por una disposición constitucional (v.g. la ley autoritativa en relación con el decreto legislativo). En tales casos, estas fuentes asumen la condición de “normas sobre la producción jurídica”, en un doble sentido; por un lado, como *normas sobre la forma de la producción jurídica*, esto es, cuando se les encarga la capacidad de condicionar el procedimiento de elaboración de otras fuentes que tienen su mismo rango; y, por otro, como *normas sobre el contenido de la normación*, es decir, cuando por encargo de la Constitución pueden limitar su contenido”.

8.1.3. Como corolario de lo expuesto, concluye el tribunal: “Tal capacidad (de fuentes formalmente no constitucionales para integrar el parámetro), es lo que en el derecho constitucional comparado se ha abordado bajo la denominación de “bloque de constitucionalidad” (así, en España) o de “normas interpuestas” (caso de Italia)”.

8.1.4. En la demanda interpuesta por la Defensoría del Pueblo contra las Ordenanzas que regularon el régimen de arbitrios de la Municipalidad de Miraflores en el periodo 1997 a 2004, el tribunal señala que:

“el contenido del parámetro de constitucionalidad puede comprender a otras fuentes distintas de la Constitución y en concreto, a determinadas fuentes con rango de ley, siempre que esa condición sea reclamada directamente por una disposición constitucional, como por ejemplo la ley autoritativa en relación con un Decreto Legislativo, nuevamente –como se señaló en la introducción de este trabajo–, el Constitucional identifica como sinónimos a los términos “parámetro de constitucionalidad” con el “bloque de constitucionalidad” (vid. Fund. II, Punto B) y en este caso considera que integran dicho bloque tanto la Ley Orgánica de Municipalidades como la Ley de Tributación Municipal²⁹.

8.1.5. En el caso de la demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por el alcalde de la Municipalidad de Lima contra la Ordenanza N° 181-MSS de la Municipalidad de Surco, el Tribunal Constitucional nuevamente, reconoce que cuando se constate la existencia de un “conflicto de competencias o atribuciones”, también resulta necesario que ellas gocen de reconocimiento constitucional, para lo cual debe tomarse en cuenta el bloque de constitucionalidad y señala que:

²⁹ Vid. STC en el Exp. N° 053-2004-PI/TC, LIMA-DEFENSORÍA DEL PUEBLO.

“las normas del bloque de constitucionalidad son aquellas que se caracterizan por desarrollar y complementar los preceptos constitucionales relativos a los fines, estructura, organización y funcionamiento de los órganos y organismos constitucionales, amén de precisar detalladamente las competencias y deberes funcionales de los titulares de éstos, así como los derechos, deberes, cargas públicas y garantías básicas de los ciudadanos”,

Reconociendo, así, que la Ley Orgánica de Municipalidades **forma parte del bloque de constitucionalidad** nacional³⁰.

Para finalizar, debe precisarse que “las fuentes que formalmente no son constitucionales, es lo que se ha denominado bloque de constitucionalidad”, con lo que nuevamente se vuelve al inicio del problema interpretativo, porque justamente de lo que se trata es de determinar cuáles son las fuentes formales que merecen tal denominación.

8.1.6. En la acción de incumplimiento interpuesta por el *Sindicato Único de Expendedores Minoristas de los Mercados Central, San Sebastián y Mercadillo, contra la Sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca*, el Constitucional en su Fundamento 4º expresa que la Ley Orgánica de Municipalidades que regula la autonomía política, administrativa y económica de los gobiernos locales en lo que respecta a asuntos de su competencia, determina que tanto dicha Ley orgánica como una ordenanza “tienen rango de ley” y entre ellas no puede aplicarse el principio de jerarquía, por lo que es en virtud del principio de competencia que deben de articularse sus relaciones y reconoce que dicha Ley Orgánica de Municipalidades conforma el “bloque de constitucionalidad”.

8.1.7. En el caso del recurso extraordinario interpuesto por Juan MONROY GÁLVEZ contra la sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, ante la interpretación de la procedencia de una acción de amparo, en su fundamento octavo, el Tribunal Constitucional señala que:

“la interpretación que efectúa, no sólo abarca las normas constitucionales propiamente dichas, sino que se extiende a todas las demás comprendidas en el denominado “bloque de constitucionalidad”.

³⁰ Vid. STC en el Exp. N° 0046-2004-PI/TC-LIMA- Alcalde de la Municipalidad de Lima, Fundamentos 3º al 7º.

Añade, que dicho concepto permite completar el marco normativo de un texto fundamental “de por sí sutil o inacabado” (sic). Por ende, afirma el tribunal, dicho bloque, comprende el conjunto de normas constitucionales y las respectivas normas infraconstitucionales que contienen su regulación complementaria³¹.

8.1.8. En el caso de la acción de inconstitucionalidad interpuesta por la Defensoría del Pueblo contra las Ordenanzas N° 171-MSS y 172-MSS expedidas por la Municipalidad de Santiago de Surco que aprueban el régimen legal tributario y los importes de arbitrios municipales correspondientes al ejercicio fiscal 2004; las Ordenanzas Nos. 003-96-O-MSS, 006-97-O-MSS, 002-98-O-MSS y 01-O-MSS, el artículo 4° de la Ordenanza N° 024-MSS(2000), el artículo 4° de la Ordenanza N° 55-MSS (2001), el artículo 6° de la Ordenanza N° 92-MSS (2002), los artículos 7° (y la Segunda Disposición Final de la Ordenanza N° 128-MSS (2003), así como el artículo 5° de la Ordenanza N° 130-MSS (2003), por contener vicios de inconstitucionalidad, el Tribunal señala que para evaluar el tema desde el análisis de constitucionalidad efectuado sobre la base de una interpretación “desde la Constitución y *las normas integrantes del parámetro o bloque de constitucionalidad*” -reconociéndolos una vez como sinónimos-.

En esta sentencia el Tribunal Constitucional establece que para efectuar una interpretación integral del artículo 74° de la Constitución referido al ejercicio de la potestad tributaria municipal, debe entenderse que cuando esta norma se refiere a los límites que establece la ley, *amplía el parámetro de control constitucional*, al ejercicio de la potestad tributaria municipal de tal modo que dicho marco de referencia comprende:

- (i) a la Constitución,
- (ii) a las normas con contenido material que deriven de ella como la Ley de Tributación Municipal y la Ley Orgánica de Municipalidades en los preceptos referidos a atribuciones y competencias de las municipalidades en el ejercicio de su potestad tributaria³², ello en concordancia con el art. 22 de la LOTC -anterior- remitiéndose en su fundamento 14° a lo ya sostenido en el Exp. N° 007-2002-AI/TC.

³¹ Vid. STC N° 1049-2003-AA/TC-LIMA-ETESSELVA S.R.L. Fundamento N° 8.

³² Vid. STC en el Expediente N° 0041-2004-AI/TC-LIMA-DEFENSORÍA DEL PUEBLO, Fundamentos 13° y 14°.

IX. PROBLEMAS EN LA APLICACIÓN DEL PARÁMETRO DE CONSTITUCIONALIDAD

El bloque de constitucionalidad –se afirma por sus defensores–, representa, como doctrina un avance en la interpretación constitucional de hoy día, puesto que a través de ella se puede ampliar el texto legal más importante de un país como es la Constitución. Su finalidad es la añadir otras fuentes jurídicas del derecho constitucional como es la jurisprudencia, costumbre, tratados internacionales, etc., que ofrezcan un marco más amplio de interpretación que muchas veces es limitada por la rigidez de las Constituciones, pero éste es justamente –creemos– el gran problema para aceptar o no dicha tesis, pues fluyen diversas interrogantes tales como:

- ¿cuáles normas son las que entran a formar el denominado bloque de constitucionalidad?
- ¿las que han sido señaladas como parámetros para apreciar la constitucionalidad de las leyes?
- ¿el artículo 79º del Código Procesal Constitucional se halla en consonancia con la Constitución?

Al respecto el profesor peruano Domingo GARCÍA BELAÚNDE –probablemente el más versado autor nacional sobre temas constitucionales– ha efectuado una afirmación tajante al comentar sobre la viabilidad de la admisión de la tesis en comento, que “el bloque de constitucionalidad no existe en el Perú”³³, la que sustentaba en:

- Que, la Constitución no tiene una sola remisión a otro texto al que incorpore a su mismo nivel y con la misma fuerza vinculante³⁴.
- Que por debajo de la Constitución existen leyes, con diverso nombre, pero todas son iguales. No existe una ley superior a otras ni nada que se le parezca.
- Las leyes orgánicas son leyes “comunes y corrientes” ya que lo único que las diferencia de las demás es su contenido específico y el quórum

³³ Vid. GARCÍA BELAÚNDE, Domingo, op. cit. p. 27, quien afirma comentando el artículo 22 de la anterior Ley Orgánica del TC que: “En el Perú no existe el bloque de constitucionalidad, ya que la Constitución no tiene una sola remisión a otro texto al que incorpore a su mismo nivel y con la misma fuerza vinculante. Porque por debajo de la Constitución existen leyes, con diverso nombre, pero todas son iguales. No existe una ley superior a otras ni nada que se le parezca. Las leyes orgánicas no forman parte de ningún bloque ni ellas constituyen de por sí bloque alguno. Son leyes comunes y corrientes, que lo único que las diferencian es su contenido específico y el quórum para su aprobación. Cualquier ley orgánica y su contenido, pueden ser modificados por cualquier otra ley que de el Congreso, siempre que tenga las características de orgánica”.

³⁴ Vid. GARCÍA BELAÚNDE, op. cit. p. 30, quien resalta el hecho que la Constitución vigente a diferencia de la Constitución de 1979, se limita a señalar que los Tratados sobre Derechos Humanos se tomarán en cuenta para interpretar los derechos que la misma consagra.

exigido para su aprobación, de esta forma no pueden formar de ningún bloque ni ellas constituyen de por sí bloque alguno.

- Refiriéndose a la anterior Ley Orgánica del Tribunal Constitucional afirmaba que su artículo 22º, al establecer que dicho Tribunal, al momento de resolver la constitucionalidad o inconstitucionalidad, considera las leyes desarrolladas dentro del marco constitucional en materia competencial, es decir con dicho término la norma solo indica que se debe tener en cuenta y servir de referencia, pero no obliga al Tribunal a fallar de acuerdo a esas leyes y en todo caso, no tiene por qué darse un resultado único en las sentencias.
- Que la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional jamás ha hecho referencia alguna al concepto de “bloque de constitucionalidad” al que ignora sistemáticamente.
- Que, si ninguna ley es un bloque ni forma parte de un bloque, con mayor razón dicho bloque ni existe ni se extiende a niveles infralegales, como pueden ser los decretos y resoluciones que pudiera dictar el Poder Ejecutivo o las ordenanzas de los gobiernos locales³⁵.

Por su parte, los defensores de esta tesis, sostienen que si bien la construcción del bloque de constitucionalidad surgió para dar cuenta de la existencia de un conjunto de normas de igual rango a la Constitución formal, su paulatina recepción, dentro y fuera de Francia, obedece a la necesidad de explicar que el juicio de constitucionalidad a la ley no puede efectuarse únicamente a partir de la Constitución, ya que al haberse establecido en la norma constitucional una pluralidad de órganos con competencias normativas, la misma Carta Magna ha delegado en otras fuentes, de inferior jerarquía a ella, la capacidad para establecer, en su nombre, condiciones y límites al proceso de producción legislativa.

Las normas que integran el bloque de constitucionalidad tendrían un fin netamente instrumental, consistente en describir el conjunto de fuentes que, sumados a la Constitución, pueden actuar como parámetros en los procesos de inconstitucionalidad de las leyes³⁶.

Pero surge nuevamente la pregunta ¿es necesario para lograr dicho fin instrumental sacrificar la coherencia de los principios interpretativos que el

³⁵ GARCÍA BELAÚNDE, op. cit. pp. 21-22.

³⁶ DÍAZ REVORIO, Javier, en «¿Puede ser inconstitucional la Constitución?» En materiales de enseñanza para la Maestría en derecho con Mención en Política Jurisdiccional de la PUCP, p. 9 señala “La cuestión de si esa Norma Suprema o Ley Fundamental es válida dependerá naturalmente del concepto de validez utilizado...”.

propio tribunal Constitucional ha ido desarrollando en profusa jurisprudencia (de fuerza normativa, interpretación con la constitución, de coherencia normativa y otros) para introducir un concepto que ni siquiera tiene el mismo significado en el Derecho Constitucional comparado como se puede apreciar de la referencia a los casos de Francia y España?

Pensamos que el Tribunal Constitucional no ha sido coherente ni siquiera con su línea interpretativa en la sentencia comentada, demostrando el inveterado hábito de los operadores jurídicos nacionales de adherir a legislaciones y doctrinas extranjeras sin analizar si conviene o si es necesaria para su aplicación en nuestro país; no obstante lo cual, siendo ya una realidad la posición del máximo intérprete de la Constitución respecto a la adopción del bloque de constitucionalidad –expresada en numerosas resoluciones–, este concepto debe desarrollarse, perfilarse y llenarse de contenido atendiendo a las particularidades de nuestra legislación.

En tal sentido, convenimos con el maestro GARCÍA BELAÚNDE con su posición expresada, en el sentido que la aceptación de la tesis del bloque de constitucionalidad si es que va ser aceptada, tiene ser desarrollada por el Tribunal Constitucional pero con las características propias de nuestro ordenamiento jurídico³⁷.

X. CONCLUSIONES

Primera.- Considero que para establecer finalmente la validez constitucional de las normas cuestionadas de inconstitucionalidad conforme al artículo 79° del Código Procesal Constitucional, necesariamente el Tribunal Constitucional debe utilizar como parámetros no solo la Constitución Política sino todas las normas que se pueda considerar que componen el marco constitucional interpretativo.

Segunda.- Si bien es cierto, el concepto del bloque de constitucionalidad, tiene origen francés y ha sido utilizado en España con otro significado, en el Perú

³⁷ Nos referimos al comentario expresado por GARCÍA BELAÚNDE sobre el artículo 22 de la Ley Orgánica del tribunal Constitucional derogada por el Código Procesal Constitucional que ha legislado en su artículo 79 similar texto, por lo que *mutatis mutandi* el comentario del profesor de la Universidad Católica es válido: El artículo 22 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional N° 26435, señala que dicho Tribunal, al momento de resolver la constitucionalidad o inconstitucionalidad, considera las leyes desarrolladas dentro del marco constitucional en materia competencial. La palabra es considera, es decir, tiene en cuenta y le sirve como referencia. No obliga al Tribunal a fallar de acuerdo a esas leyes, y en todo caso, no tiene por qué darse un resultado único en las sentencias, toda vez que esas leyes de desarrollo constitucional pueden cambiar en cualquier momento.

existe una posición que la viene desarrollando el Tribunal Constitucional con características propias, interpretación que no puede ser dejada de lado sino desarrollada por todos los operadores jurídicos.

Tercera.- Debe consolidarse una doctrina interpretativa coherente de los principios de interpretación constitucional, para establecer el parámetro de interpretación constitucional incorporando –a la manera de Colombia por ejemplo–, normas obligatorias o vigentes del Derecho Internacional.

Cuarta.- Consideramos que debe incluirse expresamente en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que las normas integrantes de los Tratados internacionales vigentes en el Perú, son parte integrante del bloque de constitucionalidad que utiliza como parámetro normativo de interpretación el Tribunal Constitucional.

Quinta.- Si bien es cierto es posible que a las normas que integran el parámetro de análisis de constitucionalidad, se le puede designar con otro nombre, existiendo antecedentes de su regulación en otros ordenamientos, como en el caso de Colombia, es conveniente adaptarlo y desarrollarlo con las características específicas nacionales, que posibiliten su aplicación.

XI. BIBLIOGRAFÍA

ARANGO OLAYA, Mónica. "El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana", en: <http://www.icesi.edu.co/contenido/pdfs/C1C-marango-bloque.pdf>

CARPIO MARCOS, Edgar. "Bloque de constitucionalidad y proceso de inconstitucionalidad de las leyes", Conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional San Cristóbal de Huamanga, en: www.iidpc.org/revistas/4/pdf/93_128.pdf

DE CABO DE LA VEGA, Antonio. "Nota sobre el bloque de constitucionalidad". *Jueces para la democracia*, N° 24, Noviembre 1995.

DÍAZ ZEGARRA, Walter. "Comentarios al Código Procesal Constitucional Peruano", Ediciones Legales, Lima 2004.

FAVOREU, Luis. "El bloque de la constitucionalidad", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Número 5, Enero-marzo 1990, también disponible en: www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/15/RCEC_05_043.pdf

GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. "Estado y Municipio en el Perú", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2003, disponible en www.garciabelaunde.com/articulos/EstadoyMunicipio.pdf

MANILI, Pablo. "El ejercicio incompleto del poder constituyente y el bloque de constitucionalidad en España", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 9, N° 27, Setiembre - Diciembre de 1989, también en: www.pablomanili.com.ar/art_ejercicio.doc

MESÍA RAMÍREZ, Carlos. "Exégesis del Código Procesal Constitucional", *Gaceta Jurídica*, Tercera edición, Lima, 2007.

QUIROGA LEÓN, Aníbal. "Los excesos del Tribunal Constitucional peruano: a propósito del Control Concentrado de la Constitución", en *Estudios Constitucionales*, Año 3, N° 2, Universidad de Talca, Chile, 2005.

REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma. "Bloque constitucional y Unión Europea", disponible en: www.acoes.es/congresoVIII/documentos/PalomaRequejo.pdf

REY CANTOR, Ernesto. "El bloque de constitucionalidad. Aplicación de Tratados Internacionales de Derechos Humanos", en Estudios constitucionales, noviembre, año/vol. 4, número 002. Centro de Estudios Constitucionales, Santiago de Chile, pp.299-234, también accesible en: <http://redalyc.uaemex.mx>.

REYES KURI, Juan Fernando. "La inconstitucionalidad de algunas restricciones al derecho a ser elegido en Colombia", Revista de Derecho del Estado n° 23, diciembre de 2009, en: <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3135105.pdf>

RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA, Juan Carlos. "El bloque de constitucionalidad pergeñado por el Tribunal Constitucional", en FORO, Revista de Derecho, No. 6, UASB-Ecuador/CEN. Quito, 2006.

RUBIO LLORENTE, Francisco. "El bloque de constitucionalidad", en Revista española de Derecho Constitucional, Año 9, Núm. 27. Septiembre-Diciembre 1989, y en: dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=79403

RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos y Luis Andrés ROEL ALVA. "Tribunal Constitucional aplica analógicamente normas procesales de manera cuestionable". Disponible en: http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc17062009-131058.pdf

RUEDA AGUILAR, Dolores. "El bloque de constitucionalidad en el sistema colombiano", consultar en: https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Lists/Becarios/Attachments/88/Becarios_088.pdf

UPRIMNY, Rodrigo. "Bloque de constitucionalidad, Derechos Humanos y nuevo procedimiento penal", en: <http://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/documents/Clase1-Lectura3BloquedeConstitucionalidad.pdf>

JURISPRUDENCIA

Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia del 04 de febrero de 2003, número C-067/03, tema: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 21(parcial) de la Ley 734 de 2002. Nuevo Código Disciplinario -Tratados internacionales sobre Derechos Humanos - uso directo de la normatividad del bloque de constitucionalidad.

LOS SISTEMAS TRANSVERSALES Y SU IMPACTO EN LA EFICIENCIA Y EFICACIA DEL PODER JUDICIAL

JUAN CARLOS MONTOYA MUÑOZ*

Resumen

Los Sistemas Transversales se constituyen en las líneas maestras que informan las actividades de rutina de una organización, sea pública o privada. El presente artículo plantea la forma en que los Sistemas Transversales, tales como: administración financiera, planificación pública, participación ciudadana, supervisión y monitoreo, y reforma del Estado, informan el desenvolvimiento del Poder Judicial y el impacto que generan en dicho Poder del Estado. El fortalecimiento de los Sistemas Transversales y su aplicación práctica en el Poder Judicial, pueden dotarlo de eficiencia (capacidad para lograr un fin, empleando los mejores medios posibles) y eficacia (capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera, sin que primen para ello los recursos o los medios empleados), en la medida que se articule con su visión, misión, plan estratégico, clima laboral y relación cohesionada con las demás organizaciones que componen el sistema de justicia.

Palabras clave: Sistemas Transversales – Sistema Transversal y Poder Judicial.

Abstract

Transversal Systems are master lines that report the routine activities of a public or private organization. This article addresses the form and manner in which the Transversal Systems, such as Financial Management, Public Planning, Citizen Participation, Supervision and Monitoring and State Reform provide insight on the performance of the Judiciary and on their impact in said State Branch. The strengthening of the Transversal Systems and their practical application in the Judiciary can endow it with efficiency (the capacity to achieve a goal making use of the best possible means) and efficacy (the capacity to achieve the desired or expected effect regardless of the resources or means used) as long as they are articulated with its vision, mission, strategic plan, working environment and its cohesive relationship with the remaining organizations of the justice system.

Key words: Transversal Systems – Transversal System and the Judiciary.

Sumario

1. Introducción. 2. Definición de sistemas transversales. 3. Tipos de sistemas transversales y su relación con las actividades del Poder Judicial. 3.1. Administración financiera. 3.2. Planificación pública. 3.3 Participación ciudadana. 3.4. Supervisión y monitoreo. 3.5. Reforma del Estado. 4. Conclusiones.

* Juez Titular Especializado en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima – Poder Judicial del Perú.

1. INTRODUCCIÓN

La Administración Pública, permite acercarnos los conceptos de políticas públicas y de gestión pública, entendido el primero como la definición de los fines o propósito del Estado con respecto a un conjunto de expectativas ciudadanas, y, el segundo, como manejar las ideas o buenos deseos en la acción real del Estado.

Las formas en que la Administración Pública se va relacionando en su rol como gestor de lo público, nos ubica en el marco del valor público, la gestión estratégica y la nueva gestión pública. Precisamente, es a través de este último concepto que se busca dar una nueva orientación a las organizaciones públicas, conocida también con el término de “nueva gerencia pública” o “New Public Management - NPM”, el cual describe una tendencia global hacia cierto tipo de reforma administrativa, dando una visión económica y gerencial de la administración gubernamental e involucrando otras necesidades, dependiendo del contexto.

En ese acercamiento entre las políticas públicas y la gestión, reconocemos la multidimensionalidad y complejidad de las mismas, que parten de la aplicación de sus procesos, entre ellos los sistemas transversales, tales como: Administración financiera, Planificación pública, Participación ciudadana, Supervisión y monitoreo y Reforma del Estado.

Al asociar dichos sistemas con el Poder Judicial, apreciamos el panorama en que se desenvuelve dicha organización; sin embargo, la mejora y fortalecimiento de cada uno de ellos, nos pueden conducir a la eficiencia y eficacia de dicho poder del Estado, tomando en cuenta la complejidad de su estructura, pues integra, en primer lugar, a los tribunales que imparten justicia, la que opera con independencia, como una precondition básica de funcionamiento y en segundo lugar, contiene una serie de órganos administrativos que apoyan el trabajo jurisdiccional y permiten que la misión de la institución se pueda cumplir.

El presente trabajo da una definición de sistemas transversales, estudia los tipos de sistemas transversales y su relación con las actividades del Poder Judicial, analizándose así, la Administración financiera., Planificación pública, Participación ciudadana, Supervisión y monitoreo y Reforma del Estado, y finalmente se esbozan las respectivas conclusiones.

2. DEFINICIÓN DE SISTEMAS TRANSVERSALES

Los sistemas transversales se constituyen en las líneas, ejes o áreas que funcionan como información de las actividades de rutina de una organización.

3. TIPOS DE SISTEMAS TRANSVERSALES Y SU RELACIÓN CON LAS ACTIVIDADES DEL PODER JUDICIAL

3.1. Administración financiera

Tomando como referencia la definición de Marcos MAKÓN¹ y la de José MENDOZA², la administración financiera significa para el Poder Judicial: Una secuencia de estrategias y acciones interrelacionadas orientadas a gestionar los fondos asignados y aplicarlos para alcanzar los objetivos y metas planificadas y presupuestadas por el Poder Judicial, en concordancia con sus funciones constitucionales.

La administración financiera del Poder Judicial articula un conjunto de componentes como son principios, normas, organismos, recursos, sistemas y procedimientos que intervienen en las operaciones de programación, gestión y control relacionadas con los ingresos asignados y gastos programados. Estos componentes en el caso del Poder Judicial, son los siguientes: (i) principios, (ii) normas, (iii) unidades orgánicas, (iv) recursos, (v) sistemas administrativos y (vi) procedimientos administrativos.

La Administración financiera en el Poder Judicial funciona como un sistema integrado a un sistema nacional denominado SIAF que comprende órganos rectores como el Ministerio de Economía y Finanzas, del cual el Poder Judicial es pliego conformado por diversas unidades ejecutoras.

El impacto que tiene una adecuada administración financiera en el Poder judicial redundará en la eficiencia y transparencia del servicio que presta, así como en la gestión y control de los ingresos y gastos; permitiéndonos responder a preguntas, como: ¿Cuál es el presupuesto?, ¿Cuál es el calendario de compromiso mensual de gastos del que se dispone?, ¿Quién gasta?, ¿En qué se gasta?, ¿Para qué se gasta?, ¿Cuánto se gasta?, ¿Qué actividad o proyecto corresponde el gasto?

¹ MAKON, Marcos. «Sistemas integrados de administración financiera pública en América Latina». Santiago de Chile: ILPES- CEPAL, Marzo 2000, p. 11.

² MENDOZA HERNÁNDEZ, José. «Gestión Financiera Pública». Lima / Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 25.

En el Poder Judicial quien asume la responsabilidad de la administración financiera es la Gerencia General, al actuar como un Órgano Técnico y de apoyo del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial.

Cabe señalar que una de las Unidades ejecutoras del Poder Judicial, la detenta el Proyecto de Mejoramiento de los Servicios de Justicia (PMSJ), la misma que gracias a un convenio celebrado por el Estado Peruano con el Banco Mundial, ha canalizado una donación de 12 millones de euros que desde febrero del 2005 viene empleándose en la capacitación de los jueces a nivel nacional, entre otros proyectos, lo que de alguna manera explica en qué se viene gastando dicho dinero.

3.2. Planificación pública

Para una adecuada y acertada planificación de una institución u organización pública, se tiene que realizar un estudio estructural de su funcionamiento y la repercusión que ésta tiene en la sociedad.

Una de las metodologías más útiles para el proceso de planificación y evaluación de programas es el denominado modelo lógico, que consiste en una forma sistemática y visual de presentar y compartir la comprensión de las relaciones entre los recursos que dispone para operar su programa, las actividades que planea realizar y los cambios o resultados que espera obtener³.

Hablar de planificación en el Poder Judicial implica pues la realización de un plan estructurado que supone la consecución de objetivos y metas desde un plano interno y externo, dependiendo del plazo que se establezca: corto, mediano o largo plazo.

Luis Lira plantea que la revalorización de la planificación alcanza a todas las instituciones y que cada una de ellas la utiliza de acuerdo a sus fines, enfatizando algunas concepciones teóricas y metodológicas y utilizando algunos instrumentos y descartando otros, lo que se traduce en aplicaciones muy diferentes. Señala además que no obstante quien sea el usuario, para nuestro caso el Poder Judicial, debe enfatizarse la concepción estratégica, tanto del diseño como de la ejecución, el obligado carácter participativo de ambos subprocesos y la necesidad de asegurar la anticipación del futuro, la coordinación de las acciones y la evaluación de los resultados⁴.

³ W.K. KELLOGG FOUNDATION. «Uso de modelos lógicos para integrar la planificación, evaluación y acción». En: *Guía de Desarrollo de Modelos Lógicos*, Diciembre del 2001, p. 1.

⁴ LIRA, Luis. «Revalorización de la planificación del desarrollo». Chile: Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social (ILPES), Agosto 2006 pp. 5 - 6.

Muchas prioridades saltan a la vista en el Poder Judicial, entre ellas la disminución de la sobrecarga procesal, de la morosidad, la implementación de una política anticorrupción, el avance tecnológico, etc. Sin embargo, para hacer realidad una adecuada planificación, necesitamos contar con un grupo de especialistas en gestión pública que se integren como directivos de la Institución a fin que contando con capacidad, competencia y liderazgo, promuevan el cambio.

Al respecto, considero un gran acierto la creación de los gerentes públicos⁵, los mismos que luego de una selección y capacitación, vienen incorporándose en los distintos niveles de la administración pública; tal como ha acontecido con el grupo de profesionales, que actualmente viene desempeñándose como administradores, de algunas Cortes Superiores de Justicia del País.

Los elementos a tomar en cuenta para una adecuada planificación en el Poder Judicial serían básicamente los recursos: económicos, humanos y logísticos.

Desde nuestra experiencia hemos podido apreciar que a fines del 2008, se realizó por primera vez en la historia del Poder Judicial, talleres descentralizados de validación del Plan Estratégico Institucional en todos los Distritos Judiciales, con la participación de todos los magistrados, proceso que culminó con tres talleres macro regionales en Ayacucho, Piura y Lima y un taller con los máximos directivos de la institución (miembros del CEPJ y jueces supremos). Ello constituye un gran paso en la tarea de planificar en el Poder Judicial.

3.3. Participación Ciudadana

La participación ciudadana en las instituciones públicas es una manera de fiscalizar las actividades que estas realizan, habida cuenta que los servicios y bienes son de naturaleza pública.

En el Poder Judicial dicha participación debería estructurarse sobre la base de la (i) información, (ii) la consulta y (iii) la participación activa de la ciudadanía, las mismas que a decir de Marc Gramberger siempre han existido, pero que sin embargo dado que la democracia no cesa de evolucionar, las reivindicaciones de apertura y transparencia de los ciudadanos, así como la naturaleza cada vez más compleja de las sociedades y de los retos que éstas

⁵ Decreto Legislativo N° 1024 “Crea y regula el Cuerpo de Gerentes Públicos”, publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 21/06/2008.

enfrentan, llevan a los gobiernos a buscar, cada vez más, el fortalecimiento de estas interacciones⁶.

En el Poder Judicial el ciudadano puede tener acceso a la información institucional (documentos de gestión institucional) información sobre el personal y magistrados del Poder Judicial y sobre las resoluciones que emiten los órganos jurisdiccionales del país, así como hacer el seguimiento del estado de los expedientes judiciales vía el Sistema Integrado Judicial, hecho que incluso ha merecido un reconocimiento, al otorgársele el premio en la categoría Transparencia y acceso a la información en el concurso Buenas Prácticas en Gestión Pública 2011, organizado por Ciudadanos al día⁷.

El Poder Judicial ganó este premio por su propuesta “Consulta de expedientes judiciales en Lima”, servicio que pretende resolver el problema del desconocimiento del estado del proceso judicial y las prácticas que dicha desinformación origina.

Asimismo el Poder Judicial facilita toda aquella información relacionada a los servicios judiciales (registro de deudores alimentarios morosos - Redam, registro de condenas, etc.) así como la solicitada por escrito (correo electrónico) con la salvedad de las excepciones establecidas en la Constitución y las leyes; información que debe ser proporcionada de manera oportuna y actualizada.

En el ámbito de la consulta ciudadana aparecen el derecho de petición, a través del cual los ciudadanos pueden hacer consultas al Poder Judicial o formular objeciones (recursos de impugnación) vinculados a asuntos que les afecten directamente, de conformidad con la Ley 27444 que aprueba la Ley General de Procedimiento Administrativo, que en el presente caso se encuentra regulado específicamente en el TUPA del Poder Judicial.

En el ámbito de la participación ciudadana en el Poder Judicial, cabe mencionar que, en armonía con la Ley de los Derechos de Participación y control ciudadanos, se promulgó en el año 2004 la Ley N° 28149, Ley que incluye la participación ciudadana en los órganos de control del Poder Judicial y del Ministerio Público, por lo que la Oficina de Control de la Magistratura

⁶ GRAMBERGER, Marc. «Participación ciudadana». Manual de la OCDE sobre información, consulta y participación en la elaboración de políticas públicas OCDE (Organización para la cooperación y el desarrollo económicos). En: *Lecturas Módulo 3 T. 1 para la Maestría en Derecho con mención en Política Jurisdiccional, Gestión y Política judicial*. Lima: PUCP, p. 18.

⁷ Ciudadanos al Día, dio a conocer los ganadores de la séptima edición del Premio a las Buenas Prácticas de Gestión Pública 2011. Disponible en Internet: www.ciudadanosaldia.org/premiobpg2011/

- OCMA, en cumplimiento de dicha norma, elaboró un nuevo Reglamento de Organización y Funciones a fin de adecuarla a la disposición normativa.

Siendo la corrupción uno de los problemas más graves y recurrentes que ensombrecen la loable labor del servicio de justicia, el ámbito judicial es una de las áreas más productivas para que la población, mediante el mecanismo de la información, conozca los alcances de la política de lucha contra la corrupción dentro del Poder Judicial. Una vez informada, la ciudadanía puede ser un elemento importante que puede coadyuvar a luchar contra este gran problema que se encuentra presente no solo en el Poder Judicial, sino también en los demás estamentos del Estado, así como en el ámbito privado.

3.4. Supervisión y monitoreo

El sistema de Supervisión y Monitoreo es un conjunto de normas, procedimientos, instrumentos y aplicaciones que se combinan a fin de valorar las acciones de una Organización en base a decisiones asumidas, cumplimiento de acuerdos, logros y resultados, con el propósito de mejorar y corregir su eficiencia.

A decir de Keith MACKAY existen varios términos y conceptos relacionados dentro del campo del seguimiento y evaluación a los gobiernos y que pueden prestarse a confusiones; señala además que cada país o agencia de desarrollo utiliza una definición diferente para el mismo concepto, lo que no ocurre con los mecanismos de medición que resultan comunes, así el caso de:

(i) Los indicadores de desempeño, (ii) evaluación previa, (iii) evaluación rápida, (iv) evaluación de impactos y (v) las revisiones exhaustivas de gastos.

Agrega el autor que dicho sistema puede ofrecer información exclusiva acerca del desempeño de las políticas, programas y proyectos de un gobierno y que su valor no es intrínseco sino que radica en “el uso de la información para ayudar a mejorar el desempeño del gobierno”⁸.

En lo que atañe al Poder Judicial y de acuerdo con el Plan de Gobierno del Poder Judicial 2011 - 2012⁹, dicho sistema podría estructurarse de la siguiente manera:

⁸ MACKAY, Keith. «Cómo crear sistemas de S y E que contribuyan a un buen gobierno», Independent Evaluación Group, Banco Mundial. En: *Lecturas Módulo 3 T. 1 para la Maestría en Derecho con mención en Política Jurisdiccional, Gestión y Política judicial*. Lima: PUCP, p. 7-8.

⁹ Plan de Gobierno del Poder Judicial 2011 - 2012; Disponible en internet: www.justiciaviva.org.pe/userfiles/plan.pdf

A. Sistema de monitoreo

- (i) Objetivos que persigue: dar información sobre el cumplimiento de la planificación operativa, para hacer correcciones sobre.
- (ii) Cronograma de actividades.
- (iii) Fuentes: tomar en cuenta los instrumentos; indicadores (valoración cuantitativa del desempeño, cumplimiento, avance y progreso; - procesos y productos) y evaluaciones (estudios, exámenes, verificación, informes de equipo técnico).
- (iv) Frecuencia: Situación actual y fecha estimada de monitoreo, Vgr° mensual, trimestral, semestral.
- (v) Equipo profesional técnico y estructura de mando y responsabilidades.
- (vi) Presupuesto asignado.

B. Sistema de evaluación

- (i) Objetivos que persigue; determinar los logros en términos de efecto e impacto y compararlos con lo propuesto en los resultados.
- (ii) Medición de cumplimiento de objetivos en términos de pertinencia, eficacia, eficiencia, impacto y sostenibilidad.
- (iii) Fuentes: informes de monitoreo y seguimiento de los indicadores de efecto e impacto, información externa.
- (iv) Frecuencia: Situación actual y fecha estimada de conclusión; Anual, final.
- (v) Equipo de proyecto y/o especialistas externos; Vgr° la sociedad.
- (vi) Presupuesto asignado¹⁰.

Las características que debería tener ese sistema, son:

1. Pertinencia.- Capacidad de proporcionar información que se precisa o demanda para adoptar decisiones fundamentadas.
2. Veracidad.- Asegurar que la información corresponda a la realidad del proyecto, programa o institución que se observa.
3. Oportunidad.- Lograr que la información esté disponible en el momento en que lo requiere el proceso de toma de decisiones.
4. Legitimidad.- Que la información y los juicios que el sistema genere sean respetados por los actores relevantes, sustentando las decisiones que de ellos se desprendan.

¹⁰ INFORMET. «Taller para el diseño de metas e indicadores del plan estratégico del Poder Judicial», Metodología del sistema de medición de la planificación estratégica; Noviembre del 2008; Disponible en internet: www.pj.gob.pe.

5. Eficiencia.- Que la información se genere al menor costo posible.
6. Transparencia.- en la obtención y emisión de datos.
7. Precisión.- En los objetivos y fines a supervisar.

Este sistema debería evaluar y monitorear:

1. Sobre la utilización del presupuesto del Poder Judicial.
2. Sobre el desempeño del personal.
3. Sobre los fallos contradictorios.
4. La corrupción en el Poder Judicial.
5. Implementación de infraestructura y equipamiento.
6. La morosidad procesal.
7. Sobre la producción cualitativa y cuantitativa de las resoluciones judiciales.

3.5. Reforma del Estado

La Reforma de la administración pública centra su atención en la gestión pública y en la forma como elevar la capacidad institucional del Estado para diseñar, implementar y evaluar políticas que efectivamente generen valor público en un contexto democrático¹¹.

Una iniciativa de reforma dentro del Poder Judicial debe contar con características como: Debe ser plural y democrática, transparente, participativa, técnica, objetiva e independiente, centrada en el usuario del servicio judicial, contar con agentes participativos y eficientes, contar con un presupuesto acorde a las necesidades de la reforma propuesta, así como un sistema de supervisión y control de dicho presupuesto asignado.

Las principales razones para que los esfuerzos de reforma no hayan tenido éxito hasta el momento se deben:

- a. A la ausencia de voluntad política: por ejemplo en la modificación y dación de normas legales;
- b. La falta de articulación en cuanto a sus objetivos estratégicos de las Entidades comprendidas en el Plan Nacional para la Reforma de la Administración de Justicia de CERIAJUS;
- c. La ausencia de recursos; los cuales se aprecian en el área de infraestructura, en el aspecto remunerativo de los ingresos de los trabajadores del Poder

¹¹ CORTAZAR VELARDE, Juan Carlos. «La reforma de la Administración Pública Peruana, 1990-1997». En: *Lecturas Módulo 3 T. 1 para la Maestría en Derecho con mención en Política Jurisdiccional, Gestión y Política Judicial*. Lima: PUCP, p. 1.

Judicial, y la mejora consiguiente de las políticas de recursos humanos al interior de la institución, que vele por un buen clima laboral y también por una cultura ética;

- d. La falta de una reforma educativa en materia jurídica;
- e. La falta de control disciplinario de los Colegios de Abogados a sus agremiados;
- f. Un mayor compromiso de la propia judicatura con la reforma judicial.

La reforma judicial debe ser dirigida o liderada por el Poder Judicial, con la cooperación de otros actores como el Congreso de la República, el Poder Ejecutivo y la Sociedad Civil.

4. CONCLUSIONES

- 1. El fortalecimiento de los Sistemas Transversales y su aplicación práctica en el Poder Judicial, pueden dotarlo de eficiencia y eficacia, en la medida que se articule con su misión (quiénes somos), visión (cómo queremos que nos vean), plan estratégico (estrategias, objetivos, tácticas y acciones), clima laboral (compromiso del personal) y mantener una relación cohesionada con las demás Organizaciones que componen el sistema de justicia (multidimensionalidad).
- 2. La correcta aplicación de los sistemas transversales referidos, genera grandes beneficios en el ciudadano, básicamente por el hecho que cada uno de ellos alimenta o sirve como fuente de información para que el Poder Judicial responda con eficiencia y eficacia en el servicio que presta: La Justicia.

DE LA TRASCENDENCIA DE LOS CRITERIOS DE EFECTIVIDAD Y PRODUCTIVIDAD DEL NOVÍSIMO SISTEMA PROCESAL PENAL

NANCY CARMEN CHOQUEHUANCA*

Resumen

El novísimo Código Procesal Penal, como herramienta jurídica de corte acusatorio con rasgo adversarial, tiene como objetivo lograr que los operadores del sistema judicial penal, se comporten con objetividad y profesionalismo, puesto que parte de la fórmula que lo caracteriza es el ser ágil, celer, y sobre todo basado en el principio de economía procesal, pensando en el costo - beneficio tanto para el Estado como para el operario del sistema, ello bajo indicadores de eficiencia, eficacia, efectividad y productividad; en tanto quien da vida a este cuerpo normativo es el operador jurídico, el mismo que no necesariamente debe ser excesivamente formalista, sino basado en razonamientos de trascendencia y realidad social, a efectos que los usuarios alcancen una verdadera, seria y transparente seguridad jurídica, esto es paz social con justicia; de ahí que las observaciones que se levantan en el presente trabajo, tienen como finalidad medir cuán eficaces o eficientes, son tanto las acciones como las decisiones de los jueces y fiscales en el quehacer judicial.

Palabras clave: Juzgamiento - Nulidad - Plazo razonable - Prisión preventiva - Sobreseimiento - Contumaz - Cese de prisión - Testigo histórico - Diligencias preliminares - Reexamen - Sistema inquisitivo - Acusatorio - Acomplementaria - Labelling approach.

Abstract

The brand new Criminal Procedure Code, as legal tool adversarial accusatory trait, is to ensure that the operators of the criminal justice system, to behave with objectivity and professionalism, as part of the formula that characterizes it is to be agile, very swift, and mainly based on the principle of judicial economy, considering the cost - benefit both the state and the system operator, this low efficiency indicators, effectiveness and productivity as who gives life to this body of law is the legal practitioner, he should not necessarily be overly formalistic, but based on reasoning of transcendence and social reality, in order that users reach a real, serious and transparent legal certainty, ie social peace with justice; hence the observations that arise in this paper, aims to measure how effective or efficient, so much the actions and decisions of the judges and prosecutors in the work of the judiciary.

Key words: Judgment - Nullity - Reasonable time - Detention - Dismissal - stubborn - Cessation of prison - Historical witness - Preliminary proceedings - retest - Inquisitorial system - Accusatory - Additional charges - Labeling approach.

* Juez Titular del Sexto Juzgado Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Piura - Poder Judicial del Perú.

Sumario

1.- Introducción. 2.- De las deficiencias procesales advertidas en la etapa de investigación preparatoria 2.1. La relevancia de la etapa intermedia. 2.2. De las medidas privativas de la libertad – prisión preventiva y el plazo razonable. 2.3. De los imponderables previos a la audiencia del juicio. 2.4. La frustración de la instalación de la audiencia de juicio. a. Cambios abruptos de agenda, b. Despliegue innecesario de recursos, c. De la labor de la fiscalía con respecto a los órganos de prueba; d. Del cambio de versión de los testigos en juicio; e. De la necesidad de direccionar la labor del fiscal; f. El Contrasentido de una conducción compulsiva; g. Calificaciones jurídicas en el juicio; 2.5. Factores de índole geopolítica social; 3.- Jurisprudencia.

1. INTRODUCCIÓN

Si bien el espíritu del Nuevo Código Procesal, Decreto Legislativo 957 del 28 de julio de 2004, está diseñado para agilizar y acelerar los procesos judiciales, sin embargo en la realidad el costo resulta bastante considerable para el Estado sin alcanzar al ciento por ciento el resultado que se esperaba iba a remediar el nuevo sistema de justicia penal; y es que ello se debe a una serie de factores y variables, entre las que cabe mencionar las de índole operativo, infraestructura, diseño político e interinstitucional, el ritualismo o exceso de formalismo; las cuales constituyen una barrera burocrática seria para que a la postre los usuarios del sistema judicial no puedan acceder a un sistema de justicia eficaz y objetivo, para resolver su conflicto de intereses; a esto se suma que con el nuevo sistema aún se siguen formas enquistadas del modelo antiguo, sin tener en cuenta el principio de trascendencia y realidad social que debe imperar en una sociedad tan vulnerable a la delincuencia como lo es la nuestra.

En ese sentido, urge poner en práctica factores que tiendan a estimular la fiabilidad del sistema, teniendo en cuenta variables como la [*eficiencia, eficacia y productividad*]; ello implica que el resultado de un proceso judicial debe hacerse en función del ahorro de tiempo, esfuerzo y el excesivo *coste* para el Estado; para lo cual urge el cambio de pensar –la mentalidad del operador que integra el sistema judicial muchas veces latoso–, propio de la herencia del enjuiciamiento penal del Código de Procedimientos Penales de 1940, para hacerlo más fluido; en tanto la *eficacia* es entendida como una forma de alcanzar el logro de las metas establecidas en la empresa, con la menor cantidad de recursos; por ello el punto clave en este concepto: es ahorro o reducción de recursos al mínimo.

La *eficiencia* consiste en la cantidad mínima de inputs (horas-hombre, capital invertido, materias primas, etc.) para obtener un nivel dado de outputs (ganancias, objetivos cumplidos, productos; de ahí que se dice que un experto en eficiencia es feliz cuando hay menos costos, incluso si esto implica que haya menos clientes”; no obstante, estos términos están estrechamente enlazados con la *efectividad* y la *productividad*, que es entendida como la relación producto-insumo en un período específico con el adecuado control de la calidad. Al respecto, DRUCKER¹ dice: “No basta con hacer las cosas correctamente (eficiencia), hay que hacer las cosas correctas (eficacia)”.

Teniendo claro estos conceptos que se aplican en la economía, podemos trasladarlos al ámbito jurídico para señalar que el operador jurídico – juez, fiscal [funcionarios que toman decisiones en el proceso]–, no solo deben preocuparse en ser no solo eficientes, sino eficaces, bajo criterios de productividad y efectividad, dado que si no se manejan estos conceptos se puede llegar a ser un productor muy eficiente de acusaciones y sentencias, pero de algo que no le interese a la gente, o fallos que no tienen por finalidad oír el clamor de la población o del individuo agraviado en particular, o de lo que no satisface a la sociedad o a la comunidad, a la población que espera de sus operadores jurídicos la efectividad del sistema, en términos generales en cuestión de política criminal, [*“que tiene como propósito central de la Criminología práctica, no puede quedar apresada dentro de las ciencias jurídico represivas; ello ya que desborda a estas en sus objetivos de “prevención” y “terapia criminales” pre y postdelictuales”*]².

Se insiste además en la capacitación del operador jurídico –bajo criterios de meritocracia– en el conocimiento de la dogmática jurídica, que no es menos importante, pero en cuestiones de eficacia con efectividad no se ha avanzado mucho; ello se evidencia con los altos índices de criminalidad existentes, que si bien no corresponde la responsabilidad de la seguridad ciudadana al sistema judicial, sin embargo le asiste corresponsabilidad funcional por la labor privilegiada que desempeña de administrar justicia, pues malas decisiones, son sinónimo de impunidad, por ende inseguridad, e incremento de la cifra oscura o cifra dorada del delito.

Por lo tanto, la eficiencia, eficacia, efectividad y productividad, siempre fueron plenamente aplicados en el ámbito de la actividad privada, pues

¹ DRUCKER Peter Ferdinand. «La Gerencia efectiva». Editorial: Sudamericana Clasificación: Negocios y Cs. Económicas: Austria. 1998. Páginas 270.

² TIEGHI, Osvaldo N. «Tratado de Criminología». 2da Edición Editorial Universal Buenos Aires: 1996, pág 60.

el gerente de una empresa se paga su sueldo, se da sus vacaciones, se da licencias y conforme sus licencias será su productividad; en términos más sencillos, el gerente direcciona su empresa con eficacia y eficiencia teniendo como resultado la productividad; sin embargo, estos términos no fueron aplicados con rigurosidad en el ámbito del Poder Judicial, sino hasta en el último quinquenio. No obstante, se evidencian algunas dificultades que no hacen viable en todo su esplendor el nuevo sistema judicial, por lo que a la usanza de la ciencia económica se ha tomado algunos indicadores de seguimiento para demostrar que:

Eficacia: Mide el grado porcentual de sentencias resueltas definitivamente de cada Juez o del grupo de jueces pertenecientes a un ámbito determinado con respecto a la cantidad mensual de sentencias pendientes de atender.

EFICACIA:
$$\frac{\text{Sentencias Resueltas}}{\text{Cantidad mensual de sentencias pendientes de atender}} \times 100$$

Eficiencia: Mide el grado porcentual de cumplimiento de cada Juez ó del grupo de jueces pertenecientes a un ámbito determinado, con respecto a la cantidad mensual de sentencias pendientes de atender.

EFICIENCIA:
$$\frac{\text{Cantidad mensual de sentencias atendidas}}{\text{Cantidad mensual de sentencias pendientes de atender}} \times 100$$

Efectividad: Mide el grado porcentual entre eficacia y eficiencia.

EFFECTIVIDAD:
$$\frac{\text{Eficacia} \times \text{Eficiencia}}{100}$$

Productividad: Mide la relación entre las sentencias atendidas por cada juez o grupo de jueces pertenecientes a un ámbito determinado con respecto al presupuesto mensual total asignado a cada órgano jurisdiccional.

PRODUCTIVIDAD:
$$\frac{\text{Cantidad mensual de sentencias atendidas}}{\text{presupuesto mensual total asignado a cada Órgano jurisdiccional}} \times 100$$

Como se ve la eficacia y la eficiencia, en el Poder Judicial, no solo se colman o satisfacen en el *quantum* de las sentencias dictadas o en el *quantum* de los procesos resueltos, sino en lo que es más óptimo para el sistema, es decir, de los casos que se resolvieron cuántos casos realmente cumplieron la efectividad, en cuántos casos no se evidenció rebrote de delincuencia de los que ya fueron condenados, por que mientras el juez unipersonal o colegiado ejecute su trabajo buscando tener carga cero, o señalando audiencias que la postre debe declarar frustradas por inconcurrencia de las partes o de otros factores, y, por otro lado vemos a un colegiado superior declarando nulas las sentencias en reiteradas veces, no tendremos ningún atisbo ni de eficiencia ni de eficacia.

De ahí que el presente trabajo tiene por finalidad demostrar que en el nuevo sistema se presentan algunas deficiencias propias del quehacer judicial, tanto en el ámbito de la Investigación Preparatoria, Juzgamiento y Juicios de apelación, que hacen inviable el sistema; ello con la única finalidad de buscar mejorar y rescatar las bondades del sistema, que con algunos ajustes consideramos será el mejor de Latinoamérica.

2. DE LAS DEFICIENCIAS PROCESALES ADVERTIDAS EN LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

2.1. La relevancia de la Etapa Intermedia

La diferencia de la audiencia del Código de Procedimientos Penales de 1940, con la del Nuevo Código Procesal Penal, gravita en torno a que este último sustenta su razón de ser en el principio acusatorio de corte adversarial, y es que el juzgamiento propio del adjetivo modelo mixto - [inquisitivo-acusatorio], estuvo dirigido en su máxima expresión por la una Sala Penal Superior tratándose de un proceso ordinario, y en un sumario en manos del Juez que realizó la instrucción; pero lo que resulta relevante para el nuevo modelo procesal es el hecho que por primera vez se regula en nuestro sistema procesal penal, en forma orgánica y sistemática, una etapa de saneamiento procesal o etapa intermedia, algunos juristas le llaman “etapa bifronte”, en tanto constituye un filtro para determinar qué procesos deben llevarse a juzgamiento y qué otros procesos deben ser archivados o sobreseídos.

Ello en estricta observancia del control de acusación, esto es, preparación del juicio con admisión de medios probatorios que servirían para sustentar la tesis acusatoria y viceversa de las partes en contienda; en resumen, la etapa intermedia tiene por finalidad evitar que procesos insignificantes o

acusaciones inconsistentes por la insuficiencia de elementos de convicción hagan inviable el éxito de un juicio con propuesta sancionatoria de condena –del fiscal–, igualmente es ventajosa en la medida que garantiza el principio de la presunción de inocencia, *presunción iuris tantum*, en que al hacerse un control del correlato fáctico y jurídico de la acusación fiscal, evita que innecesariamente se someta a juzgamiento a un ciudadano con una débil tesis inculpativa fiscal, cuyo resultado no será otro que la absolución, ello en atención al costo-beneficio que representa cada proceso penal para el Estado.

Por lo tanto, lo novedoso del sistema procesal, entre otros, es que dicha ficción jurídica está basada en principios rectores ideológicos acordes con la tendencia de la legislación comparada, cuya finalidad está representada en la adecuación de nuestro sistema procesal a las exigencias de los estándares mínimos establecidos en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, en correspondencia con el principio de la universalidad y globalización, tanto regionales como supra regionales: Declaración Universal de los Derechos Humanos, Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y sus respectivos Protocolos facultativos.

2.2. De las medidas privativas de la libertad – prisión preventiva y el plazo razonable

Que al debatirse cuestiones formales y de fondo del proceso en la etapa intermedia, ello implícitamente alude a la situación jurídica del procesado en cuanto a las medidas coercitivas, limitativas y restrictivas previstas en el artículo 28º del Código Penal se refiere, pues estas son concomitantes a dicho estadio procesal; pudiendo, sin embargo, el Colegiado o Unipersonal variar dichas medidas en juicio en virtud del principio de provisionalidad, variabilidad o apariencia de fundabilidad de la pretensión; lo singular del nuevo modelo es que existe un mecanismo denominado audiencia de “Tutela de Derechos”, establecido para proteger todos los derechos del imputado en el proceso, previstos en la Constitución y establecidos en el Código Procesal Penal, teniendo como referente la conclusión de la Investigación Preparatoria.

Sin embargo, exceptúa la protección de los derechos en los que existen mecanismos o garantías señaladas en la norma adjetiva, como lo son el “Derecho a un plazo razonable” previsto en sus artículos 334.2 y 343.3 del CPP; medidas restrictivas de Derechos, puesto que para estas existe el *reexamen* judicial previsto y normado en los artículos 225.5, 228.2, 229, 231.4 y 204.2; pero aún no estando prevista la audiencia de tutela de derechos para el control de plazo con incidencia en la etapa de la investigación preparatoria,

debe instaurarse con la finalidad de hacer un minucioso seguimiento de los plazos que tiene el fiscal para el acopio y actuación de los elementos de convicción que llevará a juicio; esto tiene su razón en el hecho que el plazo de la investigación preparatoria y los plazos de la prisión preventiva -120 días, prorrogables en casos complejos a 8 meses-, en la práctica se extiende mucho más allá de estos límites; por lo tanto, pese que se ha modificado ostensiblemente la operatividad y eficacia del sistema ya que el promedio de duración del proceso penal con la norma adjetiva de 1940 oscila entre 2 a 4 años y el proceso ordinario entre 3 a 5 años, plazo que muchas veces se amplía de 6 a 7 años; no obstante, los plazos de la investigación preparatoria y prisión preventiva no guardan coherencia, ni proporcionalidad con el objeto de lo que se investiga, y esto es común denominador a todos los procesos tanto complejos como no complejos; así se evidenció en el caso 3829-2011-0-2013-0 seguido contra el imputado Díaz Ortiz Estuardo, por el delito de tráfico ilícito de drogas - promoción y favorecimiento al tráfico ilícito de drogas, tramitado por ante el Juzgado de Investigación Preparatoria de Paita; se considera que el proceso tiene retraso excesivo en el trámite por cuanto sólo hay un reo en cárcel y dos acusados libres, la investigación preparatoria se inició el 10 de agosto de 2011, la prisión preventiva se dictó el 29 de diciembre del año 2011 y vencerá entre prórroga y prórroga el 28 de octubre del año 2013, esto es: 18 meses de prisión preventiva y todavía en la etapa de la investigación preparatoria, es decir, sin fallo.

Ello constituye una clara afectación a la garantía específica del plazo razonable, y se solucionaría con una audiencia de control de derechos, aún no estando prevista en la norma, puesto que en sí las circunstancias que rodean la causa no amerita su complejidad, pues el solo hecho que se pidan una serie de elementos de convicción no convierte *per se* en complejo un caso, toda vez que el juez debe evaluar -y ello en función del tiempo- declararlo "complejo". De ahí que se concluye que aún no se han superado rezagos del inquisitivo, dado que en casuística los operadores del sistema acuden a maniobras dilatorias para justificar sus tiempos; consecuentemente, la prisión preventiva es considerada como una sentencia de condena antelada, un adelanto de culpabilidad. Esto ha merecido la atención del Instituto de Defensa Legal (IDL) el 25 de junio último en la campaña organizada por la Dirección General de la Defensa Pública y Acceso a la Justicia, en el Penal de Río Seco en Piura, haciendo énfasis en la aplicación de beneficios penitenciarios y la Justicia Previa al Juicio.

Consecuentemente, con claridad meridiana se puede deducir, que lejos estamos aún de trabajar con eficiencia y eficacia, juzgar verdaderas causas

complejas en un tiempo record, esto es, en plazos menores a 9 meses que es lo que dura la prisión preventiva en un proceso no complejo; digo esto en virtud que en la legislación comparada tenemos el caso del *banquero Bernard Lawrence Madoff*. *Presidente de la compañía National Association of Securities Dealers e integrante del NASDAQ, que en diciembre de 2008 fue detenido por el FBI y acusado de fraude o estafa financiera por 50.000 (cincuenta mil millones de dólares, lo que lo convirtió en el mayor fraude llevado a cabo por una sola persona. El juez federal Louis L. Stanton congeló los activos de Madoff. El 29 de junio de 2009 fue sentenciado a 150 años de prisión.*

En nuestro medio diríamos un verdadero caso complejo, no obstante en cuanto tiempo se juzgó a este acusado en nada más y nada menos que seis meses; es por ello que las garantías genéricas y específicas del proceso y del imputado, no deben tener como finalidad entrapar los procesos, sino hacerlos más céleres, pues se advierte que no se da cumplimiento cabal a lo previsto y normado en el artículo 343.1 según el cual: *el fiscal dará por concluida la investigación preparatoria cuando considere que ha cumplido su objeto, aún cuando no hubiere vencido el plazo; no obstante, la práctica nos muestra otra realidad, dado que el fiscal culmina la investigación en plazo vencido; lo que es peor, acuden a la complejidad [aún no dándose los presupuestos del artículo 342.3³] para ampliar los plazos, entre ellos los de la prisión preventiva exceptuándose.*

2.3. De los imponderables previos a la audiencia del juicio

En cuanto al plazo de la realización de la Audiencia de juzgamiento, es indeterminado, pero el plazo para emitir sentencia luego de la audiencia del juicio oral es de **48 horas** en procesos no complejos y 8 días en proceso complejo, bajo sanción de nulidad considerando el adelanto de fallo que hace el juez previo a la lectura integral de la sentencia, el que se realiza culminado el contradictorio, pues el juzgador de manera fulminante delibera y decide la situación jurídica de culpable o inocente del acusado.

Pese a toda esta gama de salidas jurídicas que el Código ofrece, aún falta que los operadores se entrenen para no tentar a las rémoras propias del

³ Por el Artículo 342.3: La complejidad de un proceso se da en función de una pluralidad significativa de actos de investigación. Son varios los delitos a investigarse. Son numerosos los imputados o agraviados. Se trata de delitos cometidos por integrantes o colaboradores de bandas u organizaciones criminales. Se requiere realizar pericias que implique la revisión de abundante documentación y/o de análisis técnicos complicados. Es necesario realizar gestiones de carácter procesal fuera del país. Se debe revisar la gestión de personas jurídicas o entidades del Estado.

inquisitivo de 1940; y avanzar rumbo a la optimización, que debe primar en nuestro sistema para garantizar una seria, recta y segura administración de justicia, puesto que acudir a las viejas maniobras dilatorias, que daban lugar al entrampamiento del sistema que por décadas nos acompañó; no son más que sinónimo de retroceso e ineficacia del sistema.

Se arriba a esto, por que de cara a la instalación de la audiencia se presenta una serie de trabas que dificultan la eficacia del sistema, pese a que el artículo 367° referido a la instalación de la audiencias señala que *“la audiencia no podrá realizarse sin la presencia del acusado y de su defensor, que la citación al imputado con domicilio conocido y procesal, será requerido para su concurrencia al juicio bajo apercibimiento de ser declarado contumaz; si es un solo acusado o siendo varios ninguno concurre a la apertura de la audiencia, sin justificar su inasistencia, se señalará nuevo día y hora, sin perjuicio de declararlos contumaces”*.

Ello implica que la audiencia del juicio debe instalarse en la primera oportunidad en que toman conocimiento los sujetos procesales, por lo que deben estar sí o sí presente. En la práctica frecuentemente no ocurre así, pues debido a la incomparecencia de los sujetos procesales, existe un gran número de audiencias frustradas, enumerándose algunas de las causas que dan pie a esto:

i) Por incomparecencia de las partes con incidencia del imputado en libertad, máxime, si la acusación es por delito violento o agresivo como lo es el robo agravado, secuestro, extorsión, violación sexual de menor de 14 años, asesinato, etc., pues al haber alcanzado su libertad, por vencimiento del plazo de la prisión preventiva, al juez de la investigación preparatoria o juicio, no le queda otra alternativa que disponer su excarcelación; ello en estricta aplicación del principio de la excepcionalidad de la detención y la libertad como regla, deba acudir el acusado en libertad al juicio.

ii) A pesar que se encuentra en libertad con reglas de conducta de las que establecen el artículo 58° del Código Penal y bajo expreso apercibimiento de revocársele dicha situación jurídica, no acude más al juicio, hasta que se disponga su conducción compulsiva, o hasta que el fiscal solicite la revocación de la comparecencia restrictiva o simple, y frente a su captura se podrá instalar la audiencia.

iii) Aquí, se produce el punto de quiebre, porque mientras algunos Fiscales son diligentes y están pendientes de sus carpetas, otros contrariamente están adormitados en la técnica del Nuevo Código, tan es así, que teniendo la

condición de contumaz o ausente el imputado, no piden la revocación de la comparecencia restrictiva; finalmente cuando el acusado es capturado y puesto a disposición del órgano a juzgarlo, si no tiene otro tipo de medida que la comparecencia, aún siendo capturado y siendo acusado por un delito de máxima gravedad, el juzgador tendrá que ponerlo en libertad, aún sin haberse realizado la audiencia de juzgamiento; ello en aplicación del principio de imparcialidad y rogatorio, dado que en ese ínterin la medida que pesa contra el acusado no es otra que la de estar en libertad; salvo que el fiscal en dicha audiencia solicite de manera incidental la revocación de la comparecencia restrictiva por la de prisión preventiva; ahí viene otro cuestionamiento, pues algunos jueces de juicio consideran que esto no es de su competencia.

iv) Otro obstáculo que produce la frustración del juicio es la deficiencia en las notificaciones, y otro el quiebre del principio de autoridad del operador jurídico, pues pese a que el acusado ha sido diligentemente llamado mediante cedula de notificación judicial en el domicilio que señaló en la investigación preparatoria y/o etapa preliminar conforme a las norma establecida en el artículo 155° del Código Procesal Civil de aplicación supletoria conforme a la primera disposición complementaria y final de esta norma adjetiva, no acude al proceso; en esta situación el juzgador opta por dos salidas:

La *primera* se le declarará reo contumaz, siempre que haya acudido su abogado defensor, caso contrario se reprograma la audiencia para notificar al abogado y poder resolver su situación jurídica, ello en estricta aplicación del principio de la legítima defensa material y técnica⁴, presunción de inocencia; no sin antes excluir al abogado defensor tal como lo señala el artículo 85° si el abogado es de la defensa privada, y oficiar a la defensoría pública a efectos que designe un defensor para el imputado, lo que antes se le llamaba “defensor de oficio”, para que asuma la defensa; no sin antes advertirle que deberá ratificar en el plazo de 24 horas, si continua con su abogado, contrario *sensu*, sí o sí la asumirá la defensa pública; en resumen, hay una frustración de audiencia más, la misma que no podrá instalarse igualmente en la siguiente sesión dado que el “oficio” cursado a la defensa pública llega de modo tardío y los abogados piden plazo razonable para tomar conocimiento de la carpeta fiscal, esto es estudiar sus estrategias de defensa, que generalmente por igualdad procesal de armas se concede.

La *segunda* es que habiéndose instalado la audiencia, la defensa del acusado no acuda a la siguiente sesión, quien busca alargar los tiempos de la audiencia

⁴ SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. «Manual de Derecho Procesal Penal». única edición: Lima; Editorial Idemsa, 2004 pag. 306.

con su inconcurrencia *planeada* [estrategia de defensa], cuando advierte que el plazo de la prisión preventiva esta próxima a vencer; en estos casos acude a una serie de maniobras dilatorias para producir la quiebra del proceso, el mismo que no podrá realizarse más allá de los 8 días de realizada la última sesión; esta táctica es harto realizada por los abogados de la defensa privada, pues el solo hecho de no acudir a la audiencia cuando tiene conocimiento de esto, produce no solo la frustración sino la interrupción del debate oral, ello obviamente acarrea responsabilidad funcional.

Esta situación se agudiza cuando son varios los acusados y están con mandato de prisión preventiva - medida de carácter personal, excepcional y limitada⁵ y está a punto de vencer; los abogados mutuamente se confabulan para no concurrir a las audiencias, que en resumidas cuentas no acuden a la audiencia para lograr la libertad de sus defendidos; que en estos casos el juzgador a pedido del fiscal opta por adoptar medidas asegurativas tendentes al aseguramiento del imputado al juicio; entre ellas:

- Ampliación de la prisión preventiva si es que no han transcurrido 9 meses; o 18 meses tratándose de procesos complejos, artículo 272.1, 272.2.
- Prolongación del plazo de la prisión preventiva de conformidad con lo previsto y normado en el artículo 274° que señala: *“cuando concurran circunstancias que importen una especial dificultad o prolongación de la Investigación y que el imputado pudiera sustraerse de la acción de la justicia; la prisión preventiva podrá prolongarse por un plazo no mayor al fijado en el numeral 2 del artículo 272. El fiscal debe solicitarla al juez antes de su vencimiento.*
- No cómputo de los plazos de la prisión preventiva, cuando la causa ha sufrido dilaciones maliciosas atribuibles al imputado o a su defensa, esto de conformidad con lo previsto en el art. 275.1.

Por lo que, si bien el espíritu del nuevo código esta inspirado en principios de celeridad y economía procesal, bajo cánones del respeto esencial de los derechos fundamentales del acusado, con todo, en casuística tanto los juzgados unipersonales, como Colegiados, deben cambiar agendas, improvisar o acortar otras audiencias, dado que los juzgados de la investigación preparatoria envían

⁵ DE LA CRUZ ESPEJO, Marco. «El Nuevo Proceso Penal». Primera Edición: Lima; Editorial Idemsa, 2007 pag. 361.

cuadernos de debates a juicio, cuyas prisiones preventivas están próximas a vencer; es en estos casos que existe una fuerte resistencia del acusado que lucha entre una audiencia y una puesta en libertad por vencimiento de plazo de su prisión; es durante esta estación procesal que el juez de juicio acude a este tipo de maniobras procesales para evitar dar libertad a los internos, máxime si vienen siendo procesados por delitos graves.

Por lo tanto; pese a los esfuerzos que hace el juzgador para evitar la excarcelación de un imputado, por el peligro que representa ante la sociedad cuando se trata de un delito agresivo, aún con las alternativas y maniobras ya señaladas, sí o sí debe disponer la libertad del imputado; aunque en algunos casos es el mismo INPE quien se encarga de ejecutar la medida, puesto que en la práctica no se puede acudir a la medida de arresto domiciliario, en tanto esta tiene sus límites en el artículo 290º del Código Procesal Penal.

Por ello, para evitar estos desajustes, el juez de la investigación no debe otorgar plazos de manera indiscriminada o el tope máximo de la prisión preventiva, pues los fiscales no toman en cuenta esto y, por el contrario, por la confianza en el plazo culminan sus investigaciones cuando el plazo está por vencer; es por esto que el juez de la investigación preparatoria debe ser muy minucioso al momento de conceder los plazos de la prisión preventiva, el mismo que debe ser proporcional y concordante con la cantidad de elementos de convicción que vaya a realizar el fiscal en la investigación –ello en virtud del plazo estrictamente necesario– señalado por el Tribunal Constitucional, dado que el juez no controla de oficio el plazo que utiliza el fiscal para llevar a cabo sus diligencias.

2.4. La frustración de la instalación de la audiencia de juicio

a. Cambios abruptos de agenda

En realidad no debería dejar de extrañarnos el hecho que los jueces de juicio tengan que improvisar agendas para priorizar una relampagueante audiencia, cuya prisión preventiva, esta próxima a vencer; de ahí que la labor del juez de juicio hoy en día es muy agitada, dado que si ya tiene agendas de audiencias programadas, esto es día, mes o año, a pesar de todo, debe buscar espacios, reprogramar audiencias o realizar las que tienen con actuaciones muy cortas, para realizar las *urgentes*; esto ocasiona un caos, un desorden.

Se considera que si hubiese un mejor control inclusive de “oficio” de los plazos que se conceden a los fiscales para la actuación de los elementos de convicción,

se trabajaría con más orden; puesto que si los jueces de la investigación de manera indiscriminada conceden plazos no sujetos a control –porque es eso lo que ocurre en la práctica– se incurre en exceso de confianza del plazo, y luego en última instancia agendar prisiones preventivas como las reseñadas, que requieren prioridad; consiguientemente, no se da cumplimiento taxativo a lo que establece el artículo 367° que señala que entre audiencia y audiencia no debe programarse más audiencias; el resultado es que jueces y colegiados en el día programan desde 5 a 17 audiencias.

b. Despliegue innecesario de recursos humanos

Otra de las anomalías que hacen ineficaz el sistema lo constituye el hecho que de no instalarse una audiencia, por lo general en la primera oportunidad, ocasiona un despliegue innecesario de recursos ya sea del Estado o de particulares; entre ellas cambio de agendas, licencias para dejar de trabajar a efectos de acudir a la audiencia (en casos de testigos y/o víctimas cuya obligación es la de declarar⁶, desplazamiento infructuoso de los operadores de justicia a los penales, puesto que el Código en su artículo 356° establece como principios fundamentales del juzgamiento entre otros, “(...) *la oralidad, la publicidad, la inmediación y la contradicción en la actuación probatoria, en su desarrollo continuidad del juzgamiento, concentración de los actos del juicio, identidad física del juzgador y presencia obligatoria del imputado y su defensor(...)*”, artículo que es concordante con el numeral 360° que señala en el inciso 1° “... instalada la audiencia está seguirá en sesiones continuas e ininterrumpidas hasta su conclusión. Si no es posible realizar el debate en un solo día, continuará los días consecutivos hasta su conclusión...”; a renglón seguido el inciso 5° del mismo numeral 360° dispone que “... entre sesiones, o durante el plazo de suspensión no podrán realizarse otros juicios, siempre que las características de la nueva causa lo permitan...”.

c. De la labor de la fiscalía respecto a los órganos de prueba

Como la norma adjetiva dispone que las audiencias se realizan en una sola sesión hasta su culminación y basados en el principio de concentración de las audiencias, los fiscales diligentemente acuden en la primera audiencia con sus órganos de prueba⁷, víctimas, testigos, peritos y cuanto medio de prueba admitido o nuevo tengan que presentar en el juicio; y es que realmente se

⁶ Artículo 163 del Código Procesal Penal.

⁷ NEYRA FLORES, José Antonio. «Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral». Lima. Editorial Idemsa 2010, pag. 566.

observa, en el quehacer jurídico, que los fiscales hacen grandes esfuerzos para lograr la concurrencia de los órganos de prueba admitidos en la etapa intermedia, bajo penalidad de perder el juicio; por lo que tienen una ardua labor, entre ellas seguimiento, persuasión y preparación para lograr una convincente prueba histórica –el testigo–, ya que su declaración versa sobre lo percibido en relación con los hechos objeto de prueba⁸.

A ello se añade el hecho que si las audiencias se llevan a cabo en los establecimientos penitenciarios, los testigos – particulares, no tienen ningún interés en acudir al juzgamiento, por cuanto el sólo hecho de asistir a un penal, es sinónimo de reprobación, de temor, de marginación, ya que para la sociedad es esto lo que representan los internos privados de su libertad –personas marcadas por sus delitos– etiquetadas como lo señala la teoría del *labelling approach*; de ahí que de algún modo y en la práctica se justifique el hecho que un testigo se abstenga de acudir a un penal; menos aún para entrevistarse con el imputado que lo lesionó. Ante esto, los juzgados Colegiados de Piura optan por instalar las audiencias en la Sala de Audiencia de los establecimientos penales; y de conformidad con lo previsto en el numeral 377° que señala *que la actuación probatoria puede ser actuada con la defensa del acusado, aun encontrándose éste ausente en la Sala, por cuanto el juez le hará conocer lo más importante del juicio que se produjo en su ausencia*, la continuación de la audiencia luego de la instalación y declaración del imputado continúa en las sedes de audiencias destinadas para reos libres.

d. Del cambio de versión de los testigos en juicio

En la práctica se detecta que aún con todos los esfuerzos que hace el fiscal para lograr la concurrencia de los testigos y órganos de prueba, estos por lo general –ya sea por presión, temor, amenaza velada–, tienden a variar de versión o a no acudir a la audiencia, con lo que se debilita la tesis inculpativa fiscal. Ahora bien, es parte del derecho fundamental de los testigos a contradecirse, por una serie de factores entre los que se destacan que a nadie le gusta volver a recordar escenas de agresión o violencia de las que haya sido víctima; en resumen, a ninguna persona con un poco de sentido común le gusta ser revictimizada⁹, ya que en esto se convierte la declaración del testigo agraviado cuando debe acudir a juicio; de ahí que para evitar que el caso sea infructuoso

⁸ TALAVERA ELGUERA, Pablo. «La Prueba en el Nuevo Proceso Penal» Primera Edición: Lima; Zoom Grafic de Henry Alexander Figueroa Mandaré Cooperación Técnica Alemana GTZ - Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo, 2009, pág. 89.

⁹ Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, (victimización secundaria, ya que a nadie le gusta ver nuevamente la cara de su agresor).

en el juicio, urgen a manera de tabla de salvación para algunas teorías del caso las *pruebas anticipadas*, pues la experiencia nos enseña que algunos juicios no tienen sustento fáctico, dado que penosamente no acuden al debate las víctimas.

Que si esto es así, consecuentemente la labor de la fiscalía resulta ineficaz pese al máximo esfuerzo realizado, ya que en algunas ocasiones ha tenido que concurrir a lugares muy riesgosos para lograr la persuasión del testigo a fin de llevarlos a juicio; puesto que el sistema de hoy en día es así, la fiscalía es la que presenta y acude al juicio con elementos de prueba, no se logra optimizar la labor del persecutor de la acción penal. Otro riesgo que existe es el hecho que los testigos varían de domicilio o no se encuentran debidamente identificados ante la RENIEC, de ahí que su ubicación va a resultar dificultosa, por lo que finalmente el fiscal opta por el desistimiento de su testigo y solicitar se lea la declaración testimonial brindada en la investigación preparatoria; pese a todo el Superior Colegiado en audiencias de apelación, generalmente no validan esto; ante ello, el fiscal vista la deficiencia probatoria busca como alternativa el retiro de la acusación.

Así se advirtió de algunos casos relacionados con “trata de blancas”, en que por la falta de la adecuada identificación de los agraviados, lejanía del lugar donde se ubicaban, deficiencias en la notificación, no fue posible lograr su conducción a la audiencia de juicio. Pese a todo, la frustración de las audiencias no toma en cuenta estos detalles que parecen insignificantes o pequeños, pero que en realidad son grandes, por lo que se debe considerar que detrás de la frustración de una audiencia existe otro gran despliegue de recursos, que media entre lo laboral de unos y otros sujetos procesales, que no son tomados en cuenta en las instituciones a cargo de crear la norma; lo enojoso es decir a los órganos de prueba y frente a una segunda o tercera frustración “se les volverá a notificar oportunamente”.

e. De la necesidad de direccionar la labor del fiscal

Que otro de los factores que hace ineficaz la instalación del juicio, es el hecho que algunas ocasiones el fiscal presenta su dispensa para no acudir al debate por cuanto se le ha producido un cruce de audiencias o porque está muy lejos en las Comisarías, o porque está de turno y tiene una serie de detenidos que impiden su presencia en juicio, lo cual ocurre con regularidad; consecuentemente se tiene un fiscal de turno, de pesquisas, [investigador], de juzgamiento. En resumidas cuentas se puede enfocar el trabajo del fiscal más o menos del siguiente modo: mientras se captura un agente activo, el

fiscal debe duplicar sus tiempos para bregar con dos audiencias o tal vez tres a la vez, entre ellas lidiar con una prisión preventiva o una audiencia de juzgamiento –ya que hoy en día el fiscal es protagonista exclusivo de sus carpetas–, y cuando ocurre ello prefiere una audiencia de prisión preventiva que es inmediata, a la de juzgamiento que es mediata, resultando una audiencia frustrada más. Esto tiene cambiar a efectos de evitar dichos lastres procesales.

f. El contrasentido de una conducción compulsiva

Cuando el fiscal no acude a juicio por estar en otra audiencia, que ha sido programada en paralelo, y cuando las dos carpetas que tiene son igualmente relevantes, ocurre que cuando se pone a disposición del juez a un contumaz o ausente, que gozaba de su libertad y a quien no se le realizó el juzgamiento, la consecuencia jurídica es que pese a que el detenido se encontraba requisitoriado, aún siendo la acusación por delito o delitos muy graves, debe ponerse en libertad.

En esta circunstancia se considera que el sistema adjetivo de 1940 era, de algún modo, en este aspecto más eficiente, puesto que el juez de oficio podía decidir sobre la medida que debe imponerse al acusado cuando era capturado; hoy en día, en tanto son rogadas y mientras no se produzca el contradictorio, no encontrándose presente el fiscal para sustentar su teoría del caso, debe procederse a la libertad del aprehendido, a quien por mucho tiempo se le persiguió con órdenes de conducción compulsiva; consecuentemente el trabajo del operador de justicia y de la policía judicial resulta inoficioso; de ahí que urge afinar los roles del fiscal para evitar estas paradójicas situaciones, dado que si se dispone el cese de la prisión preventiva o se dicta las órdenes de conducción compulsiva, es por el rogatorio del fiscal; sin embargo, cuando el acusado está en la etapa de juzgamiento este no acude, de ahí que se afectan los principios de corresponsabilidad, unidad e integralidad que engrosan la seguridad social de hoy en día, y ello por circunstancias que no se desarrollan adecuadamente.

Pues, pese a que una de las características del Código es la celeridad, sin embargo en los casos en específico esto no se da, puesto que al haberse puesto a disposición de la autoridad competente a un imputado, por imponderables del fiscal con otras agendas, no puede llevarse a cabo una audiencia, al señalársele fecha para audiencia –en la que se supone acudirá el fiscal– el acusado no acude al juzgamiento, debiéndose tener en cuenta que no existen medidas asegurativas de lograr su concurrencia como es el hecho que se

disponga que la policía lo vigile a fin que no varíe de domicilio; por otro lado es contraproducente pensar que el autor de un delito, por ejemplo robo agravado, va a dar su real domicilio a sabiendas que en cualquier instante va a ser capturado; esto tiene serias implicancias en el proceso y en la administración de justicia.

g. Calificaciones jurídicas en el juicio

Otro de los inconvenientes que hacen improductivo el sistema, vienen a ser las calificaciones jurídicas propuestas por la fiscalía a la culminación de la actividad probatoria o en sus alegatos de cierre; consideramos que es un contrasentido, ya que pese a que existió una etapa intermedia donde se debatió y se hizo un control de la calificación de los hechos y jurídica, no se advirtió calificación jurídica distinta, por lo que se evidencia falta de celo y diligencia en la labor de la fiscalía para realizar una adecuación de la conducta en el tipo penal que corresponde; de esto también es responsable el juez de garantías, pues está en la obligación de advertir estas deficiencias procesales.

Lo que es más desacertado aún, es el hecho que en casuística se apunta a que si el Ministerio Público durante el juicio a cargo de un Juzgado Penal Colegiado, decide por una recalificación jurídica distinta –e ingresar un tipo penal alternativo, que no fue contemplado en la etapa intermedia– [acusación complementaria fiscal que es distinta a la acusación complementaria propuesta de oficio por el Juez de juzgamiento – ver Artículos 374. 1.2], para señalar que el delito por el cual formuló su acusación y fue materia del control de la acusación, no corresponde, sino que se trata de delito distinto cuya pena en su extremo máximo es de 6 años de pena privativa de la libertad, conforme lo dispone el artículo 28.1, por el cual *“Los jueces Penales Colegiados integrados por tres jueces, conocerán materialmente los delitos que tengan señalados en la Ley, en su extremo mínimo una pena privativa de la libertad mayor de seis años”*, el Colegiado en la práctica interrumpe el juzgamiento iniciado para redistribuir el cuaderno de debates a la mesa de partes a fin de que nuevamente retorne al juzgado de investigación preparatoria, a efectos que previo control de la acusación distribuya la causa al juzgado unipersonal que corresponda, pese a que existe una prohibición expresa de retrotraer un proceso.

Se considera que esto no es más que una dilación innecesaria e infructuosa, puesto que no tiene razón de ser el redistribuir el cuaderno de debates a juzgado diferente del que conocía el juicio, solo por estricta aplicación y observancia de lo previsto en la norma que establece que los jueces colegiados

solo conocen procesos cuyas penas sean superiores a los 6 años de pena privativa de la libertad; sin embargo, para suspender una audiencia ya iniciada, no se ha tomado en cuenta el gran despliegue de recursos que se hizo tanto por el lado de la fiscalía como por el Poder Judicial, para lograr la instalación de la audiencia; por lo que en este sentido caben acoger los criterios de competencia del código adjetivo de 1940, cuando señalaba que sí el Colegiado Superior que juzgaba un proceso ordinario advertía que el acusado no debía responder por ese delito, sino por delito cuya competencia correspondía a un juez a cargo de procesos sumarios, no obstante ello, igualmente seguía conociendo el proceso por un tema de prevención. Consideramos que esta práctica debe prevalecer, para evitar esta catapulta procesal.

2.5. Factores de índole geopolítica social

Que a los factores antes mencionados se suman la falta de información, difusión de las normas, la tasa de analfabetismo, factores pluriculturales como lo son las causas de vulnerabilidad formadas por las comunidades indígenas o minorías, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género, edad, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud sus derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico; los mismos que constituyen barreras para el desarrollo a plenitud del nuevo sistema, dado que en zonas donde ha entrado en vigencia el nuevo Código se tiene que ver con la ubicación geográfica, el origen, la modalidad de juzgamiento, la dificultad se patentiza en los procesos que inicialmente se denuncian y luego, por factores ya mencionados, se pierde interés en los casos.

Y si bien la norma señala que el fiscal es el titular y persecutor de la acción penal, sin embargo, este no puede llegar a juicio básicamente y por sentido común sin el órgano de prueba que recibió el efecto de la lesión al bien jurídico -testigo agraviado-, pues es éste el que aporta los medios necesarios en juicio para engrosar una tesis sancionatoria; a pesar de ello, el testigo aún habiendo acudido a la audiencia minimiza la eficacia de la norma jurídica y del Poder Judicial o como lo dicho no se ajustan a criterios de veracidad; ello por que en puridad nuestro sistema no cuenta con una real y efectiva protección a la víctima y/o testigo salvo que sea un caso emblemático; así se advierte de la Unidad de víctimas y testigos que aún es incipiente.

2.6. De los factores procesales endógenos referidos a la evaluación que hacen los jueces superiores respecto de los casos de la primera instancia

Otro de los factores que dificultan la operativización del nuevo sistema lo constituyen la recurrencia a las nulidades procesales, pues se observó que en algunos casos esta se produjo por un apego al formalismo; que en este sentido urgen políticas de mayor seriedad objetividad y rigurosidad, pues como lo señalado detrás de cada audiencia hay un gran despliegue de recursos, un gran costo de horas hombre, máxime si la audiencia se declara nula para que acuda solo el testigo, si luego de varias audiencias frustradas, éste concurre y no se lleva a cabo, por lo que en un afán de represalia o molestia, en un nuevo juicio difícilmente sostendrá su versión.

Por lo que antes de decidir por las nulidades el Colegiado de Apelaciones, debe tener en cuenta los detalles antes señalados y sobre todo cuando se trata de situaciones que pueden ser remediadas por dicho órgano, sin necesidad de acudir a la nulidad, se dice esto en virtud que caso 08496-2009-90-2001-JR-PE-01 CAMAC CASTILLO, FERNANDO ANTONIO, *por el delito: Contra El Patrimonio – Robo Agravado, la Superior Sala de Apelaciones se observó que declaró nula la sentencia recurrida en tanto la pena impuesta fue no fue proporcional al hecho imputado, la misma que debe incrementarse*: la consecuencia jurídica fue en el segundo juicio los testigos negaron conocer al acusado, por lo que se decidió por su absolución.

De ahí que con claridad meridiana se puede concluir que en algunas circunstancias debe optarse por lo menos ritual y buscar la forma de evitar las nulidades, dado que estas en algunas ocasiones, tienden a ser un ensayo de la forma como debe defenderse el acusado en la siguiente audiencia, una forma de aprendizaje y mejorar estrategias de defensa para el siguiente juicio, una forma de como adiestrar a sus testigos y órganos de prueba para el siguiente juicio, el mejor adiestramiento para el acusado.

Que en el presente trabajo se advirtió que existen formas recurrentes de nulidad de los juicios, por diferentes razones, entre ellas: por no haberse oralizado los documentos consistente en las declaraciones de testigos y otros, en tanto la norma señala que el Juzgado Penal Colegiado fundará su sentencia sólo en la actuación probatoria realizada en juicio, bajo estricta observancia de los principios, entre otros, de inmediatez, publicidad y contradictorio; que ello ha provocado que en casuística sí o sí deben acudir los órganos de prueba, testigos, peritos, en tanto la sola oralización de sus declaraciones prestadas en la etapa de la investigación preparatoria no crean convicción, en

el juzgador en revisión para confirmar una sentencia con la sola oralización de los testigos que no acudieron al juicio, esto es que no se le da relevancia a la oralización del documento y se le resta relevancia.

Ello contraviene lo previsto y normado en el artículo 383°; ya que conforme a lo puntualizado los testigos no siempre están prestos a acudir al juicio, ello debido a que viajan, porque no dio una debida identificación, o porque vario de domicilio y no lo hizo saber al juzgador, o no tiene ningún tipo de interés en acudir a un juicio aún dictándole conducción compulsiva, que estas cuestiones deben ser advertidas por el Colegiado a cargo del juicio de apelación, y solucionar sobre el fondo del asunto dada la facultad otorgada por Ley; pues en el siguiente caso se advirtió que al no acudir los testigos a la audiencia, al fiscal no le quedo otra alternativa que la de hacer un retiro de la acusación, ver **CASO: 3861- 2011-78-2001-JR-PE-01 contra los imputados María Carmela Pérez Aguilera y Segundo Martín Vilela Nima, por delito de Trata de Personas – agravantes por abuso de cargo en retención o traslado de menor de edad o de personas.**

Finalmente lo que se logró con ello obviamente, fue la impunidad, la ineficacia y la falta de efectividad del sistema, generándose con ello una mala imagen en la gestión del Ministerio Público y del Poder Judicial, lo que implica que el sistema judicial, en términos de eficiencia, eficacia y productividad aún no brinda los resultados que se esperaba modificaría el Nuevo Código, por cuanto grandes delitos pasan a la cifra oscura o cifra dorada, debido al deficiente manejo de la herramienta jurídica en vigencia.

3. JURISPRUDENCIA

Se ahonda en lo previsto y normado en el artículo 383°, puesto que en virtud de este dispositivo se producen grandes nulidades absolutas, esto sobre la lectura de la prueba documental u oralización de documentos señala: 1). Sólo podrán ser incorporados al juicio para su lectura: a) Las actas conteniendo la prueba anticipada; b) La denuncia, la prueba documental o de informes, y las certificaciones y constataciones; c) Los informes o dictámenes periciales, así como las actas de examen y debate pericial actuadas con la concurrencia o el debido emplazamiento de las partes, siempre que el perito no hubiese podido concurrir al juicio por fallecimiento, enfermedad, ausencia del lugar de su residencia, desconocimiento de su paradero o por causas independientes de la voluntad de las partes. También se darán lectura a los dictámenes producidos por comisión, exhorto o informe; ello es concordante con el R.N° 2045-2012-MP-FN (Directiva N° 008-2012-MP-FN, El ofrecimiento y la actuación de la prueba pericial); d) Las actas conteniendo la declaración de testigos

actuadas mediante exhorto. También serán leídas las declaraciones prestadas ante el Fiscal con la concurrencia o el debido emplazamiento de las partes, siempre que se den las condiciones previstas en el literal anterior; y, e) Las actas levantadas por la Policía, el Fiscal o el Juez de la Investigación Preparatoria que contienen diligencias objetivas e irreproducibles actuadas conforme a lo previsto en este Código o la Ley, tales como las actas de detención, reconocimiento, registro, inspección, revisión, pesaje, hallazgo, incautación y allanamiento, entre otras; 2. No son oralizables los documentos o actas que se refieren a la prueba actuada en la audiencia ni a la actuación de ésta. Todo otro documento o acta que pretenda introducirse al juicio mediante su lectura no tendrá ningún valor; 3. La oralización incluye, además del pedido de lectura, el de que se escuche o vea la parte pertinente del documento o acta;

Que en virtud de lo precedentemente señalado, es decir imposibilidad de los órganos de prueba de acudir a la audiencia, habiendo señalado razones entre ellas la dilación del proceso y la inconcurrencia innecesaria a la audiencia sin que se realice, entre las ya reseñadas, genera abandono y desinterés de las partes, motivo por el cual el juzgador tiende a lecturar sus declaraciones; sin embargo, las Salas Superiores penales y/o Supremas con su facultad de reexamen de las audiencias, en un afán a veces formalista declara la nulidad de los juicios por no haberse cumplido en estricto con lo previsto en el citado artículo 383°, ello sin analizar las pruebas en conjunto que conllevan nítidamente a sostener la hipótesis de incriminación fiscal o la confirmación de inocencia del acusado, y esto ha quedado evidenciado en los siguientes fallos: **CASO 01229-2012-22-2001-JR-PR-01** “(...) la Fiscalía **CASO 01229-2012-22-2001-JR-PR-01**“(…)la Fiscalía considera que la sentencia no valora en conjunto todos los elementos de prueba; el agraviado no fue al juicio y debe tenerse en cuenta el Acuerdo plenario; las razones por las que no fue al juicio es que a pesar que fue notificado en el domicilio señalado, no se ubicó este domicilio, por lo que se dio lectura a su declaración y ampliación (...); (...) en el presente caso, la Fiscalía cuenta con las declaraciones del agraviado (con y sin Fiscal) especialmente el reconocimiento físico en rueda (donde además se contó con presencia de abogado defensor), lo cual no se corroboraría con otro elemento probatorio ya que este agraviado no concurrió al Juicio Oral en el cual era importante su presencia para ratificar su versión, lo cual no sucedió; la sentencia materia de apelación se sustenta en insuficiencia probatoria, cuando debió hacer un análisis razonado y motivado del único hecho que fuera materia de acusación: robo agravado; en ese sentido, la motivación de una decisión debe estar suficientemente señalada para cumplir con el requisito constitucional establecido en el artículo ciento treinta y nueve numeral quinto; en consecuencia conforme al artículo ciento cincuenta literal d) del Código Procesal Penal se incurrió en causal de nulidad absoluta debiendo realizarse un nuevo juicio oral por otro Colegiado (...);” no obstante ello, la postura en el presente caso no fue la acertada en

tanto el a-quo en examen absolvió al acusado; **CASO: 2316-2011-51** “(...) el Juez Penal Unipersonal no ha procedido conforme lo señala el art. 393 inc. 2) del Código Procesal Penal, donde establece que *el Juez Penal para la apreciación de las pruebas procederá primero a examinarlas individualmente y luego conjuntamente con las demás, observando las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, exponiendo los resultados obtenidos y los criterios adoptados, determinándose de los argumentos esgrimidos en la recurrida, que la valoración probatoria es sesgada por cuanto a puesto en énfasis en la valoración del bien como si el peculado fuera un delito contra el patrimonio, pese a que como ya se mencionó se trata de un delito pluriofensivo específicamente de violación de deber que no se condice con la norma antes aludida, ni tampoco con los alcances establecidos en el Acuerdo Plenario No. 04-2005/CJ-116, por lo que los medios de prueba ya señalados no ha sido valorados correctamente en la sentencia apelada, de acuerdo a los criterios que establece el citado acuerdo plenario; también se hace necesario desvirtuar la presunción de inocencia, siempre que se cumpla con los parámetros establecidos en el artículo 128 inc. 3) del Código Procesal Penal, por lo que la resolución venida en grado debe ser declarada Nula, disponiendo que otro Juez realice un nuevo Juzgamiento (...)*”; **CASO: 1324-2012-57** “(...) 6.- El Colegiado mediante otra forma de razonamiento no llega a la misma conclusión, arribada por el A Quo; en el presente caso la Fiscalía cuenta con la declaración del agraviado, quien acudió a juicio narrando la forma como fue víctima de robo por tres sujetos, lo cogotean y uno de ellos portaba un arma de fuego, que se apoderaron de sus pertenencias (dinero y celular), para posteriormente con apoyo de los serenos lograr la captura de dos de ellos a su pedido, produciéndose el arresto ciudadano, el acta de arresto ciudadano, declaración jurada para acreditar la preexistencia de lo sustraído dada su actividad laboral de moto taxista, tarjeta de propiedad, acta de constatación y visualización de video, respecto del lugar donde ocurrieron los hechos, certificado de antecedentes penales; declaración del testigo Omar Wilmer Arica Ico, sereno, quien no concurrió a juicio oral en la cual era importante para ratificar su versión, lo cual no sucedió dándose lectura a su declaración; la sentencia materia de apelación se sustenta en insuficiencia probatoria, cuando debió hacer un análisis razonado y motivado de los hechos materia de acusación robo agravado; en ese sentido, la motivación de una decisión debe estar suficientemente fundamentada para cumplir con el requisito constitucional establecido en el artículo 139 5), en consecuencia conforme al artículo 150 literal d) del NCPP se incurrió en causal de nulidad absoluta debiendo realizarse un nuevo juicio oral por otro colegiado; puesto que las normas que regulan las causales de nulidad insubsanables, son de carácter imperativo y, por tanto, exigen que el juzgador anule actuaciones que adolezcan de tales vicios¹⁰ (...)”, en el caso no debería haber declaratoria de nulidad puesto que el Superior colegiado

¹⁰ SAN MARTÍN CASTRO, César. «Derecho Procesal Penal». Tomo II. Segunda Edición actualizada y aumentada, Editorial Jurídica Grijley; pág. 978-979.

puede condenar al absuelto, tiene facultades para ello; respecto del **Caso: 05133-2011-90** "(...) 3. En el presente caso, el A Quo ha valorado como relevante la declaración del agraviado durante la investigación preliminar, la misma que fue proporcionada sin presencia del Fiscal, no habiendo acudido a las diligencias citadas por el Ministerio Público, ni al juicio oral, por tanto el Colegiado dio mérito probatorio al acta de declaración cuya lectura se dio en juicio oral sin observar lo dispuesto en el numeral 1) c y d del artículo 383 del Código Procesal Penal, esto es que haya sido prestada ante el Fiscal con la concurrencia o debido emplazamiento de las partes; y que se hayan dado los supuestos de inconcurrencia por fallecimiento, enfermedad, ausencia del lugar de su residencia, desconocimiento de su paradero o por causas independientes a la voluntad de las partes, en tal sentido la presencia del agraviado en juicio para ser examinado por las partes resultaba imprescindible al no haberse prestado con las garantías mínimas que establece el ordenamiento procesal, siendo igualmente aplicable lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 171 de la norma procesal penal y por ende ser sometido con posterioridad al contradictorio en juicio, afectándose así la garantía del debido proceso (...)", desde nuestra perspectiva se considera que el Superior debió tomar una decisión sobre el fondo del asunto, puesto que se encontraba facultado; **CASO: 509-2012-51** "(...) En ese orden de ideas, analizando el caso en particular se advierte que el Colegiado B, sustentó la condena del sentenciado Llongtop Ortiz, con la declaración del menor M.E.R.S, brindada ante la presencia del fiscal de familia y de sus padres, y al no concurrir a la audiencia de juicio oral, pese a que fue debidamente notificado, se decidió aplicar el art. 383 inc. 1 literal c) del NCPP, justificando dicha oralización atendiendo a que la inasistencia del testigo escapa a la voluntad del fiscal, a lo cual debemos precisar que es una errónea interpretación que realiza el colegiado B, ya que el Sistema Acusatorio de corte adversaria, permite que el Ministerio Público en su calidad de titular de la acción penal, pueda preparar e incorporar sus órganos de prueba y llevarlos a juicio oral, atendiendo a los principios de oralidad, intermediación, contradicción y publicidad, es decir resulta ser una obligación del Ministerio Público ofrecer la carga de la prueba, lo que no ha ocurrido en este caso ya que no existe motivos que justifiquen la inasistencia del testigo M.E.R.S., y si bien el art. 383 del NCPP, faculta al Juez poder oralizar e incorporar al juicio oral algunos medios de prueba, lo señala en determinadas situaciones como: a) Por fallecimiento, b) Por enfermedad, c) Ausencia del lugar de su residencia, d) Desconocimiento de su paradero o por causas independientes de la voluntad de las partes, siendo éstas las excepciones que se encuentran ya establecidas en nuestra normatividad procesal, pero en el presente caso no se observa que el Representante del Ministerio Público haya sustentado razones válidas para poder oralizar la declaración del menor M.E.R.S., por motivos de enfermedad, ausencia del lugar de su residencia, o que se desconoce de su paradero, y simplemente fue tomada como prueba de cargo y se procedió a incorporarla al juicio oral, dándole valor probatorio que fue plasmado al momento de sustentar una sentencia condenatoria, sin que se haya seguido el procedimiento que exige el art. 383

inc. 1.c del NCPP, para ser incorporada como una prueba válida, contraviniendo los Principios Constitucionales de Presunción de Inocencia y vulnerando el debido proceso, conllevando a que se produzca la nulidad absoluta, establecida en el art. 149 y 150 del NCPP, por lo que la resolución venida en grado debe ser declarada Nula, disponiendo que otro Juez realice un nuevo Juzgamiento.

Que al respecto, igualmente cabe precisar que este último caso fue declarado nulo solo por un tema de valoración, hecho para lo cual la Sala de Apelaciones es eminentemente competente en estricta aplicación de los criterios previstos en los artículos 425.3.b.

APLICABILIDAD DE LA TEORÍA DE LAS CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS AL PROCESO CIVIL PERUANO. APUNTES INICIALES

WALTER EDUARDO CAMPOS MURILLO*

Resumen

El presente artículo pretende aportar algunos apuntes iniciales a fin de establecer la conveniencia de aplicar la denominada “Teoría de las Cargas Probatorias Dinámicas” en el proceso civil peruano. Esta teoría que constituye un medio para flexibilizar, de manera excepcional, la rigidez de la regla general de distribución de la carga probatoria recogida en el artículo 196 del Código Procesal Civil, constituye un aporte de la doctrina procesal argentina a la teoría general de la prueba y que, pese a no estar regulada normativamente, ha sido acogida ya en diversos ámbitos de nuestro derecho nacional. En esta línea, luego de establecida la conveniencia de su adopción en sede nacional, se propone un texto normativo para su incorporación en el derecho procesal civil peruano.

Palabras clave: Prueba - Carga probatoria - Carga probatoria dinámica - Teoría de la prueba.

Abstract

This article aims to provide some initial notes in order to establish the suitability of applying the so-called “theory of the evidentiary dynamic loads” in the Peruvian civil process. This theory which provides a means to make more flexible, by way of exception, the rigidity of the general rule of distribution of burden of proof contained in article 196 of the code of Civil procedure, constitutes a contribution of the Argentine procedural doctrine to the general theory of the test and that, despite not being regulated normatively, has been already received in various fields of our national law. In this line, then established the suitability of adoption at national headquarters, proposes a regulatory text for inclusion in the Peruvian civil procedural law.

Key words: Test - Burden of proof - Load dynamic probation - General theory of test.

Sumario

I. Introducción. II. La carga de la prueba. III. La teoría de las cargas probatorias dinámicas. 1. Concepto. 2. Caracteres. 3. Contenido. IV. Aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas en el ámbito nacional. 1) Ámbito Constitucional. 2) Ámbito de protección al consumidor. 3) Ámbito jurisdiccional. V. Propuesta normativa. VII. Reflexiones finales.

* Juez Titular del Juzgado Mixto del Módulo Básico de Justicia de Carabayllo, de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte - Poder Judicial del Perú. Profesor de la Universidad Cesar Vallejo, sede Lima.

I. INTRODUCCIÓN

Un repetido aforismo jurídico reza: “*Tanto vale no tener un derecho como tenerlo y no poder probarlo*”; ello evidencia la importancia trascendente que tiene la prueba en el ámbito del proceso, pues a través de los diversos medios de prueba, los hechos que configuran una pretensión o una defensa pueden dejar de ser simples afirmaciones para pasar a ser hechos sobre los cuales el Juez se forma convicción; sin ella, los hechos del caso y los petitorios de las partes no son más que simples conjeturas sin mayor eficacia jurídica. La prueba es la que permite al Juez conectar lógicamente el Derecho con la realidad del caso concreto.

Son dos los sistemas que regulan la prueba judicial¹: el sistema dispositivo y el inquisitivo; el primero supone, en esencia, que la actividad probatoria corresponde únicamente a las partes, mientras que en el segundo dicha actividad probatoria no es exclusiva de las partes sino que el Juez tiene un rol trascendente, pudiendo incluso ordenar la actuación de medios probatorios de oficio a fin de verificar lo afirmado por las partes dentro del proceso. Cada uno de estos sistemas se insertan a su vez en dos concepciones del proceso o sistemas procesales claramente definidos y diferenciables; así el sistema dispositivo es parte del sistema procesal privatístico, mientras que el sistema inquisitivo se instaura dentro de una concepción del proceso conocida como sistema procesal publicístico.

El sistema procesal privatístico parte por considerar que si en el proceso civil se discuten derecho civiles que son privados, entonces el proceso civil es también una actividad privada, constituyéndose en el medio a través del cual el Estado concede a los particulares la oportunidad de resolver sus conflictos de intereses; por su parte, el sistema procesal publicístico considera que lo más importante no es que los particulares resuelvan sus conflictos sino que, a través de él, el derecho objetivo se torna eficaz y respetado, siendo además que a través de la exigencia judicial del cumplimiento del derecho objetivo, se lograra la paz social en justicia, de lo que sigue que el proceso es un fenómeno público, sujeto a normas de derecho público.

No obstante, pese a la notoria diferencia entre ambos sistemas, no existe país en el que alguno de estos sistemas se presente químicamente puro a nivel

¹ MONROY GÁLVEZ, Juan. «Los límites éticos de la actividad probatoria». En: La Formación del Proceso Civil Peruano. Lima: Communitas, 2010; p 577.

normativo, sino lo que se evidencia es, en todo caso, la preponderancia de uno respecto de otro².

Efectuada tal diferenciación de sistemas procesales, tenemos que la teoría de las cargas probatorias dinámicas (en adelante TCPD) se ubica en la concepción publicista del proceso, ahí donde prima el sistema inquisitivo, donde el papel del Juez es activo y goza de amplias facultades y poderes como director del proceso, para lograr la reconstrucción artificial de los hechos en el proceso y establecer quién tiene la razón llegando a la verdad real procesal.

La TCPD rompe la regla rígida que sostiene todo el aparato distributivo de la carga de la prueba en nuestro sistema procesal, regla según la cual “quien afirma, debe probar”, proponiendo más bien que, de manera excepcional, en casos de prueba difícil o imposible, la carga de la prueba recae en el sujeto del proceso que se encuentra en mejores condiciones, en mayor aptitud para proporcionar el material probatorio vinculado a la materia controvertida, independientemente de si es el actor o el demandado que afirmó el hecho.

En este contexto es que en el presente artículo desarrollaremos la aplicabilidad de la TCPD en el proceso civil peruano, con tal finalidad partiremos de una aproximación a la idea de carga procesal para luego desarrollar el concepto, características y contenido de esta teoría, revisar su aplicación en sede nacional y, finalmente, establecer la conveniencia de su aplicación en el proceso civil peruano a través de una regulación expresa que resulte específica.

II. LA CARGA DE LA PRUEBA

La carga de la prueba (o el *onus probandi*) es una especie del género carga procesal y puede ser entendida como una noción procesal compleja que consiste en una regla de juicio que contiene dos aspectos fundamentales, de un lado le indica al Juez como debe sentenciar cuando no aparezcan en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben sustentar su decisión y, de otro lado, a las partes la responsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento de sus posiciones aparezcan demostrados³.

² MONROY GÁLVEZ, Juan. Op cit., p. 578.

³ ROSENGERG, Leo. «La Carga de la prueba». Editorial IB de F. 2da. Edición. Traducción Ernesto Krotoschin. Montevideo-Bs. As. 2002, p. 32, 35, 40.

De este modo, se distribuye el riesgo de la falta de prueba de un hecho afirmado, siendo que la consecuencia de dicha falta de prueba recaerá en aquella parte que tenía la carga de aportarla y no lo hizo.

La carga de la prueba encuentra sentido pleno en un proceso sujeto, al menos en sus caracteres esenciales, al principio dispositivo en materia probatoria, es aquí donde encuentra fundamento la distribución de la carga de la prueba, pues siendo las partes las que deben determinar, tanto en la demanda cuanto en la contestación, los hechos que estimen relevantes para que se les reconozca o rechace la pretensión, corresponde a éstas aportar la prueba correspondiente y, consiguientemente, asumir el riesgo de la falta de prueba.

La carga de la prueba, en tanto noción compleja posee un aspecto subjetivo y concreto y, además, otro aspecto objetivo y abstracto. El aspecto subjetivo refiere a que contiene una norma de conducta para las partes, señalándoles que quién afirma debe probar para de ese modo evitar una decisión contraria a sus intereses. Lo concreto se evidencia en que determina, en cada caso específico, los hechos particulares que en cada proceso interesa demostrar a cada parte.

Por su parte, el aspecto objetivo implica una regla de juicio, conforme a la cual cuando falta la prueba de los hechos que fundamentan el litigio, el juez debe proferir una sentencia de fondo desfavorable para quien tenía la carga de suministrar la prueba y no lo hizo, evitándose de este modo el *non liquet*⁴, es decir la emisión de una sentencia inhibitoria o absolutoria de la instancia por falta de pruebas, de suerte que debe decidirse sobre el fondo aun cuando no haya certeza sobre los hechos del proceso. Lo abstracto se manifiesta en el hecho de que la regla de juicio se haya establecida de manera general y no referida a casos particulares.

III. LA TEORÍA DE LAS CARGAS PROBATORIAS DINAMICAS⁵

Para aproximarnos de la manera más fiel posible a los postulados de esta teoría, consideramos pertinente seguir lo dicho al respecto por la doctrina argentina, lugar donde esta teoría se estructura a partir de los escritos del maestro rosarino Jorge PEYRANO.

⁴ Significa: "Me abstengo porque no lo veo claro". Es una fórmula utilizada por los jueces medievales para expresar que no encontraban la solución al asunto que se les planteaba. Como es sabido, las legislaciones modernas adoptan la regla contraria, por la cual los tribunales nunca pueden dejar de sentenciar, debiendo emplear métodos de interpretación en caso de oscuridad o de laguna, tales como la integración y la analogía.

⁵ Los párrafos que siguen conforme a la siguiente fuente: LUIS VARGAS, Abraham. «Cargas probatorias dinámicas. Sus perfiles actuales y algunas respuestas a sus críticos». Disponible en Internet: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/cargas-probatorias-dinamicas>

1. CONCEPTO.-

Un concepto cabal sobre la teoría de las cargas probatorias dinámicas, se desprende de lo declarado en un reconocido encuentro de derecho procesal realizado en el vecino país de Argentina; se trata del XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en la ciudad de Termas de Río Hondo (Santiago del Estero, Provincia de Argentina, situada en la Región del Norte Grande) durante los días 19 al 22 de mayo de 1993 donde se declaró lo siguiente: “1.- La temática del desplazamiento de la carga de la prueba reconoce hoy como capítulo más actual y susceptible de consecuencias prácticas a la denominada doctrina de las cargas probatorias dinámicas, también conocida como principio de solidaridad o de efectiva colaboración de las partes con el órgano jurisdiccional en el acopio del material de convicción. 2.- Constituye doctrina ya recibida la de las cargas probatorias dinámicas. La misma importa un apartamiento excepcional de las normas legales sobre la distribución de la carga de la prueba, a la que resulta procedente recurrir sólo cuando la aplicación de aquélla arroja consecuencias manifiestamente disvaliosas. Dicho apartamiento se traduce en nuevas reglas de reparto de la imposición probatoria ceñida a las circunstancias del caso y renuentes a enfoques apriorísticos (tipo de hecho a probar, rol de actor o demandado, etc.). Entre las referidas nuevas reglas se destaca aquélla consistente en hacer recaer el onus probandi sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva. Se debe ser especialmente cuidadoso y estricto a la hora de valorar la prueba allegada por la parte que se encuentre en mejor situación para producirla porque, normalmente, la misma también está en condiciones de desvirtuarla o desnaturalizarla en su propio beneficio. 3.- Se recomienda la regulación legal del ideario ínsito en la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. Resultaría, en cambio, inconveniente su incorporación legislativa a través de disposiciones taxativas, demasiado casuísticas y que pueden interpretarse de manera flexible, dificultándose así el necesario ajuste de la decisión respectiva a las circunstancias del caso. 4.- Se estima que la invocación judicial oficiosa al momento de sentenciar de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas o de concepciones afines, puede prima facie entrañar algún riesgo para la garantía de defensa en juicio. Empero, tal aplicación quedaría cohonestada por constituir aquélla un corolario de las reglas de la sana crítica en materia de valoración de la prueba; preceptos que pueden y deben merituar los tribunales. Además, contribuye en el mismo sentido la normativa legal que consagra la posibilidad de apreciar la conducta procesal de las partes. Igualmente, la audiencia preliminar (oportunidad en que se advertirá a ambas partes sobre los especiales esfuerzos probatorios que deberán encarar), eliminaría el riesgo indicado. De todos modos, se insiste en la necesidad de formalizar, en cualquier supuesto, una prudente y meditada utilización de la susodicha doctrina”.

2. CARACTERES.-

Como caracteres que identifican a la teoría de las cargas probatorias dinámicas se reconocen, principalmente, los siguientes:

- a) Configuran una especie dentro del género “desplazamiento de las cargas probatorias” (que, por supuesto, incluye otras conocidas figuras, tales como presunciones legales, presunciones hominis, inversión legal o jurisprudencial del onus probandi, reducción de los estándares o módulos de prueba, etc.)
- b) Reconocen la vigencia de las normas generales clásicas (rígidas) sobre distribución del onus probandi como “principio general” y, expresamente, asumen que solo corresponde acudir a ellas de manera “excepcional” frente a la situación en que la aplicación de aquellas normas legales (típicas o rígidas) sobre la distribución de la carga de la prueba, arroja consecuencias manifiestamente disvaliosas.
- c) En el caso excepcional en que se estime su aplicación, importan un desplazamiento del onus probandi conforme a las especiales circunstancias del caso.
- d) El elenco de las mismas es amplio y variado, siendo la más difundida y usada aquella consistente en hacer recaer el onus probandi sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva.
- e) Modernamente, justifican la adjudicación dinámica aludida, la mayor facilidad probatoria y la disponibilidad de los medios probatorios en que se encuentre la parte a la que originariamente –y según las reglas típicas, rígidas o legales–, no le correspondía la carga subjetiva de la prueba.
- f) Esta teoría ha encontrado aplicación en diversas ramas del derecho.

3. CONTENIDO.-

La teoría de las cargas probatorias dinámicas reconoce varias reglas, no existiendo un listado taxativo de las mismas, siendo que toda aquella regla que se justifique en la dificultad probatoria de una de las partes para producir una prueba que beneficie a su interés y, en la facilidad probatoria de la otra para aportar la misma al proceso puede ser incluida en el grupo de estas reglas.

En efecto, señala Peyrano que: “‘Mayor facilidad probatoria’ y ‘disponibilidad de los medios probatorios’ son, pues y a nuestro entender, las razones de ser últimas que fundamentan el grueso de las soluciones vigentes que dominan la distribución del *onus probandi* (...) Sucede que en la actualidad, novedades legislativas y doctrinarias han sacado del cono de sombras donde se encontraba al concepto de “*mayor facilidad probatoria*”, transformándolo –eso sí, de manera excepcional– en una nueva pauta distributiva del *onus probandi*. El fenómeno es interesante y elogiable porque flexibiliza la rigidez que estaba dominando el sector de la valoración de la prueba, aportando una visión más ceñida a las circunstancias del caso. Pero dicha aparición no puede hacer perder de vista que resulta inconveniente edificar una construcción tan delicada como la distribución del *onus probandi* sobre conceptos un tanto subjetivos y con una abundante dosis de discrecionalidad. Los aceptamos como válvula de escape del sistema, y así lo han regulado las legislaciones locales (...)”⁶.

En tal sentido, la regla más conocida de todas es aquella que señala que corresponde hacer recaer el *onus probandi* sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva.

IV. APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LAS CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS EN EL ÁMBITO NACIONAL

Esta teoría, pese a no haber sido recogida legislativamente en sede nacional, ha encontrado aplicación práctica en diversos ámbitos del derecho, así podemos identificar, a guisa de ejemplo, los siguientes casos:

1) ÁMBITO CONSTITUCIONAL.-

El supremo intérprete de la Constitución ha desarrollado lo relativo a las cargas probatorias dinámicas en más de una oportunidad:

- a) En el proceso de amparo seguido por don Víctor Augusto Morales Medina, expediente número 1176- 2004-AA/TC, en el que el demandante solicita que se deje sin efecto el contrato de afiliación que suscribió con la AFP Unión Vida para su inscripción al Sistema Privado de Pensiones y, consiguientemente, su traspaso al Sistema Nacional de Pensiones, el

⁶ PEYRANO, Jorge W. «Carga de la Prueba: Las razones de ser que explican el reparto de esfuerzos probatorios: la mayor facilidad probatoria y la disponibilidad de los medios probatorios»; exposición en las Segundas Jornadas de Profesores orientada al análisis crítico y al debate en Homenaje al Prof. Oscar Martínez, La Plata 29 y 30 de septiembre de 2006.

Tribunal Constitucional señaló en el numeral “c” del fundamento jurídico número 50, que:

*“Pese a lo claro que puede resultar el procedimiento regular que debe realizarse con posterioridad a que una demanda sea declarada fundada, este Colegiado considera propicio este punto a fin de explicar algunas cuestiones que pueden resultar controversiales. (...) c. **La utilización de la prueba dinámica.** Se ha señalado prima facie que la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos, según lo presenta el artículo 196° del Código Procesal Civil. Frente a ello, **la carga probatoria dinámica significa un apartamiento de los cánones regulares de la distribución de la carga de la prueba cuando ésta arroja consecuencias manifiestamente disvaliosas para el propósito del proceso o procedimiento, por lo que es necesario plantear nuevas reglas de reparto de la imposición probatoria, haciendo recaer el onus probandi sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva.** En el caso de la falta de información para una afiliación, este precepto no puede ser adecuado, pues reparándose en la naturaleza de los hechos a probar, se puede llegar a pensar en la remisión a un subjetivismo de la SBS, tal como lo reconocía casi explícitamente la nulidad de afiliaciones. Conviene ahora desvirtuar la validez de la ‘prueba diabólica’ que puede llegar a ser la probanza de que el afiliado no fue informado de forma conveniente. Un medio probatorio produce certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos con el fin de fundamentar sus decisiones. Y sobre ello hay que insistir en el caso del retorno al SNP por falta de información correcta sobre el SPP y sobre el futuro del SNP, máxime si tal figura se justifica precisamente con la asimetría informativa y con la firma de un contrato de adhesión. **La doctrina de las cargas probatorias dinámicas interviene para responder a una concepción de un derecho dúctil y una concepción más dinámica del devenir del proceso, tal como amerita el supuesto planteado.** Así, no correspondería al demandante la carga de la prueba del hecho (de índole negativo) sino que el demandado tendría la carga de probar el hecho positivo. Cabe recordar que la prueba dinámica no es ajena a nuestro ordenamiento. Por ejemplo, se han utilizado en los siguientes supuestos: violación de derechos humanos (párrafo 70 de la sentencia del caso Paniagua Morales y otros, párrafo 65 de la sentencia del caso Durand y Ugarte y párrafo 63 de la sentencia del Caso Castillo Petruzzi, todas ellas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), cumplimiento de condiciones de los trabajadores (artículo 27° de la Ley Procesal del Trabajo, Ley N.° 26636) e impugnación de pago de tasa en tributación municipal (sentencias recaídas en el Expediente N.° 0041-2004-AI/TC y en el Expediente 0053-2004-AI/*

TC). Asimismo, en el ámbito de protección del usuario, y basándose en la asimetría de información, se ha permitido la variación de la carga de la prueba, buscándose proteger al consumidor de la imposibilidad de probar que fue engañado o que recibió información insuficiente (punto 2 la Resolución N° 102-97-TDC-INDECOPI)". (resaltado nuestro)

- b) De manera similar, en el proceso de inconstitucionalidad correspondiente al expediente número 0041-2004-AI/TC, caso seguido por la Defensoría del Pueblo contra diversas Ordenanzas expedidas por la Municipalidad de Santiago de Surco, que aprobaron el régimen legal tributario y los importes de los arbitrios municipales para el ejercicio fiscal 2004, señaló en el fundamento jurídico número 61 que:

*"La evaluación de la confiscatoriedad cuantitativa tiene una mayor dificultad por cuanto debe determinarse, primero, si el costo global del servicio es el que verdaderamente corresponde al gasto incurrido por el Municipio; y, luego, si la distribución de dichos costos entre la totalidad de contribuyentes, ha sido tal, que cada contribuyente termine pagando lo que verdaderamente le corresponde por el beneficio, en función a la intensidad del uso del servicio. **Es en este último caso donde radica la mayor dificultad para determinar lo que verdaderamente corresponde pagar y cuál sería el exceso, sobre todo cuando se habla en términos de beneficio potencial. Por ello, es más coherente que, en caso de conflicto, la carga de la prueba respecto a la efectiva prestación del servicio, le corresponda a la administración municipal**"* (resaltado nuestro).

- c) Asimismo, en otro proceso de inconstitucionalidad, referido al expediente 00053-2004-PI/TC, caso seguido también por la Defensoría del Pueblo contra diversas Ordenanzas emitidas por la Municipalidad Distrital de Miraflores, también sobre temas de tributación municipal, el Tribunal Constitucional ha señalado que:

*"Si bien el contribuyente que discrepa sobre la carga económica asumida por arbitrios debe adjuntar en su reclamo administrativo o posterior acción judicial los elementos mínimos que certifiquen lo que alega (liquidaciones, órdenes de pago, determinaciones y otros elementos que demuestren la falta de recursos para asumir la carga tributaria o la falta de disposición del servicio cobrado), conforme se señaló en el fundamento 61 de la STC N.º 0041-2004-AI/TC, **debido a la complejidad técnica que supone demostrar lo que verdaderamente corresponde pagar de manera individualizada a cada contribuyente y el posible exceso en el cobro, el Tribunal considera que, en última***

instancia, la carga de la prueba en estos casos debe invertirse y recaer en la municipalidad, pues esta se encuentra en mejores condiciones técnicas para asumirla". (resaltado nuestro)

2) ÁMBITO DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR.-

El Tribunal de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual – INDECOPI- también ha tenido oportunidad de aplicar la TCPD, ello se evidencia en el caso de doña Liliana Carbonel Cavero, tramitado ante dicha entidad con el expediente N° 327-96-C.P.C. en la denuncia que interpone ésta contra la agencia de viajes Finantour S.R.L., por infracción a la Ley de Protección al Consumidor; en esta oportunidad, el Tribunal competente del INDECOPI, a través de la Resolución N° 102-97-TDC en el punto III.2, ha señalado que:

*“Siendo que de los documentos que obran en el expediente y de las actuaciones realizadas no es posible determinar si se informó o no el número de escalas que haría el vuelo que transportó a la denunciante y a sus menores hijas, la discusión se centra en torno a si el número de escalas era el que normalmente podría esperar un consumidor razonable dadas las circunstancias. De considerarse que ello no es así y que, por tanto, habrían más escalas de las previsibles, podrá considerarse que la denunciada incumplió su obligación de informar adecuadamente al consumidor. La denunciada ha expresado que: “Nunca se me dijo en Lima que el itinerario del avión era otro: Lima - Panamá - Costa Rica - México - Los Angeles; un vuelo demasiado largo y que resultó tremendamente perjudicial para mis dos menores hijas...”. No existen pruebas fehacientes respecto a si se le informó o no a la denunciante acerca de las escalas del vuelo contratado, existiendo únicamente el dicho de las partes: la denunciante expresa que no se le informó y la denunciada, por el contrario, que sí cumplió con informarle al respecto. La Sala es de la opinión que, un consumidor en los términos antes señalados, podría prever que en un vuelo de Lima a Los Angeles exista una o hasta dos escalas, en función de la información que le proporciona el mercado, ya sea por su propia experiencia o por la de terceras personas. En tal sentido, atendiendo a lo expresado anteriormente, **la carga de la prueba sobre si se informó o no al consumidor respecto de la existencia de escalas que no eran previsibles empleando su diligencia ordinaria debe ser asumida por aquél que maneja esta información y se encuentra en mejor posición para producir prueba sobre tal hecho: el proveedor es quien se encuentra en mejor posición para poder demostrar si efectivamente informó al consumidor sobre estas circunstancias no previsibles.** En el presente caso, sin embargo, la denunciada no ha presentado prueba alguna que demuestre que informó al consumidor del número de escalas existentes. Por los motivos*

expuestos, la Sala considera que debe confirmarse la resolución impugnada en este extremo por haberse vulnerado el derecho del consumidor a recibir la información adecuada previsto en los artículos 5 inciso b) y 15 del Decreto Legislativo N° 716". (resaltado nuestro)

3) ÁMBITO JURISDICCIONAL.-

El Poder Judicial también ha acudido al auxilio de la TCPD para resolver algunos casos, entre ellos podemos mencionar los siguientes⁷:

- a) En la casación número 1385-2004-Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano con fecha 31 de mayo del 2005, referido a un proceso de nulidad de acto jurídico por la causal de simulación absoluta ha señalado que:

"El colegiado ha desestimado pues las máximas de la experiencia no demuestran el acto simulado, obviando que la doctrina refiere, como en el expediente 4871-98 del 21 de junio de 1999, que la simulación absoluta se configura cuando se aparenta celebrar un acto jurídico y no existe realmente voluntad de hacerlo, lo que la de vista no desarrolla ni analiza, dejándolo al mero criterio de la probanza de enlace y máxima; y para el segundo cargo aduce que el Colegiado obvia la jurisprudencia aportada, donde en los casos de simulación debe de aplicarse la carga probatoria dinámica conforme a la causa 4217-98 (...)". (resaltado nuestro)

- b) En similar sentido, en una sentencia emitida el 20 de mayo de 1999 por la, en aquel entonces, Sala de Procesos Abreviados y De Conocimiento de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el expediente 4116-98, también en un proceso de nulidad de acto jurídico por simulación, ha dejado establecido en su quinto considerando lo siguiente:

"La controversia no debe resolverse bajo el esquema que al actor le incumbe probar los hechos constitutivos y al demandado acreditar los hechos modificativos, impeditivos y extintivos invocados en su propio mecanismo; sino que en materia de simulación, la doctrina reconoce la llamada carga probatoria dinámica, la que se encuentra referida a situaciones jurídicas, esto es, situaciones de expectativa, esperanza de la conducta jurídica que ha de producirse, según la cual, la carga probatoria se traslada a quien se encuentra en mejores condiciones para producirla" (resaltado nuestro).

⁷ Citados por: HURTADO REYES, Martín. «Fundamentos del derecho procesal civil». Lima: IDEMSA, 2009, p. 592.

V. ¿ES NECESARIA SU REGULACIÓN NORMATIVA EXPRESA EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL?

Si bien es posible convenir en que el Código Procesal Civil contiene una norma afín a las ideas que sustentan la TCPD, esto es la norma prevista en el artículo 282⁸, debe considerarse que la facultad ahí establecida no parece habilitar al Juez a fallar estableciendo criterios distributivos de la carga probatoria distintos e incluso contrarios a la regla establecida en el artículo 196 del mismo código, que contiene el principio general de distribución del *onus probandi*, pues el evaluar la mala conducta de alguna de las partes permite, en todo caso, que el Juez establezca indicios probatorios en contra de tal litigante, pero de modo alguno le permite exonerar a una de las partes de la carga de probar, desde que ello implicaría invertir la carga de la prueba en contra de lo previsto expresamente en nuestro ordenamiento procesal.

De otro lado, una de las principales críticas que se han exhibido contra la TCPD es que afecta el derecho de defensa en juicio, pues si el juez cambia las reglas de juego a última hora, esto es al momento de expedir su fallo, sin previo conocimiento de las partes, perjudica el derecho de defensa de éstas y, con ello, afecta uno de los contenidos esenciales del debido proceso, lo que en definitiva resulta inconstitucional. Así, se dice que en los supuestos de aplicación de la TCPD, la parte no sabe de antemano cuáles son los hechos que le corresponde probar, pues eso lo dirá el Juez cuando dicte sentencia, es decir cuando ya no pueda probar. En esta línea, es pertinente citar al profesor Alvarado Velloso cuando señala que: “En otras palabras y recurrentemente: *cambiar las reglas del juego después que el juego terminó*, convirtiendo en ganador al claro perdedor según las normas tenidas en cuenta por los jugadores durante todo el desarrollo del certamen, no sólo es actitud desleal sino que, en el proceso, viola la garantía de la defensa en juicio. ¡Por mucho empeño justiciero que ostente el Juez actuante!” (sic)⁹.

A nuestro entender, la aplicación de la TCPD, aunque de manera excepcional, permite restarle algo de rigidez a la regla general del reparto de la carga probatoria a fin de acercarse a la justicia en el caso concreto; de ahí la

⁸ TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL. RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 010-93-JUS

Artículo 282.- Presunción y conducta procesal de las partes.-

El Juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a la conducta que éstas asumen en el proceso, particularmente cuando se manifiesta notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios, o con otras actitudes de obstrucción. Las conclusiones del Juez estarán debidamente fundamentadas.

⁹ ALVARADO VELLOSO, Adolfo. «El debido proceso de la Garantía Constitucional». Rosario: Editorial Zeus SRL., 2003, p. 199.

necesidad de su adopción, particularmente en aquellos casos en que la parte que debe aportar la prueba no obtenga tutela jurisdiccional efectiva pues la disponibilidad o facilidad del medio probatorio está en manos de la contraparte, casos tales como cuando es indispensable acceder a una muestra de la contraparte para poder analizar su ADN, o a sus registros contables, o los pagarés firmados en blanco que mantiene una entidad bancaria, o del servidor del demandado para determinar si fue quien envió los correos electrónicos, o en los casos de responsabilidad por mala praxis médica, o en los supuestos de nulidad del acto jurídico por simulación, etc.; sin embargo, no resulta conveniente que su aplicación se sustente en consideraciones judiciales aisladas que pueden terminar siendo arbitrarias o, en versiones doctrinarias que, en tanto contradicen al marco normativo procesal civil vigente, generan incertidumbre.

En tal sentido, admitida su conveniencia, estimamos que es pertinente que se regule normativamente de manera expresa, de suerte que, de un lado se le conceda al Juez una herramienta que le permita flexibilizar la carga de la prueba, de manera excepcional, en aquellos casos en que aparezca evidente en que una de las partes tiene el control sobre la prueba o que el acceso a la misma para la otra parte deviene en muy difícil o excesivamente onerosa y, de otro lado, se les brinde a los litigantes un marco normativo que asegure debidamente su derecho de defensa y la seguridad jurídica, posibilitando de este modo la aplicación de la TCPD en concordancia con las normas constitucionales que preservan el debido proceso, particularmente, el derecho de defensa en juicio.

VI. PROPUESTA NORMATIVA_

La adopción de la TCPD, importa la necesidad de modificar el artículo 196 del Código Procesal Civil, por lo que en una lógica de *lege ferenda*, nos permitimos sugerir el siguiente texto normativo:

Artículo 196.- Carga de la prueba.-

Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos. Sin embargo, si las circunstancias especiales del caso lo justifican, el Juez, en resolución debidamente motivada, puede distribuir la carga de la prueba, ponderando cuál de las partes está en mejor situación para aportarla. Esta resolución debe dictarse con anterioridad a lo dispuesto en el artículo 211 y notificarse a las partes para que en el plazo de cinco días ofrezcan las probanzas pertinentes.

VII. REFLEXIONES FINALES

La existencia de diversos supuestos en los que la posibilidad de que la parte que tiene la carga de la prueba se vea imposibilitada de producir los medios de prueba necesarios a su interés porque las fuentes de prueba se encuentran en manos de la parte contraria, evidencian la conveniencia de la utilización, aunque limitada a estos casos excepcionales, de la TCPD. No obstante, a fin de que la misma sea aplicable de manera tal que asegure la seguridad jurídica y no se convierta en una herramienta que termine afectando el derecho de defensa en juicio de las partes, es necesario que sea regulada de manera expresa en la norma procesal, aunque, relevando su carácter excepcional y, a través de una fórmula que lejos de ser taxativa, brinde al Juez un margen de actuación que pueda ser adecuada a cada caso concreto. En este sentido es que en el presente trabajo nos permitimos aportar un proyecto de texto normativo.

LAS PRETENSIONES EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

PERCY SALAS FERRO*

Resumen

La pretensión es una de las instituciones centrales del proceso contencioso administrativo porque incide en su inicio, desarrollo y culminación. En el presente artículo el autor aborda, desde una perspectiva teórico-práctica, los aspectos fundamentales de cada una de las pretensiones que se pueden plantear en el proceso contencioso administrativo; entre ellas, la pretensión de nulidad o ineficacia; la pretensión de reconocimiento o restablecimiento del derecho; la pretensión de declaración de contraria a derecho y cese de una actuación material; la pretensión de cumplimiento, y, la pretensión de indemnización. Con el propósito de contribuir a la adecuada formulación y evaluación de cada una de las pretensiones indicadas, se plantean algunos casos prácticos al final del trabajo.

Palabras clave: Pretensión – Pretensiones procesales – Proceso contencioso administrativo – Pretensiones en los procesos administrativos.

Abstract

The Claim is one of the central institutions of the contentious administrative proceeding since it affects its commencement, development and culmination. In this article, the author addresses the fundamental aspects, from a theoretical and practical perspective of each of the claims proposed in an administrative contentious proceeding such as the claim for annulment or nullity, the claim for the acknowledgement or reestablishment of the law, the claim for a statement contrary to law and the cessation of a material act, the claim for fulfillment and the claim for compensation. A few practical cases are included at the end of this paper aimed at contributing to the suitable formulation and evaluation of each one of the referred claims or petitions.

Key words: Claim – Procedural Claims – Contentious – Administrative Proceeding – Claims in administrative proceedings.

Sumario

1.- Introducción. 2.- La pretensión y otros conceptos previos. 2.1.- Concepto, características y elementos de la pretensión. 2.2.- Acción, pretensión y demanda. 2.3.- Pretensión y plena jurisdicción. 3.- Pretensión de nulidad o ineficacia. 3.1.- Causales de nulidad del acto administrativo. 3.2.- Efectos de la pretensión en la sentencia. 3.3.- Agotamiento de la vía administrativa, plazo y vía procedimental. 4.- Pretensión de reconocimiento o restablecimiento del derecho. 4.1.- Actuaciones contra las que se plantea. 4.2.- Efectos en la sentencia. 4.3.- Agotamiento de la vía previa, plazo y vía procedimental.

* Juez Especializado Titular en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima – Poder Judicial del Perú. Profesor de la Academia de la Magistratura.

5.- Pretensión de declaración de contraria a derecho y cese de una actuación material. 5.1.- Actuación contra la que se plantea. 5.2.- Efectos en la sentencia. 5.3 Agotamiento de la vía previa, plazo para impugnar y vía procedimental. 6.- Pretensión de cumplimiento. 6.1.- Actuaciones contra las que se plantea. 6.2.- Efectos en la sentencia. 6.3.- Agotamiento de la vía administrativa, plazo para impugnar y vía procedimental. 7.- Pretensión de indemnización. 8.- Resumen - Ideas fuerza. 9.- Conclusiones. 10.- Casos prácticos. 11.- Bibliografía.

*El proceso contencioso administrativo
tiene dos objetivos exclusivos:
1. Controlar si en su actuación la
administración se somete a la ley, y,
2. Garantizar tutela judicial efectiva a los
derechos e intereses legítimos de los ciudadanos*

Eduardo García de Enterría
Democracia, Jueces y Control de la
Administración

1. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo abordaremos el tema de las pretensiones que se pueden plantear en el proceso contencioso administrativo - PCA. Se trata de una de las instituciones más importantes del PCA, pues incide en su inicio, desarrollo y culminación.

En la primera parte del artículo haremos referencia a algunos conceptos básicos que nos permitirán entender el contenido de la institución y desarrollar sistemáticamente cada una de las pretensiones. Las pretensiones de las que nos ocuparemos se encuentran recogidas en el artículo 5º de la Ley 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, y son las siguientes: 1. La pretensión de nulidad o ineficacia, 2. La pretensión de reconocimiento o restablecimiento del derecho, 3. La pretensión de declaración de contraria a derecho y cese de una actuación material, 4. La pretensión de cumplimiento, y, 5. La pretensión de indemnización.

A lo largo del trabajo desarrollaremos cada una de las pretensiones en base a un esquema que esencialmente permite conocer las actuaciones administrativas impugnables vinculadas a cada pretensión, su contenido, sus alcances, sus efectos en la sentencia, la necesidad de agotamiento de la vía previa, el plazo para impugnar y la vía procesal en que se tramita.

Las siguientes interrogantes facilitarán nuestro acercamiento al tema de las pretensiones en el PCA y nos permitirán asimilar mejor las ideas y los planteamientos que se formulen en la presente contribución. En ese sentido, proceda a leerlas, reflexione sobre ellas, no intente tener una respuesta acabada y téngalas presente durante la lectura del trabajo.

1. ¿Qué es la pretensión y cuál es la función que cumple dentro del PCA?
2. ¿Sólo pueden plantearse pretensiones contra los actos administrativos?
3. ¿Puede el juez adoptar medidas, incluso no solicitadas, para satisfacer las pretensiones?

Finalmente, cabe indicar que es propósito del presente trabajo contribuir a la adecuada formulación y evaluación de cada una de las pretensiones que se pueden plantear en el PCA. Con dicho propósito, en la parte final del artículo, se han incorporado algunos casos para la aplicación práctica de los conocimientos desarrollados.

2. LA PRETESIÓN Y OTROS CONCEPTOS PREVIOS

Antes de iniciar el análisis de cada una de las pretensiones que pueden plantearse en el PCA, las mismas que se encuentran recogidas en el artículo 5° de la Ley 27584, es necesario conocer algunos conceptos e ideas previas.

2.1. Concepto, características y elementos de la pretensión

Con el propósito de abordar adecuadamente el estudio de este capítulo, es necesario manejar desde el inicio algún concepto de pretensión. Al respecto, el destacado procesalista español Jaime GUASP DELGADO considera que la pretensión procesal *“... es una declaración de voluntad por la que se solicita una actuación de un órgano jurisdiccional frente a persona determinada y distinta del autor de la declaración”*. Añade que la pretensión es una *“declaración petitoria”* que contiene el derecho reclamado y a través de ella *“se expone lo que el sujeto quiere”*¹.

Por su parte, el profesor Hernando DEVIS HECHANDÍA, entiende la pretensión como *“...el fin concreto que el demandante persigue, es decir, las declaraciones que pretende se hagan en la sentencia”*. Precisa que se trata de una *“...declaración de*

¹ GUASP, Jaime. «Derecho Procesal Civil». 4ª ed. Tomo I. Revisada y actualizada a la legislación vigente por Pedro Aragonés. Madrid: Civitas, 1998, p. 206.

voluntad del demandante para que se sujete o vincule al demandado en determinado sentido y para ciertos efectos jurídicos concretos mediante una sentencia"².

Para el procesalista argentino Lino PALACIO, la pretensión es "...el acto en cuya virtud se reclama ante un órgano jurisdiccional y frente a una persona distinta, la resolución de un conflicto suscitado entre dicha persona y el autor de la reclamación. Dicho acto suministra, precisamente, la materia alrededor de la cual el proceso se inicia, desarrolla y se extingue"³.

Como puede observarse, la pretensión resulta ser una institución fundamental del proceso que consiste en la petición concreta que se hace a un órgano jurisdiccional para que ampare la postura del proponente en relación a una controversia o un asunto de su interés. Es una *declaración petitoria* en torno a la cual gira el desarrollo de todo el proceso. Precisamente por ello, la pretensión termina siendo reconocida como el *objeto del proceso*.

Como se ha indicado, la pretensión para ser tal contiene un pedido concreto del pretensor al órgano jurisdiccional porque considera que el derecho reclamado le pertenece. Tales pedidos en el caso del proceso contencioso administrativo pueden ser: La declaración de nulidad o ineficacia de un acto administrativo, el reconocimiento o restablecimiento de un derecho, la declaración de contraria a derecho y el cese de actuaciones materiales ilegítimas, la realización de una actuación debida, el otorgamiento de una indemnización, etc.

De las ideas expuestas, como puede desprenderse, lo que distingue o define a la pretensión son fundamentalmente tres características: 1) El llamado a la autoridad jurisdiccional para que resuelva un conflicto en determinado sentido, 2) La petición concreta efectuada para que se le reconozca, se efectivice o restablezca un derecho, 3) Que tal petición se formule respecto de una tercera persona con la cual se tiene una controversia.

Finalmente, resulta oportuno señalar que la pretensión está integrada por dos elementos: 1) Su objeto y, 2) Su razón. El primero de ellos representa el efecto jurídico que se quiere alcanzar y, el segundo, el fundamento fáctico y jurídico que respalda la petición⁴. El objeto de la pretensión es el pedido que se formula (*petitum*) y su razón son los argumentos que fundamentan el pedido (*causa petendi*).

² DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Aguilar, 1966, p. 216.

³ PALACIO, Lino. *Manual de Derecho Procesal Civil*. 14ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 94.

⁴ HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. *Proceso Contencioso Administrativo*. Lima: Grijley, 2010, p. 302.

2.2. Acción, pretensión y demanda

Para efectuar un estudio adecuado de la pretensión es necesario, en segundo lugar, distinguir los conceptos de acción, pretensión y demanda.

En efecto, atendiendo a lo desarrollado por la doctrina más reconocida, cabe precisar que la acción y la pretensión son dos categorías vinculadas pero diferentes. Al respecto, ya el insigne procesalista italiano Piero Calamandrei, concebía a la acción como el “...recurso con el que el ciudadano invoca, en su propio favor, la fuerza pública del Estado...”. Es decir, la entendía como “...la facultad (...) de dirigirse al Estado para obtener justicia contra el obligado: Al faltar el voluntario cumplimiento del obligado, el titular del derecho se dirige al Estado a fin de que como garante de la observancia del derecho, convierta la obligación en sujeción”⁵.

Más recientemente, MONTERO AROCA ha señalado que la acción es “... el derecho a la actividad jurisdiccional”, es decir, el derecho “...a poner en movimiento la actividad jurisdiccional del Estado”⁶.

Desde otra perspectiva, Jorge Peyrano define la acción como “...un derecho subjetivo público, abstracto, autónomo de que goza toda persona –física o jurídica– para postular el ejercicio de la actividad jurisdiccional”⁷.

Como ya se ha indicado, la pretensión por su parte, es la petición concreta que se hace a un órgano jurisdiccional para que ampare la postura del proponente en relación a una controversia o un asunto de su interés. Es una *declaración petitoria fundamentada* en torno a la cual gira el desarrollo de todo el proceso, razón por la cual se le reconoce como el objeto del mismo.

Sobre la base de los conceptos y definiciones reproducidos en los párrafos precedentes, lo que en principio cabe señalar es que la acción es un *derecho abstracto* por la cual cualquier ciudadano puede poner en marcha la actividad jurisdiccional del Estado, mientras que la pretensión es una *petición concreta* formulada por un demandante específico con el propósito de que el órgano jurisdiccional resuelva el conflicto a su favor o le reconozca el derecho reclamado.

⁵ CALAMANDREI, Piero. «Instituciones de Derecho Procesal Civil», Vol. I. (Traducción de la segunda edición italiana por Santiago Sentís Melendo). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1962, p. 231.

⁶ MONTERO AROCA y otros. «Derecho Jurisdiccional I». 17ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 259.

⁷ PEYRANO, Jorge. «Derecho Procesal Civil de Acuerdo al C.P.C. Peruano». Lima: Ediciones Jurídicas, 1995, p. 15.

En ese sentido, la acción es un derecho a la tutela jurisdiccional, que existe incluso antes de la iniciación del proceso, mientras que la pretensión es un acto, una petición concreta, específica, que está contenida en la demanda, que constituye el objeto del proceso y, que en palabras de Lino PALACIO, es “... la materia alrededor de la cual el proceso se inicia, desarrolla y extingue”.

En relación a la distinción entre acción y pretensión, el magistrado Jorge Peyrano señala: “A diferencia de la acción que es un derecho, la pretensión procesal (...) es una manifestación de voluntad a través de la cual alguien reclama algo ante el órgano jurisdiccional y contra otro. La pretensión es algo que se hace (declaración de voluntad) no que se tiene (derecho de acción). La pretensión –insistimos– no es un derecho sino un simple acto de voluntad exteriorizado mediante la presentación de la demanda en ejercicio del derecho de acción”⁸.

Finalmente, cabe añadir que la acción siendo una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional, permite que la pretensión sea interpuesta ante el órgano jurisdiccional.

De otro lado, también es necesario establecer algunas diferencias entre **demanda y pretensión**. Al respecto Lino Palacio entiende la demanda como “...un mero acto de iniciación procesal”⁹. En el mismo sentido se pronuncia Jaime Guasp¹⁰.

En nuestro medio el jurista Juan Monroy Gálvez define la demanda como “...un acto jurídico procesal (...) que es una declaración de voluntad a través de la cual el pretensor expresa su pedido de tutela jurídica al Estado y, a su vez, manifiesta su exigencia al pretendido”¹¹.

Como puede observarse, existen significativas diferencias entre pretensión y demanda. La pretensión constituye una petición concreta que formula el pretensor para que el órgano jurisdiccional se pronuncie a su favor en relación al demandado, mientras que la demanda es un acto procesal que activa o da inicio al proceso. La pretensión, que es una *declaración petitoria fundamentada*, por lo general está contenida en la demanda, por su parte la demanda se materializa a través de la presentación de un documento que contiene la petición específica en que consiste la pretensión.

⁸ PEYRANO. op. cit. pp. 23 y 24.

⁹ PALACIO. op. cit. p. 95.

¹⁰ GUASP. op. cit. p. 206.

¹¹ MONROY GÁLVEZ, Juan. «La Formación del Proceso Civil Peruano». 3ª ed. Lima: Communitas, 2010, p. 235.

Para distinguir mejor entre acción, pretensión y demanda es necesario precisar lo siguiente: La acción es un “derecho cívico” que permite acudir a los órganos jurisdiccionales para formular una petición concreta y determinada (pretensión). El acto concreto que permite ejercitar la acción y activar la maquinaria judicial es la demanda. La demanda se materializa a través de la presentación de un documento que por lo general contiene la pretensión. Por estas razones ese documento también toma el nombre de demanda

En relación a los vínculos y diferencias entre estos conceptos, Jaime GUASP, señala lo siguiente: *“Concebido por el Estado el poder de acudir a los tribunales de justicia para formular pretensiones: **derecho de acción**, el particular puede reclamar cualquier bien de la vida, frente a otro sujeto distinto de un órgano jurisdiccional: **pretensión procesal**, iniciando para ello, mediante un acto específico: **demanda**, el correspondiente proceso, el cual tendrá como objeto aquella pretensión”*¹².

Bien, hasta aquí nos hemos referido a los conceptos de pretensión, acción y demanda, desde una perspectiva general. Corresponde ahora ocuparnos específicamente de la **pretensión procesal que se plantea en el proceso contencioso administrativo**.

Se ha señalado que la pretensión en general es la declaración de voluntad por la cual se formula una petición concreta al órgano jurisdiccional frente a una persona determinada y distinta del autor de la declaración. Sin embargo, la **pretensión procesal administrativa** tiene ciertas características que la distinguen de las demás pretensiones procesales. En ese sentido, *la pretensión procesal administrativa es aquella que deduce un administrado frente a la administración pública*¹³.

Al respecto, cabe anotar que este concepto admite una excepción que se presenta en el caso de los procesos de lesividad, en los cuales la pretensión la plantea la administración pública frente a los administrados a los que se les habría reconocido derechos de manera irregular.

Dejando a salvo la excepción indicada, mediante la pretensión procesal administrativa se reacciona ante una actividad de la administración pública sujeta al Derecho Administrativo o ante una actuación material a la que le faltaría la cobertura de un acto sujeto al derecho administrativo. Atendiendo a

¹² GUASP. op. cit. pp. 205 y 206.

¹³ Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. «Manual de Derecho Procesal I Administrativo». 3ª ed. Madrid: Civitas, 2001, pp. 211 y 212.

ello, cabe anotar que también la actuación que se le pide al órgano jurisdiccional a través de la pretensión está fundada en Derecho Administrativo¹⁴.

En ese sentido, la pretensión procesal administrativa es una declaración de voluntad que se plantea ante un órgano jurisdiccional efectuando una petición concreta contra una actuación presuntamente irregular de una entidad pública, regulada por el derecho administrativo. Es una *declaración petitoria* que se formula con el propósito que se ampare la postura del administrado en relación a la controversia con la administración pública. En torno a esta declaración petitoria gira el desarrollo de todo el proceso, razón por la cual la pretensión es el objeto del proceso contencioso administrativo.

2.3. Pretensión y plena jurisdicción

Tradicionalmente los administrados recurrían ante el Poder Judicial pretendiendo o requiriendo la *declaración de nulidad* de un acto de la administración que consideraban lesivo y afectado de vicios. Con lo cual el órgano jurisdiccional solo podía examinar la regularidad formal del acto administrativo impugnado, sin poder pronunciarse sobre el conflicto de fondo o sobre los derechos subjetivos del demandante.

Con la consolidación del *principio del debido proceso* y, fundamentalmente de la *tutela jurisdiccional efectiva*, ha emergido una nueva concepción respecto a los alcances del PCA¹⁵. Superando los límites del dogma revisor, la idea de la plena jurisdicción, basada en el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, permite al administrado solicitar la tutela de la generalidad de sus derechos subjetivos lesionados por la administración. Igualmente, permite al juez, no solo revisar la legalidad de la actuación administrativa, sino, pronunciarse sobre el conflicto de fondo, es decir, sobre los derechos subjetivos del administrado realmente afectados, reconociéndolos, restableciéndolos y adoptando todas las medidas necesarias para garantizar su efectiva satisfacción¹⁶.

2.4 Pretensión, proceso y sentencia

La pretensión, entendida como la petición concreta de tutela, es el elemento central del proceso, es su objeto y, además, determina los alcances de la

¹⁴ Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ. op cit. 213.

¹⁵ HUAPAYA TAPIA, Ramón. «Tratado del Proceso Contencioso Administrativo». Lima: Jurista Editores, 2006, p. 730.

¹⁶ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. «Exposición de Motivos del Proyecto de Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo». Diario Oficial "El Peruano", edición del 05/07/2001.

sentencia. En función a la pretensión se desenvuelve el proceso, de ella depende el inicio, el desarrollo, la actividad probatoria y también la decisión del proceso.

Teniendo como base las nociones y conceptos formulados, podemos ahora entrar de lleno al estudio de cada una de las pretensiones que se pueden plantear en el proceso contencioso administrativo, las mismas que se encuentran recogidas en el artículo 5° del TUO.

3. PRETENSIÓN DE NULIDAD O INEFICACIA

En nuestro ordenamiento todo acto administrativo se presume válido, conforme al precepto recogido en el artículo 9° de la Ley 27444, Ley del Proceso Administrativo General - LPAG. En efecto, el referido dispositivo precisa: *“Todo acto administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según corresponda”*.

No es objeto del presente estudio ocuparnos de la declaratoria administrativa de nulidad, sino de declaratoria judicial de nulidad.

Entonces, frente a un acto administrativo que se presume válido, pero que un administrado considera que lo agravia, la ley ha previsto un mecanismo procesal para conseguir su declaratoria judicial de nulidad. Es decir, para derrotar la presunción de validez.

Ese medio procesal es precisamente la *pretensión de nulidad*, parcial o total, recogida en el artículo 5°, numeral 1, de la ley 27584, que dispone:

“En el proceso contencioso administrativo podrán plantearse pretensiones con el objeto de obtener lo siguiente: ...

1. La declaración de nulidad, total o parcial o ineficacia de actos administrativos”.

Pero en concreto, ¿Qué significa declarar judicialmente la nulidad de un acto administrativo? Judicialmente, claro está, significa que exista pronunciamiento de un órgano del Poder Judicial en el marco de un proceso contencioso administrativo. Específicamente, la declaratoria de nulidad de un acto administrativo significa dejar sin efecto tal acto por haber incurrido en alguna de las causales de nulidad¹⁷.

¹⁷ NORMAS LEGALES. «Guía Práctica de Impugnación Judicial de Acciones Administrativas». Lima: Gaceta Jurídica, 2009, p. 34.

El profesor Ramón HUAPAYA TAPIA, señala que el contenido de la pretensión recogida en el artículo 5º, numeral 1, de la Ley 27584, es el pedido específico para que se declare la nulidad de un acto administrativo por las causas tasadas en el artículo 10º de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Agrega que:

“... la pretensión de nulidad de actos administrativos, tendrá como contenido la invocación objetiva de que se declare la invalidez de un acto administrativo aquejado de un vicio insubsanable, que debe ser reprimido judicialmente por el juzgador mediante la declaración judicial de nulidad”¹⁸.

De la definición referida, fácilmente pueden identificarse tanto el *objeto* como la *razón* de la pretensión administrativa. El *objeto* o *petitum*, es la invocación objetiva que se declare la nulidad, mientras que la *razón* o *causa petendi* se configura por el hecho que la administración ha incurrido en un comportamiento que constituye una causal de nulidad del acto administrativo.

En efecto, para declarar la nulidad de un acto administrativo debe verificarse que en su emisión se haya incurrido en alguno de los vicios o causales que la ley expresamente ha identificado.

3.1. Causales de nulidad del acto administrativo

Como se ha señalado, la pretensión recogida en el inciso 1 del artículo 5º de la Ley 27584, implica la petición al juez correspondiente de la jurisdicción contencioso administrativa, que declare la nulidad del acto administrativo impugnado. Para efectuar tal declaración, lo que el juzgador debe hacer es verificar si el acto emitido por la administración está afectado de una causal de nulidad. Las causales de nulidad son afectaciones graves al acto administrativo que lo descalifican y lo privan de efectos por haber contravenido el ordenamiento jurídico. La ley que regula el Procedimiento Administrativo General, Ley 27444, señala expresamente en su artículo 10º, cuales son las causales de nulidad. Entre las causales señaladas por el indicado artículo, tenemos:

- 3.1 *La contravención a la Constitución, las leyes o a las normas reglamentarias.*
- 3.2 *El defecto o la omisión de alguno de los requisitos de validez. Salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto administrativo.*
- 3.3 *Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiera*

¹⁸ HUAPAYA. op. cit. p. 764.

facultades o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación y trámites esenciales para su adquisición.

- 3.4 *Los actos administrativos que son constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma."*

Como entre las causales de nulidad del acto administrativo se señala el defecto o la omisión de alguno de los *requisitos de validez* del acto administrativo, es necesario conocer también cuáles son esos requisitos de validez del acto administrativo.

3.2. Requisitos de validez del acto administrativo

El acto administrativo, como declaración de una entidad destinada a producir efectos, debe cumplir con determinadas condiciones. Esas condiciones, son exigencias básicas, insustituibles e imprescindibles, que de no verificarse el acto no cumple su finalidad, es decir, no surte efectos ni regula la relación entre la administración y el administrado.

Como hemos visto, la invalidez siempre implica nulidad. Por ello la pretensión de nulidad del administrado puede basarse en la ausencia de uno de los requisitos de validez del acto administrativo. Siendo ello así, es necesario conocer cuáles son esos requisitos de validez del acto administrativo, los mismos que ha sido recogidos en el artículo 3° de la LPAG; entre ellos tenemos a los siguientes:

a. La competencia

El acto administrativo debe ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía.

b. Objeto o contenido

El acto administrativo debe expresar claramente su respectivo objeto, es decir, aquello que decide, declara o certifica, de manera que determine inequívocamente sus efectos jurídicos. El objeto o contenido debe ajustarse al ordenamiento jurídico.

c. Finalidad pública

El acto administrativo debe perseguir las finalidades de interés público que conforme al ordenamiento debe cumplir el órgano emisor.

d. Motivación

El acto administrativo, debe expresar las razones que lo fundamentan. Deberá señalar de forma clara y expresa todos los hechos probados relevantes para el caso específico, así como las razones jurídicas que justifican el acto adoptado.

e. Procedimiento regular

Para su emisión, el acto administrativo debe observar el procedimiento previsto. Se refiere no solo a las reglas que rigen su emisión en estricto, sino a la observancia de las reglas del debido procedimiento durante todas las etapas del procedimiento administrativo al que está vinculado.

3.2. Efectos de la pretensión en la sentencia

Como hemos señalado, la pretensión es el elemento eje del proceso contencioso administrativo y como tal incide en el propio contenido de la sentencia y en los alcances y efectos de la misma.

En ese sentido, el artículo 41°, inciso 1, del TUO de la Ley 27584, en su primer párrafo, señala: *“La sentencia que declare fundada la demanda podrá decidir en función de la pretensión planteada lo siguiente:... La nulidad, total o parcial o ineficacia del acto administrativo impugnado, de acuerdo a lo demandado”*.

3.3. Agotamiento de la vía administrativa, plazo y vía procedimental

Tratándose de la impugnación de un acto administrativo, el planteamiento de esta pretensión exige el agotamiento de la vía administrativa previa.

El plazo para impugnar planteando la pretensión de nulidad, es de tres meses, contados desde el día siguiente de notificado el acto que agota la vía administrativa (artículo 19°, inciso 1, del TUO).

La vía procedimental que corresponde para plantear y sustanciar esta pretensión es la del procedimiento especial (artículo 28° del TUO).

4. PRETENSIÓN DE RECONOCIMIENTO O RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Es en esta pretensión, en la que se pone en evidencia la nueva concepción que orienta al PCA. En efecto, esta pretensión no solo se dirige contra un acto administrativo sino contra cualquier actuación administrativa que vulnere los derechos o intereses del administrado. Permite que de manera efectiva se tutele todos los derechos o intereses concretos de los administrados. Viabiliza la plena jurisdicción en la medida que permite al juez reconocer o restablecer los derechos subjetivos de los administrados y disponer que se adopten todas las medidas que sean necesarias para el reconocimiento y restablecimiento de la situación jurídica lesionada (satisfacción plena).

Esta pretensión se encuentra recogida en el numeral 2 del artículo 5° de la Ley 27584, cuyo texto establece que en el Proceso Contencioso Administrativo podrán plantearse pretensiones con el objeto de obtener lo siguiente:

“2. El reconocimiento o restablecimiento del derecho o interés jurídicamente tutelado y la adopción de las medidas o actos necesarios para tales fines.”

En la actividad de la administración no solo se presentan actos administrativos sino otras actuaciones que vulneran los derechos de los administrados y que la pretensión nulificante, antes examinada, no se encuentra en capacidad de proteger.

Precisamente, con el propósito de tutelar los derechos subjetivos lesionados con actuaciones distintas al acto administrativo, es que surge esta pretensión general y pluricomprendiva, denominada también *pretensión tutelar*.

Como se ha señalado, la pretensión bajo comentario tiene por objeto el reconocimiento o restablecimiento del derecho del administrado-demandante.

El planteamiento de la *pretensión de reconocimiento*, como es lógico, presupone el desconocimiento o la negativa de la administración de atribuir un derecho que el administrado considera le corresponde. En otras palabras, la administración adopta una actitud que niega, refuta o rechaza un derecho o interés del administrado. Puede por ejemplo no reconocerle su derecho a registrar una marca, a ser titular de un permiso de pesca, a contar con una licencia de funcionamiento, a participar en un concurso público de proveedores, a acceder a un servicio público, a ejercer las facultades que le corresponden como titular de una concesión minera, a la devolución de un pago en exceso, al goce vacacional, al pago de la CTS o de una bonificación, etcétera.

Por su lado, el planteamiento de la *pretensión de restablecimiento*, presupone la vulneración de un derecho ya reconocido. La vulneración puede producirse, recortando, restringiendo, privando o anulando los derechos de los que gozaba un administrado. La administración en el ejercicio de sus funciones podría afectar o vulnerar indebidamente diversos derechos del administrado, así por ejemplo, su derecho al aprovechamiento de un bien o servicio otorgado en concesión, a preservar su marca, a la regularidad o continuidad del servicio eléctrico, a la inscripción legítima de un título, al mantenimiento de una exoneración tributaria, a mantener vigente su licencia de conducir, etcétera.

Frente a tales actos, es decir, a la negativa de reconocimiento o a la privación de un derecho ya reconocido, el legislador ha previsto las pretensiones recogidas en el artículo 5°, numeral 2, de la Ley 27584, de manera que la autoridad judicial reconozca o reestablezca los derechos negados o lesionados del administrado.

4.1. Actuaciones contra las que se plantea

Hemos señalado que las pretensiones de reconocimiento y de restablecimiento son pluricomprendivas, es decir pueden plantearse contra una generalidad de actuaciones de la administración.

De las actuaciones administrativas recogidas en el artículo 4 de la Ley 27584, la pretensión del reconocimiento procede contra:

- a) El silencio administrativo, la inercia y cualquier omisión de la administración pública (artículo 4°, inciso 2).
- b) Las actuaciones y omisiones relativas a la contratación estatal (artículo 4°, inciso 5).
- c) Las actuaciones administrativas sobre el personal de la administración pública (artículo 4°, inciso 6).

En cambio, la pretensión de restablecimiento procede, por lo general, contra las actuaciones materiales; así, se plantea contra:

- a) La actuación material que no se sustenta en acto administrativo (artículo 4°, inciso 3).
- b) La actuación material de ejercicio indebido de actos (artículo 4°, inciso 4).
- c) Las actuaciones u omisiones relativas a la contratación estatal en las que produzcan vulneraciones.
- d) Las actuaciones contra el personal en los que se produzcan privaciones o vulneraciones.

Finalmente, cabe señalar que, teniendo en cuenta las particularidades de cada caso, las pretensiones de reconocimiento o restablecimiento pueden ser formuladas ya sea de manera independiente o de manera acumulada a la pretensión de nulidad.

4.2. Efectos en la sentencia

Planteadas la pretensión de reconocimiento o restablecimiento, el juez al momento de emitir una sentencia favorable tendrá que pronunciarse conforme lo establece el artículo 41°, inciso 2 del TUO, es decir, disponiendo:

“El restablecimiento o reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para el restablecimiento o reconocimiento de la situación jurídica lesionada, aún cuando no hayan sido pretendidas en la demanda”.

4.3. Agotamiento de la vía previa, plazo y vía procedimental

En base a lo dispuesto en el artículo 218° de la Ley del Procedimiento Administrativo General – LPAG, y la disposición genérica de agotamiento obligatorio, contenida en el artículo 20° del TUO, se ha ido consolidando en la práctica judicial el agotamiento previo de la vía administrativa cuando se plantean las pretensiones de reconocimiento y restablecimiento.

Tratándose de pretensiones mediante las cuales puede impugnarse diversas actuaciones administrativas, el plazo para formular las pretensiones de reconocimiento o restablecimiento tendría que estar en función de la actuación que se impugne. Sin embargo, en nuestro medio el legislador ha preferido establecer un plazo uniforme para casi todas las actuaciones, estableciendo un plazo de tres meses contados desde el día siguiente del acto materia de impugnación. No obstante ello, para el caso del silencio administrativo, la inercia y cualquier omisión de la administración, no debe calcularse plazo alguno (artículo 20° del TUO).

La vía procedimental a usarse cuando se plantea la pretensión de reconocimiento y restablecimiento, es la vía del procedimiento especial, conforme lo dispone el artículo 28° del TUO.

5. PRETENSIÓN DE DECLARACIÓN DE CONTRARIA A DERECHO Y CESE DE UNA ACTUACIÓN MATERIAL

Como puede advertirse, esta pretensión surge como consecuencia de que la administración ha perpetrado una actuación material de consecuencias nefastas para el administrado sin contar con el título o acto administrativo que la respalde. Se trata de una vía de hecho que de manera grosera quebranta el principio de legalidad¹⁹.

La pretensión bajo comentario contenida en el artículo 5° inciso 3 de la Ley 27584, constituye una garantía contra las actuaciones arbitrarias de la

¹⁹ PERRINO, Pablo. «La pretensión Procesal Administrativa como Objeto del Proceso Contencioso Administrativo». En Juan Carlos Cassagne (Dir.), *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, tomo I, (pp. 409-436). Buenos Aires: La Ley, 2007, p. 429.

administración que, transgrediendo los límites legales y sin contar con el título que le habilita, pasa a la vía de los hechos y ejecuta una lesión contra los derechos o intereses del administrado.

Frente a tales agresiones materiales, el legislador ha previsto en el artículo 5° inciso 3 de la Ley 27584, la pretensión procesal mediante la cual el administrado afectado puede solicitar:

“La declaración de contraria a derecho y el cese de una actuación material que no se sustente en acto administrativo”.

Como se puede advertir, ante el planteamiento de tal pretensión el juez, si resuelve ampararla, declara que la actuación impugnada es contraria a derecho. *Contraria a derecho* significa que es una actuación material de la administración que transgrede el ordenamiento jurídico, es decir las normas legales, disposiciones reglamentarias, normas y precedentes constitucionales, procedimientos, principios, precedentes administrativos, etcétera.

Se trata de una declaración que pone en evidencia la ilicitud de la actuación de la administración. Sin embargo, la pretensión no se limita a solicitar al juez una declaración que finalmente podría terminar siendo un pronunciamiento sin efectos concretos para detener la arbitrariedad y los perjuicios. En efecto, la pretensión bajo comentario, además de la declaración de *contraria a derecho*, persigue el *cese de la actuación material* ilícita que no se sustenta en acto administrativo.

Ello, significa que la pretensión no solo exige la declaración de ilegalidad, sino que compromete al juez a disponer el cese, la terminación, la extinción de la actuación material arbitraria; lo que, sin duda, constituye una garantía concreta y efectiva, respecto de las actuaciones ilegales y arbitrarias en las que la administración puede incurrir.

Al respecto, cabe poner en evidencia que este mecanismo de protección tan concreto y puntual no es sino la consecuencia de la nueva concepción que se maneja en el PCA, en el sentido de procurar la tutela efectiva de los derechos e intereses del administrado.

5.1. Actuación contra la que se plantea

Como ya lo hemos señalado, toda pretensión se relaciona con una actuación impugnabile. Atendiendo a ello, mediante la pretensión bajo comentario se

impugna la actuación administrativa contenida en el inciso 3 del artículo 4° de la Ley 27584, que se refiere a la *“actuación material que no se sustenta en acto administrativo”*.

5.2. Efectos en la sentencia

Ya hemos indicado que la pretensión incide en lo que se va a disponer en el fallo. Teniendo en cuenta ello, el legislador ha establecido, cómo debe pronunciarse el juez cuando resuelve amparar la pretensión de declaración de contraria a derecho y cese de una actuación material que no se sustente en acto administrativo.

Al respecto, el artículo 41° del TUO ha señalado que en una sentencia estimatoria de esta pretensión el juez dispondrá: *“La cesación de la actuación material que no se sustente en acto administrativo y la adopción de cuanta medida sea necesaria para obtener la efectividad de la sentencia, sin perjuicio de poner en conocimiento del Ministerio Público el incumplimiento para el inicio del proceso penal correspondiente, y la determinación de los daños y perjuicios que resultan de dicho incumplimiento”*.

Respecto a este dispositivo, es necesario destacar que se trata de una de las normas en la que se evidencia más claramente la materialización del *principio de tutela jurisdiccional efectiva* y de la *facultad de plena jurisdicción* que se le reconoce al juez. En efecto, en aplicación de tales preceptos el juzgador puede disponer toda medida que sea necesaria para hacer cesar la actuación material arbitraria e incluso para compensar por los daños y perjuicios sufridos por los afectados con la actuación material irregular. Se trata pues, de hacer cumplir las decisiones jurisdiccionales, pero, fundamentalmente, de proscribir la arbitrariedad en el ejercicio de la función pública, de proteger concreta y satisfactoriamente al administrado y de hacer efectiva la justicia.

5.3. Agotamiento de la vía previa, plazo para impugnar y vía procedimental

En teoría, frente a la actuación material o vía de hecho no corresponde la impugnación previa en sede administrativa, en la medida que respecto a la actuación material no existe procedimiento ni un acto administrativo alguno²⁰.

El plazo para interponer la demanda contencioso administrativa argumentando esta pretensión, es de tres meses contados desde que el administrado tuvo

²⁰ HUAPAYA. op. cit. p. 864.

conocimiento de la actuación material, tal como lo establece el artículo 19°, numeral 1, del TUO.

La vía procesal que se debe usar cuando se inicia el proceso contencioso administrativo planteando la pretensión de cese de una actuación material que no se sustente en acto administrativo, es la vía del “procedimiento” especial, tal como lo dispone el artículo 28° del TUO.

6. PRETENSIÓN DE CUMPLIMIENTO

La pretensión mencionada se plantea frente a una inactividad de la administración. Es decir, presupone la omisión o el incumplimiento de la administración de una obligación establecida por ley o por acto administrativo.

En doctrina se ha distinguido entre inactividad formal e inactividad material. La inactividad formal se relaciona con el incumplimiento de la administración de su deber de pronunciarse sobre una solicitud o resolver una determinada situación jurídica; incluye dentro de sus alcances al silencio administrativo. La inactividad material por su lado, se entiende como la pasividad de la administración producida fuera de un procedimiento administrativo, supone siempre el incumplimiento, *un dejar de hacer*, de un mandato concreto contenido en una ley o un acto administrativo.

La inactividad material es la que puede ser discutida en sede judicial a través de la *pretensión de cumplimiento*, es decir, a través de la pretensión bajo comentario, la misma que se encuentra recogida en el artículo 5°, numeral 4°, de la Ley 27584²¹; dispositivo el cual señala que en el proceso contencioso administrativo podrán plantearse pretensiones con el objeto de obtener lo siguiente:

“4. Se ordene a la administración pública la realización de una determinada actuación a la que se encuentre obligada por mandato de ley o en virtud de acto administrativo firme.”

Se ha dicho que esta pretensión presupone el incumplimiento de una obligación de la administración. Pero, concretamente ¿Qué persigue esta pretensión? Persigue que la autoridad jurisdiccional disponga u ordene a la administración que cumpla con su deber y realice efectivamente una actuación a la que se encuentra obligada. Es decir, se busca que el juez fuerce a la administración a adoptar un comportamiento. Generalmente le ordena

²¹ En esta misma línea de opinión: HUAPAYA. op. cit. pp. 868 y siguientes.

que cumpla con un hacer o un dar, pero también puede disponer que se abstenga de efectuar una acción contra los intereses del administrado.

Ahora bien, la obligación incumplida debe estar consignada en una ley o en un acto administrativo, y se exige para plantear la pretensión de cumplimiento que la actuación que debe realizar la administración sea clara, indubitable, concreta y que contenga un derecho atribuible a un determinado administrado. Estas son las condiciones de exigibilidad o ejecución de la conducta incumplida por la administración.

De otro lado, no podemos dejar desapercibida la vinculación existente entre la *pretensión de cumplimiento*, que se plantea en el proceso contencioso administrativo y la *acción de cumplimiento* que es un Proceso Constitucional.

Para exigir la prestación debida en el proceso de cumplimiento el Tribunal Constitucional en las sentencias correspondientes a los expedientes 191-2003-AC/TC, 168-2005-PC/TC y otras, ha establecido determinados requisitos, entre ellos: 1) Que el mandato sea incondicional, 2) En caso sea condicional, que se acredite el cumplimiento de las condiciones, 3) Que el mandato sea cierto e indubitable, 4) Que tanto la ley o el acto administrativo que lo contienen deben encontrarse vigentes.

Al respecto, cabe precisar que estos requisitos son referenciales para examinar la pretensión de cumplimiento planteada en el PCA, en la medida que tales exigencias han sido establecidas para el proceso de cumplimiento que es un proceso que se usa como vía extraordinaria y que tiene características propias.

De otro lado, el juez, al evaluar la pretensión debe analizar la idoneidad del título, lo cual implica un examen de su validez y del cumplimiento de los requisitos para su exigibilidad. En el caso concreto del acto administrativo debe verificarse que se trate un acto firme, es decir, de un acto que ya no puede ser susceptible de recurso impugnatorio.

6.1. Actuaciones contra las que se plantea

La pretensión contenida en el artículo 5°, numeral 4, de la ley 27584 puede plantearse contra las siguientes actuaciones:

- a) La inercia de la administración pública (artículo 4°, inciso 2, del TUO).
- b) Las omisiones de la administración pública relativas a la contratación estatal (artículo 4°, inciso 5°, del TUO).

- c) Las actuaciones administrativas sobre el personal de la administración pública (artículo 4°, inciso 5°, del TUO) (entiéndase actuaciones en su acepción de *omisión* o *inactividad*).

En todos estos casos se planteará la pretensión de cumplimiento, solo si la inactividad o pretensión incumplida se encuentre contenida en una ley o un acto administrativo.

6.2. Efectos en la sentencia

Conforme a lo establecido en el artículo 41°, inciso 4, del TUO, el juez, de estimar la pretensión de cumplimiento, deberá disponer lo siguiente:

“El plazo en el que la administración debe cumplir con realizar determinada actuación a la que está obligada, sin perjuicio de poner en conocimiento del Ministerio Público el incumplimiento para el inicio del proceso penal correspondiente y la determinación de los daños y perjuicios que resulten el dicho incumplimiento.”

6.3. Agotamiento de la vía administrativa, plazo para impugnar y vía procedimental

Cuando se plantea la pretensión de cumplimiento, la disposición contenida en el artículo 21°, numeral 2, exonera al administrado de la obligación de agotar la vía administrativa. En efecto, la indicada norma dispone:

“No será exigible el agotamiento de la vía administrativa en los siguientes casos:

- 4. Cuando en la demanda se formule como pretensión la prevista en el numeral 4 del artículo 5° de esta Ley. En este caso el interesado deberá reclamar por escrito ante el titular de la respectiva entidad el cumplimiento de la actuación omitida. Si en el plazo de quince días a contar desde el día siguiente de presentado el reclamo no se cumpliera con realizar la actuación administrativa el interesado podrá presentar la demanda correspondiente.”*

El fundamento de presentar un reclamo o dirigirse previamente a la administración radica en el hecho de que ésta, ante la evidencia del mandato o la actuación debida, contenida en una ley o acto administrativo, pueda reflexionar, replantear su postura y decidir dar cumplimiento a lo ordenado en el título.

De otro lado, tratándose de una inactividad o incumplimiento de la administración, la presentación de un reclamo no opera como un mecanismo de agotamiento de la vía administrativa, sino, estrictamente como un requisito de procedibilidad, esto es, como una condición para la iniciación del proceso.

Ahora, respecto al plazo para presentar la demanda que contiene esta pretensión, cabe señalar lo siguiente: Como el planteamiento de la pretensión de cumplimiento presupone inercia o inactividad de la administración, no corresponde computar plazo para interponer la demanda. Esta excepción al plazo general de tres meses resulta razonable pues no puede premiarse la inercia de la administración con la caducidad del derecho del administrado a iniciar un proceso contencioso administrativo por el incumplimiento de lo ordenado en una ley o un acto administrativo.

Al respecto, el artículo 19° del TUO, que incorpora las modificaciones operadas por el Decreto Legislativo 1067, dispone que la demanda deberá ser interpuesta dentro de los siguientes plazos:

3. *Cuando se trate de silencio administrativo negativo, se observará lo establecido en el numeral 188.5 del artículo 188° de la ley 27444 Ley del Procedimiento Administrativo General,...* ²²

Cuando se trate de inercia o cualquier otra omisión de las entidades distinta del silencio administrativo negativo, no se computará plazo para interponer la demanda."

La vía procesal que corresponde para tramitar la pretensión de cumplimiento es la del *proceso urgente*; así el artículo 26° del TUO dispone que se tramita como proceso urgente únicamente las siguientes pretensiones:

- "2. *El cumplimiento por la administración de una determinada actuación a la que se encuentre obligada por mandato de la ley o en virtud de acto administrativo firme."*

El fundamento de la tramitación urgente de esta pretensión, radica en que no existe discusión sobre la actuación que debe realizar la administración, ya que ella se encuentra contenida en una resolución firme o en un mandato legal. Siendo ello así, no hay razón para dilatar la tramitación, cuando lo

²² El numeral 188.5 del artículo 188.5 de la LPAG, dispone: "El silencio administrativo negativo no inicia el cómputo de plazos y términos para su impugnación".

que corresponde es que la administración cumpla con su deber en un plazo breve.

Sin embargo, el Decreto Legislativo 1067 ha introducido algunas condiciones que deben cumplirse para tramitar la pretensión de cumplimiento en la vía de la tutela urgente. Así, el artículo 26° en su tercer y cuarto párrafo dispone:

“Para conceder la tutela urgente se requiere que del mérito de la demanda y sus recaudos se advierta que concurrentemente existe:

- a) Interés tutelable cierto y manifiesto,*
- b) Necesidad impostergable de tutela, y*
- c) Que sea la única vía eficaz para la tutela del derecho invocado.”*

Nótese que con la modificatoria operada, no todas las pretensiones que persiguen que se ordene a la administración la realización de una actuación a la que se encuentra obligada, podrán tramitarse en la vía del proceso urgente, pese a lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 26° del TUO. Solo se tramitarán en esta vía las que cumplan las condiciones arriba reseñadas. Tal como se encuentra redactada la norma, la revisión de tales condiciones se realizará al momento de calificar la demanda.

7. PRETENSIÓN DE INDEMNIZACIÓN

Como resulta previsible, la administración en el ejercicio de sus funciones puede causar daño a los administrados, y de hecho lo ha causado. Ante tal situación, la generalidad de los ordenamientos ha establecido la responsabilidad resarcitoria de la administración.

Al respecto, cabe anotar que este tema no ha estado adecuadamente regulado en nuestro ordenamiento, tanto en lo substancial como en lo procesal. Superando la legislación anterior, los decretos legislativos 1029 y 1067 han introducido una serie de modificaciones en la Ley del Procedimiento Administrativo General y en la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, respectivamente, terminando de configurar un régimen más adecuado de las indemnizaciones atribuibles a la administración.

Las innovaciones del Decreto Legislativo 1067 han sido recogidas en el artículo 5°, numeral 5, del TUO, el cual establece que en el proceso contencioso administrativo podrán plantearse pretensiones con el objeto de obtener lo siguiente:

“5. La indemnización por el daño causado con alguna actuación impugnada, conforme al artículo 238° de la Ley N° 27444, siempre y cuando se plantee acumulativamente a alguna de las pretensiones anteriores.”

Dentro del esquema estrictamente *revisor* de la actuación administrativa, no se integra por completo la institución a la indemnización. Por el contrario, el derecho al resarcimiento armoniza completamente con el principio de la tutela jurisdiccional efectiva y con la pretensión de plena jurisdicción. Dentro de este esquema, resulta lógico que frente a una actuación que le cause agravio al administrado, éste, no solo puede pretender que se reconozca y restablezca su derecho, sino también que la administración le indemnice por los daños generados.

El requisito procesal establecido para esta pretensión es que se plantee, no de manera autónoma, sino de manera acumulativa con las otras pretensiones contenidas en el artículo 5° de la ley del PCA.

Los requisitos, condiciones, alcances y demás, del derecho a la indemnización, se encuentran regulados claramente en las Disposiciones Generales del artículo 238° de la LPAG, cuyo texto es en el siguiente:

“238.1 Sin perjuicio de las responsabilidades previstas en el derecho común y en las leyes especiales, las entidades son patrimonialmente responsables frente a los administrados por los daños directos e inmediatos causados por los actos de la administración o los servicios públicos directamente prestados por aquéllas.”

238.2 En los casos del numeral anterior, no hay lugar a la reparación por parte de la Administración, cuando el daño fuera consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante del administrado damnificado o de tercero.

Tampoco hay lugar a reparación cuando la entidad hubiere actuado razonable y proporcionalmente en defensa de la vida, integridad o los bienes de las personas o en salvaguarda de los bienes públicos o cuando se trate de daños que el administrado tiene el deber jurídico de soportar de acuerdo con el ordenamiento jurídico y las circunstancias.

238.3 La declaratoria de nulidad de un acto administrativo en sede administrativa o por resolución judicial no presupone necesariamente derecho a la indemnización.

238.4 *El daño alegado debe ser efectivo, valuable económicamente e individualizado con relación a un administrado o grupo de ellos.*

238.5 *La indemnización comprende el daño directo e inmediato y las demás consecuencias que se deriven de la acción u comisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral.*

238.6 *Cuando la entidad indemnice a los administrados, podrá repetir judicialmente de autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido, tomando en cuenta la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal involucrado y su relación con la producción del perjuicio. Sin embargo, la entidad podrá acordar con el responsable el reembolso de lo indemnizado, aprobando dicho acuerdo mediante resolución."*

8. RESUMEN - IDEAS FUERZA

1. Existe estrecha vinculación entre la pretensión y las actuaciones impugnables. La pretensión presupone una actuación impugnante previa.
2. La pretensión es una declaración de voluntad fundamentada mediante el cual el administrado formula una petición concreta al órgano jurisdiccional con el propósito que éste ampare su postura frente a la administración. Por su incidencia en todo el desarrollo del proceso, la pretensión es el objeto del Proceso Contencioso Administrativo.
3. La pretensión de nulidad es la que tradicionalmente se ha planteado; sin embargo, incluso en la actualidad, se le reconoce y se usa intensivamente. Se plantea en base a causales tasadas de nulidad.
4. La pretensión de reconocimiento presupone la negación al administrado de un derecho que le corresponde. La pretensión de restablecimiento presupone una vulneración de un derecho ya reconocido. En estos casos, el juez puede adoptar las medidas que sean necesarias para efectivizarlas. Mediante estas pretensiones se puede impugnar todo tipo de actuaciones irregulares de la administración y persiguen la satisfacción plena de los intereses de los administrados. Se les conoce como pretensiones de plena jurisdicción y se inspiran en el principio de tutela jurisdiccional efectiva.
5. La pretensión de declaración de contrario a derecho y de cese de una actuación material que no se sustente en acto administrativo, se plantea

frente a actuaciones típicamente arbitrarias de la administración que constituyen vías de hecho.

6. La pretensión de cumplimiento o de realización de una actuación por parte de la administración, presupone la existencia de un título (ley o acto administrativo) y ante la renuencia de cumplimiento se recurre ante el Poder Judicial.
7. La pretensión de indemnización se inspira en el principio de tutela jurisdiccional efectiva y constituye expresión de la pretensión de plena jurisdicción. Se plantea de manera acumulativa a otras pretensiones.

9. CONCLUSIONES

1. La pretensión procesal administrativa es una declaración de voluntad que se plantea ante un órgano jurisdiccional efectuando una petición concreta contra una actuación presuntamente irregular de una entidad pública, regulada por el derecho administrativo. Es una *declaración petitoria fundamentada* que se formula con el propósito que se ampare la postura del pretensor en relación a la controversia con la administración pública.
2. En torno a la pretensión, que consiste en una petición concreta que formula el pretensor, gira el desarrollo de todo el proceso (inicio, tramitación y culminación), razón por la cual se le concibe como el objeto del proceso contencioso administrativo.
3. El régimen de las pretensiones está inspirado en el Principio de la Tutela Jurisdiccional efectiva y en el criterio de plena jurisdicción. Por ello, se pueden impugnar todos los actos que afectan al administrado y se persigue la satisfacción plena de sus intereses.
4. Superando lo que ocurre en otros ordenamientos donde se reconoce solo la pretensión de nulidad y la pretensión de reconocimiento o restablecimiento, en el Perú se ha optado por establecer un elenco de pretensiones que, además de ellas, permite impugnar las actuaciones materiales ilícitas, la omisión o renuencia de la administración, y posibilita el otorgamiento de indemnizaciones.
5. No obstante la existencia de ese elenco de pretensiones, la pretensión de nulidad se encuentra plenamente vigente y es la que generalmente plantean los demandantes para impugnar los actos de la administración.

10. CASOS PRÁCTICOS

CASO 01

Durante los últimos años el gobierno y las autoridades del sector Energía se han planteado como objetivo extender el uso del gas natural hacia la zona norte de la ciudad de Lima.

En el marco de un programa creado para tal fin, se constituye el Consorcio Distribuidora de Gas del Norte y tiende sus redes a lo largo de los distritos de la zona norte de Lima, con el propósito de transportar y distribuir gas natural a las estaciones de servicios (gasocentros), viviendas y edificios residenciales que lo requieran.

Para controlar el transporte, regular el flujo del gas por cada uno de los ramales de distribución y, programar el suministro de gas a cada gasocentro, vivienda o edificio en particular, el Consorcio ha establecido una Estación de Control de Operaciones, en el distrito de San Martín de Porres.

Durante el año 2011, como consecuencia de sus operaciones, se han producido una serie de irregularidades técnicas y deficiencias de seguridad, entre ellas: 1) Fugas leves pero permanentes en los ductos contiguos a los gasocentros, 2) Falta de suministro del gas, 3) Cuatro incendios de mediana envergadura, 4) Denuncias permanentes de contaminación por parte de los vecinos residentes en inmediaciones de la estación de control.

Ante ello, el 12 de marzo del 2012, el OSINERGMIN, Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Energía y Minería, con el propósito de remediar inmediatamente las irregularidades, interviene de manera intempestiva a la estación de control del Consorcio, cierra las válvulas de control e impide el flujo del gas hacia las estaciones de servicios, viviendas y edificios suministrados, argumentando que su labor primordial es garantizar la seguridad, atender inmediatamente las denuncias de los vecinos y superar de manera rápida y efectiva las irregularidades que se presenten en el transporte y distribución de gas natural. En el momento de la intervención los funcionarios del organismo regulador informaron al responsable de la estación de control que en el plazo más breve formalizarían su actuación y expedirían los documentos que la respaldan.

Como consecuencia de la intervención, el Consorcio incumple una serie de contratos de suministro con los gasocentros, viviendas y edificios suministrados, lo cual evidentemente le genera enormes pérdidas económicas y diversos tipos de agravios.

Atendiendo a las particularidades del caso, responde las preguntas que líneas abajo se formulan.

Preguntas guía

1. ¿Es el OSINERGMIN el organismo competente para supervisar las actividades de distribución y comercialización de gas natural?
2. ¿Cuándo se considera que una actuación de la administración es arbitraria?
3. Ante las irregularidades detectadas y denuncias efectuadas ¿Puede el OSINERGMIN intervenir de manera intempestiva la estación de control del Consorcio, subsanando con posterioridad la emisión de la documentación que respalda su actuación?
4. ¿Qué acción judicial podría interponer el Consorcio, de considerar que la intervención fue irregular y lo agravia?
5. ¿Cuál de las pretensiones recogidas en el artículo 5 de la ley 27584, tendría que plantear si decidiera interponer una acción judicial?
6. ¿Cómo tendría que haber procedido OSINERGMIN en el presente caso?

CASO 02

Medical Importation es una empresa que se dedica a la importación y comercialización de equipos médicos. En marzo del 2011, efectúa su declaración anual del impuesto a la renta y considera en el rubro de deducciones el monto de \$ 240.000.00 correspondientes al valor de la mercadería que le había sido hurtada del almacén en el que la mantenía. Efectúa tal deducción con el propósito de disminuir su base imponible y, consecuentemente, abonar un monto menor por concepto de impuesto a la renta.

Luego de un proceso de fiscalización documentaria, la SUNAT considera que la deducción efectuada por la empresa no correspondía, porque no se ha cumplido con los requisitos y formalidades establecidas para tal efecto. Como consecuencia de ello, procede a emitir una resolución de determinación en la que se dispone que la empresa debe pagar la suma de \$ 60.000.00 adicionales por el impuesto a la renta.

Frente a tal determinación, *Medical Importation* interpone un recurso de reclamación ante la SUNAT, entidad que mediante Resolución N° 001798-2011-SUNAT/OR declara infundado el recurso considerando que no procedía la deducción efectuada. Luego, ante la apelación planteada por la empresa, el Tribunal Fiscal confirma la resolución emitida por la SUNAT y señala que el monto que debe pagar la empresa es \$ 60.000.00.

Habiendo agotado la vía administrativa, la empresa decide interponer una demanda contencioso administrativa ante el Poder Judicial.

Preguntas guía

1. ¿Qué se entiende por actuación impugnabile? ¿Identifique cuál es la actuación impugnabile en el caso propuesto?
2. ¿Cuál es el derecho en conflicto en el caso propuesto?
3. ¿Cuándo se plantea la pretensión de nulidad de un acto administrativo y cuándo la pretensión de reconocimiento?
4. ¿Son incompatibles las pretensiones de nulidad y de reconocimiento de un derecho?
5. ¿Cuál es la pretensión que tendría que invocar la demandante? ¿La pretensión de nulidad de la resolución administrativa o la pretensión de reconocimiento de un derecho?

CASO 03

HP Computer es una empresa dedicada al desarrollo de sistemas y módulos informáticos. Participa intensivamente en concursos públicos de proveedores para entidades estatales. En el concurso convocado por el Ministerio de Energía y Minas para el diseño de un sistema de gestión y seguimiento documentario, obtiene la buena pro; hecho que se formaliza mediante resolución del representante de la entidad y la firma del contrato.

Cuando luego de 45 días la empresa ganadora se dispone a iniciar los trabajos, el Ministro recientemente nombrado le señala que el otorgamiento de la buena pro y declaratoria de su condición de ganador fueron hechas por funcionarios de la gestión anterior y por lo tanto no puede iniciar trabajos, impidiéndole el acceso a la sede el Ministerio.

Ante tal situación de *HP Computer*, considerando que tal hecho le genera pérdidas, se formulan las siguientes interrogantes:

Preguntas guía

1. ¿Qué derechos se derivan para la empresa ganadora de la buena pro?
2. ¿Cuáles son las obligaciones de la entidad adjudicante?
3. ¿Qué actuación de la administración debe impugnar?
4. ¿Cuál o cuáles son las pretensiones que puede plantear conforme a la legislación vigente?
5. ¿Qué medidas concretas tendría que dictar el juez en una eventual sentencia estimatoria?

11. BIBLIOGRAFÍA

CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Vol. I. (Traducción de la segunda edición italiana por Santiago Sentís Melendo). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1962.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. *Exposición de Motivos del Proyecto de Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo*. Diario Oficial "El Peruano", edición del 05/07/2001.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Aguilar, 1966.

GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil*. 4ª ed. Tomo I. Revisada y actualizada a la legislación vigente por Pedro Aragonés. Madrid: Civitas, 1998.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Manual de Derecho Procesal Administrativo*. 3ª Ed. Madrid: Civitas, 2001.

HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto. *Proceso Contencioso Administrativo*. Lima: Grijley, 2010.

HUAPAYA TAPIA, Ramón. *Tratado del Proceso Contencioso Administrativo*. Lima: Jurista Editores, 2006.

NORMAS LEGALES. *Guía Práctica de Impugnación Judicial de Acciones Administrativas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2009.

MONROY GÁLVEZ, Juan. *La Formación del Proceso Civil Peruano*. 3ª ed. Lima: Comunitas, 2010.

MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan; MONTÓN REDONDO, Alberto y Silvia BARONE VILAR. *Derecho Jurisdiccional I*. 17ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

PALACIO, Lino. *Manual de Derecho Procesal Civil*. 14ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

PERRINO, Pablo. *La pretensión Procesal Administrativa como Objeto del Proceso Contencioso Administrativo*. En Juan Carlos CASSAGNE (Dir.), *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, Tomo I, (pp. 409-436). Buenos Aires: La Ley, 2007.

PEYRANO, Jorge. *Derecho Procesal Civil de Acuerdo al C.P.C. Peruano*. Lima: Ediciones Jurídicas, 1995.

TUTELA DEL CONSUMIDOR CONTRA CLÁUSULAS ABUSIVAS

REYLER YULFO RODRÍGUEZ CHÁVEZ*

Resumen

En el presente trabajo se abordan los mecanismos de tutela del consumidor contra las cláusulas abusivas en los contratos de consumo que se hayan celebrado por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación. Estas modalidades contractuales imperantes en el mercado, si bien tienen la ventaja de establecer relaciones jurídicas patrimoniales entre proveedores y consumidores de manera rápida, eficiente y reduciendo al mínimo los costos de transacción (tiempo, dinero y esfuerzo que demanda contratar en el mercado), son contratos en los cuales el proveedor desarrolla todo su poder económico y su prevalencia en el manejo de la información, incluyendo en el contenido contractual cláusulas abusivas que desequilibran los derechos y obligaciones del consumidor, limitando, reduciendo o excluyendo sus derechos, o aumentando su obligaciones y cargas contractuales en contravención a la buena fe y el equilibrio contractual. Para hacer frente a las cláusulas abusivas se han instituido un conjunto de mecanismos de tutela del consumidor, que van desde la tutela privada a cargo del consumidor directamente perjudicado o mediante asociaciones representativas de los consumidores e incluso mediante el llamado autocontrol a cargo de los propios proveedores, así como también, se cuenta con mecanismos de tutela estatales, agrupados en controles de tipo administrativo, legislativo y judicial. La finalidad de todos estos mecanismos de tutela es la de proteger al consumidor previniendo o, en su caso, contrarrestando los efectos perjudiciales que las cláusulas abusivas causen en el contrato de consumo.

Palabras clave: Tutela - Consumidor - Cláusula, abusiva.

Abstract

In this paper, we address the existing consumer protection mechanisms against abusive clauses in consumer contracts adopted in line with or pursuant to general contracting laws. Although, these contractual modalities currently reigning in the market have the advantage of establishing quick and efficient legal relationships between suppliers and consumers, thereby reducing costs of transactions to a minimum (time, money and effort invested in entering into contracts in the market), they are contracts in which suppliers develop all of their financial power and their prevalence in the management of information, including abusive clauses in contracts that disturb the balance between the rights and obligations of consumers, thereby restricting, reducing or excluding their rights or increasing their contractual obligations and costs, in violation of the principle of good faith and contractual fairness. To counteract abusive clauses, a set of consumer protection measures have been implemented, ranging from the protection of private interests of directly wronged consumers to consumer representative associations, and even to the so-called self restraint of suppliers. The state has also implemented

* Juez de Paz Letrado Titular de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte - Poder Judicial del Perú.

protection measures, grouped in controls of an administrative, legislative and judicial nature, aimed at protecting consumers by preventing or, if necessary, counteracting the harmful effects of abusive contractual terms in consumer contracts.

Key words: Protection – Consumer – Abusive Clause.

Sumario

1.- Introducción: Fundamento de la Tutela del Consumidor. 2.- Las cláusulas abusivas como presupuesto de los Sistemas Control. 3.- Sistemas de tutela del consumidor contra cláusulas abusivas. 3.1.- Precisión necesaria. 3.2.- Definición de los sistemas de tutela contra cláusulas abusivas. 3.3.- Modalidades de los sistemas de tutela del consumidor contra cláusulas abusivas. 3.3.1.- Tutela autónoma o paraestatal: a) Defensa individual del consumidor. b) Tutela colectiva del consumidor. c) El autocontrol del proveedor. 3.3.2.- Tutela estatal del consumidor. 4.- Tutela estatal del consumidor. 4.1.- El control administrativo. 4.1.1.- Definición. 4.1.2.- Características: a) *Es un sistema de control previo.* b) *Es un control preventivo.* c) *Es un control evaluador.* d) *Es un sistema de control estatal.* 4.1.3.- Entidad competente. 4.1.4.- El control administrativo en el Código de Protección y Defensa del Consumidor y en el Código Civil. a) La aprobación administrativa de las cláusulas generales de contratación. b) Las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente. 4.1.5. Tutela administrativa contra cláusulas abusivas. 4.2.- El control legislativo. 4.2.1.- Definición. 4.2.2.- Características del control legislativo: a) *Es un control ex-ante.* b) *Permite regular los aspectos más importantes en relación a los contratos de consumo.* c) *Establece un catálogo de supuestos de cláusulas abusivas de ineficacia absoluta.* d) *Establece un catálogo de supuestos de cláusulas abusivas de ineficacia relativa.* e) *Otorga pautas generales al control administrativo y al control judicial.* 4.2.3. Métodos de control legislativo: a) La cláusula general. b) La lista negra de cláusulas abusivas y sus efectos. c) La lista gris de cláusulas abusivas y sus efectos. 4.3.- El control judicial. 4.3.1.- Definición. 4.3.2 Características: a) *Es un mecanismo de control posterior.* b) *Es un mecanismo generado.* c) *Es un mecanismo evaluador.* d) *Es un mecanismo declarativo.* e) *Es un mecanismo integrador y reparador.* 4.3.3.- Mecanismos de control judicial: criterios de interpretación de los contratos de consumo celebrados por adhesión y/o con arreglo a cláusulas generales de contratación.-a) Interpretación pro consumidor o favor debilis. b) La interpretatio contra stipulatorem. c) Principio de la buena fe. d) La cláusula prevalente. e) La cláusula más beneficiosa. f) La cláusula más importante. 5.- Conclusiones. 6.- Referencias Bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN: FUNDAMENTO DE LA TUTELA DEL CONSUMIDOR

El contrato de consumo se caracteriza por la intervención de dos sujetos o polos contractuales, uno que es especialista y profesional en el mercado y a quien se denomina proveedor y otro, que no tiene tal experiencia, que

en la mayoría de casos es neófita en el campo comercial, y a quien se denomina consumidor. El proveedor conoce al detalle, de manera minuciosa el procedimiento, los componentes, elementos, cantidades, ingredientes, sustancias naturales o químicas, pesos y medidas, usos permitidos y prohibidos, alcances y limitaciones, efectos en la salud y psicológicos, etc., de los productos que produce o de los servicios que ofrece en el mercado, pues es su negocio y está obligado a conocer todos los detalles para tener éxito y no perecer en el comercio. La razón es simple, su interés y su presencia en el mercado se debe a que busca “maximizar” sus ganancias y para ello estará dispuesto a realizar todo tipo de actividades y utilizar todo tipo de medios, permisibles o no, legales o no, para obtener dicho propósito maximizador.

Pero en el mercado, también existen los consumidores quienes por lo general no son especialistas en el producto que consumen o en el servicio que utilizan, no tienen el conocimiento al detalle sobre los productos o servicios que con el fin de satisfacer sus diferentes necesidades adquieren en el mercado. Pero el consumidor también tiene un objetivo maximizador que podemos resumirlo con una frase común, que los productos o servicios reúnan “las tres B”: bueno, bonito y barato. Bueno, en el sentido que permita al consumidor satisfacer sus necesidades de una manera satisfactoria. Bonito, que sea del gusto, agrado o llame la atención del consumidor. Barato, que sea accesible para la economía del consumidor y, de ser posible, que el producto o servicio se obtenga con la mayor rebaja.

El primer elemento que prima en el contrato de consumo entonces, es el manejo de una información respecto al producto o servicio que se caracteriza por ser desigual: el Proveedor posee más información y el consumidor posee menos información. A dicho desequilibrio se denomina “asimetría informativa”.

La otra característica del contrato de consumo es la forma o el ropaje con que éste se presenta en el mercado, siendo el medio más común que se utiliza la denominada contratación masiva, que permite a través de innumerables transacciones efectivizar la mayor parte de intercambios entre consumidores y proveedores en el mercado, en cuyo contexto, masas de consumidores casi al unísono, demandan grandes cantidades de productos o servicios, siendo el bloque de proveedores los encargados de ofertar tantos productos o servicios sean requeridos. Ambos polos logran atraerse jurídicamente mediante la contratación masiva que efectiviza el consumo de productos y servicios, siendo los contratos por adhesión y los contratos celebrados con arreglo a

cláusulas generales de contratación, dos de las manifestaciones más comunes de la contratación masiva¹.

En la génesis del contrato de consumo que se da bajo aquellas formas de contratación masiva, se halla implícito como fuente de autoría del mismo el poder de una de las partes, el proveedor, predisponente de las cláusulas que conforman la estructura del contrato. Así, una de las principales características del contrato de consumo como contrato masivo es “la limitación o falta de negociación” en la formulación del contrato. Sobre este punto el recordado maestro DE LA PUENTE destacaba que “el contenido del contrato ya no es el producto, el resultado del acuerdo conjunto de las partes, sino que éste es predispuesto total o parcialmente por una sola de ellas con antelación a su celebración”². En el caso de los contratos de consumo, es el proveedor quien se irroga en forma exclusiva y excluyente la facultad para diseñar y redactar el contenido del contrato.

Lo que prima en el contrato de consumo que opera bajo esquemas contractuales masivos es la presencia de una “fórmula” previamente elaborada de manera unilateral por el proveedor, que en términos de GORLA, representa una “restricción” que se emplaza a la libertad contractual o de autorregulación negocial cuando una de las partes, por no ser igual y, por ende, libre, carece del poder de participar en la redacción del contrato que viene, finalmente, predispuesto por quien ocupa una posición contractual predominante³.

Este peculiar estatus que ocupa el proveedor en el contrato de consumo lo coloca en una posición de ventaja que le permite diseñar el contenido contractual, aprovechando así la oportunidad para acomodar sus intereses en

¹ La contratación masiva es un mecanismo contractual de intercambio masivo que hace posible la concatenación de dos factores concurrentes, la producción masiva de bienes y servicios y el consumo masivo, dotándoles de vinculación jurídica. Constituye una forma de contratación a través de esquemas redactados previamente a su celebración por una de las partes. Este medio de contratación limita y en ciertos casos no admite ningún margen de negociación del contenido del contrato para una de las partes, el adherente o consumidor, pues lo que prima es la predisposición del esquema contractual; sin embargo, a cambio, otorga rapidez en la contratación y mayor eficiencia al reducir los costos de transacción en el mercado. ALPA señala que “la diferenciación de los contratos de los consumidores implica, por lo tanto, la adopción de una perspectiva más articulada respecto a aquella hasta hoy asumida por la doctrina sobre la materia: no se puede enunciar una teoría unitaria y monopólica de “contrato en general”, siendo necesario –cuanto menos con respecto a la formación, al clausulado, a la interpretación y a la ejecución del contrato– distinguir la hipótesis del contrato con base individual y de los contratos entre empresarios, o entre los profesionales, para los cuales vale el derecho común, y la hipótesis de los contratos de los consumidores, para los cuales vale, en cambio el régimen especial”, En: ALPA, Guido; «Derecho del Consumidor», Gaceta Jurídica Editores, Juan ESPINOZA ESPINOZA - traductor, Lima, 2004, p., 214 y 215.

² DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel; «El Contrato en General», Palestra Editores, Lima, 2001, Tomo I, p. 71.

³ Citado por: STIGLITZ, Rubén S. y STIGLITZ, Gabriel A.; «Contratos por Adhesión, Cláusulas Abusivas y Protección al Consumidor», Editorial Depalma, Argentina, 1985, p. 28.

procura de ventajas a costa de su contraparte en el contrato, el consumidor o receptor del esquema contractual elaborado por aquél.

Así entonces, el contrato de consumo que por lo general se celebra mediante contratos por adhesión o sujeto a cláusulas generales de contratación, en la práctica no hace sino viabilizar la asimetría informativa y el dominio del proveedor en la redacción del contrato.

Este es el escenario ideal donde tienen lugar las denominadas cláusulas abusivas. Pues el contrato de consumo, dada la superioridad del proveedor, es en realidad el instrumento perfecto donde aquél puede obtener ventajas desmedidas a costa y en perjuicio del consumidor, imponiendo cláusulas abusivas en el contenido contractual. Este tipo de cláusulas como lo destaca DI IORIO, “resulta consecuencia del predominio de una de las partes que le permite conducir toda la operación e imponer cláusulas que derogan los principios generales establecidos por la ley, reemplazándolos por cláusulas opresivas, contrarias al principio de la buena fe, que terminan por afectar la equivalencia de los intereses bilaterales”⁴.

No obstante, la presencia de las cláusulas abusivas en el contrato de consumo y sobre todo los nocivos efectos que producen en los derechos del consumidor, precisamente ha motivado el establecimiento de un conjunto de pilares de tutela del consumidor desde diversos frentes y cuyo cometido común es el de prevenir o restablecer las desigualdades que se acentúan y agravan con la presencia de cláusula abusivas en el contrato de consumo.

2. LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS COMO PRESUPUESTO DE LOS SISTEMAS CONTROL

La manera en que el proveedor consolida su sola voluntad, es justamente mediante la inclusión en el contrato de consumo de cláusulas abusivas. Como destacan los STIGLITZ, estas cláusulas se incorporan con la finalidad inequívoca “de consolidar la posición contractual del predisponente con una

⁴ DI IORIO, Alfredo J.; «Las cláusulas generales de contratación en el código civil peruano y el ordenamiento jurídico latinoamericano», En: *El Código Civil Peruano y el Sistema Jurídico Latinoamericano*, Editorial Cultural Cuzco, Lima, 1985, p. 413. Es importante ver la perspectiva de MORALES, quien señala que los contratos de consumo se caracterizan por su carácter potencialmente abusivo y por tanto desequilibrado de algunas de estas cláusulas (*clauses abusives, unfair terms, clause vessatorie*), así como su crítica respecto a la defectuosa definición que sobre el contrato de consumo hace el art. 45° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, Véase: MORALES HERVIAS, Rómulo; «La definición del contrato de consumo en el Código de Protección y Defensa del Consumidor», En: *Actualidad Jurídica*, Gaceta Jurídica Editores, Setiembre, 2010, p. 35.

sobreviniente situación de desequilibrio debido a la falta de reciprocidad en las prestaciones debidas y, correlativamente con la inclusión de ventajas que solamente se estipulan en beneficio del predisponente”⁵.

El poder que ostenta el proveedor y que se ve reflejado en el completo dominio de la esfera contractual, es el que le permite muchas veces cometer excesos y abusos en desmedro del consumidor. REZZÓNICO precisa que “es a través de las diversas cláusulas específicas como el estipulante lleva a la práctica, fundamentalmente, su situación de ventajoso predominio negocial: excluyendo la responsabilidad, imponiendo un régimen arbitrario para la carga de la prueba, fijando plazos excesivamente cortos para el ejercicio de las eventuales acciones”⁶.

BRICKS alcanza que son abusivas las cláusulas que entrañen en ventaja exclusiva del empresario un desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes siempre que lo sea en un contrato por adhesión concluido entre un empresario y un consumidor, unilateralmente prerredactado por el primero⁷. SOTO las define señalando que “se considerarán abusivas todas las cláusulas o condiciones de los contratos predispuestos que atribuyan al predisponente derechos y facultades exorbitantes o introduzcan limitaciones o restricciones en los derechos y facultades de los adherentes. Igualmente, serán abusivas las cláusulas que supriman o reduzcan las obligaciones y responsabilidades del predisponente o cuando aumenten las obligaciones y cargas del adherente, trayendo como consecuencia una desnaturalización o desequilibrio en la relación jurídica creada por el contrato”⁸.

En este sentido, podrá ser considerada como abusiva, aquella cláusula o conjunto de ellas que en la relación de consumo concretada mediante contratos por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, impongan un desbalance en los derechos y obligaciones del proveedor y consumidor, con el objeto de reflejar beneficios exclusivos o excesivos para el proveedor a costa del consumidor.

⁵ STIGLITZ, Rubén S. y STIGLITZ, Gabriel A.; cit., p. 96.

⁶ REZZÓNICO, Juan Carlos; «Contratos con Cláusulas Predispuestas. Condiciones Negociales Generales», Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 449.

⁷ Cita de: STIGLITZ, Rubén S. y STIGLITZ, Gabriel A.; cit., p. 95.

⁸ SOTO, Carlos Alberto; «Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos», En: *Contratación Privada*, Soto Coaguila, Carlos Alberto y Jiménez Vargas-Machuca, Roxana: coordinadores, Editorial Jurista, Lima, 2002, p. 237. DE LA PUENTE entendía que una cláusula abusiva debe ser interpretada como excesiva u onerosa, que reporta una ventaja indiscriminada a favor de uno de los contratantes en menoscabo del otro, DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel; *El Contrato en General*, cit., p. 784.

Nuestro Código de Protección y Defensa del Consumidor parece haber limitado la concepción de cláusula abusiva a aquellas estipulaciones “no negociadas individualmente” que tienen lugar en el ámbito de los contratos por adhesión y de las cláusulas generales de contratación, y que “no hayan sido aprobadas administrativamente”, conforme se puede apreciar del artículo 40° del Código citado.

Las cláusulas abusivas materializan situaciones de desequilibrio o desigualdad en la titularidad de los derechos y obligaciones. Pues por un lado, la situación de superioridad del proveedor le permite autoconcederse mayores derechos o facultades, o, reducir, limitar o exonerar, total o parcialmente, sus obligaciones o cargas contractuales⁹. En tanto que del otro lado de la palestra, se concreta y acentúa una situación de desventaja injustificada para el consumidor expresada mediante el incremento excesivo de sus obligaciones y cargas, o, la limitación o supresión de sus derechos o facultades contractuales¹⁰.

Para determinar el carácter abusivo de una cláusula contractual, la tendencia básicamente ha sido la de fijar ciertos criterios o parámetros en base a los cuales sea factible determinar cuándo una cláusula es abusiva y cuándo no. Como principales criterios encontramos la existencia de un “desequilibrio injustificado en los derechos y obligaciones de las partes” que se deriven del contrato, la directa “contravención al principio de la buena fe contractual o al principio de la equidad”, la “contravención a las normas de orden público y a las buenas costumbres”¹¹.

Nuestro Código de Protección y Defensa del Consumidor en su artículo 49° ha recogido como criterios para calificar como abusivas las cláusulas que “*contravengan las exigencias de la buena fe*” y “*generen una situación de desventaja o desigualdad o anulen los derechos del consumidor*”.

⁹ En esta faceta de la cláusula abusiva, es el proveedor, estipulante del contrato, quien se irroga para sí mismo una serie de ventajas, que configuran luego un evidente desequilibrio en relación a la posición de su contraparte en el contrato de consumo.

¹⁰ En el mismo sentido destaca DIEZ PICAZO, Luis; «Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial», Quinta edición, Editorial Civitas, Madrid, Volumen primero, 1996, pp. 380-381.

¹¹ DE CASTRO alude a las condiciones generales contrarias a la buena fe y a las buenas costumbres o por constituir un abuso de derecho, Véase DE CASTRO Y BRAVO, Federico; «Las Condiciones Generales de los Contratos y la Eficacia de las Leyes», Segunda edición, Editorial Civitas, Madrid, 1987, p. 76. SOTO considera como criterios: a) una desviación del principio de la buena fe contractual, b) una desnaturalización o desequilibrio de la relación contractual, c) un detrimento o perjuicio en contra del adherente al esquema contractual y, d) una atribución exorbitante en favor del predisponente del esquema contractual, SOTO COAGUILA, Carlos Alberto; “Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predisuestos”, *cit.*, p. 237.

3. SISTEMAS DE TUTELA DEL CONSUMIDOR CONTRA CLÁUSULAS ABUSIVAS

3.1 Precisión necesaria

Es pertinente señalar que la razón que ha justificado el enorme desarrollo y el interés por la implementación de mecanismos de tutela del consumidor contra las cláusulas abusivas en los diversos ordenamientos jurídicos, ha sido precisamente la necesidad de evitar que mediante el empleo de contratos de consumo celebrados bajo la modalidad de adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, se haga uso indiscriminado de estipulaciones o cláusulas que por lo general al obedecer al designio unilateral del proveedor, conlleven inevitablemente a causar un grave perjuicio en desmedro de los consumidores. De allí que sostengamos que es esencialmente la necesidad de prevenir la existencia de cláusulas abusivas o de contrarrestar las ya existentes, la razón que se consolida como presupuesto de los sistemas de control, concretamente en los contratos de consumo celebrados por adhesión o con arreglo a las cláusulas generales de contratación.

DIEZ PICAZO ha comentado el tema en relación a los contratos por adhesión, en los cuales se acentúa poder unilateral del predisponente, señalando que el problema esencial respecto a ellos reside en la articulación de un régimen jurídico que haga posible el deseo de evitar o en su caso suprimir los posibles abusos que se puedan generar por la situación preponderante de una de las partes¹².

Es pues, la debilidad contractual o estado de desventaja en que se halla el consumidor, y que principalmente se consolida mediante la inclusión en el contrato de cláusulas abusivas por parte del proveedor, la causa motriz de los sistemas jurídicos de control, cuya función contra ellas está destinada a evitar su presencia o a contrarrestar sus consecuencias, dejándolas sin efecto, privándolas de la posibilidad de concretar el abuso contra el consumidor.

3.2 Definición de los sistemas de tutela contra cláusulas abusivas

Los sistemas de control son aquellos mecanismos con relevancia jurídica que de manera preventiva o en forma posterior, pública o privada, y en forma complementaria y coordinada, buscan evitar la existencia de excesos que pudieran generarse por la eventual presencia de cláusulas abusivas, o a

¹² DIEZ PICAZO, Luis; Volumen primero, cit., p. 350.

contrarrestar aquellos abusos de haberse ya producido, con el único fin de mantener en pie o, en su caso, de restablecer el equilibrio contractual entre los derechos y obligaciones de las partes.

Bajo esa premisa, el control contra las cláusulas abusivas puede darse en dos momentos, de manera previa, cuando se vigila que el futuro contenido de los contratos de consumo a celebrarse por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, antes de entrar en el tráfico mercantil, no contengan cláusulas abusivas, y de manera posterior; cuando una vez celebrado el contrato y al haberse corroborado la existencia de cláusulas abusivas, se busca como objetivo dejarlas sin efecto y restablecer el desequilibrio que hayan generado¹³.

3.3 Modalidades de los sistemas de tutela del consumidor contra cláusulas abusivas

3.3.1 Tutela autónoma o paraestatal

Esta forma de control es ejercida al margen de toda intervención estatal directa. La titularidad corresponde a los particulares, sea individualmente o en forma grupal. De lo que se trata aquí señala GALGANO, es “de institucionalizar las técnicas participativas de la comunidad, que coloquen en manos de los grupos humanos ciertos poderes eficientes de acción y reacción con relación a los sectores empresariales”¹⁴. Son los ciudadanos los que, al entrar inevitablemente en relaciones de consumo masivo, se han visto en la necesidad de implementar determinados mecanismos para autoprotgerse de los proveedores que ostentan el mayor poder negocial en el escenario contractual.

AMAYA alcanza que ese control paraestatal o autónomo es un mecanismo de autotutela de los consumidores que individual o colectivamente a través de sus asociaciones, buscan la posibilidad de imponer su voluntad negocial a la contraparte que se halla generalmente en una situación de superioridad¹⁵.

¹³ GALDÓS tomando como base el derecho a la igualdad refiere con aguda inferencia que en este caso el orden jurídico concurre para nivelar las desigualdades y consagrar, sobre todo en casos dudosos, normas de protección del débil o del vulnerable a fines de conferir operatividad al mandato constitucional de la igualdad ante la ley, GALDÓS, Jorge Mario; «El principio favor débilis en materia contractual. Algunas aproximaciones en el derecho argentino», En: *Contratación Privada*, (Soto Coaguila, Carlos Alberto y Roxana Jiménez Vargas-Machuca: coordinadores), Editorial Jurista, Lima-Perú, 2002, p. 141.

¹⁴ Cita de: STIGLITZ, Rubén S. y STIGLITZ, Gabriel A.; cit., p. 17.

¹⁵ AMAYA AYALA, Leoni Raúl; «La letra pequeña que nadie lee. Sistemas de control contra las cláusulas abusivas», En: *Revista Actualidad Jurídica*, Gaceta Jurídica, Tomo 120, Lima, Noviembre 2003, p. 54.

a) Defensa individual del consumidor:

El control autónomo puede ser ejercido de manera individual cuando el propio consumidor perjudicado con el abuso o que se halla en situación de desequilibrio, ejerce determinadas acciones de protección contra cualquier abuso injustificado que se presente en el contrato. Los STIGLITZ postulan que la acción individual corresponde al consumidor afectado que opta por hacer valer de ese modo la fracción del interés grupal que personalmente le compete¹⁶.

SOTO afirma que esta defensa individual contra las cláusulas abusivas se realiza mediante el ejercicio de su libertad de contratación, que le permitirá decidir si contrata o no bajo determinadas condiciones, pues nadie está obligado a contratar. Sin embargo, el mismo autor considera que esta forma de defensa, dadas las características del tráfico masivo, resulta mayormente inviable, pues la necesidad de la adquisición de bienes y servicios básicos, que se encuentran monopolizados, “obligan” a contratar “sí o sí” a los consumidores o usuarios, sin dejar otra alternativa¹⁷.

Por otro lado, debemos señalar que el control individual no siempre tiene carácter preventivo, dada la limitada fuerza de presión que se tiene frente al empresario, por lo que comúnmente solo queda recurrir después de celebrado el contrato por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, a los mecanismos de tutela que para tal efecto han previsto las diferentes normas como el Código de Protección y Defensa del Consumidor¹⁸.

Sobre este mecanismo de control, el Código de Protección y Defensa del Consumidor establece en el artículo 107° que el proceso por infracción a los derechos del consumidor ante INDECOPI, como el derecho a que en los contratos de consumo por adhesión o sujetos a cláusulas generales

¹⁶ STIGLITZ, Rubén S. y STIGLITZ, Gabriel A.; cit., p. 258.

¹⁷ SOTO COAGUILA, Carlos Alberto; «Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos», cit., p. 238-239.

¹⁸ Los STIGLITZ comentan que el desaliento del consumidor individual para presentar reclamos frente a las empresas se debe: a) la soledad del consumidor, b) obstáculos de naturaleza psicológica, ligado a la falta de conciencia de cuáles son sus derechos, cuando son vulnerados y sobre la posibilidad de accionar mecanismos judiciales de defensa, ausencia de conocimientos técnicos y jurídicos, resistencia a consultar al abogado, etc. c) exigüidad de la lesión, cuando el asunto por su escasa importancia económica no justifica del consumidor la reparación del aquel costo psicológico que implica la decisión de demandar, d) el carácter misterioso de la justicia, dado el vocabulario y formalidades del proceso, e) la lentitud de la justicia, f) los gastos de la justicia, lleva al consumidor a resignar la idea de hacer reconocer sus derechos por las vías legales, Véase: STIGLITZ, Rubén S. y STIGLITZ, Gabriel A.; cit., p. 260.

de contratación no contengan cláusulas abusivas, puede ser iniciado a instancia del consumidor lesionado, pudiendo en el proceso participar activamente, e interponer los recursos y solicitudes que crea pertinente a su derecho. Incluso, el consumidor lesionado podrá formular su reclamo o queja directamente ante el proveedor, solicitando para ello el libro de reclamaciones, el mismo que debe ser remitido por los establecimientos comerciales al INDECOPI, tal como lo estipula el artículo 152° del Código analizado.

b) Tutela colectiva del consumidor:

De otro lado, encontramos al control colectivo, que es aquel que se realiza a través de las agrupaciones o asociaciones de consumidores, entidades que encarnan la tarea de protección contra una serie de abusos en las relaciones contractuales masivas, en algunos casos solo a sus asociados o integrantes y, en otros, incluso a quienes se hallan fuera de sus listas. Está caracterizado principalmente porque lo conforman una pluralidad de consumidores, la existencia de una organización colectiva y el respaldo ciudadano e incluso estatal, elementos que en conjunto dotan a esta forma de defensa el soporte necesario para hacer frente a las grandes corporaciones, monopolios o el poder abusivo de los empresarios.

La intervención grupal está permitida pues cuando de los derechos de los consumidores se trata, estamos frente a un interés difuso, digno de tutela y amparo. ALPA estima que el interés difuso es una "*fictio iuris*" que se traduce en la "*expresión resumida de todos los intereses individuales*" y cuyo objetivo es volver relevantes todos aquellos intereses individuales que no serían accionados y protegidos por la inercia, por la indiferencia o las limitaciones del individuo¹⁹. De allí que la lesión o el abuso del interés individual conllevan, inevitablemente, a la lesión del interés grupal o difuso cuya titularidad corresponde a todos en general y a nadie en particular.

Generalmente estas agrupaciones de defensa de los consumidores actúan como una fuerza de contrapeso frente al autor de los contratos de consumo, con el objeto de lograr ciertos remedios en los contratos

¹⁹ Cita de: AMAYA AYALA, Leoni Raúl; cit., p. 59. VITTORIO señala que el interés difuso sirve, "para calificar a los que pertenecen indistintamente a una pluralidad de sujetos, en cuanto integrantes de una comunidad conformada alrededor de un ligamen objetivo: la pretensión de goce, por parte de cada uno de ellos, de una misma prerrogativa, en virtud de la indivisibilidad de los bienes perseguidos, por su naturaleza insusceptibles de apropiación exclusiva", Cita de: STIGLITZ, Rubén S. y STIGLITZ, Gabriel A.; Ob. cit., p. 14.

a favor el público consumidor. RIPERT comenta que estas agrupaciones “se han hecho permanentes y organizadas. Agrupaciones de interesados hablan en nombre de todos, se encuentran en relaciones constantes con los parlamentarios, saben rogar, exigir, amenazar”²⁰. Incluso, como afirma AMAYA, este control puede ir desde la redacción previa del modelo del contrato, antes de que sea puesto a disposición del consumidor, hasta la organización de un sistema de acuerdos colectivos de consumo, donde los modelos contractuales que serán utilizados para entablar relaciones contractuales, pueden ser negociados con la co-participación de empresarios y consumidores²¹.

La finalidad de estas asociaciones es proteger los derechos de los consumidores consagrados. En tal sentido SOTO manifiesta que “el control se da principalmente mediante difusión de la información a los consumidores y usuarios que normalmente les es vedada por el predisponente. Ejercen presión sobre las empresas que incorporan cláusulas leoninas o abusivas en los contratos masivos, formulan denuncias ante el órgano encargado de la defensa de los consumidores, esto es, INDECOPI”²².

Por otro lado, debe precisarse que el control grupal o colectivo, en esencia tiene un carácter preventivo, en cuanto busca dejar sin efecto los posibles abusos que pueda cometer el proveedor, vigilando que los contratos de consumo no contengan cláusulas abusivas para los consumidores o contribuyendo en la elaboración de los formularios de futuros contratos a colocarse en el mercado. Sin embargo, sus alcances no se agotan con la prevención, sino también tienen facultades de defensa posterior, una vez celebrado el contrato y cuando se han evidenciado las cláusulas abusivas. En este caso, las asociaciones de consumidores actúan demandando el restablecimiento del equilibrio en las relaciones contractuales que han sido alteradas por la presencia de cláusulas abusivas y, de no ser posible, podrán solicitar la extinción del contrato celebrado con cláusulas abusivas y, en ambos casos, podrán solicitar el resarcimiento que corresponda al consumidor.

²⁰ Cita de: REZZÓNICO, Juan Carlos; cit., p. 34.

²¹ AMAYA AYALA, Leoni Raúl; cit., p. 55.

²² SOTO COAGUILA, Carlos Alberto; «Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos», cit., p. 238-239. En nuestro país, es loable la enorme tarea que viene desempeñando la ASPEC, Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios, cuya eficacia se ve plasmada en la defensa de los derechos de los consumidores. Se centra en el control de los precios y condiciones de los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado, verificando si éstos reúnen los parámetros permitidos y que no afecten los derechos de consumidores y usuarios. No obstante sus alcances son limitados, pues solo tiene acción sobre determinadas áreas del país.

Nuestro Código de Protección y Defensa del Consumidor ha regulado el tema en el artículo 153° de una manera trascendente. En primer lugar, reconoce el alcance tuitivo de las asociaciones de consumidores en tres esferas: asociativa, individual y colectiva o difusa. En la esfera asociativa, las asociaciones de consumidores tienen alcance para proteger en forma exclusiva a sus asociados, es decir a las personas que la han constituido, los que realizan sus aportes periódicos para sustentar a la organización; vale decir, aquellos miembros que tienen la capacidad para elegir a los miembros directivos o para ser elegidos como parte de la dirección en el interior de la asociación. Por otro lado, las asociaciones de consumidores, también tienen facultades para promover acciones en defensa de aquellos consumidores particulares que les hayan otorgado poder para tal efecto. Finalmente, las asociaciones de consumidores también pueden accionar en defensa de intereses colectivos, es decir de intereses o derechos de grupos determinados de consumidores e, incluso, pueden defender intereses difusos, es decir intereses o derechos que pertenecen a los consumidores en general o comunidades indeterminadas de consumidores.

Las asociaciones de consumidores para poder ejercer efectivamente tales medios de tutela, deben estar constituidas como asociación civil sin fines de lucro, estar registrada en el libro de personas jurídicas, cumplir su finalidad de proteger, defender, informar y representar a los consumidores, no recibir financiamiento de los proveedores, entre otros requisitos señalados en los artículos 153° al 159° del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

c) El autocontrol del proveedor

POLO señala que como forma de control voluntario a la figura del “control preventivo” y dentro de este a la figura del “*autocontrol*”, que consiste en la renuncia voluntaria de las propias empresas a imponer unilateralmente sus propias condiciones, para lo cual elaboran ciertos códigos voluntarios de conducta, donde se limitan a enunciar los principios relativos a diversos tipos de condiciones que deben o no utilizarse en los contratos²³.

En este caso, los agentes activos del control son los propios empresarios o proveedores, quienes por propia iniciativa, con el afán de proyectar en el mercado la imagen de una empresa respetuosa de los derechos e intereses

²³ POLO, Eduardo; «Protección del Contratante Débil y Condiciones Generales de los Contratos», Editorial Civitas, Primera edición, Madrid, 1990, p. 43-44.

de los consumidores, desarrollan programas preventivos, como una suerte de “responsabilidad social en materia de derechos del consumidor”. Para ello elaboran reglamentos, directivas, procedimientos, grupos de trabajo y proveen de espacios para el acceso directo y la discusión mutua con los consumidores²⁴.

3.3.2 Tutela estatal del consumidor

Aquí encontramos tres tipos de sistemas que tratan de proteger al consumidor contra las cláusulas abusivas. Estos mecanismos se agrupan en un control ex-ante y en un control ex-post. Dentro del primero grupo encontramos al control administrativo y al control legislativo, y dentro del segundo al control judicial.

4. TUTELA ESTATAL DEL CONSUMIDOR

4.1 El control administrativo

4.1.1 Definición

El control administrativo, es un control previo y preventivo, ejercido por la administración estatal, sea directamente o a través de la delegación de entidades sectoriales, con el fin de verificar, depurar y aprobar con antelación el contenido de las cláusulas que integrarán los futuros contratos de consumo a celebrarse por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación. Incluso, mediante este control se puede suprimir en forma previa aquellas cláusulas con contenido abusivo que puedan generar desequilibrio en las futuras relaciones contractuales. El objetivo de este mecanismo es la protección del consumidor antes de que pueda verificarse cualquier tipo de abuso o situación desventajosa que pretenda consolidar el proveedor a través del contenido contractual.

Para CÁRDENAS, el control administrativo “es el que se realiza a través de la Administración Pública con la finalidad de que ésta verifique el cumplimiento de las normas que en relación con esta modalidad de contratación han sido

²⁴ El Código de Protección y Defensa del Consumidor en su artículo 141° relativo al Sistema de Arbitraje de Consumo como forma gratuita y rápida de resolver el conflicto entre consumidores y proveedores, permite que los proveedores que se adhieran a este mecanismo, puedan publicitarlo por diferentes medios de información utilizando un distintivo especial, como una suerte de emblema que representa públicamente la voluntad previa de un determinado proveedor, de que ante un conflicto con un consumidor, aquél se sujetará a esta forma de arbitraje de consumo para resolver la discrepancia.

dictadas²⁵. En virtud de este control, sostiene FERRARA, la administración pública ejerce una congruente función de control sobre las actividades productivas y, más en particular, sobre las praxis mercantiles y negociales que emplean las empresas al entrar en contacto con los consumidores²⁶.

DE LA PUENTE manifestaba que el control administrativo descansa en dos consideraciones. La primera consiste en que el predisponente somete a las cláusulas generales de contratación para que la administración acredite su idoneidad, tanto para regir el tráfico de masas como su capacidad para proteger debidamente los derechos de ambas partes, en especial los derechos del consumidor. La segunda consideración consiste en que al haber sido depuradas administrativamente las cláusulas generales de contratación, son convenientes para regular los contratos particulares que se celebren en base a ellas, incorporándose automáticamente a las ofertas que se formulen²⁷.

4.1.2 Características

Como principales características de este control podemos indicar las siguientes:

- a) *Es un sistema de control previo*. Los distintos procedimientos generalmente han sido constituidos para ejercer un control ex-ante de las cláusulas que pasarán a formar parte de futuros contratos de consumo a celebrarse por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación. Es previo, además, porque actúa como un filtro necesario al que deberán someterse determinados contratos antes de que pasen a formar parte del campo contractual propiamente dicho. Como postula MROCH, sería más acertado examinar previamente la razonabilidad de las cláusulas generales en vez de hacerlo recién cuando se produce el litigio²⁸.

²⁵ CÁRDENAS QUIROZ, Carlos; «Las cláusulas generales de contratación y el control de las cláusulas abusivas», En: *Contrato y Mercado*, Gaceta Jurídica Editores, Primera edición, Lima, 2000, p. 113.

²⁶ Cita de: AMAYA AYALA, Leoni Raúl; cit. p., 55. BORDA destaca con acierto que la aprobación administrativa sólo significa que el órgano de control no tiene nada que oponer a las condiciones generales del contrato por adhesión, pero esta función de vigilancia preventiva no supone una delegación de facultades que permita, sin más, elevar al plano legislativo las condiciones generales redactadas por una empresa, ni que les de eficacia para derogar las disposiciones imperativas que contradigan, BORDA, Alejandro; "Evolución de los derechos del consumidor en la legislación argentina", En: *Instituciones de Derecho Privado. Contratación Contemporánea. Teoría General y Principios*, Alterini, Atilio Aníbal; De los Mozos, José Luis y Soto Coaguila, Carlos Alberto, Directores, Editorial Themis, Bogotá-Colombia, 2001, p. 476.

²⁷ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel; «El Contrato en General», Tomo I, cit., p. 746.

²⁸ Cita de: REZZÓNICO, Juan Carlos; cit., p. 250.

- b) *Es un control preventivo.* Pues se estima que mediante un control administrativo previo podrá evitarse, en los futuros contratos de consumos a celebrarse, la existencia de cláusulas abusivas que desequilibren la relación jurídica patrimonial en desmedro del consumidor. Así lo destaca también GONZÁLES al señalar que “la ventaja que importa este sistema es que se reconoce con anticipación las cláusulas abusivas o de carácter ilícito evitando el perjuicio a las personas que contraten con arreglo a ellas”²⁹. De esta manera, al eliminar previamente las cláusulas abusivas, se evitarán y disminuirán conflictos posteriores que se hubieran presentado de no haber actuado preventivamente un control administrativo. En el mismo sentido SCHREIBER señalaba que con este precepto se persigue un “*propósito cautelatorio*” en el entendido que la aprobación por la autoridad administrativa significa un filtro que evitará el abuso del contratante poderoso frente al débil, esto es, la defensa del consumidor³⁰.
- c) *Es un control evaluador.* Pues la administración pública tendrá que analizar cláusula por cláusula del contrato de consumo, para determinar y autorizar aquellas cláusulas que pasarán a formar parte del futuro contrato. El examen pasa por analizar tres momentos: *primero*, se verificarán las cláusulas que pasan el test de respeto a los derechos de las partes, la buena fe y en el contexto del contrato son acordes al equilibrio contractual; *segundo*, se tendrá que evaluar qué cláusulas generan alguna leve alteración al equilibrio contractual pero que pueden ser reformuladas y; *tercero*, examinar qué cláusulas deberán ser definitivamente expulsadas del esquema contractual al verificarse su contenido abusivo en el contrato. Pasado el examen, las cláusulas serán aprobadas y por tanto el proveedor queda legitimado para emplearlas en la celebración de futuros contratos de consumo.
- d) *Es un sistema de control estatal.* Es un mecanismo de protección encomendado a la administración pública, sea a través de las diferentes entidades de cada sector, o a través de una única instancia administrativa. Es el Estado quien se irroga la potestad de controlar preventivamente el contenido de las cláusulas en defensa de aquél considerado como débil contractual, es decir, el consumidor.

²⁹ GONZÁLES BARBADILLO, Elvira, «Comentario al artículo 1393 del Código Civil», En: *Código Civil Comentado por los Cien Mejores Especialistas*, Fuente de las Obligaciones, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 2004, Tomo VII, p.347.

³⁰ SCHREIBER PEZET, Max Arias; «Exégesis del Código Civil Peruano de 1984», Gaceta Jurídica Editores, Lima, Tomo I, 1998, p. 163.

4.1.3 Entidad competente

El control administrativo, como ya indicamos, lo ejerce el Estado a través de la administración pública. Ahora, la delegación de ese mecanismo de control puede recaer en un ente único de control o, indistintamente, en órganos administrativos de los diferentes sectores que ameriten un control administrativo, como el sector transportes, financiero y de seguros, servicios públicos como agua, luz, teléfono, entre otros.

En cualquiera de los supuestos anteriores, sea el órgano único o cada instancia en su sector respectivo, ejercen iguales atribuciones en relación al empleo de los mecanismos que proporciona este control, depurando las cláusulas que a su criterio se estimen abusivas.

El Código de Protección y Defensa del Consumidor en su artículo 54°, establece que las cláusulas generales de contratación se aprueban por la entidades administrativas competentes, dentro de las cuales encontramos a la Superintendencia Nacional de Banca y Seguros (SBS), al Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL), el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN), entre otros.

El artículo 349°, inciso 8) de la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la SBS, señala como atribución del superintendente: *“Establecer las normas generales que regulen los contratos e instrumentos relacionados con las operaciones señaladas en el Título III de la Sección Segunda de la presente ley; y aprobar las cláusulas generales de contratación que le sean sometidas por las empresas sujetas a su competencia, en la forma contemplada en los artículos pertinentes del Código Civil”*.

Otro caso de control administrativo a cargo del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones -OSIPTEL-, lo encontramos en el Decreto Supremo N° 027-2004-MTC que aprueba el Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, que en su artículo 64° dispone: *“La prestación del servicio telefónico está sujeto a un contrato que suscribirán el concesionario y el abonado, de acuerdo a cláusulas generales de contratación aprobadas por Osiptel y publicadas en la guía de abonados”*.

Similar atribución tiene el Consejo Directivo del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público -OSITRAN-. El Decreto Supremo N° 010-2001-PCM, Reglamento General del OSITRAN,

permite que dentro de sus funciones normativas pueda dictar reglamentos y normas de carácter general sobre determinados asuntos. Específicamente el artículo 24° de dicha norma, menciona dos supuestos interesantes. En su inciso “h” estipula que esta facultad normativa puede darse respecto a: “h) *Condiciones de acceso a la infraestructura y a la provisión equitativa de los servicios vinculados a la misma, incluyendo la oportunidad, la continuidad y en general los términos y condiciones de contratación, pudiendo excepcionalmente aprobar los formatos de contratos, de ser ello necesario*”. Asimismo, también permite tal facultad en el inciso “k”, para normar o reglamentar “*cláusulas generales de contratación aplicables a los contratos de concesión de infraestructura*”³¹.

4.1.4 El control administrativo en el Código de Protección y Defensa del Consumidor y el Código Civil

a) La aprobación administrativa de las cláusulas generales de contratación

El Código de Protección y Defensa del Consumidor en su artículo 53°, establece que el tema de las cláusulas generales de contratación se rige por sus normas y por el Código Civil.

En materia del consumidor, el artículo 54° del Código de Protección y Defensa del Consumidor dispone que son las entidades administrativas las competentes para aprobar las cláusulas generales de contratación que serán utilizadas en los futuros contratos de consumo, haciendo referencia a los órganos reguladores de servicios públicos como sería el caso de OSIPTEL, OSITRAN o SUNASS. También se hace referencia al sector bancario, seguros y pensiones a través de la SBS. Es más, en el inciso 54.4 del artículo comentado, se estipula que incluso el INDECOPI puede solicitar a la Presidencia del Consejo de Ministros que designe a una autoridad en caso se detecte la necesidad de la aprobación de cláusulas generales de contratación en algún sector donde no tengan competencia alguna de las anteriores entidades administrativas.

El artículo 55° del Código de Protección y Defensa del Consumidor resulta de mucha importancia, pues establece un deber de publicidad para las entidades administrativas, debiendo difundir no solo las cláusulas generales de contratación que hayan sido aprobadas por estas entidades, sino también,

³¹ De acuerdo a la definición dada por la Ley en su artículo 1, se entiende por infraestructura, al sistema compuesto por obras civiles e instalaciones mecánicas, electrónicas u otras, mediante las cuales se brinda un servicio de transporte o que permiten el intercambio modal, siempre que sea de uso público, a las que se brinde acceso a los usuarios y por los cuales se cobre una prestación.

el deber de difundir las cláusulas abusivas que se hayan detectado, emitiendo normas de carácter general prohibiendo su inclusión en contratos futuros.

La “difusión” de las cláusulas generales de contratación, adquiere especial relevancia jurídica, pues como veremos al analizar el Código Civil, dicho mecanismo dota a dichas cláusulas del poder para incorporarse como parte de los futuros contratos de consumo que se celebren con arreglo a ellas.

Por su parte, el Código Civil ha establecido una regulación general del control administrativo de las cláusulas generales de contratación, estableciendo en su artículo 1393° que: *“Las cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa se incorporan automáticamente a todas las ofertas que se formulen con arreglo a ellas, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1395”*.

Esta norma confiere a las cláusulas generales de contratación aprobadas administrativamente, la posibilidad de formar parte de las ofertas de contratos futuros a celebrarse con arreglo a ellas. DE LA PUENTE argumentaba al respecto que *“gran parte de la eficacia del sistema de las cláusulas generales de contratación radica en establecer el procedimiento de aprobación administrativa de dichas cláusulas, que confiere a las cláusulas aprobadas el poder de incorporarse automáticamente a todas las ofertas que se formulen para contratar con arreglo a ellas”*³².

Es decir, la aprobación administrativa tan solo es carta de pase para que las cláusulas generales se incorporen a las ofertas de contratos futuros. Pues el contrato solo tendrá lugar una vez que la oferta propuesta por el predisponente con arreglo a cláusulas generales de contratación aprobadas administrativamente, sea posteriormente aceptada por el adherente o consumidor.

b) Las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente

Un tema que es importante determinar en materia de protección del consumidor contra las cláusulas abusivas, sobre todo por los efectos que produce, es respecto a las cláusulas generales de contratación que no habiendo sido aprobadas administrativamente, por aplicación supletoria del artículo 1397° del Código Civil, pueden ser incorporadas válidamente a las ofertas de contratos de consumo que se pretendan celebrar con arreglo a ellas.

³² DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel; «Las cláusulas generales de contratación y la protección al consumidor», En: Contratación Privada, (Soto Coaguila, Carlos Alberto y Roxana Jiménez Vargas-Machuca: coordinadores), Editorial Jurista, Lima, 2002, p. 300.

El asunto es relevante porque conforme al artículo 49° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, solamente se hallan dentro del concepto general de cláusula abusiva, aquellas cláusulas generales de contratación que *no hayan sido aprobadas administrativamente* y que en contra de las exigencias de la buena fe, coloquen al consumidor, en su perjuicio, en una situación de desventaja o desigualdad o anulen sus derechos.

El artículo 1397° del Código Civil, alude básicamente a tres formas mediante las cuales se considera que las cláusulas generales de contratación quedan incorporadas a la oferta de un contrato particular, sin necesidad de aprobación administrativa previa: a) cuando las cláusulas generales de contratación han sido puestas en conocimiento directo de la contraparte que no ha intervenido en su formulación; b) cuando la contraparte haya podido conocer las cláusulas generales de contratación usando una diligencia ordinaria y; c) cuando se presume que la contraparte ha conocido las cláusulas generales de contratación al haber sido puestas en conocimiento del público mediante una adecuada publicidad.

Estas tres formas permiten el saneamiento de las cláusulas generales de contratación y su consecuente incorporación a la oferta del futuro contrato de consumo. Es decir, es factible mediante cualquiera de estas modalidades suplir la aprobación administrativa, pues el resultado final es el mismo: legitimar el uso de las cláusulas generales de contratación por parte del proveedor. Sin embargo, la ausencia de la autoridad administrativa como garante de la licitud de las cláusulas en estas modalidades, ha conllevado a que se tutele al consumidor frente a las cláusulas abusivas que puedan presentarse bajo estas circunstancias.

Conocimiento directo de la contraparte

En este primer supuesto parece no haber mayores inconvenientes, pues si la contraparte conoce las cláusulas generales de contratación del contrato que desea celebrar con arreglo a ellas, las cláusulas generales conocidas se incorporan a dicho contrato. Pues ha de tenerse presente, como lo describe TABOADA, que el primer paso de su incorporación, es a la oferta que se formule para celebrar los contratos particulares, oferta que una vez aceptada recién dará lugar al nacimiento de dichos contratos, momento a partir del cual las cláusulas generales de contratación adquirirán fuerza obligatoria. Antes de dicha incorporación no tienen ningún efecto obligatorio³³.

³³ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo; «El contrato y los mecanismos jurídicos en los sistemas modernos de contratación», En: *Academia de la Magistratura, Programa de Formación de Aspirantes -PROFA-, Tercer Curso, Módulo IV, Derecho Civil*, Lima, Setiembre, 1999, p. 443.

Sin embargo, se sostiene que en este caso, el predisponente tiene un deber, que es el de dar a conocer las cláusulas generales de contratación a su contraparte. Para DE LA PUENTE³⁴, al estipulante le asiste una “*carga de cognoscibilidad*” que se manifiesta en dos aspectos: que la cláusula debe existir, es decir que sea susceptible de apreciarse su contenido; y por otro lado, la cláusula debe ser inteligible, o sea que exista la posibilidad de ser entendida en su significado concreto. Paralelamente, a la contraparte se le impone el deber de informarse del contenido de las cláusulas generales de contratación, siempre que hayan sido puestas en su conocimiento.

Conocimiento de la contraparte por medio de una diligencia ordinaria

De primer orden, NATOLI señala que “*diligencia*” indica en abstracto la medida de atención, del cuidado, del esfuerzo psicológico que debe adoptar el deudor para cumplir la prestación de la manera establecida, es decir exactamente, en concreto, es expresión del *quantum scientiae et voluntatis* puesto por el deudor, un comportamiento instrumental enderezado a la obtención del resultado perseguido, determinando los medios que han de ser elegidos -no expresamente previstos, no *in obligatione*- reputados más idóneos o convenientes para tal fin³⁵.

En este caso, al igual que en el supuesto anterior el ordenamiento privado impone deberes recíprocos a los futuros contratantes. Un “*deber de cognoscibilidad*” o “*deber de facilitación*” a cargo del predisponente y, correlativamente, un “*deber de información*” a cargo del cliente o adherente.

En cuanto a la primera carga, el estipulante tiene el deber de dar a conocer oportunamente y en forma clara, las cláusulas generales de contratación a su contraparte. De este deber se derivan a la vez dos directivas, la oportunidad con que deben ser puestas en conocimiento del cliente las cláusulas generales de contratación y, por otro lado, que las cláusulas hayan sido formuladas de manera inteligible, capaces de ser comprendidas con facilidad por el futuro emisor de la aceptación a la oferta formulada con arreglo a dichas

³⁴ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel; «Cláusulas generales de contratación», En: *Contrato y Mercado*, Gaceta Jurídica Editores, Primera edición, Lima, 2000, p. 59-60.

³⁵ Citado por: REZZÓNICO, Juan Carlos; cit., p. 395. Al autor alcanza un comentario interesante sobre la claridad de las cláusulas generales a que alude el art. 10 de Ley General de Consumidores y Usuarios de España, donde se exige la redacción clara y sencilla de las condiciones generales contractuales con posibilidad de su comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa y simultáneamente a la conclusión del contrato. La sanción señala, puede adoptar dos vías, mediante la interpretación contra estipulatorem o contra preferetem o mediante la nulidad de dicha cláusula, Véase: DIEZ PICAZO, Luis; cit., Volumen primero, p. 377.

cláusulas. La carencia de cualquiera de estas directivas afecta directamente la incorporación de las cláusulas generales de contratación, conllevando por tanto a sustentar su cuestionamiento posterior. DIEZ PICAZO aclara que no se exige un completo conocimiento de las condiciones generales por parte del adherente, *“es suficiente que el predisponente haya facilitado la posibilidad de conocerlas, cualquiera que sea la forma en que ello se haya conocido”*³⁶. En este caso expresa, la carga de la prueba de la facilitación se traslada al predisponente.

La segunda carga corresponde al cliente o contraparte de las cláusulas generales de contratación, a quien se le impone el deber de conocer, de informarse diligentemente del contenido de la cláusulas generales en base a las cuales irá a contratar. La falta a ese deber de cuidado necesario, no lo exime de la consecuencia inmediata, esto es, que las cláusulas generales puestas a su disposición para su debido conocimiento, se incorporen a la oferta del contrato particular a celebrarse con arreglo a ellas. Para MESSINEO, en este caso nos encontramos frente al principio de *“autoresponsabilidad”*. Pues, el cliente no puede salvar el alcance de las cláusulas generales de contratación, sobre todo si éstas contienen cláusulas abusivas, cuando ignoró culposamente su contenido, habiendo prescindido de observar una diligencia ordinaria.

Sin embargo, pese a ello debe agregarse que el inciso 49.3 del artículo 49° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, establece que la carga de la prueba sobre la negociación individual de una determinada cláusula (aunque sea abusiva) corresponde al proveedor.

Presunción de conocimiento mediante adecuada publicidad

Por último, el artículo 1397° del nuestro Código Civil establece que las cláusulas generales se reputan incorporadas a la oferta del contrato a celebrarse, si el predisponente las hizo de conocimiento público mediante una adecuada publicidad. Unánimemente se considera que lo que aquí se está reconociendo es una *“presunción iuris et de iure”*, es decir aquella que no admite prueba en contrario.

DE LA PUENTE comentando este aspecto señalaba que dentro de la moderna teoría de las presunciones no se admite a las *“presunciones juris et de jure”* por considerarlas que se tratan de auténticas disposiciones legales enmascaradas bajo la forma de presunciones. Más adelante anota que se considera como regla general a la *“presunción juris tantum”* y a la *“presunción juris et de jure”*

³⁶ DIEZ PICAZO, Luis; cit., Volumen primero, p. 376.

como la regla de excepción cuya existencia está supeditada a la mención expresa que se haga en la ley. Por tanto concluye, la regla contenida en el artículo 1397° no señala expresamente que se trate de una presunción *juris et de jure*, por lo que ha de entenderse que estamos frente a una presunción *juris tantum*³⁷.

Vistas así las cosas, y no obstante la brillante anotación de DE LA PUENTE, La Presencia De Esta *Presunción Juris Et De Jure* Inhabilita Cualquier posibilidad de cuestionar que no se tuvo acceso al conocimiento de las cláusulas generales de contratación publicitadas, como grafica el mismo DE LA PUENTE, sea porque el cliente acredite haberse encontrado de viaje o haber estado enfermo al momento de su publicación. Esta circunstancia es importante y debe tomarse en cuenta porque como se afirma: *“No debe olvidarse que nos encontramos frente a cláusulas generales no aprobadas administrativamente, para las cuales rige la regla de que el conocimiento determina la incorporación”*³⁸.

4.1.5 Tutela administrativa contra cláusulas abusivas:

En caso de que las cláusulas generales de contratación contengan cláusulas abusivas, debemos diferenciar dos momentos. Cuando nos encontramos frente a cláusulas abusivas aprobadas administrativamente y cuando se trate de cláusulas abusivas que no hayan sido sometidas a aprobación administrativa.

En el primer caso, conforme al inciso 54.3 del artículo 54° de la Ley de Protección y Defensa del Consumidor, la aprobación general de la cláusula general de contratación solo puede ser cuestionada en la vía judicial. El cuestionamiento de la aplicación concreta de la cláusula se hace por el consumidor directamente afectado recurriendo a la vía administrativa o judicial competente para que emita pronunciamiento en el caso concreto. El inciso 54.5 del artículo citado, impone a las entidades administrativas que hayan identificado cláusulas abusivas emitir normas de carácter general para prohibir su inclusión en contratos futuros. Es más, el artículo 55° del cuerpo de leyes comentado también regula que la autoridad sectorial difunde no solo las cláusulas generales de contratación aprobadas administrativamente, sino también las cláusulas abusivas identificadas.

Por otro lado, cuando se trate de cláusulas abusivas que resultan de cláusulas generales de contratación que no hayan sido aprobadas administrativamente,

³⁷ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel; «Cláusulas generales de contratación», cit., p. 59-60.

³⁸ Ídem, p. 60.

conforme lo dispone el artículo 52° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, estas cláusulas serán ineficaces, absolutas o relativas, según el supuesto de que se trate, y serán inaplicadas por la autoridad administrativa.

4.2 El control legislativo

4.2.1 Definición

El control legislativo es un mecanismo de protección estatal previo, compuesto por un conjunto de normas jurídicas que regulan los contratos celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, estableciendo los procedimientos y condiciones para su validez, así como la determinación de las cláusulas abusivas, los medios de defensa contra dichas cláusulas y la sanción legal que corresponda, de allí su finalidad tuitiva. Además, es un “control base”, pues brinda las pautas generales, principios, facultades y espacios de actuación tanto al control administrativo previo como al control judicial posterior.

POLO señala que en este caso, “es a la ley –y no a las propias empresas, a los consumidores, ni a la Administración– a quien corresponde la definición de lo que debe entenderse por cláusula abusiva y la determinación de su eficacia o fuerza obligatoria en el contrato”³⁹.

Por medio de este control, y sobre todo si se trata de contratos de consumo celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, el legislador tiende a tener sumo cuidado en su regulación y, atendiendo al carácter predisposto de estas formas contractuales, el objeto principal es limitar el poder del predisponente relativizando los alcances del principio de la supletoriedad del Derecho Contractual, en virtud del cual es la voluntad de las partes la que debe primar en el contrato, y solo en aquellos espacios no regulados por ésta, intervienen las normas contractuales supliendo los vacíos dejados por los contratantes; claro está, siempre que no existan normas de carácter imperativo que niegan a las partes pactar en contra de lo que hayan dispuesto.

³⁹ POLO, Eduardo; cit., p. 53. El autor citado complementa señalando: “El refuerzo del Derecho imperativo ha de tener por objeto, efectivamente, el limitar el poder de determinación de las partes -y correlativamente de la empresa- en cuanto al contenido del negocio, bien mediante la supresión de las normas de derecho dispositivo o su conversión en imperativas, la prohibición de determinadas cláusulas lesivas para el consumidor o usuario, la determinación completa y precisa del contenido del contrato y obligaciones de las partes, bien colmando las lagunas que se advierten en íntegros sectores de la contratación”, Ídem, p. 54.

Al presuponerse la existencia de desequilibrio contractual en los contratos de consumo, donde existe una superioridad del proveedor en la conducción de los términos contractuales frente a la inactividad o imposibilidad del consumidor, el legislador opta por un mecanismo consistente en la reducción de las normas supletorias, elevando a la categoría de normas imperativas las normas cuya observancia normalmente quedaba a la voluntad de las partes. De esta manera el legislador reduce el espacio otorgado a las partes para acordar los términos del contrato, y que en la práctica, en el contexto de los contratos de consumo, es utilizado casi exclusivamente por el proveedor en desmedro del consumidor. De esta manera, el proveedor se hallará frente a normas imperativas contra las cuales no podrá desarrollar a su sola y plena voluntad, incorporando cláusulas abusivas en agravio del consumidor.

Un tema que no es unánime en los diversos ordenamientos jurídicos, es la ubicación de la regulación de los contratos celebrados por adhesión o con arreglo a las cláusulas generales de contratación y de las pautas concernientes al control de las cláusulas abusivas. Al respecto existen tres posturas, algunos países han regulado el tema en sus códigos de fondo o Códigos Civiles, otros han optado por regularlo en la legislación de protección al consumidor, otros en sus Códigos de Comercio y, otros, han regulado el tema a través de una legislación especial.

Dentro de los países que han regulado el tema en sus Códigos Civiles encontramos por ejemplo a Italia y Paraguay, entre otros. Entre los países que han regulado el tema en la Ley de Protección al Consumidor encontramos a Argentina, Brasil, México, entre otros. Los que han regulado en el Código de Comercio tenemos a Bolivia, Honduras y, los países que han regulado el asunto en leyes especiales encontramos a España, Francia, Alemania, entre otros.

En el caso peruano, incluso podemos hablar de una regulación mixta y extensiva en el tema de los contratos por adhesión y de las cláusulas generales de contratación, pues existen normas de regulación tanto en el Código Civil (véase los artículos 1391° al 1401°), como en el Código de Protección y Defensa del Consumidor (véase los artículos 45° al 55°).

4.2.2 Características del control legislativo

El sistema de control legislativo previsto en el Código de Protección y Defensa del Consumidor contra las cláusulas abusivas, reúne las siguientes características:

- a) ***Es un control ex-ante:*** El legislador prevé con antelación a la celebración del contrato de consumo particular, los posibles supuestos de cláusulas abusivas, creando una plataforma legislativa de situaciones previas que si se verifican posteriormente caen dentro de su campo de regulación. Esto importa una determinación y limitación previa, que parte del mismo texto legal, del contenido de los contratos por adhesión y de los contratos celebrados con arreglo a cláusulas generales de contratación; tal como lo hacen los artículos 49°, 50° y 51° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, que regula el concepto de cláusula abusiva, el procedimiento y los criterios para la determinación de su carácter abusivo, así como los catálogos de cláusulas abusivas y la sanción legal contra ellas.
- b) ***Permite regular los aspectos más importantes en relación a los contratos de consumo:*** El legislador del Código de Protección y Defensa del Consumidor, ha definido a estos contratos (artículo 45°) estableciendo un mínimo de protección en su contenido (artículo 46°) así como los requisitos que deberán tener los contratos de consumo celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente (artículo 48°). También reconoce el mecanismo de aprobación administrativa de contratos de consumo que se celebren por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación en el ámbito de los servicios públicos y el sector bancario, financiero y de seguros (artículo 54°).
- c) ***Establece un catálogo de supuestos de cláusulas abusivas de ineficacia absoluta:*** Como lo estipula el artículo 50° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, también llamada “lista negra”, cuya calificación del carácter “abusivo” y efecto de ineficacia absoluta, es predeterminado y estipulado por la ley, sin admitir ninguna salvedad.
- d) ***Establece un catálogo de supuestos de cláusulas abusivas de ineficacia relativa.*** El artículo 51° del Código de Protección y Defensa del Consumidor regula la “lista gris” de cláusulas abusivas, cuya valoración y efectos, se realizará teniendo en cuenta cada contrato en particular.
- e) ***Otorga pautas generales al control administrativo y al control judicial:*** Como lo hace artículos 53° a 55° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, donde se regulan las pautas de la aprobación administrativa en caso de las cláusulas generales de contratación, como lo hacen los artículos 52° y 54° del Código citado, que atribuyen facultades a la autoridad administrativa y permiten el cuestionamiento de las cláusulas en la vía administrativa y judicial.

4.2.3 Métodos de control legislativo

Se han adoptado tres mecanismos legales para la protección contra las cláusulas abusivas: la inclusión de una cláusula general o abierta, la determinación de una lista negra de cláusulas abusivas y la adopción de una lista gris de cláusulas abusivas.

a) La cláusula general

Este método consiste en la regulación jurídica de un concepto general de cláusula abusiva con los elementos y situaciones propios que la configuran. Esta forma de regulación se basa en preceptos de alcance general como la buena fe, la equidad, la existencia de desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes derivadas del contrato y que al ser de carácter general, permiten abarcar un gran número de supuestos que serán considerados como cláusulas abusivas.

REZZÓNICO alcanza que “la cláusula general o norma abierta configura un precepto amplio, una estructura de tipo que comprende, con gran generalidad, un determinado campo de hechos a los que alimenta; de tal manera que todas las cláusulas que se encuentran comprendidas dentro de esta estructura son abusivas o vejatorias”⁴⁰.

El Código de Protección y Defensa del Consumidor en su artículo 49° regula a la cláusula general señalando que *“en los contratos por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, se consideran cláusulas abusivas y, por tanto, inexigibles todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, coloquen al consumidor, en su perjuicio, en una situación de desventaja o desigualdad o anulen sus derechos”*.

Como podemos apreciar, los elementos configurativos de la cláusula abusiva son el carácter no negocial de las estipulaciones, que sean contrarias a las exigencias de la buena fe y coloquen al consumidor en una situación de desventaja. Es más, el mismo dispositivo legal acotado agrega que en la evaluación de las cláusulas abusivas, se tiene en cuenta la naturaleza de los productos o servicios objeto del contrato, todas las circunstancias que concurren en el momento de su celebración, incluida la información que se haya brindado, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que este dependa.

⁴⁰ REZZÓNICO, Juan Carlos; cit., p. 459.

El método de la cláusula general es regulado por Ley Alemana de Condiciones Generales de 1976 (AGB Gesetz), así como de la Directiva Europea 13/93 CEE de 1993.

POLO comentando el artículo 9 de la Ley alemana que regula la cláusula general, afirma que esta norma considera ineficaz la cláusula que sea contraria a la buena fe e irroque un perjuicio desproporcionado a la otra parte, asimismo menciona que la buena fe y la desproporción o desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes constituyen los conceptos básicos de esta norma general o abierta⁴¹.

Por su parte, GIAMPIERI comentando el artículo 3 de la Directiva Europea 13/93 CEE, que también regula una norma de alcance general, señala que este precepto contiene tres principios fundamentales que deben considerarse para valorar el carácter abusivo o vejatorio de una cláusula: a) la buena fe, b) el equilibrio contractual y, c) la negociación del contrato⁴².

b) La lista negra de cláusulas abusivas y sus efectos

Para SOTO la lista negra consiste “en la enumeración taxativa de una relación, cerrada o abierta, de supuestos en los que determinadas cláusulas o estipulaciones contractuales podrían declararse nulas. Esta lista es cerrada cuando los supuestos enunciados son los únicos, es decir, estamos ante una lista de numerus clausus. En cambio, es abierta cuando se permite, además de los supuestos establecidos, otros no contemplados expresamente, lo que doctrinariamente se denomina numerus apertus”⁴³.

La lista negra reúne dos características básicas. Por un lado, comprende los casos específicos y concretos de cláusulas consideradas abusivas, y por otro, también se caracteriza por sancionar con la nulidad o ineficacia a las cláusulas abusivas que se hallen comprendidas en dichos supuestos o simplemente se las tiene por no puestas en el contrato respectivo. De allí que se sostenga que dicha sanción legal hace innecesaria la intervención judicial para determinar el carácter abusivo de las cláusulas, pues la ley ya las ha calificado como tales.

⁴¹ POLO, Eduardo; cit., p. 59. Asimismo señala que este sistema se consolida prohibiendo el uso de cláusulas ilícitas o lesivas para los consumidores y usuarios, y la configuración legal de cuándo una determinada cláusula puede considerarse abusiva. Además considera dos métodos de determinación del carácter abusivo de las cláusulas: el sistema continental basado en la técnica de la cláusula general definitoria y enumeración no limitativa de supuestos concretos de cláusulas abusivas; y el sistema anglosajón, que sanciona mediante un numerus clausus ciertos supuestos de cláusulas abusivas, Ídem, p. 56.

⁴² Cita de: AMAYA AYALA, Leoni Raúl; cit., p. 48.

⁴³ SOTO COAGUILA, Carlos Alberto; «Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos», cit., p. 242.

En este sentido se señala que “la mayoría de las legislaciones prevén como principal sanción el privar de efectos contractuales a las cláusulas abusivas, de tal forma que no obliguen al adherente”⁴⁴. Esta cuestión ya la habíamos analizado al tratar el tema de la sanción legal contra las cláusulas abusivas o vejatorias.

DI IORIO, estima que estas reglas de invalidez de ciertas cláusulas, podemos encontrarlas en las normas del código de fondo que controlan el objeto del acto, por ejemplo cuando éste objeto sea física y jurídicamente imposible o cuando sea contrario a las buenas costumbres o prohibido por leyes⁴⁵. Este criterio puede ser perfectamente aplicado también en nuestro caso, donde serán procedentes las acciones de lesión, de excesiva onerosidad de la prestación, el abuso del derecho, entre otros medios de tutela general, que pueden aplicarse a los contratos celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

El Código de Protección y Defensa del Consumidor, en su artículo 50°, ha regulado la llamada lista negra de cláusulas abusivas, sancionando con ineficacia absoluta a las siguientes:

- a. Las que excluyan o limiten la responsabilidad del proveedor o sus dependientes por dolo o culpa, o las que trasladen la responsabilidad al consumidor por los hechos u omisiones del proveedor.
- b. Las que faculten al proveedor a suspender o resolver unilateralmente un contrato, salvo disposición legal distinta o la aplicación de normas prudenciales debidamente sustentadas emitidas por la autoridad correspondiente.
- c. Las que faculten al proveedor a resolver un contrato sin comunicación previa o a poner fin a un contrato de duración indeterminada sin un plazo de antelación razonable, salvo disposición legal distinta o la aplicación de normas prudenciales debidamente sustentadas emitidas por la autoridad correspondiente.
- d. Las que establezcan a favor del proveedor la facultad unilateral de prorrogar o renovar el contrato.

⁴⁴ POLO, Eduardo; cit., p. 64. Para DIEZ PICAZO, nos encontramos ante un supuesto de nulidad parcial y en este sentido sostiene que la regla de la nulidad parcial y, por consiguiente, de la conservación de la validez del contrato, comporta la necesidad de verificar una integración de éste, en la que evidentemente no juegan las cláusulas declaradas nulas, DIEZ PICAZO, Luis; cit., Volumen primero, p. 383.

⁴⁵ Di Iorio, Alfredo; cit., p. 114.

- e. Las que excluyan o limiten los derechos legales reconocidos a los consumidores, como el derecho a efectuar pagos anticipados o prepagos, o a oponer la excepción de incumplimiento o a ejercer el derecho de retención, consignación, entre otros.
- f. Las que establezcan respecto del consumidor limitaciones a la facultad de oponer excepciones procesales, limitaciones a la presentación de pruebas, inversión a la carga de la prueba, entre otros derechos concernientes al debido proceso.
- g. Las que establezcan la renuncia del consumidor a formular denuncia por infracción a las normas del presente Código.
- h. Las que sean contrarias o violatorias a normas de orden público o de carácter imperativo.

De allí que podamos considerar que nuestra legislación en materia de protección del consumidor, se ha adscrito al mecanismo de la lista negra como medio legislativo de control frente a las cláusulas abusivas, otorgando como sanción principal la ineficacia de dichas cláusulas.

c) La lista gris de cláusulas abusivas y sus efectos

El método de la lista gris de cláusulas abusivas también consiste en la enumeración de determinados supuestos de posibles cláusulas abusivas, pero la determinación final sobre su carácter abusivo y la sanción legal aplicable contra ellas, quedan sujetos a la determinación administrativa o judicial posterior y atendiendo a cada caso concreto.

Las cláusulas inmersas en la lista gris parten de una suerte de precalificación respecto a su carácter abusivo, pero no son sancionadas preliminarmente con la nulidad o ineficacia por la ley, sino que la sanción está sujeta a la valoración del caso concreto. Esta característica las diferencia de las cláusulas abusivas contenidas en la lista negra, pues, puede suceder que se determine su plena eficacia y a razón de ello puedan resultar plenamente válidas en el contrato. Por el contrario, si se determina administrativa o judicialmente su ineficacia, no serán válidas quedando excluida su aplicación al contrato.

El artículo 51° del Código de Protección y Defensa del Consumidor regula la lista gris de cláusulas abusivas, a las siguientes:

- a. Las que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en los contratos.
- b. Las que permitan al proveedor modificar unilateralmente las condiciones y términos de un contrato de duración continuada, en perjuicio del consumidor, salvo que obedezca a motivos expresados en él y el consumidor goce del derecho a desvincularse del mismo sin penalización alguna. Lo dispuesto en el presente literal no afecta las cláusulas de adaptación de los precios a un índice de ajuste legal ni la fijación de tarifas de los servicios públicos sujetos a regulación económica.
- c. Las que establezcan la prórroga automática del contrato fijando un plazo excesivamente breve para que el consumidor manifieste su voluntad de no prorrogarlo.
- d. Las que establezcan cargas económicas o procedimientos engorrosos para efectuar quejas ante el proveedor, así como las que establezcan procedimientos engorrosos para proceder a la reparación del producto no idóneo, o supongan cualquier acto previo o acción por parte del consumidor que imposibilite la debida protección de sus derechos.
- e. Las que permitan al proveedor delegar la ejecución de su prestación a un tercero cuando aquel fue elegido por sus cualidades personales.
- f. Las que establezcan que el proveedor puede cambiar unilateralmente en perjuicio del consumidor el tipo de moneda con la que fue celebrado el contrato.

Debe precizarse que las cláusulas que se hallan dentro de la lista gris para ser consideradas plenamente “abusivas”, deben atravesar por un periodo de calificación previo. Primero, son abusivas solo cuando habiéndose analizado el caso concreto, existe un pronunciamiento administrativo o judicial que las considere como abusivas. Luego, una vez determinado su carácter abusivo, corresponde aplicar la sanción legal que la ley ha previsto, es decir, la ineficacia relativa. En este caso, compartimos la opinión de SOTO al precisar que las cláusulas abusivas no deben calificarse como tales *in abstracto*, sino considerando cada contrato específico, pues, cabe la posibilidad que una cláusula sea manifiestamente abusiva para una de las partes en un determinado contrato, en tanto cabe que la misma cláusula pueda no ser vejatoria en otro contrato distinto⁴⁶.

⁴⁶ SOTO COAGUILA, Carlos Alberto; «La contratación contemporánea, el respeto a la autonomía privada y la protección a los contratantes débiles», En: *El Contrato en una Economía de Mercado*, Editorial Normas Legales, Trujillo, 2004, p. 71.

4.3 El control judicial

4.3.1 Definición

El control judicial, es un mecanismo de protección posterior, mediante el cual el juez tiene la potestad de resolver una controversia o incertidumbre jurídica, en torno a un contrato celebrado por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, a petición de quien se considere agraviado con una o varias cláusulas abusivas, con la finalidad de que sean declaradas nulas o ineficaces, integrando el contenido contractual dañado y restableciendo el equilibrio perdido en la relación contractual; incluso, y de ser el caso, el juez podrá declarar la ineficacia o la nulidad del contrato en su conjunto, cuando las cláusulas abusivas lo hayan afectado en su esencia y resulta imposible su recomposición jurídica.

Este control está autorizado por la regulación del artículo 54° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, que permite el cuestionamiento judicial de las cláusulas generales de contratación aprobadas administrativamente cuando se considere que puedan contener cláusulas abusivas.

MORELLO y STIGLITZ refieren que la intervención judicial “debe considerar la presencia en estos casos de una “menor voluntad común”, para conducir el esfuerzo en restablecer el equilibrio contractual destruido en un contrato caracterizado por el sometimiento de una parte a otra que concentra todo el poder negocial”⁴⁷. De modo que en virtud de este mecanismo de protección señala REZZÓNICO, el juez interviene en la cláusula abusiva para neutralizarla y encaminarla hacia un resultado justo, borrando su condición inequitativa⁴⁸.

El soporte y efectividad de la intervención judicial en el contenido abusivo de los contratos de consumo, no es otro que la regulación establecida por el Código de Protección y Defensa del Consumidor, pues a partir de ella se brinda al juzgador los instrumentos básicos para emprender la tarea del control judicial, determinando a partir de la regulación legal los supuestos de cláusulas abusivas, así como los criterios de interpretación y de integración del contrato. Pues se afirma que “este control implica la acción del legislador,

⁴⁷ Cita de: CÁRDENAS QUIROZ, Carlos, cit., p. 109.

⁴⁸ REZZÓNICO, Juan Carlos; cit., p. 610-611. VALLESPINOS apunta en el mismo sentido cuando señala que “el magistrado deberá solucionar el perjuicio que dichas condiciones generales causan al adherente mediante la declaración de invalidez de todo el contrato, o bien, sancionando la ineficacia o modificación de la cláusulas según donde recaiga el perjuicio atendiendo a la conducta particular en cada caso (...)”, VALLESPINOS, Carlos Gustavo; *El Contrato por Adhesión a Condiciones Generales*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1984., p. 328.

pero será solo el juez quien podrá declarar cuáles cláusulas son abusivas y cuáles no, ya que es utópico creer que el legislador pueda imaginar todas las cláusulas potencialmente abusivas, pues requiriendo prever todas las posibilidades y restringiendo el carácter abusivo a aquellas enumeradas en una lista, el legislador da al empresario, que en sus dominios muestra una imaginación ejemplar, la oportunidad de contornear la regla⁴⁹. De allí la importancia de la relación que debe existir entre el control legislativo y el control judicial, pues la función creadora del juez solo puede desarrollarse plenamente en tanto tenga amplio amparo en la regulación legislativa previamente establecida.

4.3.2 Características

Sostenemos que el control judicial puede manifestar las siguientes características:

- a) *Es un mecanismo de control posterior.* Puesto que tendrá lugar una vez que se haya verificado la celebración de un contrato por adhesión o celebrado con arreglo a cláusulas generales de contratación, y en los cuales se evidencie la presencia de cláusulas abusivas que ameriten la intervención del juzgador.
- b) *Es un mecanismo generado.* En tanto el accionar judicial está pendiente no solo de la existencia concreta de cláusulas abusivas o de situaciones inciertas que puedan generar una litis contractual, sino que además, el control judicial solo entrará en juego a requerimiento del sujeto perjudicado con el abuso o la ambigüedad. Mientras tanto, permanece latente hasta que el consumidor solicite la intervención del juez en el caso concreto.
- c) *Es un mecanismo evaluador.* Constatada la existencia de anomalías, vacíos, contradicciones o ambigüedad en la relación contractual debido a la presencia de cláusulas abusivas, y habiendo sido solicitada la intervención judicial, corresponde al juez la tarea de evaluar la situación concreta para determinar de qué tipo de cláusulas abusivas se trata, para luego determinar los efectos judiciales que correspondan contra dichas cláusulas; asimismo, el juzgador deberá evaluar si es necesario recurrir a los mecanismos de interpretación e integración del contrato para cubrir los vacíos, ambigüedades o contradicciones que puedan haber generado las cláusulas abusivas; y, finalmente, deberá analizar los remedios judiciales que deben adoptarse para restablecer el equilibrio contractual o en su caso,

⁴⁹ AMAYA AYALA, Raúl Leoni; cit., p., 56-57.

de no ser posible la recomposición del contrato, declarar su extinción y las consecuencias que ello genere.

- d) *Es un mecanismo declarativo.* El juzgador deberá examinar si dichas cláusulas abusivas merecen su reprobación y, de ser así, las declarará nulas o ineficaces, y por tanto no aplicables ni exigibles en el contrato de consumo.
- e) *Es un mecanismo integrador y reparador.* Para el caso de que el contrato celebrado por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, se halle afectado por cláusulas abusivas y éstas hayan sido declaradas nulas o ineficaces, el espacio dejado por dichas cláusulas en la relación contractual debe ser integrado por el juez, de manera que la afectación del equilibrio contractual entre las partes debido a la presencia de las cláusulas abusivas, sea reparado y restablecido judicialmente. Como señala TANGHO, “al revisar el contrato lesivo, el juez sustituye la obligación contractual por una obligación judicial”⁵⁰, quedando así subsanada la relación jurídica patrimonial nacida del contrato.

4.3.3 Mecanismos de control judicial: criterios de interpretación de los contratos de consumo celebrados por adhesión y/o con arreglo a cláusulas generales de contratación

La tarea de la interpretación como mecanismo del control judicial, juega un rol preponderante en lo concerniente al tema de los contratos de consumo celebrados por adhesión y/o con arreglo a cláusulas generales de contratación, pues detectada una cláusula abusiva y ordenada su expulsión del contrato, el vacío dejado por ella debe ser llenado mediante la “labor interpretativa del juez”, y siempre que a consecuencia de la intervención judicial en el contrato de consumo se presenten vacíos, ambigüedades o contradicciones en el contenido contractual.

LEYVA anota que la tarea de la interpretación llanamente sirve para establecer qué se ha querido efectivamente decir con las palabras empleadas por las partes contratantes⁵¹. Para DIEZ PICAZO consiste en una tarea de indagación de la “intención” de los contratantes y de atribución de “sentido” a la declaración⁵².

⁵⁰ Cita de: VALLESPINOS, Carlos Gustavo; cit., p. 358.

⁵¹ LEYVA SAAVEDRA, José; «Las reglas de interpretación de los contratos», En: *Revista Actualidad Jurídica*, Gaceta Jurídica, Tomo 98, Enero 2002, p. 11.

⁵² DIEZ PICAZO, Luis, cit., Volumen primero, p. 393. De lo que se trata afirma el autor, es de reconstruir el pensamiento y la voluntad de las partes considerado en su combinación y de atribuir sentido a las

Sin embargo, en los contratos de consumo celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, que “intención o voluntad común” puede hallarse, si se trata de contratos cuyas cláusulas han sido predispuestas por una de las partes, y que solo materializan la unívoca voluntad del proveedor. De allí que los STIGLITZ manifiesten que la intención “común” de las partes, característica de que la justamente carecen los contratos por adhesión a cláusulas generales, obliga a buscar una “compensación”⁵³.

En el campo concreto del contrato, la tarea del juez en aplicación de este mecanismo de control, como sostiene CÁRDENAS ocurre en tres momentos: “en primer lugar, el juez debe verificar si las cláusulas realmente estaban incluidas en el campo contractual; en segundo término, el juez debe interpretar las cláusulas de manera estricta con el fin de restringir el ámbito de las mismas en la medida en que se aparten de normas legales supletivas y, finalmente, el juez debe ejercer un control sobre el contenido de las cláusulas”⁵⁴.

Para realizar labor interpretativa en este tipo de contratos, se otorga al juez determinados criterios en base a los cuales pueda centrar su labor judicial. Entre estos criterios de interpretación aplicables a los contratos de consumo celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, encontramos: el principio pro consumidor o favor debilis, el principio de la interpretatio contra stipulatorem, el principio de la buena fe, el principio de la equidad, el criterio de la cláusula prevalente, el criterio de la cláusulas más beneficiosa y el criterio de la cláusula más importante.

a) Interpretación pro consumidor o favor debilis

En el caso de los contratos de consumo, puede hablarse concretamente de una interpretación a favor del débil contractual, apoyándose en la premisa de que el consumidor se encuentra en una situación de inferioridad respecto al predisponente, derivada de su inexperiencia en el mercado y de las carencias y deficiencias en el manejo de la información.

declaraciones realizadas por los contratantes. COVIELLO señala que se acude a la interpretación cuando las partes no están de acuerdo sobre el alcance que debe atribuirse a las palabras por medio de las cuales expresaron su voluntad generando el consentimiento. Es precisamente la discrepancia sobre el alcance y contenido de las voluntades respectivas lo que motiva la necesidad de proceder a interpretar, Cita de: STIGLITZ, Rubén S. y STIGLITZ, Gabriel A.; cit., p. 73.

⁵³ STIGLITZ, Rubén S. y STIGLITZ, Gabriel A.; «Contratos por Adhesión, Cláusulas Abusivas y Protección al Consumidor», Ob. cit., p. 73-74.

⁵⁴ CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo; “La protección del contratante y la evolución del derecho contemporáneo”, En: *Revista Jurídica del Perú*, Editora Normas Legales, Año LIII, Número 47, Trujillo, Junio 2003, p. 27.

Así, en caso que una cláusula abusiva cause duda u oscuridad en un contrato celebrado por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, el juzgador debe aplicarla en el sentido que favorezca a aquél que no haya tenido participación en la elaboración del esquema contractual, en beneficio del consumidor, pues se presume su condición de desigualdad.

DE LA PUENTE anotaba que el fundamento de esta posición es siempre imponer una sanción al predisponente por faltar al *clare loqui*, desde que la redacción de la estipulación dudosa es imputable exclusivamente a él, pero con una visión más positiva, pues se orienta a hacer surgir un derecho a favor de la contraparte y no crear un perjuicio al predisponente⁵⁵. De modo que cabe hablar aquí de un “*efecto reflejo recíproco e inverso*” que generan las cláusulas abusivas usadas por el proveedor. Por un lado, las cláusulas abusivas que generan oscuridad o ambigüedad se interpretan en contra del estipulante (*interpretatio contra stipulatorem*) por haber faltado a su deber de hablar con claridad, y por otro, casi simultáneamente la oscuridad o ambigüedad de dichas cláusulas ha de interpretarse a favor de quien no las ha redactado (*interpretación pro consumidor*).

El principio pro consumidor es uno de los principios rectores de nuestro Código de Protección y Defensa del Consumidor, sustentado no solo con una base constitucional al amparo del artículo 64° de nuestra Carta Magna, sino que además, es el fundamento de la interpretación en caso exista duda, en los contratos de consumo celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

b) La interpretatio contra stipulatorem

En virtud de este precepto, quien genera la oscuridad o la ambigüedad, debe ser penado a soportar los efectos que ello comporte. Se genera así, una suerte de acto reflejo, una circunstancia de repercusión que lleva al autor de la duda o responder por las consecuencias de aquella.

DIEZ PICAZO entiende que la interpretatio contra stipulatorem implica una sanción y a la vez una protección. Una sanción que consiste en no favorecer al estipulante que ha generado la duda o la ambigüedad con la interpretación y, una protección, pues el hecho de no favorecer al causante de la oscuridad

⁵⁵ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel; «El Contrato en General», cit., Tomo I, p. 824. En igual sentido entiende REZZÓNICO cuando sostiene: “decir que la interpretación se debe hacer contra quien estipuló significa establecer una ventaja para la otra parte, y correspondientemente decidir que la interpretación será a favor del deudor es afirmar que ella será de desventaja del acreedor”. REZZÓNICO, Juan Carlos; cit., p. 607.

quiere decir que se ha de favorecer al adversario⁵⁶. De allí que POLO postule que “el fundamento de esta regla es el de que un hombre es responsable de las ambigüedades de sus propias expresiones y no tiene derecho alguno a inducir a otro a contratar con él bajo la suposición de que sus palabras quieren decir una cosa, mientras espera que la corte adopte una interpretación por virtud de la cual significará otra cosa que lo beneficie más...”⁵⁷.

REZZÓNICO explica que la razón de la interpretación contra el estipulante se da porque no se puede imputar sino a él mismo no determinar mejor la naturaleza de la ventaja que se propone obtener⁵⁸. Indudablemente, esto genera un deber a cargo de quien se atreve a predisponer unilateralmente el contrato por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación: el deber de expresarse claramente o como se conoce en la doctrina el deber de “clare loquí”. En este sentido explica SALANDRA que el principio “in ambiguis contra stipulatorem” tiene su fundamento en la consideración de que quien formuló las condiciones del contrato tiene los medios a su alcance para evitar, con la claridad de la expresión, toda duda, y, si no lo ha hecho, debe soportar las consecuencias de su negligencia, impericia o mala fe⁵⁹.

Desde el punto de vista del proveedor la “ambigüedad” de las cláusulas es el vehículo perfecto mediante el cual trata de insertar cláusulas abusivas que generen beneficios exclusivos a su favor y que, por el contrario, ocasionen perjuicios o lesión de derechos del consumidor a consecuencia de su operatividad en el contrato. Desde esta perspectiva, las cláusulas que bajo la apariencia de la ambigüedad pretenden imponer abusos en el contrato de consumo, vulneran la exigencia del deber de claridad de las cláusulas que exige el artículo 48° del Código de Protección y Defensa del Consumidor y, que al tratarse de una norma imperativa, en aplicación del inciso h) del artículo 50° de Código comentado, este tipo de cláusulas podrían ser consideradas judicialmente como abusivas y por ende ser excluidas del contrato al aplicarse la ineficacia.

⁵⁶ Citado por: REZZÓNICO, Juan Carlos; cit., p. 591-592.

⁵⁷ Cita de SILVA RUIZ, Pedro F.; «Contratos de adhesión, condiciones contractuales generales (Condiciones generales de los contratos o de la contratación y las cláusulas abusivas)». En: *Instituciones de Derecho Privado. Contratación Contemporánea. Teoría General y Principios*, (Alterini, Atilio Aníbal; De los Mozos, José Luis y Soto Coaguila, Carlos Alberto, Directores), Editorial Themis, Bogotá-Colombia, 2001, p. 55.

⁵⁸ REZZÓNICO, Juan Carlos; cit., p. 589.

⁵⁹ Cita de: STIGLITZ, Rubén S. y STIGLITZ, Gabriel A.; cit., p. 79. ITURRASPE señala que la oscuridad en las ideas de quien redacta, el deseo de confundir o equivocar, de ocultar tras esa falta de claridad cláusulas francamente beneficiosas para una de las partes y perjudiciales para la otra; en ocasiones tiende esa oscuridad, unida a lo abigarrado y pequeño de la escritura, a desalentar el examen o análisis previo, a forzar un no toma de conciencia. La sanción a este proceder es la interpretación en contra de los intereses del predisponente y a favor del adherente”, Ídem, cit., p. 87).

De esta manera, la carga impuesta al proveedor como autor del contrato de expresarse con claridad, consolida el “*efecto reflejo recíproco e inverso*”, a que se ha hecho mención. Pues, si el proveedor al elaborar el contrato de consumo no ha tomado el debido cuidado en la forma de expresarse o ha omitido tal deber con la finalidad de obtener alguna ventaja en desmedro del consumidor, correlativamente, en virtud del acto reflejo, recaerá sobre él mismo las consecuencias de su falta de diligencia necesaria o por la omisión realizada.

c) Principio de la buena fe

La buena fe contractual u objetiva, también es otro precepto que adquiere relevancia en la tarea de la interpretación judicial. Ha de ser entendida como un precepto o modelo de comportamiento que las partes deben seguir antes, durante y después de la celebración del contrato⁶⁰.

SOTO señala que la buena fe objetiva es una “regla de conducta”, un “estándar jurídico de un prototipo”⁶¹, respecto al cual, los futuros contratantes deberán ajustar sus conductas, demostrando su honestidad. En términos de JIMÉNEZ, la buena fe objetiva se manifiesta como un criterio de comportamiento conscientemente asumido⁶². Se juzga la conducta del sujeto, a fin de determinar si alcanza el nivel exigible, es decir, si se encuentra en concordancia con las reglas admitidas acerca de lo que es recto y honesto.

Los futuros contratantes se someterán a una futura relación contractual en el entendido que cada cual observará aquél modelo de conducta que ordena un actuar dentro de ciertos márgenes de lealtad. En el caso de los contratos celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, se afirma que el consumidor o no profesional cuando contrata con un profesional lo hace sobre la base de que éste actuará de buena fe y que redactará el contrato en términos leales, de tal forma que corresponda a lo informado y permita lograr el fin previsto⁶³.

⁶⁰ Esta manifestación de la buena fe, difiere de su correlativo, la buena subjetiva, que es aquella creencia depositada interpartes de que su común actuar es honesto y correcto, de allí que se la denomine también buena fe-creencia.

⁶¹ SOTO COAGUILA, Carlos Alberto; «Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos», cit., p. 248.

⁶² JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana; «La oferta al público en el código civil y la ley de protección al consumidor», En: *Instituciones de Derecho Privado. Contratación Contemporánea. Teoría General y Principios*, (Alterini, Atilio; De los Mozos, José Luis y Carlos Soto - Directores), Temis y Palestra Editores, Bogotá, Primera edición, Tomo I, 2000, p. 525.

⁶³ CÁRDENAS MEJÍA, Carlos; cit., p. 29.

Mediante los alcances de la buena fe contractual, el juzgador al entrar en la esfera de la relación jurídica de un determinado contrato, puede evaluar con gran amplitud de criterio, si la conducta desplegada por las partes antes o durante el contrato, se ajusta a los cánones de la buena fe, pudiendo determinar además, cuál de los contratantes actuó de mala fe. Por ello, si se determina que el predisponente actuó de mala fe, de una manera ajena a un comportamiento leal y honesto, al incluir cláusulas abusivas que no solo causan abuso injustificado en su contraparte sino que además conllevan al desequilibrio contractual; el juez no tendrá mayor reparo que condenar aquella actitud de malicia, pudiendo además, restablecer el equilibrio contractual.

Debe aclararse que el juez solo puede intervenir cuando el que se considere agraviado lo solicite. Pues ha de tenerse en consideración que el contrato y las situaciones que se generen en torno a él, competen solo las partes; por ello, es correcto que quien considere que el contrato le causa cierto abuso en sus derechos u obligaciones, someta al control judicial a la relación jurídica contractual para que el juzgador pueda contrastar si la conducta de las partes ha respetado la buena fe contractual o la ha vulnerado.

d) La cláusula prevalente

Mientras que la interpretación *contra stipulatorem*, la interpretación *favor debilis* o la buena fe contractual, tienen aplicación extensiva a todas las esferas contractuales, la cláusula prevalente se reserva para ser aplicada solo frente a esquemas contractuales elaborados a instancia de una de las partes, como sucede en los contratos de consumo celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

En virtud de este mecanismo de interpretación, como alcanza DIEZ PICAZO, cuando haya discrepancia entre el contenido de una condición general y de una cláusula particular, habrá de estarse a lo que disponga esta última⁶⁴. Entonces, cuando el juez tenga en frente una cláusula particular que incluso regule aspectos que ya han sido previstos por las cláusulas dictadas al arbitrio del predisponente, deberá interpretar que la cláusula particular al ser voluntad de las partes, prevalece frente a la cláusula general de contratación.

La cláusula particular es entendida como aquella que ha surgido producto de la voluntad de ambos contratantes. Pues, cuando hablamos de contratos de consumo celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de

⁶⁴ DIEZ PICAZO, José Luis; cit., Volumen primero, p. 412.

contratación, pese a que por lo general se trata de esquemas elaborados en forma unilateral, cabe la posibilidad de que determinados aspectos puedan ser objeto de negociación particular por ambos contratantes. En este contexto, se acoge como fundamento que la cláusula particular, surgida del común acuerdo de las partes y atendiendo a la naturaleza unilateral de los esquemas contractuales predispuestos, sería la que mejor refleja la intención de ambas partes.

e) La cláusula más beneficiosa

Al igual que en el caso anterior, la cláusula más beneficiosa adquiere trascendencia en los contratos de consumo como contratos predispuestos. Para DIEZ PICAZO la regla de la condición más beneficiosa apunta que en caso de divergencia entre una condición general y una cláusula particular, se aplicará la que resulte más beneficiosa para el adherente, esta condición más beneficiosa puede dirigirse por ejemplo ampliar los derechos del adherente o reducir de sus obligaciones, cargas y deberes⁶⁵.

En este caso, utilizando un criterio de benignidad, al igual que en el caso de la interpretación a favor del consumidor, el juzgador también debe interpretar en el sentido más beneficioso para él. Aunque a nuestro parecer, la cláusula más beneficiosa solo tendrá cabida en tanto se evidencie que la cláusula particular es perjudicial para el adherente en contraste con la cláusula general, de manera que se opte por aplicar ésta última por estimarse menos perjudicial. De allí que se pueda sostener que la cláusula más beneficiosa constituye un suerte de filtro de la cláusula prevalente en aras de establecer un medio adecuado de protección contra posibles abusos que no descartan utilizar, como vía de acceso al contrato, a la cláusula particular.

Esta apreciación es complementada por ALFARO cuando señala que si el juzgador no puede determinar entre la cláusula general y la particular, cuál cláusula es la más beneficiosa, se preferirá la cláusula particular sobre la general⁶⁶.

f) La cláusula más importante

Aunque este criterio tiene data doctrinaria, puede también servir como mecanismo judicial de interpretación, sobre todo de las cláusulas generales de contratación.

⁶⁵ Ídem, p. 412-413.

⁶⁶ Citado por: SAAVEDRA LEYVA, José; cit., p. 25.

DIEZ PICAZO señala que este método tiene lugar cuando se presente un conflicto dentro de las propias cláusulas generales de contratación; en este supuesto, se preferirán aquellas cláusulas generales que trasciendan en la economía del contrato o que constituyan el núcleo central de las prestaciones contractuales⁶⁷.

En este caso, ha de aplicarse la cláusula más importante teniendo en cuenta los otros principios garantistas del estatus de consumidor, como el principio pro consumidor; en este sentido, los vacíos, ambigüedades o contradicciones causadas por la presencia de cláusulas abusivas, deben interpretarse a favor de los intereses y derechos del consumidor.

5. CONCLUSIONES

- 5.1 El fundamento de la tutela del consumidor en los contratos de consumo celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, radica en la facultad que tiene el proveedor para formular unilateralmente el contenido contractual y la diferencia en el manejo y acceso a la información, también conocido como asimetría informativa; ambas situaciones colocan al consumidor en una situación de debilidad contractual, que es aprovechada por el proveedor para incluir en el contenido del contrato de consumo cláusulas abusivas que hacen más evidentes las diferencias entre las partes y que terminan por desequilibrar la gama de derechos y obligaciones.
- 5.2 Las cláusulas abusivas generan en un contrato de consumo celebrado por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, situaciones de desequilibrio o desigualdad, reduciendo, limitando o eliminando por completo los derechos del consumidor; aumentando o haciendo excesivamente onerosas sus cargas y obligaciones contractuales o, por el contrario, aumentando o concediendo mayores facultades, beneficios o derechos al proveedor, o limitando, excluyendo o reduciendo sus deberes u obligaciones contractuales. La presencia de las cláusulas abusivas en la esfera contractual justifica la actuación de distintos mecanismos de tutela del consumidor.
- 5.3 Existen mecanismos de tutela autónoma o autotutela, mediante los cuales son las mismas partes intervinientes en el contrato de consumo las que buscan establecer mecanismos de autoprotección; la que será individual

⁶⁷ DIEZ PICAZO, José Luis; cit., Volumen primero, p. 413.

cuando el consumidor directamente perjudicado haga efectivos sus derechos vulnerados ante las instancias correspondientes; colectiva, cuando son las asociaciones de consumidores u organizaciones las que encargan de la defensa de los consumidores en forma colectiva, e incluso existe el autocontrol del proveedor, mediante el cual son los proveedores los que realizan una serie de acciones preventivas y de acceso para defender los derechos e intereses de los consumidores.

- 5.4 A cargo del Estado encontramos tres mecanismos de tutela del consumidor. El control administrativo, donde son las entidades de cada sector estatal las que de manera previa han implementado procedimientos de aprobación de cláusulas contractuales con la finalidad de detectar y expulsar a las cláusulas abusivas de los futuros contratos de consumo. El control legislativo, comprende una red normativa donde se definen principios, preceptos generales para definir a las cláusulas abusivas, la lista negra de cláusulas abusivas sancionadas con la ineficacia absoluta, la lista gris de cláusulas abusivas cuya ineficacia relativa dependerá del caso concreto, así como normas generales que sirven de base para los mecanismos de tutela administrativa y judicial. Finalmente, el control judicial que mediante la intervención del juez en un conflicto generado por cláusulas abusivas, busca reconocer y catalogar a éstas dentro de los preceptos legalmente establecidos, para luego aplicar la ineficacia absoluta o relativa que corresponda, e incluso, los vacíos, ambigüedades o contradicciones causados por la expulsión judicial de las cláusulas abusivas, podrán ser reparadas e integradas, acudiendo a los principios de interpretación del contrato, como el principio pro consumidor, la interpretatio contra stipulatorem, el principio de la buena fe, entre otros.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

ALPA, Guido; "Derecho del Consumidor". Gaceta Jurídica Editores, Juan Espinoza Espinoza - traductor, Lima, 2004.

AMAYA AYALA, Leoni Raúl; "La letra pequeña que nadie lee. Sistemas de control contra las cláusulas abusivas". En: *Revista Actualidad Jurídica*, Gaceta Jurídica, Tomo 120, Lima, Noviembre 2003.

BORDA, Alejandro; "Evolución de los derechos del consumidor en la legislación argentina". En: *Instituciones de Derecho Privado. Contratación Contemporánea. Teoría General y Principios*. Alterini, Atilio Aníbal; De los Mozos, José Luis y Carlos Alberto Soto Coaguila, Directores. Editorial Themis, Bogotá-Colombia, 2001.

CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo; "La protección del contratante y la evolución del derecho contemporáneo", En: *Revista Jurídica del Perú*, Editora Normas Legales, Año LIII, Número 47, Trujillo, Junio 2003.

CÁRDENAS QUIROZ, Carlos; "Las cláusulas generales de contratación y el control de las cláusulas abusivas". En: *Contrato y Mercado*, Gaceta Jurídica Editores, Primera edición, Lima, 2000.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico; "Las Condiciones Generales de los Contratos y la Eficacia de las Leyes". Segunda edición, Editorial Civitas, Madrid, 1987.

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel; "Cláusulas generales de contratación". En: *Contrato y Mercado*. Gaceta Jurídica Editores, Primera edición, Lima, 2000.

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel; "El Contrato en General". Palestra Editores, Lima, Tomo I, 2001.

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel; "Las cláusulas generales de contratación y la protección al consumidor". En: *Contratación Privada*, (Soto Coaguila, Carlos Alberto y Roxana Jiménez Vargas-Machuca: coordinadores). Editorial Jurista, Lima, 2002.

DI IORIO, Alfredo J.; "Las cláusulas generales de contratación en el código civil peruano y el ordenamiento jurídico latinoamericano". En: *El Código Civil Peruano y el Sistema Jurídico Latinoamericano*. Editorial Cultural Cuzco, Lima, 1985.

DIEZ PICAZO, Luis; "Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial". Quinta edición, Editorial Civitas, Madrid, Volumen primero, 1996.

GALDÓS, Jorge Mario; "El principio favor débilis en materia contractual. Algunas aproximaciones en el derecho argentino". En: *Contratación Privada*, (Soto Coaguila, Carlos Alberto y Roxana Jiménez Vargas-Machuca: coordinadores), Editorial Jurista, Lima-Perú, 2002.

GONZÁLES BARBADILLO, Elvira, "Comentario al artículo 1393 del Código Civil". En: *Código Civil Comentado por los Cien Mejores Especialistas*, Fuente de las Obligaciones, Gaceta Jurídica Editores, Lima, Tomo VII, 2004.

JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana; "La oferta al público en el código civil y la ley de protección al consumidor". En: *Instituciones de Derecho Privado. Contratación Contemporánea. Teoría General y Principios*, (Alterini, Atilio, De los Mozos, José Luis y Soto, Carlos - Directores), Temis y Palestra Editores, Bogota, Primera edición, Tomo I, 2000.

LEYVA SAAVEDRA, José; "Las reglas de interpretación de los contratos". En: *Revista Actualidad Jurídica*, Gaceta Jurídica, Tomo 98, Enero 2002.

MORALES HERVIAS, Rómulo; "La definición del contrato de consumo en el Código de Protección y Defensa del Consumidor". En: *Actualidad Jurídica*, Gaceta Jurídica Editores, Setiembre, 2010.

POLO, Eduardo; "Protección del Contratante Débil y Condiciones Generales de los Contratos", Editorial Civitas, Primera edición, Madrid, 1990.

REZZONICO, Juan Carlos; "Contratos con Cláusulas Predispuestas. Condiciones Negociales Generales". Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987.

SCHREIBER PEZET, Max Arias; "Exégesis del Código Civil Peruano de 1984". Gaceta Jurídica Editores, Lima, Tomo I, 1998.

SILVA RUIZ, Pedro F.; "Contratos de adhesión, condiciones contractuales generales (Condiciones generales de los contratos o de la contratación y las cláusulas abusivas)", En: *Instituciones de Derecho Privado. Contratación Contemporánea. Teoría General y Principios*, (Alterini, Atilio Aníbal; De los Mozos, José Luis y Carlos Alberto Soto Coaguila, Directores). Editorial Themis, Bogotá-Colombia, 2001, p. 55.

SOTO COAGUILA, Carlos Alberto; "Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos", En: *Contratación Privada*, (Soto Coaguila, Carlos Alberto y Roxana Jiménez Vargas-Machuca: coordinadores), Editorial Jurista, Lima, 2002.

SOTO COAGUILA, Carlos Alberto; "La contratación contemporánea, el respeto a la autonomía privada y la protección a los contratantes débiles", En: *El Contrato en una Economía de Mercado*. Editorial Normas Legales, Trujillo, 2004.

STIGLITZ, Rubén S. y STIGLITZ, Gabriel A.; "Contratos por Adhesión, Cláusulas Abusivas y Protección al Consumidor". Editorial Depalma, Argentina, 1985.

TABOADA CÓRDOVA, Lizardo; "El contrato y los mecanismos jurídicos en los sistemas modernos de contratación". En: *Academia de la Magistratura, Programa de Formación de Aspirantes -PROFA-, Tercer Curso, Módulo IV, Derecho Civil*. Lima, Setiembre, 1999.

VALLESPINOS, Carlos Gustavo; "El Contrato por Adhesión a Condiciones Generales", Editorial Universidad, Buenos Aires, 1984.

FORMAS DE CULMINACIÓN DEL PROCESO PENAL POR FALTA. UNA PROPUESTA DE INTEGRACIÓN NORMATIVA

MARIO LOHONEL ABANTO QUEVEDO*

Resumen

Ante la insuficiente regulación del proceso penal por falta en el Código Procesal Penal de 2004, se propone integrar los vacíos normativos a través de la actividad interpretativa del Juez. Esta opción se aplica para los casos de culminación de tal clase de proceso penal y se expone cada una en este ensayo.

Palabras clave: Integración - Interpretación - Querellante particular - Conciliación - Desistimiento - Abandono - Exención de pena - Reserva de fallo condenatorio - Prescripción.

Abstract

Given the inadequate regulation of criminal proceedings for want of the Code of Criminal Procedure, 2004, this paper intends to integrate the law through the judge's interpretive activity. This technique is applied to the different ways it can end this kind of criminal trial and are exposed in this essay.

Key words: Integration - Interpretation - Private accuser - Conciliation - Retirement - Abandonment - Exemption of penalty - Reserve judgment of conviction - Prescription.

Sumario

1.- Introducción. 2.- Desistimiento expreso. 3.- Desistimiento tácito. 4.- Conciliación. 4.1.- Conciliación pura. 4.2.- Conciliación civil o acuerdo reparatorio. 4.3.- Conciliación mixta. 5.- Sentencia que se pronuncia por la responsabilidad penal. 5.1.- Sentencia condenatoria. 5.2.- Sentencia con reserva de fallo condenatorio. 5.3.- Sentencia de exención de pena. 6.- Sentencia que se pronuncia por la irresponsabilidad penal. 7.- Abandono del proceso. 8.- Prescripción de la acción penal. 9.- Conclusiones. 10.- Lista de referencias.

* Juez Titular del Cuarto Juzgado de Paz Letrado de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca - Poder Judicial del Perú.

1. INTRODUCCIÓN

El proceso penal por falta está regulado expresamente en apenas seis artículos (arts. 482 al 487) del Código Procesal Penal (CPP 2004), que son los correspondientes a la Sección VII del Libro Quinto, dedicada a los procesos especiales. Sin embargo, como veremos en este ensayo, en varias ocasiones es necesario realizar una interpretación constitucional, sistemática e integradora¹, para completar la regulación del proceso penal por falta. De ese modo, acudiremos a la Sección IV (proceso por delito de ejercicio privado de la acción penal) del mismo Libro Quinto, pero también a algunas disposiciones específicas de los Libros Tercero (el proceso común) y Cuarto (la impugnación).

El objetivo de este ensayo es ocuparnos de las diversas formas de culminación del proceso penal por falta, realizando la interpretación mencionada, proponiendo en cada caso la oportunidad, características y consecuencias de estas distintas opciones de término del proceso penal. Sostenemos que interpretar para integrar las disposiciones procesales es concreción del deber constitucional y legal de los jueces de no dejar de impartir justicia por vacío o deficiencia de la ley, establecido en el art. 139.8 de la Constitución Política de 1993 (CP 1993) y en el segundo párrafo del art. III del Título Preliminar del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil (TP TUO CPC 1993), respectivamente.

2. DESISTIMIENTO EXPRESO

Siendo el proceso penal por falta uno “sustancialmente acelerado y con predominio de la concentración procesal” (SAN MARTÍN CASTRO 2003, 1263) en el que no interviene el Ministerio Público y la figura del Juez es preponderante en su dirección, este debe intervenir procurando legitimar su participación. Para esto debe desterrar la tendencia inquisitiva y optimizar el principio acusatorio².

¹ Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) en el Exp. 0030-2005-AI/TC, fundamento jurídico (FJ) 39: "La interpretación es una función inherente a la labor de todo operador del Derecho; es decir, inherente a la labor del operador de las normas jurídicas".

² La constitucionalidad del proceso penal por falta ha estado y está en entredicho incluso antes de la vigencia del CPP 2004. SAN MARTÍN CASTRO (2003, 1264) se unía a este cuestionamiento al sostener que “el principio acusatorio brilla por su ausencia y, por tanto, la constitucionalidad del procedimiento se ve discutida por vulneración de las garantías genéricas del debido proceso y del derecho de defensa”. Al no haber cambiado las esenciales características del proceso penal por falta, bajo las reglas del CPP 2004, el Juez debe aplicar las disposiciones procesales tendiendo a la igualdad de armas y a la prevalencia de las garantías del debido proceso. Para GÁLVEZ VILLEGAS, RABANAL PALACIOS y CASTRO TRIGOSO (2009, 906) “posibilitar un juicio y una condena por faltas sin la intervención del fiscal (...), viola el principio acusatorio”.

Según este esquema, le corresponde al Juez exigir el cumplimiento de las responsabilidades de los actores procesales. Ya que la persona agraviada por un caso de falta interviene en el proceso en condición de querellante particular³ (no como actor civil), se le aplican las previsiones que a esta calidad de actor le ha asignado el derecho procesal. Entre estas previsiones se encuentra el desistimiento de la acción penal, cuya interposición facultativa también determina del mismo modo, una de las formas de su extinción.

El desistimiento de la acción penal privada por un caso de falta es voluntario⁴, “equivale a conceder a la víctima poder dispositivo sobre el objeto del proceso penal, sobre la persecución” (SAN MARTÍN CASTRO 2003, 1262). Como tal, puede presentarse antes de realizar la audiencia única del caso o durante ésta. En la etapa preliminar, esto es, durante la investigación policial⁵, puede presentarse el desistimiento, evitando que el caso llegue a conocimiento del Juez. Esto puede hacerse personalmente al brindar la declaración policial e incluso por escrito, antes o después de dicha diligencia (por ejemplo, presentando una transacción notarial).

Ya si el caso –denunciado correctamente⁶ en los términos del art. 108 del CPP 2004 e investigado diligentemente– ha sido enviado con informe policial al Juzgado de Paz Letrado o al Juzgado de Paz, estando listo para su calificación y la emisión del auto de enjuiciamiento, aún es posible presentar el desistimiento. El art. 487 del CPP 2004 establece que “En cualquier estado de la causa, el agraviado o querellante puede desistirse o transigir, con lo que se dará por fenecido el proceso.” En concordancia con la citada disposición procesal, el art. 78.3 del Código Penal (CP 1991), prescribe: “En los casos que sólo proceda la acción privada, ésta se extingue, además de las establecidas en el numeral 1, por desistimiento o transacción”. Finalmente, el sustento legal se cierra con la disposición especial del art. 110 del CPP 2004.

Si se produjese el desistimiento expreso de la acción penal privada –por escrito o verbalmente– frente al Juez y su Secretario Judicial, antes o durante la audiencia, se debe acceder a dicho pedido después de verificar que el

³ CPP 2004, art. 483.1: La persona ofendida por una falta puede denunciar su comisión ante la Policía o dirigirse directamente al Juez comunicando el hecho, constituyéndose en querellante particular.

⁴ A favor del desistimiento, pero con reservas en los casos de violencia intrafamiliar, en los que la víctima puede ser forzada a desistirse de su denuncia, MACHUCA (2011, 90).

⁵ La Policía Nacional del Perú, a través del personal de la Sección de Investigación de Delitos y Faltas, investiga los casos de falta. El sustento legal se halla en el art. 166 de la CP 1993, los arts. 3 y 7.2 de la Ley n.º 27238, el art. 440.6 del CP 1991 y el art. 483.2 del CPP 2004.

⁶ Sánchez (2009, 403) es claro al sugerir que “si no se satisfacen los requisitos indicados, el juez dictará auto de archivo de lo actuado”.

querellante particular no actúa compelido por ningún factor externo ilícito y que comprende el alcance de esta manifestación de voluntad⁷. Puede oponerse a la consideración de este último efecto la literalidad de la disposición procesal, que se refiere a quien “se ha desistido de una querrela” al no ser el proceso penal por falta, en estricto, uno por querrela. Sin embargo, nuevamente creo necesario indicar que el incipiente estado regulatorio del proceso penal por falta obliga a la integración normativa a través de la interpretación sistemática⁸. Esta posibilidad está habilitada expresamente para el caso por el art. 483.1 del CPP 2004. De ese modo, todas las disposiciones procesales que reconocen derechos y facultades del querellante particular, pero que también le fijan límites y consecuencias preclusivas a sus decisiones, son aplicables en tanto sean “adecuadas a la brevedad y simpleza del proceso por faltas” (art. 484. 4 *in fine* del CPP 2004).

Finalmente, de acuerdo al art. 497.5 del CPP 2004, no procede la imposición de costas en los procesos por faltas, siendo esta una excepción a la regla establecida previamente en el art. 13.2 del mismo Código.

3. DESISTIMIENTO TÁCITO

El desistimiento tácito sólo es posible intraproceso. Se requiere de la previa emisión del auto de enjuiciamiento, en el que se califica el hecho denunciado, se considera la pretensión penal y la justificación de la pretensión resarcitoria opuestas por el querellante particular, se señala fecha para realizar la audiencia única y se requiere a las partes asistir con sus abogados defensores y con los elementos y medios de prueba que pretendan hacer valer. Es muy importante contar con las constancias de notificación, hechas a ambas partes oportunamente, esto es, antes del momento señalado para realizar la audiencia⁹.

⁷ CPP 2004, art. 464.3: El que se ha desistido de una querrela o la ha abandonado, no podrá intentarla de nuevo.

⁸ La naturaleza, derechos, facultades y sanciones procesales que son propias del querellante particular se encuentran desarrollados en el propio CPP 2004, pues a él se hace imperativo recurrir en aplicación de la interpretación sistemática de las disposiciones legales de carácter procesal. Ergo, el art. 483 del CPP 2004 es una disposición legal remisiva respecto al Capítulo III (arts. 107 a 110) del Título IV de la Sección IV del Libro Primero del CPP 2004, pero también de la Sección IV (arts. 459 al 467) del Libro Quinto del mismo Código, referido a los Procesos Especiales (querrela). Basta cotejar la referencia que entre sí realizan los artículos citados, en procura de unidad y coherencia sistemática, para advertir que el objetivo de la concordancia es eliminar el riesgo de antinomias o vacíos legales.

⁹ Si ambas partes han señalado domicilio procesal en la etapa de investigación policial o lo han hecho cuando el informe policial ya ha sido enviado al Juzgado de Paz Letrado, deberá ordenarse realizar la notificación solo en el domicilio procesal señalado. Esto se hace así en observancia de los incisos 3 y 4 del art. 127 del CPP 2004.

Al llegar el día y hora exacta señalados para la audiencia única, si no asisten ambas partes, obviamente la audiencia no se realiza. Tampoco si es que sólo asiste el querellante particular. En el primer escenario, sin embargo, el Juez de Paz Letrado no debe reprogramar la audiencia de oficio, ya que el proceso penal por falta inició por impulso del querellante particular (ciudadano, ciudadana o representante de la colectividad que resulta agraviado o víctima de una falta) y bajo el mismo principio¹⁰ debe continuar o no.

Partiendo de la intervención del querellante particular en los procesos por querrela (similares al proceso penal por falta, desde su origen a instancia de parte, no intervención de fiscal, deber de carga de la prueba, posibilidad de desistimiento, transacción y conciliación, etc.), estimo que es deber del querellante particular conocer las disposiciones procesales de carácter público¹¹ (imperativas) que regulan su intervención, en el marco de la garantía sinalagmática del debido proceso, tanto para él como para su contraparte. Una de esas reglas de intervención procesal es la contenida en el art. 110 del CPP 2004:

Se considerará tácito el desistimiento cuando el querellante particular no concurra sin justa causa a las audiencias correspondientes, a prestar su declaración o cuando no presente sus conclusiones al final de la audiencia. En los casos de incomparecencia, la justa causa deberá acreditarse, de ser posible, antes del inicio de la diligencia o, en caso contrario, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la fecha fijada para aquella.

En tal sentido, para que el proceso penal continúe y se pueda acceder al expreso pedido de reprogramación de la audiencia, el querellante particular debe acreditar, antes de la audiencia para la que fue correctamente citado y notificado, la justa causa de su inasistencia o hacerlo “dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la fecha fijada para aquella”. Si ninguna de esas opciones es ejercida por el querellante particular, corresponde declarar –

¹⁰ Así lo establece el propio CPP 2004 al prescribir en el primer párrafo de su art. 483 que “La persona ofendida por una falta puede denunciar su comisión ante la Policía o dirigirse directamente al Juez comunicando el hecho, constituyéndose en querellante particular”. Esto comporta apreciar que en el proceso penal por falta no interviene el representante de la sociedad, esto es el Fiscal, debido a que el interés lesionado no tiene, cuantitativamente, la misma entidad que aquella determinada por la lesión típica de un delito. Correlativamente, el propio Código Procesal Penal zanja la naturaleza del proceso penal por faltas al establecer que la persona ofendida que denuncia se constituye, *per se*, en querellante particular.

¹¹ El derecho procesal es una expresión del derecho público, pues su naturaleza es pública. Sobre el particular, MONROY (1996, 54) puntualiza: “Siendo la función jurisdiccional una actividad especializada, única, irrenunciable y exclusiva del Estado, la regulación de su estructura, funcionamiento y métodos supone la existencia de normas cuya naturaleza es de derecho público (...)”.

de oficio- el desistimiento tácito de la acción penal¹² y, por consiguiente, el archivo definitivo del caso además de la anulación de los antecedentes policiales generados contra el procesado (si la denuncia se presentó ante esa dependencia).

Ya que las disposiciones procesales tienen carácter imperativo, pues vinculan a las partes con el poder estatal y este a su vez se legitima en tanto cumple los estándares de eficacia, celeridad¹³, seguridad jurídica y respeto por las libertades individuales, ante el ejercicio doble de la opción omisiva del querellante particular (no asistir a la audiencia y luego no justificar oportunamente dicha inasistencia) debe aplicarse la consecuencia prevista en el citado art. 110 del CPP 2004.

4. CONCILIACIÓN

En el proceso penal por falta se ha establecido que la conciliación o la celebración de un acuerdo es la primera alternativa que debe intentarse en la audiencia (SÁNCHEZ VELARDE 2009, 403) para componer el conflicto entre las partes (art. 484.3 del CPP 2004). Esto relleva la importancia de la conciliación y concuerda con un fin axiológico (fin abstracto) del proceso, reconocido en el ya citado art. III del TP TUO CPC 1993, que es lograr la paz social en justicia¹⁴. Precisamente por esto es que el Juez de Paz Letrado y el Juez de Paz (Ley n.º 29824) son competentes para conocer el proceso penal por falta¹⁵.

Siendo el de falta un proceso judicial que se inicia a instancia de la parte agraviada (en virtud al principio de autonomía de la voluntad) y que puede concluir por desistimiento si esta lo desea, la conciliación es posible sobre la base del mismo principio. La conciliación es una institución consensual y

¹² A favor, MACHUCA (Faltas contra la integridad física y el patrimonio 2011, 87)

¹³ SÁNCHEZ (2009, 28) opina: "la reforma implica cambio de actitud, mayor dinamismo, celeridad, observancia al debido proceso y a las normas de procedimiento, respeto a las autoridades judiciales y a sus decisiones".

¹⁴ Pese a esto, bajo las reglas del Código de Procedimientos Penales no era posible la conciliación intraproceso en faltas. MACHUCA (2011, 79) proporciona un buen ejemplo de lo perjudicial que esto era en casos como los de lesiones agravadas por violencia intrafamiliar.

¹⁵ Esto explica también la pérdida de competencia del Juez de Paz Letrado o de Paz para conocer un caso de lesión (dolosa o culposa) como falta (al margen del resultado de la evaluación médico legal) cuando "concurran circunstancias o medios que den gravedad al hecho, en cuyo caso será considerado como delito" (art. 441 del CP 1991). Tal caso no es uno en el que un Juez de Paz Letrado o de Paz pueda siquiera tentar una conciliación para restituir, precisamente, la paz perturbada. El interés lesionado va más allá de la exclusiva titularidad del agraviado. La gravedad del caso lesiona, en abstracto, el interés público. Al respecto, véanse las resoluciones emitidas en los expedientes n.ºs 00228-2012-0-0601-JP-PE-04-Cajamarca, 00389-2011-0-0601-JP-PE-04-Cajamarca (lesión dolosa) y 00368-2012-0-0601-JP-PE-04-Cajamarca (lesión culposa).

su aplicación es fomentada por el CPP 2004 a través del Juez¹⁶ (art. 463.3): “Instalada la audiencia se instará a las partes, en sesión privada, a que concilien y logren un acuerdo”. Ya que predomina el interés particular, el Juez expresa el interés nacional en la “institucionalización y desarrollo de la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos” (Ley n.º 26872, art. 1).

El rol facilitador del Juez para lograr la conciliación¹⁷ o el acuerdo, se concreta al promover el proceso de comunicación entre las partes y, eventualmente, proponer fórmulas conciliatorias no obligatorias (art. 20, Ley n.º 26872). Así, el Juez propicia una cultura de paz siguiendo los principios éticos de equidad, veracidad, buena fe, confidencialidad, imparcialidad, neutralidad, legalidad, celeridad y economía (art. 2, Ley n.º 26872). Esto se relaciona con la competencia del Juez (de Paz Letrado y de Paz) para los casos de falta que, por definición, no son graves y en los que el restablecimiento de la paz es posible (ver nota al pie 15).

Sin embargo, es difícil que las partes logren conciliar. En la experiencia judicial acumulada desde 2011, hemos advertido que las personas que son parte de un proceso penal por falta previamente han tenido un conflicto jurígeno (lesiones, maltrato, daños, hurto, etc.) que las indispone a conciliar. Esto es así pues su raciocinio está obnubilado por la molestia generada y la indisposición para el diálogo inteligente. Por eso, concurren a la audiencia buscando se imponga una sanción o para librarse de ella. No asisten con la intención de hacer prevalecer sus intereses, reconocer su responsabilidad o prevenir la reiteración de la falta.

No obstante, con la explicación que debe hacer el Juez y la mediación de los abogados, en la audiencia que no concluye por desistimiento expreso ni por sentencia, es posible que se produzca: 1) la conciliación pura, 2) la conciliación civil o acuerdo reparatorio (transacción), o 3) la conciliación mixta, que incluye una conciliación pura y la civil (acuerdo reparatorio). Lo importante es apreciar que en cualquiera de estos escenarios, el reconocimiento de la responsabilidad del procesado debe ser expreso. Si no lo es, pero ambas partes están dispuestas a conciliar, se debe explicar al procesado que su

¹⁶ “De acuerdo con los artículos 64 y 185 inciso 1) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el juez de paz (esencialmente juez de conciliación) señala como facultad de los magistrados: “propiciar la conciliación” (MACHUCA FUENTES 2011, 64).

¹⁷ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA (2006, 374) considera a la conciliación como una manifestación de la tendencia privatizadora del sistema penal. Dice de ella que “conciliación y mediación parecen fórmulas idóneas y eficaces, porque el enjuiciamiento convencional y la propia pena producen efectos nocivos irreparables elevando a cotas preocupantes el coste social de la intervención penal clásica”.

predisposición a conciliar implica tácitamente la asunción de responsabilidad (penal y civil) por el hecho que el querellante particular le ha atribuido.

El Juez debe valorar esta circunstancia en el momento oportuno, porque a pesar de manifestar ambas partes su deseo de conciliar, finalmente es posible que la conciliación se frustre. Esto ocurre generalmente en los casos de la conciliación que hemos denominado como civil y también en la mixta. El motivo es el desacuerdo en el monto a pagar como parte del acuerdo reparatorio. Esto también lo advierte MACHUCA (2011, 92).

El art. 484.2 del CPP 2004 prescribe que producida la conciliación o acuerdo, éste se homologará, concluyendo las actuaciones, pero si fracasa, debe proseguir la audiencia. El Juez debe verificar que la conciliación entre las partes no afecte derechos indisponibles y se refiera a los puntos objeto del conflicto. De conformidad con los arts. 328 y 329 del TUO CPC 1993, de aplicación supletoria al proceso penal, la conciliación surte el mismo efecto que la sentencia judicial, por lo que tiene la autoridad de cosa juzgada, siendo instrumento pleno para el ejercicio de los derechos allí contenidos. Queda para la discusión si es que esta conciliación puede servir también para valorar la reincidencia en faltas, teniendo en cuenta que implica la aceptación de responsabilidad por el hecho denunciado, pero no es en estricto una sentencia condenatoria.

Por último, conviene –por economía procesal– declarar consentida en el mismo acto de audiencia, la resolución que declara la homologación de la conciliación y el acuerdo reparatorio.

4.1 Conciliación pura

La conciliación que denominamos pura es aquella que se produce por voluntad de la persona agraviada, que en el acto de audiencia perdona el agravio causado por la falta. Este es pues, el elemento esencial de esta conciliación. Por tal característica esta conciliación se diferencia del desistimiento, ya que precisa del reconocimiento de la responsabilidad del procesado y de la renuncia a la reparación civil. Otra variante implica requerir además el ofrecimiento de disculpas al querellante particular. Incluso, es posible que ambas partes o una de ellas, soliciten al Juez la imposición temporal de reglas de conducta a las que voluntariamente la contraparte del querellante particular se somete, de acuerdo a la naturaleza del conflicto que las enfrentó (útil para efectivizar el fin preventivo del art. I del TP CP 1991, como medio protector de la persona humana y de la sociedad).

El efecto de la conciliación pura sobre la vigencia de la acción penal es claro: ya no se pronuncia la pena. Al renunciar expresamente al derecho indemnizatorio, tampoco se estima la reparación civil. La conclusión del proceso, con la consiguiente cancelación de antecedentes policiales y el archivo definitivo, es la consecuencia legal de esta opción.

4.2 Conciliación civil o acuerdo reparatorio

La conciliación que denominamos civil (acuerdo reparatorio o transacción) es aquella que se propicia por voluntad de la persona agraviada, que en el acto de audiencia reclama únicamente la indemnización como condición para desistir de la pretensión penal. No perdona ni exige el ofrecimiento de disculpas. Tal es su nota característica. Implica, como en cualquier clase de conciliación, la aceptación del procesado y la admisión de su responsabilidad.

Su efecto sobre la acción penal es idéntico al caso anterior, pues tampoco se pronuncia la sentencia condenatoria, pero sí se consigna el reconocimiento de responsabilidad y el compromiso indemnizatorio. El pago puede realizarse en efectivo en el mismo acto de audiencia o mediante depósito judicial administrativo. En este último caso se suele consignar, como parte del acuerdo, el establecimiento de fechas de pago y cuotas. Finalmente, es posible el establecimiento de reglas de conducta según la naturaleza del caso, a pedido de una o ambas partes, pero siempre con su aceptación y conformidad.

4.3 Conciliación mixta

La conciliación mixta es aquella en la que se combinan las dos modalidades previas. El agraviado perdona y exige la indemnización, como condiciones para disponer de la pretensión penal; en tanto que el procesado reconoce su responsabilidad y se compromete a prestar la reparación. Las variantes ya explicadas también son admisibles: el requerimiento para ofrecer disculpas y el pedido para la imposición temporal de reglas de conducta (recomendamos que sea por un año, en referencia con el término mínimo de la reserva del fallo condenatorio en el que también se imponen reglas de conducta y para inhibir la reincidencia).

5. SENTENCIA QUE SE PRONUNCIA POR LA RESPONSABILIDAD PENAL

Cuando el proceso penal por falta no termina ni por desistimiento ni por conciliación, solo es posible su conclusión mediante sentencia. Esta sentencia puede emitirse en caso se produzca la terminación anticipada de la audiencia por aceptación de la imputación y de la responsabilidad derivada (penal y civil) o como resultado de la audiencia y la valoración de los elementos probatorios y la actuación de medios de prueba.

Si bien el art. 484.6 del CPP 2004 autoriza a dictar sentencia en el acto de audiencia o dentro del tercer día de su culminación sin más dilación, recomendamos optar siempre por la primera opción. Esta propuesta se sustenta en que es requisito previo a la realización de la audiencia haber estudiado bien el expediente y, ya en ella, haber valorado los elementos de prueba presentados y los medios de prueba actuados; aprovechar el principio de inmediación¹⁸, la transparencia que brinda la publicidad del acto de audiencia y la economía procesal.

La sentencia que se pronuncia afirmando la responsabilidad penal puede hacerlo condenando, reservando el fallo condenatorio o decidiendo la exención de pena. Solo en el primer caso, la sentencia sirve para la consideración de la reincidencia en faltas dolosas, reguladas en los arts. 441 y 444 del CP 1991, en concordancia con el primer párrafo del art. 46-B del mismo Código.

5.1 Sentencia condenatoria

El CP 1991 establece como bases de punibilidad sancionar delitos y faltas, esto es, comportamientos antijurídicos, dolosos o culposos, que realizados por comisión u omisión, tienen asignados una sanción penal con anticipación a su realización.

La sentencia condenatoria presupone que durante la investigación y la audiencia del caso se ha acreditado la responsabilidad penal. Esto implica declarar probado el resultado típico, su curso causal y su atribución válida al procesado. Significa pues, afirmar una conducta antijurídica y culpable con total convencimiento.

¹⁸ SAN MARTÍN CASTRO (2003, 1263) relievra la importancia de la inmediación en la audiencia dirigida por el Juez en un caso de falta y lo hace citando a Víctor MORENO CATENA: "...las actuaciones que se exigen en este tipo de proceso (...) están presididas y dirigidas por el juez".

En cuanto a la responsabilidad penal, debe haberse acreditado que el procesado pudo actuar conforme a derecho en la situación concreta en la que se encontró y no lo hizo por propia determinación. Acreditada la responsabilidad penal es menester determinar la pena a imponerse y el monto de reparación civil necesario. Sobre el primer punto, debe recurrirse al examen de los elementos del art. 46 del CP 1991 (aplicable en virtud a la prescripción del art. 440 de la misma disposición legal). Para los casos de faltas, sin pretensión de exclusividad, se tornan especialmente importantes: i) la naturaleza de la acción; ii) la importancia de los deberes infringidos; iii) la extensión del daño o peligro causados; iv) las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión; y v) la edad, educación, situación económica y medio social del procesado.

Sobre la responsabilidad civil, se deberá fijar un monto por reparación a favor del agraviado, esto es, una indemnización por los daños y perjuicios causados, tal como prescriben los arts. 92 y 93 del CP 1991. Para hacerlo, debe valorarse la diligente actividad probatoria del agraviado. Justificar su pretensión resarcitoria es una obligación que este debe cumplir antes de la calificación del caso, bajo sanción de inadmisibilidad de su denuncia, según el art. 108 del CPP 2004. El Juez no puede suplir este deber pero sí debe aplicar el criterio de proporcionalidad para fijar un monto prudente¹⁹ por reparación civil, teniendo en cuenta el daño causado pero no las posibilidades económicas del procesado (CHINCHAY CASTILLO 2007, 223). Esto es así porque nada tiene que ver el daño reparable con las posibilidades económicas del procesado. Si bien a esta interpretación puede oponerse que en función a la ocupación del procesado y su carga familiar, sobre las que se le pregunta en el acto de audiencia, se busca que el monto fijado sea posible de pagar, esto afecta al agraviado pues la cantidad obtenida no se aproximaría al concepto de reparación civil²⁰.

5.2 Sentencia con reserva de fallo condenatorio

La sentencia en la que se opta por aplicar la reserva de fallo condenatorio concreta una opción de política criminal del Juez. Esta potestad se ejerce en

¹⁹ Es posible trasladar el conocimiento privado del Juez (máximas de experiencia o sentido común) al ámbito de la prueba, lo cual está permitido en nuestro sistema jurídico, de acuerdo al art. 281 del TUO CPC 1993: "El razonamiento lógico-crítico del Juez, basado en reglas de experiencia o en sus conocimientos y a partir del presupuesto debidamente acreditado en el proceso, contribuye a formar convicción respecto al hecho o hechos investigados". Según Stein (1999, 27), estas máximas de experiencia son definiciones o juicios hipotéticos o de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido, y que por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos. Así, este conocimiento puede integrar el juicio de proporcionalidad para establecer el monto por reparación civil.

²⁰ Propone CHINCHAY CASTILLO (ibíd.) que "fijar un monto verdadero puede ayudar a la víctima para otros efectos: deducciones tributarias, ajustes de indemnización con su compañía de seguros, eventualmente tener la expectativa de cobrar más adelante, si la situación económica del condenado mejora".

interés de ambas partes, para prevenir la reiteración de la falta a través del establecimiento de reglas de conducta, determinadas por la clase de falta cometida y para lograr la reparación del daño causado. El art. 62 del CP 1991 establece:

El Juez podrá disponer la reserva del fallo condenatorio cuando la naturaleza, modalidad del hecho punible y personalidad del agente, hagan prever que esta medida le impedirá cometer un nuevo delito. La reserva será dispuesta:... inciso 2) Cuando la pena a imponerse no supere las noventa jornadas de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres.

De acuerdo a esta disposición legal, habrá que examinar en el caso concreto: 1) si conviene reservar el extremo condenatorio (evaluación subjetiva) y 2) si luego de individualizar la pena concreta, esta se ubica dentro de los márgenes permisibles (evaluación objetiva). La conducta del procesado (si acudió al llamado jurisdiccional, ejerció su defensa con lealtad y honestidad) así como su personalidad (su educación, reconoció su responsabilidad y estuvo dispuesto a conciliar) deben ser valoradas por el Juez para prever si es una persona no propensa a cometer actos ilícitos. Si este juicio es afirmativo, se puede asumir que la reserva del fallo condenatorio y sus reglas de conducta le impedirán cometer una nueva falta, al incidir en su futura determinación personal. Esta medida le brinda garantía al agraviado en el cumplimiento de las reglas de conducta, pues estas son impuestas por un Juez en el ejercicio regular de sus funciones. Si son desobedecidas, ante la nueva denuncia podrán remitirse copias certificadas del expediente archivado al Ministerio Público, para la investigación por el delito de desobediencia a la autoridad (art. 368 CP 1991).

Aplicar la reserva del fallo condenatorio implica declarar la culpabilidad del procesado, pero sin establecer la pena momentáneamente. Sin embargo, esta reserva se limita a no incorporar la pena en la parte resolutive (ejecutiva) de la sentencia, pero no elimina el deber judicial de determinarla por la virtualidad de su imposición futura. La determinación de la pena concreta obedece a los parámetros ya explicados en el caso de la sentencia condenatoria. Sugerimos conveniente consignar, en un párrafo considerativo de la sentencia, la pena concreta que se hubiera impuesto. Así debe hacerse en virtud de los principios de inmediatez y dirección del proceso penal. En caso deba revocarse la reserva e imponerse la pena, incluso cuando deba hacerlo un Juez distinto al que sentenció, se optimizan esfuerzo y tiempo.

La ejecución del extremo punitivo determinado se reserva y se condiciona su extinción o imposición a la culminación exitosa –o no– de un periodo de

prueba, dentro del cual el procesado deberá abstenerse de cometer nueva falta y cumplir las reglas de conducta que se le señalen.

Por último, la reserva de fallo condenatorio no implica eludir la determinación de la responsabilidad civil, según se explicó previamente.

5.3 *Sentencia de exención de pena*

La exención de pena no es una alternativa frecuentemente empleada por los jueces con competencia penal²¹. El art. 68 del CP 1991 prescribe:

El juez puede eximir de sanción en los casos en que el delito esté previsto en la ley con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con pena limitativa de derechos o con multa si la responsabilidad del agente fuere mínima.

Esta es otra facultad jurisdiccional cuyo fundamento reside en la política criminal. De acuerdo a la disposición legal transcrita, habrá que verificar si en el caso concreto se cumplen los dos supuestos exigidos y concurrentes. Si es así, será posible declarar la exención de la pena en interés de la prevención especial positiva (Prado Saldarriaga 2000, 213). Esta conclusión se facilita si el procesado se ha sometido voluntariamente al proceso, si ha reconocido su responsabilidad o si ha estado dispuesto a conciliar. Estos signos implican la comprensión de la ilicitud e impropiedad de su conducta. El perdón judicial²², cuya excepcionalidad le debe ser explicada en la audiencia, incidirá en su determinación personal para no cometer una nueva falta.

Al aplicar la exención de pena, implícitamente se declara la culpabilidad del procesado, pero sin emitir la consiguiente condena, la pena ni la reparación civil (que no se calcula al no haberse determinado pena alguna, según el art. 92 del CP 1991)²³. Considero que el perdón judicial penal debe ser completo, tanto respecto a la pena como a la reparación civil. A salvo queda el derecho de la parte agraviada sobre este aspecto, pues la sentencia que declara la

²¹ Hemos encontrado escasos ejemplos: consulta 1544-95-B-Lambayeque, Exp. 2672-2003-HC/TC, Exp. 830-91-Huánuco (Ejecutoria Suprema), Exp. 3361-93-B-Lima, Exp. 598-2010-0-0601-JP-PE-04-Cajamarca y Exp. 730-2010-0-0601-JP-PE-04-Cajamarca.

²² Resolución n.º 29 del 20 de noviembre de 2009, Inc. 03-2009-"B", Primera Sala Penal Especial (C.II-14.a) de la Corte Superior de Justicia de Lima. Disponible en: <http://historico.pj.gob.pe/cortsuprema/documentos/Inc.%2003-09-B.pdf> (consultada el 12 de julio de 2012)

²³ En contra de esta posición, PRADO SALDARRIAGA (2000, 214) sostiene: "Si bien el Código Penal (...) no alude a los efectos de la exención de pena sobre la reparación civil, resulta fácil inferir que su concesión no excluye el señalamiento de responsabilidades indemnizatorias, puesto que éstas son exigibles desde la producción de un hecho antijurídico. Por tanto, el Juez debe fijar en la sentencia la reparación civil que corresponda".

culpabilidad pero exime de pena, le habilita la vía civil para su reclamo (en concordancia con el art. 12.3 del CPP 2004).

Esta exención de pena no extingue su ejecución, como podría asumirse del art. 85.3 del CP 1991, pues la pena nunca se determinó ni se impuso y aun menos empezó a ejecutarse (presupuesto lógico para la extinción de su ejecución). Dicha previsión del CP 1991 se refiere, por ejemplo, a la exención de pena por vínculo familiar en caso de encubrimiento real.

Por último, al decidir el Juez aplicar la exención de pena, no se registran antecedentes penales. Nuevamente, puede discutirse si una sentencia de este tipo puede valorarse para la consideración de la reincidencia.

6. SENTENCIA QUE SE PRONUNCIA POR LA IRRESPONSABILIDAD PENAL

De acuerdo al art. 43 *ab initio* de la CP 1993: “La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana”. Por el componente social se busca el bienestar de la población en general, tutelando el interés colectivo. Por el componente democrático, fiel a su origen liberal, en el caso específico se anteponen los derechos individuales frente a la pretensión colectiva, haciendo uso del derecho.

Es el derecho el ambiente adecuado para amalgamar estas dos pretensiones aparentemente excluyentes. Una condena se produce en interés social cuando la culpabilidad individual ha sido demostrada. La absolución se produce en interés individual, cuando no ha sido probada la culpabilidad, ya sea por insuficiencia probatoria o por existir una duda razonable respecto a ella, pero también se produce cuando la inocencia ha quedado evidenciada en forma meridiana²⁴.

En el marco del debido proceso debe probarse la comisión del hecho ilícito y la responsabilidad del autor mediante elementos de prueba fehacientes e idóneos. En ese orden de ideas, el juzgamiento se produce sobre la base de los elementos probatorios obtenidos en la investigación preliminar, siendo el acto oral la fase culminante de la necesaria y rigurosa actividad probatoria, practicada bajo la influencia del principio de contradicción. Un fallo condenatorio exige del juzgador la certeza de la responsabilidad penal del

²⁴ Sentencia de la Primera Sala Especializada Penal de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, proceso penal n.º 334-95-P (Tercer Juzgado Especializado Penal), emitida el 14 de octubre de 2008. Novena consideración.

procesado, que sólo puede ser obtenida a partir de una actividad probatoria contundente que permita generar tal convicción de culpabilidad. De no existir suficiencia de pruebas debe prevalecer la garantía constitucional del principio de presunción de inocencia.²⁵ En caso de contar con elementos probatorios ya sea para absolver o para condenar, debe aplicarse el principio *in dubio pro reo*²⁶, siendo preferible absolver al procesado antes que condenarle si subsiste duda acerca de su responsabilidad penal.

7. ABANDONO DEL PROCESO

Al referirnos al desistimiento tácito sustentamos que el querellante particular debe conocer las disposiciones procesales de carácter público que regulan su intervención procesal. Otra de esas reglas es la instituida en el art. 464.1 del CPP 2004: *“La inactividad procesal durante tres meses, produce el abandono del proceso, que será declarado de oficio”*.

Si el querellante particular conoce de la sustanciación del proceso penal por falta que instó y voluntariamente no concurre a las citaciones judiciales ni se

²⁵ *Ibíd.* undécima consideración: “La presunción de inocencia es un derecho fundamental, recogido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, también en los tratados internacionales sobre esta materia suscritos y ratificados por el Estado peruano y prescrito en la Constitución Política vigente en el literal “e” del inciso veinticuatro de su segundo artículo. De acuerdo a este principio, toda persona a la que se le ha imputado la comisión de un hecho punible es considerada inocente y debe ser tratada como tal mientras no se demuestre lo contrario declarándose su responsabilidad penal mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales. Este derecho apareja la consecuencia lógica de que en caso de duda sobre la responsabilidad penal, debe resolverse a favor del imputado, absolviéndole de los cargos formulados en su contra. Si se tiene en cuenta que la presunción de inocencia se materializa concretamente en dos garantías, a saber, regla probatoria (...) y la regla de tratamiento o de juicio del imputado, es por cuenta de la segunda que este Colegiado asume la acusación como hipótesis que sólo puede llevarle a la afirmación de culpabilidad a través de la comprobación cuidadosa del fundamento probatorio de todos y cada uno de los elementos de la imputación, según ha resultado del juicio. Se lesiona este principio cuando se condena al imputado y no existen elementos probatorios válidos que acrediten su responsabilidad penal o cuyo mérito probatorio es insuficiente para desvirtuar la presunción de inocencia que le asiste... Sobre esto, el artículo octavo, segundo numeral de la Convención Americana de Derechos Humanos prescribe que *“una persona no puede ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente para condenarla, sino para absolverla...”*”

²⁶ *Ibíd.* duodécima consideración: “Respecto al principio *in dubio pro reo*, este se desprende interpretativamente del inciso once del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política y es un límite al poder punitivo del Estado, ya que ante un supuesto de duda (o conflicto de leyes), se impone al juez la obligación de elegir la opción que más favorezca al procesado. De otra manera no habría correlato con el fin de seguridad exigido en todo Estado social y democrático de Derecho, en el que la defensa de la dignidad de la persona humana, de su libertad y la consiguiente protección de las garantías ciudadanas, son pilares fundamentales de la sociedad. La razón que legitima a este principio es la de garantizar el deber del Estado de probar la plena culpabilidad del procesado, pues es su inocencia la que se presume y es ésta la que debe desvirtuarse en el proceso penal probando la hipótesis de culpabilidad del Ministerio Público... Por ello, ya que en este proceso penal la culpabilidad no se ha acreditado, la absolución es el único camino legítimo a fin de preservar la libertad individual en correlato con la defensa constitucional de la persona (*in oscuro, libertatem praevalere*).”

acerca al Juzgado de Paz Letrado o al de Paz para averiguar acerca del estado procesal del caso, es responsable de su inactividad. En el supuesto planteado le sería imputable al querellante particular la situación de inactividad procesal en la que se encontraría el expediente respecto de sus pretensiones. Declarado de oficio el abandono del proceso, habrá que notificar esta resolución, que puede ser apelada y en caso de confirmarse, provocará el archivo definitivo del caso.

Puede presentarse un caso especial de abandono, regulado en el art. 465 del CPP 2004, referido a la muerte o subsecuente incapacidad del querellante particular. Cuando alguna de estas dos situaciones se produce, puede que el Juez no se entere y el abandono será declarado de oficio luego de los tres meses posteriores al último acto procesal impulsado por el querellante particular. Pero puede suceder también que el Juez sea notificado por el procesado de esta nueva circunstancia, en cuyo caso, se declarará el abandono después de los treinta días siguientes de la muerte o incapacidad, si es que ninguno de los herederos del querellante particular se ha apersonado para asumir ese rol.

8. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

El 16 de noviembre de 2010, los Jueces de las dos Salas Penales de la Corte Suprema, al tratar la figura de la reincidencia en faltas, se ocuparon también de los plazos de prescripción de la pena para esta clase de ilícito penal, habiéndolo hecho antes respecto a los plazos de prescripción de la acción penal (fundamentos jurídicos 21 y 22 del Acuerdo Plenario n.º 1-2010/CJ-116).

De ese modo, leyendo completamente el acuerdo y nuevamente haciendo una interpretación integradora²⁷, se pueden extraer cuatro normas jurídicas que abarcan todos los escenarios de prescripción para las faltas:

- 1) La acción penal y la pena prescriben -ordinariamente- al año cuando no hay reincidencia.
- 2) La acción penal y la pena prescriben -extraordinariamente- al año y medio cuando no hay reincidencia.
- 3) La acción penal y la pena prescriben -ordinariamente- a los dos años en caso de reincidencia.
- 4) La acción penal y la pena prescriben -extraordinariamente- a los tres años en caso de reincidencia.

²⁷ Resolución del Cuarto Juzgado de Paz Letrado de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, proceso penal n.º 00519-2010-0-0601-JP-PE-04, expedida el 27 de agosto de 2012.

Sobre el Acuerdo Plenario n.º 1-2010/CJ-116, que sustenta estas cuatro normas jurídicas, MACHUCA (2011, 26) opina:

“Esto no es una interpretación antojadiza de la norma pues no debe perderse de vista que la prescripción es una institución de naturaleza procesal inserta en el ordenamiento sustantivo y, por ende, no es perjudicial a las faltas el que se apliquen las reglas procesales que rigen para los delitos...”.

Ya que la literalidad del CP 1991 establece en uno y dos años el plazo de prescripción para la acción penal y la pena en los casos de faltas (art. 440.5), es muy frecuente que entre la denuncia y su trámite previo a la audiencia, buena parte de ese tiempo ya haya transcurrido. Por eso, la opción interpretativa de los Jueces de la Corte Suprema de Justicia tiende a evitar la impunidad. También, con este Acuerdo Plenario se intenta (dado el carácter no vinculante de la doctrina legal) zanjar una discusión entre los jueces que, optando por una interpretación a favor del procesado, consideran que dicho plazo incluye al de la prescripción extraordinaria y aquellos otros que acogiendo esta variante, añaden la mitad del plazo, según sea el caso, para fijar el límite de vigencia de la acción penal y de la pena.

9. CONCLUSIONES

El Juez de Paz Letrado tiene el deber de impartir justicia penal por faltas a pesar de los vacíos regulatorios. Para hacerlo debe integrar las disposiciones que regulan tal proceso penal, las del proceso por querrela y las del proceso común, interpretándolas sistemáticamente.

En esta tarea debe procurarse efectivizar la separación de los roles de acusar, investigar y juzgar, identificando a sus responsables y procurando que cumplan diligentemente tales roles.

El agraviado por un caso de falta puede denunciarlo ante la Policía o directamente ante el Juez, pero al hacerlo debe saber que su denuncia tiene que ser formal y completa, en los términos del art. 108 del CPP 2004, pues el incumplimiento de dichas exigencias implica la inadmisibilidad de su denuncia.

Luego, el agraviado, ya constituido en querrelante particular, debe desempeñar con diligencia los derechos que le asisten, así como conocer sus limitaciones y responsabilidades. La carga de la prueba es su principal responsabilidad.

Las formas de conclusión del proceso penal por falta (desistimiento, conciliación, sentencia, abandono y prescripción) se sustentan en el CPP 2004 y en la actividad interpretativa de los Jueces, por lo que es de cargo de las partes y de sus abogados conocerlas.

El Juez debe priorizar y propiciar la conciliación como forma estelar de culminación del proceso penal por falta (cuando es posible), ya que contribuye al restablecimiento de la paz entre las partes, en concordancia con el fin abstracto del proceso y con la propia nomenclatura de su cargo.

Las formas especiales (desistimiento expreso y conciliación civil o transacción) para concluir el proceso penal por falta no se aplican en los casos donde el agraviado es la sociedad (faltas contra la tranquilidad o seguridad pública) (MACHUCA FUENTES 2011, 67).

El Juez es un actor principal de la política criminal nacional. Como tal, con base en su conocimiento criminológico, debe decidir la aplicación de la exención de pena cuando el caso cumpla con los dos requisitos concurrentes exigidos por el art. 68 del CP 1991.

10. LISTA DE REFERENCIAS

CHINCHAY CASTILLO, Alcides. «*La víctima y su reparación en el proceso penal peruano*». Diálogo con la jurisprudencia (Gaceta Jurídica), n° 108 (Setiembre 2007): 215-223.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino, William RABANAL PALACIOS, y Hamilton CASTRO TRIGOSO. «*El Código Procesal Penal. Comentarios descriptivos, explicativos y críticos*». Lima: Jurista Editores EIRL, 2009.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. «*Conciliación y conformidad como manifestaciones de las tendencias privatizadoras del sistema penal*». Estudios de Derecho Penal. Libro homenaje a Domingo GARCÍA RADA (Adrus), 2006: 373-406.

MACHUCA FUENTES, Carlos. «*Faltas contra la integridad física y el patrimonio*». Lima: Gaceta Jurídica, 2011.

MONROY GÁLVEZ, Juan. «*Introducción al Proceso Civil*». Vol. I. Bogotá: Temis, 1996.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. «*Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*». Lima: Gaceta Jurídica, 2000.

SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio. «*Derecho procesal penal*». Vol. II. Lima: Grijley, 2003.

SÁNCHEZ VELARDE, Pablo Wilfredo. «*El nuevo proceso penal*». Lima: Idemsa, 2009.

STEIN, Friedrich. «*El conocimiento privado del juez*». Bogotá: Temis, 1999.

EL PODER JUDICIAL PERUANO COMO OBJETO DE ESTUDIO PARA LA CALIDAD DE LA DEMOCRACIA Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN EL PERÚ. VENTAJAS Y DIFICULTADES*

SERGIO SALAS VILLALOBOS**

Si el Poder Judicial es un instrumento de Poder, ¿Quién es el titular del poder del Poder Judicial?

*"The Rule of Law. As Guillermo O'Donnell explains, the rule of law means that all citizens are equal before the law, and that the laws themselves are clear, publicly known, universal, stable, non-retroactive, and fairly and consistently applied to all citizens by an independent judiciary. These characteristics are fundamental for any civil order and basic requirement for democratic consolidation..."*¹

Resumen

El presente trabajo formula reflexiones sobre el modelo del sistema judicial peruano, como integrante de un sistema democrático de mayor espectro, el cual necesita bases sólidas para su institucionalización. Se abordan las debilidades del sistema, aún vigentes pese a los esfuerzos personales de algunos jueces conductores de la gestión a lo largo de los últimos años. Si bien en otros ensayos ya hemos desarrollado la técnica de la identificación de los sistemas judiciales, no obstante, consideramos que el propósito de este trabajo, al estar orientado a una visión política del sistema judicial en el Perú, exige ahora una definición de aquellos dentro del campo político.

Palabras clave: Sistema judicial – Poder Judicial – Jueces – Democracia – Ideologías – Doctrina judicial – Carrera judicial.

Abstract

This brief provides thoughts on the model of the Peruvian Judicial system, as a member of a democratic system of a wider spectrum that requires solid bases for its institutionalization. We address the weaknesses of the system

* Ponencia del autor en el Taller de Investigación comparada: Calidad de la democracia y administración de justicia en América Latina, realizado en el Hotel Boulevard, 23 y 24 de Mayo de 2013. Miraflores, Perú. Projusticia.

** Ex Presidente de la Corte Superior de Justicia de Lima 2001 – 2002. Ex Juez Provisional de la Corte Suprema de la República – Poder Judicial del Perú. Especialista en Política Jurisdiccional y Derecho Judicial, Profesor universitario.

¹ MORLINO, Leonardo and DIAMOND, Larry. Assessing the Quality of Democracy. The Johns Hopkins University Press and the National Endowment for Democracy. Baltimore, Maryland. United States of America. 2005. pg. xiv.

"La Regla de la Ley. Como lo explica Guillermo O'Donnell, la regla de la Ley significa que todos los ciudadanos son iguales ante la ley, y las leyes por si mismas deben ser claras, de conocimiento público, universal, estables, sin efecto retroactivo y justas y efectivamente aplicadas a todos los ciudadanos por un Poder Judicial independiente. Estas características son fundamentales para cualquier orden civil y requisitos básicos para la consolidación democrática..."

which continues to exist despite the personal efforts of some judges directing this process over the last few years. Although we have developed the method to identify judicial systems in other protocols, we believe that since it aims to provide a political view of the judicial system in Peru, the purpose of this paper now requires their definition in a political context.

Key words: Judicial System - Judges - Democracy - Ideologies - Legal Doctrine - Judicial Career.

Sumario

I.- A modo de introducción. II.- Modelos de los sistemas judiciales. III.- Poder Judicial como garantía de democracia. Elementos y sus componentes. 1.- Composición orgánica. 2.- Ideologías como Doctrina judicial. IV.- A manera de conclusión.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

Es usual que en el sistema judicial peruano, nos encontremos con una serie de acontecimientos singulares que son el reflejo de la falta de democratización del Poder Judicial y de la histórica intervención política que no le permitió desarrollarse como organización y mucho menos como poder del Estado.

Esta falta de democratización parece desvanecerse o atenuarse recién en el presente siglo XXI, en donde los nuevos modelos sociales y constitucionales, exigen a los jueces una presencia mayormente participativa, si bien autónoma, no obstante sin perder la perspectiva de dichos aspectos sociales imperantes. Por lo tanto, una percepción errada por parte de la sociedad respecto del autogobierno de los jueces, puede ocasionar desastrosas consecuencias en cuanto al nivel de aceptación del sistema judicial y, con ello, el retardo en su ansiada evolución para la estabilización social y democrática del país.

Siendo ello así, los jueces están comprometidos no solo para saber gobernarse bien, sino para propiciar cambios sistémicos sustanciales con miras a su desarrollo institucional. El sistema judicial, debe ser estable, confiable, bien organizado, pero sobre todo, auténticamente democrático en su composición y en la forma de impartir justicia.

Estas reflexiones formales pueden entenderse describiendo algunos de los mencionados acontecimientos singulares, como por ejemplo la creación de órganos jurisdiccionales como parte del programa de descarga procesal sin medición de indicadores, o la selección de jueces a plazas provisionales que

no son de la especialidad para resolver casos complejos o jurídicamente especializados, o la desatención del juez de su despacho para priorizar su proceso de ratificación; entre otros. Son innumerables los tipos de acontecimientos que los usuarios del Poder Judicial peruano sufrimos que, por cierto, no son extraños en los demás sistemas judiciales de la región latinoamericana. Aunque no parezca creíble, el sistema peruano se encuentra más consolidado que los de los demás países, a excepción de Brasil, Costa Rica y Chile, en ese orden; lo que no debería necesariamente darnos orgullo, ya que aún no llegamos al nivel mínimo de confiabilidad democrático-social.

Las siguientes son algunas reflexiones sobre el modelo del sistema judicial peruano, como integrante de un sistema democrático de mayor espectro, el cual necesita bases sólidas para su institucionalización. Por tanto, insistiremos en las debilidades del sistema, las cuales incomprensiblemente se han mantenido vigentes pese a los esfuerzos personales de algunos jueces conductores de la gestión a lo largo de los últimos años. Para ello, tendremos que ser necesariamente críticos, pero con respeto tanto a la institución judicial como a sus componentes. La intención, en todo caso, es promover sino provocar la generación de nuevos líderes para que “prenda” la chispa de la nueva ideología judicial y las acciones realmente necesarias y positivas de todo el sistema.

II. MODELOS DE LOS SISTEMAS JUDICIALES

Si bien en otros ensayos ya hemos desarrollado la técnica de la identificación de los sistemas judiciales, no obstante, consideramos que el propósito de este trabajo, al estar orientado a una visión política del sistema judicial en el Perú, exige ahora una definición de aquellos dentro del campo político.

Así, y como nuevamente reiteramos la descripción de GARCÍA BELAÚNDE, los modelos de los sistemas judiciales en las sociedades occidentales con prácticas constitucionales y democráticas, son de tres tipos: Parlamentarista, Corporativo é Institucionalista². Debemos, no obstante, resaltar que nos hemos permitido adaptar esta clasificación del maestro GARCÍA BELAÚNDE, de acuerdo a la necesidad de su adecuación dentro de la perspectiva del estudio de los mismos para su ejercicio práctico. En esa dimensión, el modelo Parlamentarista o europeo³, se caracteriza por la presencia activa tanto del

² GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. «Problemas sobre el gobierno y la Administración del Poder Judicial». Publicado en *La Justicia Mexicana hacia el siglo XXI* por la Universidad Nacional Autónoma de México y el Senado de la República LVI Legislatura.

³ También llamado político.

Poder Ejecutivo y del Legislativo para el óptimo desarrollo del Judicial como componente del Estado, y en el entendimiento que éste sirve al ciudadano. Por lo tanto, la exigencia de la sociedad hacia el Estado en temas de justicia, exime al juez de dirigir la gestión de administración, concentrándose única y exclusivamente en su función jurisdiccional pura. El Poder político participa en su organización y administración de buenas prácticas públicas y el Judicial en su autogobierno. Nadie se atrevería a sostener que en este modelo, la conducta del Estado implica intervención política en el judicial; como sí lo sería en los sistemas latinoamericanos. El término *reforma judicial*, es inexistente en este modelo debido a su sostenimiento permanente.

En cuanto a la dimensión del sistema corporativo o norteamericano, como lo indica su nominación, es el reflejo perfecto del funcionamiento de un solo cuerpo autónomo e independiente: el Judicial. En los Estados democráticos, solo los Estados Unidos de Norteamérica continúa con el modelo de separación de poderes original de la Revolución Francesa⁴. Por tanto su manejo es totalmente propio. La administración depende de su propio brazo técnico⁵, el cual le provee de los insumos técnicos y tecnológicos de avanzada para optimizar su perfil organizacional. Además, desarrolla la función formativa de sus componentes, esto es que capacita y entrena a los futuros funcionarios judiciales de las Cortes Estatales, de manera que para laborar en ellas, se requiere obligatoriamente de una licenciatura de la institución académica. Es oportuno señalar, que los formadores y ejecutivos del Centro, son ex magistrados, lo que indica el amplio desarrollo ideológico y de liderazgo de sus componentes principales: los jueces. Al igual que en el modelo europeo, en el corporativo el término reforma judicial es inexistente, y los jueces se concentran en una única función, la jurisdiccional.

Por último, el sistema institucionalista o latinoamericano; el menos apropiado de todos. Estando vigente en los países hispanos, el sistema de Estado Constitucional en reemplazo del Estado de Derecho clásico, el principal componente del mismo es la difusión de órganos constitucionales autónomos, con funciones propias y exclusivas, que no dependen de ningún poder del Estado, pero que inciden en sus funciones de manera indirecta. Los Tribunales Constitucionales, Consejos de la Magistratura, Procuraduría Pública –en el caso de Colombia–, el Ministerio Público, los órganos electorales, etcétera, desarrollan sus funciones de manera autónoma. Sin embargo, sus funciones

⁴ Aún cuando el jurista, constitucionalista y político peruano Javier Valle Riestra, insista en la permanencia de dicho modelo en el Perú, el mismo ha sido paulatinamente desplazado por el del Estado Constitucional; el cual agrega al escenario de los poderes del Estado, el de los llamados órganos constitucionales autónomos, los que inciden en las funciones de aquellos.

⁵ El National Center for State Courts, con sede en Williamsburg, Virginia.

se entrelazan, por ejemplo en cuanto al nombramiento de jueces, fiscales, sanciones a los mismos, declaración de inconstitucionalidad de leyes a través del control concentrado, lo que altera las políticas orgánicas de los poderes públicos, etc. En el Perú, se aprecian muchas competencias del Tribunal Constitucional que han afectado de manera directa las funciones de los tres poderes del Estado⁶.

Bajo este panorama, es claro que la conducción de los Poderes Judiciales latinoamericanos es por demás compleja. Es usual el conflicto presente entre estas instituciones, como el caso de Argentina y Ecuador entre sus Poderes Judiciales y los Consejos de la Magistratura; mientras que en el primer caso el Consejo es sumamente influyente, en el segundo es todo lo contrario⁷. Esto exige que los jueces se preocupen, por ende, de dos misiones: su propia administración y la función jurisdiccional propiamente dicha, a diferencia de los modelos europeo y corporativo. Doble tarea que implica descuidar ambas. De ahí la premisa que los jueces en latinoamérica no pueden conducir sus procesos de reforma. Por lo demás, como también lo hemos tratado en otros ensayos, en el Perú al menos, no han existido procesos técnicos de reformas judiciales⁸.

De lo expuesto, no queda duda que el modelo institucionalista o latinoamericano, es el menos apropiado para estructurar eficientemente todos sus sistemas judiciales y, por ende, se vuelve incierta la premisa de O'DONELL para la consolidación democrática de sus Estados. La única alternativa es la formación y reforzamiento de auténticos liderazgos judiciales, de fondo y no de forma, es decir de ideologías y acciones, más no de ejercicios de cargos naturales de función. Intentar acoplar el modelo parlamentarista o europeo, significaría estar bajo la sombra de los regímenes autocráticos del poder político y sería suicida para nuestros sistemas.

⁶ El caso de la Ley Wolfenson; la contienda competencial entre el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo por el tema presupuestario; los casos de la Cosa Juzgada Constitucional y anulación de Sentencias de los órganos jurisdiccionales en el tema de las máquinas tragamonedas y casinos de juego; recientemente la anulación por el Tribunal Constitucional respecto de la Acción de Cumplimiento de homologación de remuneraciones de los jueces contra el Ministerio de Economía; entre otros.

⁷ Para los efectos de este estudio, se deja constancia que tal apreciación es de índole sistémico, al margen de la influencia de presión que ejerza el actual mandatario de la nación ecuatoriana.

⁸ De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, una acepción de reforma es: *Aquello que se propone, proyecta o ejecuta como innovación o mejora en algo*. Esto, es asimilado en la cultura organizacional con el mismo concepto, por lo tanto, se requiere de propuestas, proyectos y ejecución de ellos para mejorar un sistema. En el Perú, ninguno de estos componentes y acciones, se ha realizado; solo lo intentó el movimiento de 1996. Antes de ello, los llamados procesos de reformas judiciales apuntaron solo a cambios de jueces por el poder político (reformas republicanas). La última fue en el año 1992, con el llamado autgolpe del ex presidente Fujimori. Por ello, uno de los autores de la reforma del 96, Ibazeta Marino, proponía una reforma traumática; esto es, la demolición total del sistema y su reemplazo por otro. Sin embargo, este tipo de reformas es inviable si no se cuenta con un modelo ya estructurado, cosa que no tuvo aquel proceso.

III. PODER JUDICIAL COMO GARANTÍA DE DEMOCRACIA. ELEMENTOS Y SUS COMPONENTES

Habiendo analizado sucintamente el panorama de diseños de los sistemas judiciales, corresponde identificar los elementos que puedan servir para la identificación estructural vigente y si ella es garantía del ejercicio democrático en el Perú; siempre bajo la perspectiva de O'DONELL.

En tal sentido, advertimos dos elementos sustanciales: la composición orgánica u organizacional del Poder Judicial y el desarrollo de ideologías como doctrina judicial.

Si bien es cierto, la perspectiva organizacional abarca un complejo entretejido de sub-sistemas, estos no serán tratados en este estudio. Lo trascendente es analizar sus componentes principales dentro de los cuales se desarrollan tales sub-sistemas. Tales componentes están comprendidos por la identificación de los órganos para el funcionamiento organizacional, sus recursos y los métodos de selección de los operadores judiciales, incluyendo lo derivado respecto de su control como integrantes de la organización.

El objetivo de hacer esta identificación es desterrar el mito de que el Poder Judicial debe adquirir legitimidad plena, por su sola condición de poder del Estado. Es decir, que la sociedad debe legitimar al Poder Judicial *per se*, y por ende, los otros componentes estatales deberán acatar esta legitimidad ciudadana, como base de fortalecimiento democrático. La aprobación *per se*, en consecuencia no requiere de mayor esfuerzo institucional ni funcional. Basta declarar el principio de autonomía del Poder Judicial como una garantía constitucional lítica, para que este quede legitimado automáticamente. Esta creencia, lamentablemente ha sido empleada como *doctrina judicial* durante el siglo veinte, en el que el juez se declaraba apolítico socialmente, sin intervenir siquiera en políticas propias del Poder Judicial⁹; factor indispensable en un modelo corporativo como lo era el peruano en esa época.

1. Composición orgánica

Es claro que se requiere de un alto nivel orgánico u organizacional, para adecuar la legitimidad en base a respuestas confiables, justas, adecuadas y oportunas del aparato jurisdiccional. El Poder Judicial debe ser eficiente

⁹ Extensamente lo trata Luis Pásara en su ya clásica obra *Jueces, Justicia y Poder en el Perú*. Centro de Estudios de Derecho y Sociedad. Perú. 1982.

como organización –y por ende sus componentes– para adquirir respeto y legitimidad ciudadana. Solo de esa manera, el principio de autonomía adquiere vigor y vigencia. Dejará de ser una declaración principista para tornarse un principio efectivo, concreto y material. Por lo tanto, el poder del Poder Judicial será válidamente ejercido a través de si mismo y ya no *per se*.

Ahora bien, este elemento a su vez requiere de ciertos componentes concretos, a través de los cuales se logrará la efectividad en el diseño de la organización. Ella está compuesta de medios, los cuales están identificados como todos aquellos que participan en el desarrollo práctico de la institución; y pueden ser materiales y humanos.

Órganos

El primer componente claramente identificable, son los órganos institucionales. Se entiende por órganos, a los entes que forman una unidad estructural encargada de la función determinada de una Organización matriz. Así, a nivel organizacional podemos identificar y diferenciar los de gobierno, gestión, administración y gerencia.

Estos componentes organizacionales son distintos y tienen diferentes roles. Sin embargo, la estructura orgánica vigente los funde en uno solo: órganos de gestión prescindiendo de la identificación básica y necesaria de los demás¹⁰. La justificación de un diseño adecuado no es antojadiza; es propia de cualquier institución que se precie de desarrollar fines y objetivos claramente definidos por la propia naturaleza de su constitución. No se puede mantener la casa si la tenemos desordenada, si la distribución de sus ambientes no son los funcionalmente necesarios; no podemos dormir en el baño, ni cocinar en las habitaciones. Lo mismo sucede en las instituciones organizacionales.

Por ello, los órganos de gobierno deben tener clara que su función es la de adoptar decisiones para el destino institucional, cual es la identificación de las políticas necesarias a desarrollar por los órganos ejecutores. En el caso del Poder Judicial, la identificación clara y precisa de políticas institucionales para ser propuestas como políticas de Estado en materia de justicia. La adecuada lectura del comportamiento de los conflictos sociales sometidos a la tutela jurisdiccional por actos propiciados por el propio Estado a través

¹⁰ Ley Orgánica del Poder Judicial. Sección Segunda. Organización del Poder Judicial. Titulo II. Órganos de Gestión.

de la administración pública o por falta de políticas de prevención social del gobierno central; base de la seguridad ciudadana por cierto.

Para graficar esta idea, tenemos que en los ansiados Mensajes a la Nación por el Presidente de la República cada veintiocho de julio, escasamente se pronuncia sobre actos del gobierno central en materia de justicia. La justificación de ello, es que no le corresponde. Debería corresponderle al propio Poder Judicial. Sin embargo, en los mensajes de aperturas de años judiciales solemos escuchar el logro de la meta de producción jurisdiccional sin relevar la productividad, factor preeminente sobre la primera para lograr la eficiencia de acuerdo a los conceptos organizacionales. No se mencionan perspectivas basadas en análisis sobre qué debe hacer el Poder Judicial respecto, por ejemplo, de la ineficiencia de la administración pública que deriva en acciones contencioso administrativas. O la creciente demanda de tutela por actos delictivos propios de la competencia penal. Mucho menos de la falta de atención del Estado en temas de violencia familiar o desamparo de niños y adolescentes. Todos estos análisis como políticas de Estado en materia de justicia, pueden hacerse si es que el propio Poder Judicial, por intermedio de sus órganos de Gobierno, pueda dar lectura adecuada a sus estadísticas de demanda de acceso a la justicia¹¹.

Por su lado, los demás órganos, serán exclusivamente de acción derivada; esto es, que deberán realizar los actos necesarios para tornar prácticas las políticas institucionales identificadas y definidas por el órgano de gobierno. Así, los órganos de gestión o Consejos Ejecutivos, serán el paralelo de los Directorios de las sociedades civiles o mercantiles. Toda organización institucional, tiene un cuerpo de directivos que se encarga de orientar las normas necesarias para impartir órdenes, las que al ejecutarse por otros órganos técnicos, logran la materialización de aquellas políticas. Su labor, en consecuencia, es directiva y de supervisión de los métodos empleados por los órganos técnicos.

A su turno, los órganos técnicos propiamente dichos se encargarán separadamente de la administración y el gerenciamiento. La primera función, se dedicará a la satisfacción del uso de los recursos presupuestarios ordinarios. El presupuesto público está destinado a los gastos corrientes y ordinarios:

¹¹ La falta de lectura estadística para fines de planeamiento estratégico, se deriva de la falta de la información que los órganos de gestión gerencial debe facilitar al órgano de gobierno. El motivo es obvio; no es falta de acceso a la información, es fundamentalmente, mantener el empoderamiento del Poder Judicial manteniendo oculta la misma. Finalmente, el poder lo tiene quien posee la información; solo así, puede solucionar la problemática que dicho poder puede crear, tornándose indispensable.

planillas de sueldos y salarios, servicios públicos, mantenimiento común, obligaciones previsionales y tributarias; etc. En consecuencia, sostener que *para llevar a cabo un proceso de reforma, se requiere incrementar el presupuesto del Poder Judicial*, no solo es una falacia sino un mito. El presupuesto público no está destinado a fines de inversión. Así de simple. Sostener lo contrario implicaría que el Poder Judicial requerirá entonces la asignación del cien por ciento del presupuesto público del Estado para llevar a cabo el proceso de reforma. Nada más absurdo. Por su parte, las funciones de gerenciamiento si deberán identificarse con aptitudes técnicas más especializadas para aplicar procesos y procedimientos ejecutables de manera práctica. Son los encargados de desarrollar, planificar y ejecutar proyectos. Implementar las formas y mecanismos propios de orden logístico, técnico y tecnológico. La auténtica modernización del sistema, parte de los llamados servicios judiciales¹²; los cuales deben ser identificados por entes gerenciales altamente calificados. La tecnología y modernidad puesta al servicio del sistema judicial.

Recursos

Otro componente importante del elemento de composición orgánica, son los recursos económicos y materiales. Ninguna organización puede sobrevivir sin recursos económicos; aún, aquellas que no tengan fines de lucro. Un recurso es aquello que se puede usar para producir otro bien. En la lista de los recursos económicos, además de los naturales se incluye el trabajo, el capital (maquinaria, edificios y otros recursos creados por el hombre) y el capital humano. Un recurso es escaso cuando las cantidades de que se disponen no son suficientes para satisfacer las necesidades productivas¹³. Adecuando esta definición macroeconómica diremos que el Poder Judicial produce un bien –la Justicia a través del reconocimiento de los derechos– a través de un servicio judicial. Por tanto, el objeto de la producción de los sistemas judiciales no son las resoluciones que se miden por frías e intrascendentes estadísticas sin criterios de planificación. El objeto de la producción son *los servicios judiciales*.

Las reglas macroeconómicas, nos indican que es imprescindible determinar si tales servicios son de orden público o privado; ello, a efectos de establecer

¹² Servicios judiciales son todos aquellos que son accesorios y complementarios para la labor jurisdiccional y sin los cuales el proceso en sí mismo, no tendría materialización práctica. Se caracterizan por su cualidad de ordenar los elementos derivados del proceso y que son necesarios para su conducción. Ejemplo, expediente digital, certificados digitales para exhortos, antecedentes penales y judiciales, registro biométrico y digital, etc. Ver el link: <http://www.serjudicial.com/> que ilustra el servicio de información judicial en Colombia a través de una suscripción en INTERNET y que no es administrada por su Poder Judicial.

¹³ KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. «Macroeconomía: introducción a la economía». Versión española traducida por Gotzone Pérez Apilanez. Editorial Reverté S.A. Barcelona, España. 2006. pg. 6.

sus costos y eficiencias en torno a una serie de externalidades que se presentan en su proceso de prestación. Es decir, se debe determinar quién asume el costo y el desarrollo práctico de tales servicios judiciales. Estudios contemporáneos en materia de gestión pública, vienen recomendando con mayor convencimiento, que la justicia (*sus* servicios) en algunos casos es un bien privado y en otros uno público, por lo que no tiene sentido alguno otorgarle al Estado el absoluto monopolio del servicio de justicia, ni asignar sobre todo él, un derecho de propiedad pública¹⁴.

Con esto, se quiebran los mitos existentes sobre las bondades de la intervención estatal que data de tiempos inmemoriales que creen que el servicio de justicia debe ser de propiedad pública é íntegramente brindado por el Estado¹⁵.

Entendido esto así, surge la gran pregunta: ¿Cómo se provee de recursos económicos al Poder Judicial para lograr la producción de los servicios judiciales que ofrece?

La respuesta trillada ha sido: a través del Presupuesto público y de los ingresos propios que están representadas por el noventa por ciento que se recaba a través de las tasas judiciales.

Al determinarse la naturaleza de la propiedad de los servicios judiciales en un Estado democrático moderno y de acuerdo a lo expuesto, la práctica nos dice que esos ingresos totales, aún siguen siendo insuficientes para invertir en organizar adecuadamente el sistema judicial. Frente a ello, existe igualmente, una uniforme resistencia a incrementar los recursos económicos a través de dichos medios. Los presupuestos públicos son limitados y se pierden esfuerzos intentando convencer a los Poderes Ejecutivo y Legislativo para incrementar el presupuesto y las partidas arancelarias extraordinarias. Las intensas visitas de los titulares del pliego judicial al local del Congreso intentando convencer a los legisladores para dicho incremento, se repiten año a año como un rito inútil pues nunca se logra el cometido y difícilmente se hará en el futuro.

Más aún, el Tribunal Constitucional ha sido enfático al resolver la contienda competencial planteada por el Poder Judicial contra el Poder Ejecutivo para la aprobación del presupuesto en los mismos términos que presente el primero,

¹⁴ BAYLY LETTS, Andrés; PASQUEL RODRÍGUEZ, Enrique. «¿Quién dijo que en Salem hubo brujas? La privatización del servicio de justicia: rompiendo el mito de la justicia estatal». Themis - Revista de Derecho N° 46. Pag. 18.

¹⁵ BAYLY LETTS, Andrés; PASQUEL RODRÍGUEZ, Enrique. cit. pag. 18.

indicando que éste debe formular una política judicial de corto, mediano y largo plazo, en donde se defina el conjunto de criterios conforme a los cuales se orientará la organización judicial, identificando los fines generales y objetivos específicos. Agrega el Tribunal que el Poder Judicial debe evaluar los medios y recursos para alcanzar tales logros, determinando para ello las líneas de acción¹⁶.

Todo lo antes dicho, no es un capricho antojadizo del autor. Es más que conceptos de teoría económica. Es la interpretación del propio Tribunal Constitucional basado en tal teoría respecto de la forma de estructurar los recursos del Poder Judicial con un único propósito: *orientar la organización judicial*. Hasta el TC le ha dicho al Poder Judicial lo que debe hacer para ser eficiente. Manejarse organizacionalmente a través del control adecuado de sus recursos.

Casi después de diez años de aquella Sentencia, no se conoce ningún plan estratégico de políticas judiciales para el logro referido. No viene al caso gastar tiempo y esfuerzo para analizar ello, cuando es evidente; la falta de sentido organizacional de los agentes responsables a partir del propio gerenciamento mediante el ocultamiento de información a los órganos de gobierno y directivos.

En cuanto a las tasas judiciales como medio de generación de ingresos propios, se puede decir que la sociedad es reacia a aceptar incrementos en sus montos. Si bien el noventa por ciento de lo que se recaude por tasas judiciales se destina a remuneraciones y solo el diez por ciento a bienes y servicios, tal distribución nos dice dos cosas: que el propio sistema judicial autofinancia las remuneraciones de los jueces, y que el monto destinado a bienes y servicios como recursos económicos de la organización, es insuficiente.

A ello cabe agregar que no existe un estudio técnico económico coherente, que justifique el monto de cada tasa judicial para cada caso concreto. Solo se miden las recaudaciones para empíricamente proyectar resultados de cada ejercicio económico anual. Es importante destacar que los servicios judiciales son por naturaleza costosos; y lo son por que deben serlo¹⁷. Están justificados por el valor intrínseco de operatividad de cada servicio judicial que se brinda. Sumado a ello, el costo del servicio también cumple un fin disuasivo para poder recurrir a los MARCs¹⁸. Finalmente, lo invertido en un

¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 004-2004-CC/TC.

¹⁷ El sistema judicial norteamericano, por ejemplo, cuenta con los más altos costos para el acceso a los servicios judiciales de sus Tribunales.

¹⁸ Medios Alternativos de Solución de Conflictos.

juicio, económicamente no se considera como un gasto, sino como un costo de inversión que es recuperado al concluir a través de los costos y costas procesales.

Pero entonces, queda aún latente la duda. ¿Cómo se puede elevar los recursos económicos, sin incremento presupuestal ni de las tasas judiciales?

Mediante la *tercerización* de los servicios judiciales.

La monopolización de los servicios judiciales por el propio Poder Judicial, no hace sino incrementar su planilla de gastos de mantenimiento y operatividad. Ello, es sumamente costoso y sin valor de retorno, pues no están regulados por la ley del mercado de la oferta y la demanda, como en otros sistemas internacionales. No se trata de la privatización de la justicia, sino desprenderse de aquellos insumos que pueden ser encargados a un tercero con mejor *know how* y *expertise* en cada tema concreto, y que en la práctica constituye un sobrepeso de la economía judicial. Bajo principios de economía básicos, no es difícil concluir que tercerizando ciertos servicios, los costos disminuyen y por tanto el presupuesto ya asignado, puede tener otros fines útiles que satisfacer. Finalmente, al ser el Poder Judicial generador de tales insumos, obvio es que recabe un valor de comisión porcentual del precio que fije el mercado al servicio tercerizado, con lo cual se generan mayores ingresos como producto de eficiente calidad; más aún si no tiene competencia en el mercado.

Para demostrar la validez de estas premisas en la práctica, sugiero al lector visitar el siguiente link: <http://www.ncsc.org/Services-and-Experts/Technology-tools/Technology-vendors.aspx> correspondiente al National Center for State Courts, el brazo técnico de las Cortes estatales de los Estados Unidos de Norteamérica al que nos hemos referido al describir el modelo del sistema corporativo o norteamericano. En dicho sitio encontrarán la relación de proveedores de los recursos tecnológicos que emplea este sistema para la prestación de los servicios judiciales, y son quienes los tercerizan con óptimos resultados. A tener en cuenta por cierto.

Medios

Un tercer y no por ello último componente del elemento de composición orgánica son los métodos de selección de los medios humanos. Para ser claros, las formas de selección de los jueces y su posterior designación en la función jurisdiccional.

El Perú, es el único país actualmente en los sistemas judiciales occidentales, donde la elección de jueces se hace a través de un órgano extra-poder. Los demás países han optado por una llamada fórmula mixta, en donde tal órgano realiza una preselección, pero su designación es finalmente política. Así, Linn HAMMERGREEN expresa: *“El mecanismo preferido, pero no siempre adoptado, fue la creación de un consejo judicial, compuesto por representantes del propio Poder Judicial, los demás poderes del Estado, los colegios de abogados y a veces la sociedad civil. La mayoría de los países de la región adoptaron una variante de este mecanismo, usualmente para la preselección de candidatos, dejando la selección final a la corte suprema, el Poder Ejecutivo o el congreso”*¹⁹.

Esto quiere decir que el común denominador de la forma de elegir a los jueces, es a través de una acción política por el Ejecutivo o Legislativo, según sea el caso, como en antaño. Al parecer, la fórmula parece invariable; sin embargo, con el mecanismo de pre-selección, las opciones quedan restringidas al criterio de los propios sistemas de justicia. Con ello, se advierte un primer y único filtro contra el manejo exclusivamente político del tema.

Como dijimos, el Perú no se alinea a esta fórmula mixta y se mantiene aislado en el sistema exclusivamente extra-poder a través del Consejo Nacional de la Magistratura cuyos componentes representan, en teoría, a la sociedad civil. Ello, para intentar adecuar la exigencia constitucional y confusa del artículo 138^o de nuestra carta magna²⁰. Sin embargo el debate siempre ha estado propuesto, pero no se advierte la mínima intención de adecuar nuestro sistema a una forma constitucional y válidamente representativa que excluya la intervención política, ya que el contexto de la actual norma constitucional no es compatible con el diseño vigente.

Este diseño impone, en consecuencia, el método de la meritocracia, por el cual la elección de jueces, al estar excluido el componente político, obedece única y exclusivamente a la valoración del *perfil profesional* de los candidatos. Parte en consecuencia de la auto-postulación de los candidatos y no de la propuesta externa, ni del sistema mismo, ni de otros entes públicos. Siendo

¹⁹ HAMMERGREEN, Linn. «Selección de jueces por voto popular en América Latina: ¿servirá el ejemplo de las elecciones estadounidenses?» En Aportes DPLF. Revista de la Fundación para el Debido Proceso Legal. Número 10. Año 3, Julio 2009. Nacional Endowment for Democracy. Washington D.C. U.S.A.

²⁰ **Artículo 138.-** Administración de Justicia. Control difuso
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. (El subrayado es nuestro)

...

La representación popular es a través del Poder Ejecutivo y Legislativo. El CNM ¿puede cumplir esta función?

ello así, es labor del Consejo determinar si las características de los postulantes responden a los estándares razonables de competitividad del cada vez más exigente mercado laboral en el quehacer jurídico. No se trata pues, que al final se nombren a aquellos que superaron las fases con los puntajes requeridos, sino que estos estén a la par o superen los estándares de calidad competitiva mencionados.

La tecnificación de este proceso luego de la verificación de los requisitos formales, comprende tres fases: prueba de conocimiento, evaluación curricular y entrevista personal. Cada una recibe un puntaje de acuerdo a parámetros pre-establecidos, de modo que logra ser juez aquel abogado que logró mayor puntaje de acuerdo al mínimo requerido en la escala valorativa. Sin embargo, no se percibe la apreciación del otro factor igualmente esencial además del conocimiento y capacidad jurídica; el *perfil personal*. ¿Tendrán los auto-postulantes claramente identificados los elementos que conforman el perfil del juez? ¿Estarán comprometidos a desarrollarlos en el ejercicio de sus funciones judiciales? ¿Se identifican con los valores del asociacionismo judicial de la corriente española o la institucionalidad judicial del juez italiano *Giovanni Falcone*? Son algunas no pocas interrogantes que este sistema nos deja.

La fase formativa es fundamental para responder estas preguntas. Sin embargo, ese es un tema excluyente de lo que se trata en este trabajo. Tanto la formación académica pre y post grado –a través de la Academia de la Magistratura– son los elementos sustanciales para identificar el perfil adecuado a lo que por juez independiente se entiende. Tarea igualmente pendiente.

Por último, queda el tema de la estabilidad de los jueces en el cargo. De acuerdo a la Constitución, todos los jueces titulares de la República, deben someterse a un proceso de ratificación por el CNM cada siete años²¹, de manera obligatoria y sin excepción.

Sin duda, una de las garantías de la adecuada y correcta impartición de justicia, es que la solución de los conflictos esté a cargo de jueces titulares; por que ellos han sido precisamente seleccionados para tal función. Por tanto, para que ello sea eficaz, se necesita que tales jueces estén a su vez rodeados de todos los medios que garanticen su estabilidad en el cargo. Es un razonamiento lógico.

²¹ Inciso 2) del artículo 154º. Atribuciones del Consejo Nacional de la Magistratura.

No obstante, no dejan de ser funcionarios públicos, aunque especiales, sujetos también a ciertos mecanismos de control de idoneidad. Nuestro sistema considera que el apropiado es el de las ratificaciones de los jueces titulares cada siete años. Reiteramos: el sistema lo considera apropiado, pero ¿en realidad lo es?

Diversos movimientos y declaraciones institucionales han reclamado –sin éxito por cierto– la modificación constitucional que elimine el proceso de ratificaciones porque, en efecto, objetivamente es inadecuado²².

El proceso de ratificaciones, distrae al Magistrado a la mitad de ese periodo para tratar de cumplir con todos los requisitos que el mismo exige. Es similar al de acceso a la judicatura, eminentemente técnico y sujeto a una tabla porcentual; de manera que el Juez que no consigue el puntaje necesario, es separado de la mal llamada carrera judicial²³. Se dice que este método es objetivo, por cuanto el Consejo se ciñe únicamente a la apreciación de idoneidad de manera técnica. En teoría, no habría forma de introducir por parte de los consejeros juicios de valor personales en la calificación apreciativa, lo que tornaría el método en subjetivo. Sin embargo, basta apreciar las resoluciones respecto de los jueces Miguel Torres Méndez²⁴ –que fue la primera con motivación expresa luego del caso Álvarez Guillén– y Niquén Peralta²⁵, entre otras, para dudar de la validez de esa premisa.

La experiencia nos indica entonces, que este modelo técnico, tampoco es garantía plena de estabilidad del cargo titular del juez.

La falta de adecuada estructura organizacional de nuestro sistema judicial, ha hecho que este cada vez sea más grande; es decir, bajo el otro mito de la sobrecarga judicial, se crean más órganos judiciales para eliminarla, lo que nunca se ha conseguido y dudamos se conseguirá si se sigue con este modelo improvisado. Ello, obliga a que se creen más plazas de jueces, por lo que los procesos de acceso a la judicatura, se tornan permanentes. Este proceso a la vez que se incrementa en oportunidades, también lo hace en plazas. En tanto

²² En tanto no se eleve el rango de legitimación social del Juez peruano, resulta contraproducente esta corriente, en tanto puede ser usado como herramienta de control de poder por el poder político del Ejecutivo y Legislativo.

²³ Nuestro sistema piramidal jerarquizado y la diferencial remunerativa de los jueces, ha convertido la carrera judicial en una competencia para ver quien llega más alto en la pirámide símbolo de poder, y de paso mejorar sus escalas salariales. Este modelo, difiere de horizontalismo europeo, que adapta el sistema de *bonos* que sin duda incentiva a los jueces dedicados a la aportación de logros y al real ejercicio de las funciones que realizan.

²⁴ Resolución 001-2006-PCNM.

²⁵ Resoluciones 191-2012-PCNM y 384-2012-PCNM.

ello ocurre, y estando a la promoción constante de los jueces en aquellos órganos transitorios, crean la generación de hasta otras dos clases de jueces, los provisionales y los supernumerarios.

Ahora bien, estando a que los primeros aún están en el proceso de integración de la antigua carrera judicial por la vigente, su plaza original no es la de Juez, sino Auxiliar Jurisdiccional. No siendo por ende juez titular de ninguna jerarquía –no obstante desempeñar la misma labor–, sin embargo no está sujeto a ratificación por el CNM. Tampoco lo están los jueces suplentes o supernumerarios que no ocupan plaza titular²⁶.

Este sistema, en consecuencia, traslada la garantía de la inamovilidad en el cargo de juez del titular al provisional y supernumerario. Mientras los primeros son los menos estables en el cargo, los segundos en la práctica poseen mayor estabilidad. Comprobación irrefutable de lo inapropiado del sistema peruano.

Por último, queda el tema de la capacitación constante del Juez. Este modelo ambiguo e híbrido, exige que el Juez se capacite constantemente de acuerdo a las exigencias del Derecho moderno y a la cada vez mayor influencia de las teorías de la argumentación y la del razonamiento jurídico. En tal sentido, es requisito indispensable para mantenerse en el cargo, que el juez peruano acredite ante el CNM su participación en la mayor cantidad de cursos de especialización jurídica y, como consecuencia de ello, posea la mayor cantidad también de títulos de acreditación de especialidad.

Para nadie es una novedad que la oferta académica post grado no solo ha crecido en el Perú –fiel reflejo de la corriente española– sino que, si bien la oferta es abundante, son pocos los productos académicos realmente que superan los márgenes de calidad profesional. El producto en sí, se ha convertido en una finalidad comercial de las instituciones académicas que lo ofrecen, al margen de lo que realmente puedan entregar en resultados a los discentes. Ello ha tornado como costumbre imperante por el sistema, el seguimiento de maestrías en distintos países, sobre todo de Europa, retornando luego con un deslumbrante título refrendado por una Universidad extranjera, lo que en apariencia denota alta capacitación. Sin embargo, en dichos lugares ocurre lo mismo que en el Perú, es mucha la oferta y poca la calidad comprobada, solo que desconociéndose esta, se resalta su título.

²⁶ Solo la distinguida jurista Marianella LEDESMA N., desempeña una plaza titular como Juez supernumerario de la Corte Superior de Lima.

A lo que nos referimos es que el sistema continúa distraendo al Magistrado, quien debe buscar las mejores ofertas del *mercado* académico, para seguir sumando puntajes calificadorios al momento de su ratificación. Lo que se pueda asimilar, pasa pues a un segundo plano. Al parecer, el sistema descuida la atención en la Academia de la Magistratura, que igualmente posee rango constitucional y cuyas finalidades son la de formar aspirantes a jueces y brindar capacitación constante a los jueces en actividad²⁷.

Sin embargo, la atención del sistema hacia la Academia es mínima. Es esta institución la única que debe tener la calificación exclusiva de la capacitación acreditativa de los jueces. Asimismo, debe ser el factor referencial para que el CNM diseñe sus métodos de acceso; cosa que no ocurre. El Estado debe adecuar el marco normativo de la educación profesional, para que la AMAG pueda otorgar igualmente títulos a nombre de la Nación a los jueces en su capacitación constante. Ello, ocurre en casi todas las escuelas judiciales de América Latina.

Hay que tener en cuenta que la función primordial del juez, es la de dedicarse a su despacho judicial. Por tanto, la labor formativa de capacitación debe estar garantizada por el Estado de manera adecuada y razonable, de forma que no perjudique la atención del despacho judicial. El Estado debe capacitar al juez y no dejar que el juez agote esfuerzos en ello.

2. Ideologías como Doctrina judicial

Por último, queda el factor ideológico. Por ideología entendemos una serie de pensamientos formados en base a la concurrencia de principios que sostienen una creencia válidamente comprobada, la cual aceptamos como cierta y cuya finalidad es el logro de determinado objetivo.

Sin embargo, esta acepción cobra mayor vigor cuando ese objetivo se desarrolla en un escenario social común, y que mayormente busca la integración de sus componentes. Las ideologías son de diversa índole, desde ideas políticas, religiosas, dogmáticas, prácticas, económicas, etc.

Ahora bien, tales ideologías deben estar debidamente comprobadas mediante la aplicación de elementos que se transforman en reglas a seguir y constituyen

²⁷ **Constitución Política. Artículo 151.-** Academia de la Magistratura

La Academia de la Magistratura, que forma parte del Poder Judicial, se encarga de la formación y capacitación de jueces y fiscales en todos sus niveles, para los efectos de su selección. Es requisito para el ascenso la aprobación de los estudios especiales que requiera dicha Academia.

sus principales pilares. Los métodos interpretativos de las ideologías, a su turno formarán los llamados paradigmas.

Cuando estas ideologías son capaces de formar paradigmas, estaremos frente al nacimiento de las Doctrinas, que es el producto del razonamiento científico de las ideas y su comprobación práctica. Así nacieron las doctrinas políticas del federalismo, capitalismo, comunismo, socialismo, etc.; o las jurídicas del jusnaturalismo, positivismo, neoconstitucionalismo, etc.

Pretender que se desarrollen doctrinas judiciales, sin duda es una meta sumamente ambiciosa. Implicaría otorgarle rango de ciencia a la investigación y ordenamiento judicial. Que se tenga conocimiento, aún no se ha podido ordenar o compilar disciplinariamente, la abundante temática que comprende el Derecho Judicial; ello, por ser una corriente realmente nueva en el Derecho. Comúnmente los juristas se concentraron en el Derecho Procesal y nada más, perdiendo de vista la manera en que los jueces desarrollan en la práctica tal disciplina jurídica. Es precisamente con la evolución de las teorías de la argumentación y del razonamiento jurídico, que se advierte interés por la forma en que los jueces aplican las normas y resuelven los conflictos sociales.

Tal interés por su lado, no se queda solo en la parte interpretativa de ambas teorías, sino que necesariamente se interiorizan con todos los aspectos que rodean la actividad del juez, más allá del proceso. Así, de a pocos se va entrando en un mundo en que el Derecho como práctica, queda suspendido o supeditado a toda una realidad complementaria: el quehacer judicial. Desde la forma de elección de los jueces, hasta el diseño de los despachos judiciales, pasando por los servicios que surten al proceso judicial mismo.

Se advierten hasta tres factores que obligan a diseñar ideas o pensamientos propios del quehacer judicial. El primero, la gran transformación social, política y económica que experimentó el mundo a partir de los años noventa. El avance de la tecnología, la redefinición de la nueva gestión pública, las modernas estructuras de Estado, la capacitación intelectual en un mundo agresivamente competitivo; es decir, el fenómeno de la globalización ya no como fenómeno económico, sino trascendido a los terrenos sociales y políticos. Ello obliga a que los componentes del Poder Judicial -los jueces- estén en este nivel de nuevas conductas sociales.

Un segundo factor, es el escenario socio-político de los sistemas judiciales institucionalistas ya tratados, en los cuales la existencia de órganos constitucionales autónomos tienen mayor o menor incidencia sobre los tres poderes clásicos del Estado; lo que en teoría política se denomina el control

constitucional del poder político. Implica el control interorgánico o vertical como lo trata Loewenstein al considerar que funciona entre los diversos detentadores de poder que cooperan en la gestión estatal²⁸. Es evidente que a mayor intervención interorgánica o extrapoder, mayor defensa institucional, lo que obliga a los jueces a establecer políticas igualmente institucionales que sean capaces de identificar, desarrollar, planificar y ejecutar. Este mecanismo de defensa institucional intraorgánica, sin duda distrae mayormente la labor del juez, ya que además de cumplir con las exigencias académico competitivas del sistema para su supervivencia en el mismo, debe preocuparse también de su autogobierno y de su autogestión; lo que no ocurre en los sistemas parlamentaristas y corporativo. Si bien ello puede beneficiar a la formulación de políticas e ideologías judiciales, no obstante empaña grandemente su función jurisdiccional que le es propia.

Un último elemento derivado del anterior, es la necesidad imperiosa que los jueces consoliden los procesos de transformación sistémico institucional; mal llamada *reforma judicial*. Si bien en la práctica material esta transformación es una reforma, no obstante nuestro sistema peruano es opuesto a dicha calificación. Precisamente, su uso político durante la época republicana como pretexto para cambiar jueces proclives al favor político, ha deslegitimado el término, a tal extremo que el único intento serio en su orígenes derivó en un copamiento masivo del Poder Judicial entre los años 1997 y 2000. Tan es así, que luego de dicho proceso no se ha vuelto a mencionar más ese término por los propios representantes de la judicatura, mencionando en su reemplazo el *proceso de modernización*. Es cierto que en los últimos años se advierte importantes impulsos desde el interior del propio sistema para entender la manera como lograr este proceso de transformación. Existe una mayor apertura de los jueces en todos los niveles. Sin embargo, también se nota lógico recelo de abrir aún más el portal institucional para la cooperación externa; la experiencia histórica, aconseja prudencia.

Consecuentemente, la concurrencia conjunta de estos elementos, sin duda deriven en la formulación de ideas para el diseño de una doctrina judicial basada en principios constitucionales y democráticos que sustenten la fortaleza institucional de este Poder del Estado. Estas ideologías si bien se aprecian formadas desde el interior, aún se advierten carentes de metodologías que las orienten para el fin propuesto. En virtud de ello, tales

²⁸ Citado por HUERTA OCHOA, Carla. «Mecanismos constitucionales para el control del poder político». México, UNAM – IJ, 2001, pp.21 – 22. GARCÍA OLIVO, Miguel Angel, «Instrumentos de control constitucional del poder político Ejecutivo». En Matices, Revista de Posgrado. Volumen 5, N° 12. 2010, México; p. 177.

metodologías deben ser colectivas dentro del mismo sistema, notándose que a través del asociacionismo judicial –importante ideología– serios esfuerzos participativos de los jueces. Ejemplo de ello, es la Asociación de Jueces para la Justicia y la Democracia – JUSDEM, donde hay que destacar parte de la declaración de principios de esta asociación –, cuando precisamente resalta la necesidad de: “... examinar críticamente la situación del respeto a la Constitución y principalmente evaluar la situación del Poder Judicial como órgano controlador de los poderes del Estado, a fin de contribuir a una eficaz mejora del ámbito judicial, para ello no solo es necesario detectar deficiencias y proponer mejoras, si no también, tomar conciencia de que, aún tras la transformación que viene experimentando la administración de justicia en nuestro país, existe en la sociedad un extendido estado de opinión que refleja una profunda insatisfacción con el funcionamiento de esta y que afecta negativamente a la confianza del pueblo peruano en nuestro sistema de administración de justicia, que debe revertirse”²⁹.

Tal expresión colectiva bajo la forma de asociacionismo judicial, sitúa a quienes la componen, en el nuevo perfil ideológico del juez peruano bajo una perspectiva de participación y de interés propio. Ante la exigencia del sistema de contar con jueces con participación más activa, este perfil denota claramente un fuerte impulso interno que garantiza de alguna manera la generación de liderazgos institucionales a los que deben sumarse los representantes de este poder del Estado.

Corresponde a los propios actores judiciales empujados por la exigencia social, determinar los mejores métodos para dar formas a las ideas sobrevivientes destinadas a la generación de una doctrina judicial que refuerce el poder del Poder Judicial por sus principios y por sí mismo. Hablar de la nueva función política del juez peruano, orientada en esta forma, no suena entonces tan desproporcionada. A fin de cuentas, de lo que se trata, entendemos, es revertir el estado de de la *apolitización del juez como doctrina* imperante en la época republicana hasta los años ochenta, como nos enseñó Pasara y al que hemos referido anteriormente en este breve ensayo.

IV. A MANERA DE CONCLUSIÓN

De lo expuesto, consideramos que si bien el sistema judicial peruano ha evolucionado con mayor notoriedad a partir del año 2001 sobre todo en su aspecto institucional, no obstante y a pesar de su posición expectante en la región latinoamericana, aún tiene mucho camino por recorrer.

²⁹ Información institucional tomada de la fuente <http://www.jusdem.org.pe/institucional.html>

Sin embargo, la extensión del mismo puede verse notoriamente reducida si desde el propio Estado se asume la responsabilidad de que para la estabilidad democrática como garantía de inversión y desarrollo socio-económico, con inclusión y seguridad ciudadana, es indispensable brindar atención prioritaria de una vez para dar solución a las deficiencias que presente el sistema. Considerar que el sistema de justicia en el país es un asunto que solo compete a los jueces es un grave error. Por el diseño del mismo, son sus principales protagonistas pero no los únicos responsables de su legitimación. Todos los actores y componentes políticos, económicos, sociales, académicos, profesionales en general, deben coadyuvar al bien común de reforzar el sistema de justicia.

Ello implicará cambios normativos en cuanto al diseño orgánico estructural del sistema, readaptación de los mecanismos de la carrera judicial, revisión de los métodos de acceso a la judicatura y de control jurisdiccional, entrenamiento formativo de los jueces, participación ciudadana responsable en el quehacer judicial, transformación de la conducta ética de los abogados a partir de sus gremios; en fin, notables y grandes cambios que pueden ser paulatinos pero articulados.

El esfuerzo que se advierte desde el interior del sistema, no se ve reflejado ni interorgánicamente, ni por la sociedad. Sin duda, la falta de información desde el portal institucional, no ayuda a ello. El recordado jurista SANTISTEVAN DE NORIEGA precisamente desde su función de Defensor del Pueblo en la etapa de reconstrucción democrática en el Perú y posterior a ella, reiteradamente se refirió en la necesidad de establecer la promoción de la transparencia y acceso a la información pública teniendo en cuenta las experiencias y estándares internacionales para ello³⁰. Nada más acertado.

Por su parte, el asociacionismo judicial que intenta cubrir el espacio vacío interior, aún es insuficiente, y lo seguirá siendo en la medida que no se refuercen las alianzas estratégicas con la sociedad en general.

En suma, el actual sistema implica una garantía relativa para calificar la calidad democrática de la administración de justicia en el Perú, la cual sin duda se orienta a una mejora sustancial; pero para ello, es indispensable repensar el actual modelo integral y formar las ideologías apropiadas para el cambio positivo sustancial. A fin de cuentas, no se puede esperar un proceso de transformación, si no se cree en él.

³⁰ 1ª Conferencia Nacional sobre Acceso a la Información. Lima, 29 y 30 de Septiembre de 2008; Instituto Prensa y Sociedad - IPYS.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAYLY LETTS, Andrés; Pasquel Rodríguez, Enrique. ¿Quién dijo que en Salem hubo brujas? La privatización del servicio de justicia: rompiendo el mito de la justicia estatal. *Themis - Revista de Derecho* N° 46.

GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. Problemas sobre el gobierno y la Administración del Poder Judicial. Publicado en: *La Justicia Mexicana hacia el siglo XXI por la Universidad Nacional Autónoma de México y el Senado de la República LVI Legislatura*.

GARCÍA OLIVO, Miguel Angel, Instrumentos de control constitucional del poder político Ejecutivo. En: *Matices, Revista de Posgrado*. Volumen 5, N° 12. 2010, México.

HAMMEGREN, Linn. Selección de jueces por voto popular en América Latina: ¿servirá el ejemplo de las elecciones estadounidenses? En: *Aportes DPLF. Revista de la Fundación para el Debido Proceso Legal*. Número 10. Año 3, Julio 2009. National Endowment for Democracy. Washington D.C. U.S.A.

HUERTA OCHOA, Carla. Mecanismos constitucionales para el control del poder político. México, UNAM - IIJ, 2001.

KRUGMAN, Paul; Wells, Robin. *Macroeconomía: introducción a la economía*. [versión española traducida por Gotzone Pérez Apilanez. Editorial Reverté S.A. Barcelona, España. 2006.

MORLINO, Leonardo and Diamond, Larry. *Assessing the Quality of Democracy*. The Johns Hopkins University Press and the National Endowment for Democracy. Baltimore, Maryland. United States of America. 2005.

PÁSARA, Luis. *Justicia y Poder en el Perú*. Centro de Estudios de Derecho y Sociedad. Perú. 1982.

LA PRIMERA SENTENCIA DE AMPARO EN MÉXICO (UN ANTECEDENTE DE HISTORIA CONSTITUCIONAL)

JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO*

Resumen

Se da cuenta de la primera sentencia de Amparo en la historia del Derecho Constitucional, que fuera pronunciada en México, y se analizan las tres etapas sucesivas por las que ha pasado el Juicio de Amparo en el contexto histórico del siglo XIX, así como su subsecuente desarrollo y regulación.

Palabras clave: Constitución – Juicio de Amparo – Derechos individuales – Tutela de la libertad personal.

Abstract

We realize the first Amparo judgement in the history of the constitutional law, which was pronounced in Mexico, and we also analyze the three successive periods where it passed this Amparo proceedings in the historic context of the XIX century, as it subsecuent development and regulation.

Key words: Constitution – Amparo proceedings – Individual Rights – Protection of personal freedom.

Sumario

I.- Antecedentes y situación actual del Juicio de Amparo. II.- Análisis de la sentencia. III.- A modo de conclusión. IV.- Apéndice.

I. ANTECEDENTES Y SITUACIÓN ACTUAL DEL JUICIO DE AMPARO

No cabe duda que sobre el “castizo, evocador y legendario” Juicio de Amparo mexicano, tildado de esa manera por Felipe TENA RAMÍREZ, se han escrito ríos de tinta desde el siglo XIX hasta nuestros días, estudiándose así profusamente a la “máxima institución procesal” habida en México, como lo ha reconocido más de pronto Héctor FIX-ZAMUDIO. En esta oportunidad daremos cuenta de la primera sentencia de Amparo –casi todos los autores coinciden en

* Director de la Escuela Académico Profesional de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor de Pregrado y Posgrado de las universidades Nacional Mayor de San Marcos, de Lima, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Universidad San Martín de Porres y de la Academia de la Magistratura. Secretario Ejecutivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana). Miembro Asociado de la Académie Internationale de Droit Comparé. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

este hecho significativo— que fue pronunciada el 13 de agosto de 1848 por el Juzgado del Distrito del Estado (reconocido como tal por la Constitución de 1824) de San Luis Potosí, importante centro minero de la etapa virreinal, fundado en 1576. Años atrás, de 1841 a 1847, el Estado había sufrido diversas incursiones de indios bárbaros; además, en su territorio se llevaron a cabo varias revoluciones. Para nuestros propósitos, es útil dar cuenta de estos hechos episódicos.

Empero, nuevas pesquisas realizadas en el Archivo General de la Nación demuestran que el primer Amparo —¿supuestos de Amparo?— lo sustanció ante la Suprema Corte el periodista y editor de *El Monitor Republicano*, Vicente GARCÍA TORRES en 1847, ante la orden de aprehensión expedida por el general en jefe del Ejército de Oriente, Antonio LÓPEZ DE SANTA ANNA, quien había vulnerado así, la libertad de imprenta¹ en una etapa muy convulsionada debido a la invasión de Estados Unidos.

Sin embargo, no resulta ocioso recordar las tres etapas sucesivas por las que ha pasado el Juicio de Amparo,² como institución de vanguardia, para poder ubicar mejor a la primera sentencia dentro del contexto histórico del siglo XIX:

- a) El Juicio de Amparo surgió con este nombre en el artículo 8 de la Constitución del Estado de Yucatán (entidad federativa) sancionada el 31 de marzo de 1841, como instrumento procesal para proteger a los gobernados (ciudadanos) frente a los actos y leyes de las autoridades. La Carta yucateca tuvo su origen en el proyecto suscrito el 23 de diciembre de 1840 por los diputados Manuel Crescencio REJÓN (1799-1849), Pedro C. PÉREZ y Darío ESCALANTE, acentuándose el influjo del primero de los nombrados, a quien se ha considerado con razón como el “padre o mentor principal del Amparo”.
- b) En el ámbito nacional, el Juicio de Amparo fue fincado en el artículo 25 del Acta Constitutiva de Reformas de 18 de mayo de 1847, discutida por el Congreso en corto tiempo (del 5 de abril al 14 de mayo)³, que tomó como fuente de inspiración el artículo 19 del proyecto⁴ —voto

¹ Para mayor detalle, *vid.* Manuel GONZÁLEZ OROPEZA: «Los orígenes del control jurisdiccional de la Constitución y de los derechos humanos», Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, D.F., 2003, págs. 233-279. El autor menciona además otros antecedentes apoyados en fuentes históricas.

² Entre otros, *vid.* José Luis SOBERANES FERNÁNDEZ: «Antecedentes del Amparo en México», en *Ius et Praxis*, n° 14, Lima, 1989, págs. 61-82. Más de pronto, José Luis SOBERANES FERNÁNDEZ y Faustino José MARTÍNEZ MARTÍNEZ: «Apuntes para la historia del Juicio de Amparo», Editorial Porrúa, México, D.F., 2002.

³ Para un estudio pormenorizado del Acta de Reforma que se publicó el 28 de mayo de 1847 en el *Diario del Gobierno*, *vid.* el libro *La reforma del Estado Federal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, D.F., 1998; con Estudio introductorio y compilación a cargo de Manuel GONZÁLEZ OROPEZA.

⁴ Reza literalmente el artículo 19: “Los tribunales de la Federación ampararán á cualquier habitante de la República en el ejercicio y conservación de los derechos que le concedan esta Constitución y las leyes

particular — redactado por el jurista y orador político jalisciense Mariano OTERO (1817-1850), *a fuer*, segundo padre del Juicio de Amparo. Nace así la fórmula doctrinaria conocida con el nombre de “fórmula Otero”, cuyo propósito es señalar los efectos particulares — en tanto afecte los derechos del solicitante — del fallo del Amparo, en el supuesto en que se impugnara la inconstitucionalidad de una ley. El carácter casi sacramental de la “fórmula Otero”, como advierte FIX-ZAMUDIO, se reitera posteriormente en el artículo 102 de la Carta Federal de 1857, y en el artículo 107, fracción II, de la Constitución de 1917. Y, producto de los debates constituyentes de 1856-1857, el modelo original del Juicio de Amparo se plasma, en definitiva, en los artículos 101 y 102 de la Carta Federal promulgada el 5 de febrero de 1857, la que fue calificada por Daniel COSÍO VILLEGAS como “una marca señalada de la historia patria”⁵.

De manera paralela, luego de haberse dado en orden cronológico el Proyecto de Ley Constitucional de garantías individuales de 29 de enero de 1849, el Proyecto de Ley de Amparo de 3 de febrero de 1849 y el Proyecto de Ley Reglamentaria del artículo 25 del Acta de Reformas de febrero de 1852, el 30 de noviembre de 1861 se expidió la primera Ley de Amparo,⁶ con lo cual se reglamentaron, como lo sugirió Mariano OTERO, los artículos 101 y 102 antes citados, percibiéndose en su redacción una combinación del procedimiento civil tradicional, y el intento de captar el espíritu de la revisión judicial norteamericana (*judicial review of legislation*). A ella le han seguido la Ley Orgánica de Amparo de 20 de enero de 1869, la Ley Orgánica de Amparo de 14 de diciembre de 1882, el Código de Procedimientos Federales de 6 de octubre de 1897, el Código Federal de Procedimientos Civiles de 26 de diciembre de 1908, la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 104 de la Constitución Federal de 18 de octubre de 1919 y la Ley de Amparo vigente de 1936, con las reformas correspondientes. En la actualidad se encuentra en debate el Proyecto de la Nueva Ley de Amparo de 1º de marzo del año 2001, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Federal de 5 de febrero de 1917, elaborado por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y antecedido por una prolija Exposición de Motivos.

constitucionales, contra todo ataque de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, ya de la Federación, ya de los Estados, limitándose dichos tribunales á impartir su protección en el caso particular sobre que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de ley ó del acto que lo motivare”.

⁵ Cfr. Daniel COSÍO VILLEGAS: «La Constitución de 1857 y sus críticos», 2ª. edición, Secretaría de Educación Pública, México, D.F., 1973, pág. 9. Hay 4ª. edición por el Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 1998, con Prólogo de Andrés LIRA.

⁶ Para tal fin, *vid.* José BARRAGÁN BARRAGÁN: «Primera Ley de Amparo de 1861», UNAM, México, D.F., 1980. Recuerda el autor (págs. 27-34), como antecedente, el Proyecto de Ley de Amparo de 1857 del diputado Domingo María PÉREZ FERNÁNDEZ, presentado en la sesión del día 16 de noviembre de 1857, poco menos que ignorado por la doctrina.

A propósito, conviene recordar que las fuentes foráneas (influencia externa) para dar nacimiento al Amparo, fueron:

- a) La Constitución Federal de Estados Unidos de 1787 (art. VI) y el Habeas Corpus angloamericano.
- b) La influencia española en tanto que la voz “Amparo” proviene de antecedentes castellanos y aragoneses, en especial de los fueros (recuérdese que México antes de su independencia pertenecía al Virreinato –era virreinal– de la Nueva España)⁷.
- c) El influjo francés a través de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (las constituciones mexicanas, desde sus inicios emplean el término “garantías individuales”), y del Senado Conservador de la Constitución francesa del año VIII (encargado de pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de los actos que le fueran sometidos por el Tribunalado o por el gobierno, según las ideas de Emmanuel Joseph SIEYÈS (1748-1836)⁸, verdadero ideólogo de la Revolución francesa) a través del denominado Supremo Poder Conservador introducido en las leyes constitucionales mexicanas de 1836, y además algunos elementos de la casación francesa. A lo anteriormente expuesto, añádase la obra clásica de Alexis de Tocqueville (1805-1859) intitulada *De la democracia en América*,⁹ libro de cabecera –publicado en París en 1835, y al año siguiente, 1836, traducido al español– no solo para los políticos mexicanos, tales como Manuel Crescencio GARCÍA REJÓN Y ALCALÁ y Mariano OTERO, sino también para los hombres que forjaron la independencia en Hispanoamérica luchando contra el dominio español.

De otro lado, resulta preciso señalar que en las actuales circunstancias el Juicio de Amparo (verdadera y auténtica federación de instrumentos procesales, en palabras de FIX-ZAMUDIO, o también, instrumento procesal de múltiples rostros), catalogado como la institución más prestigiada del Derecho mexicano, cumple en dicho país las siguientes funciones proteccionistas y polivalentes, a diferencia de otros instrumentos procesales que operan en los diversos ordenamientos constitucionales de Iberoamérica¹⁰:

⁷ Como antecedentes, *vid.*, el libro esclarecedor de Andrés LIRA GONZÁLEZ: «El Amparo colonial y el Juicio de Amparo mexicano (Antecedentes novohispanos del Juicio de Amparo)», F.C.E., México, D.F., 1972. Antecede Prólogo de Alfonso NORIEGA CANTÚ.

⁸ Al respecto, *vid.* *Escritos políticos de Sieyès*, F.C.E., México, D.F., 1993. Introducción, estudio preliminar y compilación de David PANTOJA MORÁN. Y más de pronto, del mismo autor, *Escritos y discursos de la Revolución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2007. Edición, traducción del francés y notas de Ramón MÁIZ.

⁹ Y, como complemento, es básico consultar a Alexis DE TOCQUEVILLE: «Discursos y escritos políticos», Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005. Edición, estudio preliminar y traducción del francés de Antonio HERMOSA ANDÚJAR.

¹⁰ A efectos meramente descriptivos, Adolfo POSADA –para quien el régimen constitucional mexicano es de tipo predominantemente escrito y formalista, codificado, rígido, de carácter expreso y deductivo– denominó

- a) la tutela de la libertad y de la integridad personales (Amparo-libertad) de acuerdo con los lineamientos del Habeas Corpus angloamericano (tal como se presentó en la primera sentencia materia de análisis: el destierro);
- b) como medio de impugnación de las disposiciones legales que se estiman contrarias a la Constitución federal, mediante el denominado “Amparo contra leyes”;
- c) permite también el ataque a la ilegalidad de las resoluciones judiciales tanto de carácter federal como locales, de forma similar al recurso de casación, de ahí que se le ha calificado como “Amparo-casación”;
- d) se emplea como un medio para combatir resoluciones o actos de autoridades administrativas federales y locales, cuando las controversias respectivas no pueden plantearse ante tribunales administrativos o judiciales ordinarios, y como tal es considerado como un “proceso contencioso-administrativo”;
- y
- e) protege los derechos individuales y colectivos de los campesinos sujetos al régimen de la reforma agraria, de ahí que se le haya calificado como “Amparo social agrario”¹¹.

Tales rasgos definitorios le han dado al Juicio de Amparo mexicano una presencia activa, y sobre todo, protección efectiva y seguridad a los justiciables.¹² De ahí que se diga que ha sido parte de la conciencia de la

al Juicio de Amparo “complemento muy importante” del régimen jurídico de la personalidad. Cfr. Adolfo Posada: *Instituciones de los pueblos hispano-americanos*, Hijos de Reus, Editores, Madrid, 1900, pág. 106.

¹¹ Tal como lo ha precisado Héctor FIX-ZAMUDIO en sus diversos estudios. Entre otros, *vid.* «Breve introducción al Juicio de Amparo» en su libro del cual hemos tomado valiosos datos *Ensayos sobre el Derecho de Amparo*, 2ª. edición, Editorial Porrúa-UNAM, México, D.F., 1999, págs. 90-91. En el caso peruano, el Amparo se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico a través del Decreto Ley N° 20554, dado en el Gobierno *de facto* de Juan Velasco Alvarado:

Artículo 1.- Si un propietario estimare que no ha incurrido en causal de afectación o de declaración de abandono, podrá interponer recurso de *Amparo* ante el Tribunal Agrario dentro del término de quince días computados a partir de la notificación del correspondiente Decreto Supremo de expropiación o de extinción de dominio, exponiendo los fundamentos de hecho y de derecho, sin cuyo requisito será denegado. La interposición del recurso será puesta en conocimiento del Poder Ejecutivo por intermedio de la Dirección General de Reforma Agraria y Asentamiento Rural, dentro de dos días recibida. Mientras se resuelva el recurso de *Amparo*, no se interpondrá la demanda de expropiación de las tierras afectadas. Los Decretos Supremos que no sean impugnados dentro del término señalado, causarán ejecutoria. Artículo 2.- La Dirección General de Reforma Agraria y Asentamiento Rural expondrá lo conveniente a nombre del Poder Ejecutivo, remitido al Tribunal Agrario el expediente administrativo original dentro del término de cinco días durante el cual las partes podrán solicitar se las cite para informar oralmente a la visita de la causa lo que deberá realizarse dentro de los ocho días siguientes sin permitir aplazamiento. El Tribunal pronunciará resolución dentro de los seis días siguientes. Si fuera denegado el recurso, la Dirección General de Reforma Agraria y asentamiento Rural interpondrá la demanda de expropiación ante el Juez de Tierras competente. Artículo. 3.- En caso que el propietario o conductor del predio después de interpuesto el recurso de *Amparo* dejare de pagar los salarios a los trabajadores durante dos semanas consecutivas, la Dirección General de Reforma Agraria y Asentamiento Rural pondrá el hecho en conocimiento del Tribunal Agrario, quien lo considerará como causal de denegatoria del *Amparo*.

¹² *Vid.* Segundo V. LINARES QUINTANA: «Acción de Amparo (Estudio comparado con el Juicio de Amparo de México y el Mandato de Seguridad de Brasil)», Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1960, pág. 39.

Nación mexicana, siendo su función tuitiva fuente de inspiración, con efectos extraordinarios, para las constituciones en el Derecho Comparado, donde ya se habla de un “Amparo Iberoamericano”, tal como se acaba de reafirmar en una reciente publicación.¹³

II. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA

Dadas las circunstancias de la época, no se puede decir que estamos frente a una verdadera sentencia constitucional: estimativa o desestimativa, es decir, la decisión de un colegiado de jueces que pone término a un proceso. Sin embargo, constituye un esfuerzo para demostrar que la judicatura federal mexicana a mediados del siglo XIX estaba concientizada — así lo demuestra su labor interpretativa— con tan importante instituto procesal: el Juicio de Amparo.

El fondo del asunto era la orden de destierro, que debía dejarse sin efecto a través del Amparo. Se trata, desde luego, de un Amparo-libertad, por cuanto el destierro, que consiste en expulsar a una persona de un lugar o territorio determinado, donde no podrá residir de manera temporal o permanente, se frena con el Habeas Corpus. En el siglo XIX el destierro, como sucedió en México, todavía tenía un signo de naturaleza política. El Derecho Romano reconocía dos instituciones: *a) la relegatio* y *b) la deportatio in insulam*, y en la actualidad el Derecho Penal le ha dado otro tipo de características: el confinamiento y la expatriación forzosa.

En lo que atañe a la sentencia *sub examine*, FERRER MAC-GREGOR sostiene con acierto que posee los elementos que caracterizan el Juicio de Amparo: 1. Quejoso o agraviado: Manuel VERÁSTEGUI. 2. Acto reclamado (acto lesivo): la orden de destierro violatoria de garantías (entiéndase derechos) individuales. 3. Fundamento del Amparo: el artículo 25 del Acta Constitutiva y de Reformas. 4. Autoridad responsable (agresor): el Gobernador del Estado. 5. Otorgamiento del Amparo: declarar la protección solicitada teniendo como efectos el no destierro sin previo juicio de autoridad competente. 6. Informe justificado: el alegato del Gobernador del Estado, en el sentido de que no había sido reglamentado el modo y términos que disponía el artículo 25 del Acta Constitutiva y de Reformas. 7. Notificación de la sentencia: al quejoso, expidiéndole copia testimoniada si la pidiere, y al supremo gobierno del

¹³ Nos estamos refiriendo al colectivo, de superlativa importancia, coordinado por Héctor FIX-ZAMUDIO y Eduardo FERRER MAC-GREGOR: «El Derecho de Amparo en el mundo», UNAM-Editorial Porrúa, S.A.-Konrad-Adenauer-Stiftung, México, D.F., 2006.

Estado para el debido cumplimiento (ejecución) del fallo. 8. Apercibimiento por incumplimiento: uso de los recursos que la ley señala para hacer cumplir lo ordenado.¹⁴

En línea con las anteriores consideraciones, si bien el objeto de estudio es la sentencia, lo cierto es que no se han conocido las otras piezas del expediente, tales como:

- a) el texto de la demanda de Amparo de Manuel VERÁSTEGUI,
- b) el informe o “comunicación” que dirigió al Juzgado de Distrito el Gobernador del Estado, Julián DE LOS REYES,
- c) el texto del “dictamen” que rindió el asesor; tampoco se conoce el nombre del asesor, presumiendo que sea un abogado competente para conocer los efectos y alcances del artículo 25 del Acta Constitutiva y de Reformas,¹⁵ en el cual se basó para hacer el razonamiento,
- d) si la sentencia de Amparo parece firmada por Pedro ZÁMANO, resulta que en las numerosas referencias que se tienen de dicho personaje, antes y después de la sentencia, su apellido aparece escrito como SÁMANO,
- e) se ignora quién era el juez titular del Juzgado de Distrito cuando se dictó la sentencia de Amparo suscrita por “Pedro ZÁMANO, primer suplente del Juzgado de Distrito en actual ejercicio por ausencia del propietario”,
- f) por cuanto Manuel DE ARRIOLA, seguramente secretario del Juzgado de Distrito –aun cuando no se dice que lo fuera– en 1844, cinco años antes de la sentencia, fue uno de los que suscribieron el acta de instalación de la “Sociedad Patriótica Potosina”, y que fue “Escribano Público Nacional” desde 1843 hasta 1857,
- g) de otro lado, Pedro SÁMANO fue aspirante al gobierno del Estado en la elección de 1848, y su contrincante fue Julián de los Reyes, empero, resultó entonces electo Ramón Adame, y

¹⁴ Cfr. el excelente libro de Eduardo FERRER MAC-GREGOR: «La acción constitucional de Amparo en México y España», 3ª. edición, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 2002, pág. 84. Incluye, además, la sentencia bajo comentario en las págs. 83-84. Antecede Prólogo de Héctor FIX-ZAMUDIO. También *vid.*, entre otros, Carlos ARELLANO GARCÍA: «El Juicio de Amparo», 2ª. edición, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 1983, págs. 120-122.

¹⁵ El Acta Constitutiva y de Reformas a la Constitución Federal de 1824 fue sancionada por el Congreso Extraordinario Constituyente de los Estados Unidos Mexicanos el 18 de mayo de 1847, jurada y promulgada el 21 del mismo año. El famoso artículo 25, sin desmerecer por su contenido a los artículos 5, 22, 23 y 24, apuntaba lo siguiente: “Los Tribunales de la Federación ampararán a cualquiera habitante de la República en el ejercicio y conservación de los derechos que le concedan esta Constitución y las leyes constitucionales, contra todo ataque de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, ya de la Federación, ya de los Estados; limitándose dichos tribunales [de la Federación] a impartir su protección en el caso particular sobre que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley ó del acto que lo motivare”. Al respecto, *vid.* Felipe TENA RAMÍREZ: «Leyes fundamentales de México (1808-1999)», 22ª. edición actualizada, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 1999, pág. 475.

- h) Manuel VERÁSTEGUI, principal autor y director de “La Revolución de la Sierra Gorda”, tenía celebrado un compromiso con Eleuterio QUIROZ para invadir el Estado de San Luis Potosí hasta llegar a su capital, y colocar en el gobierno a Ramón ADAME o a Pedro SÁMANO.

Así, en suma, las circunstancias antes descritas demuestran de manera clara la amistad íntima y los estrechos intereses en política que tuvieron entre sí Pedro SÁMANO y Manuel VERÁSTEGUI, muy poco antes de que este último solicitara la protección de la justicia federal, Amparo que le tocó fallar a Pedro SÁMANO, reciente rival en política del gobernador Julián DE LOS REYES¹⁶.

III. A MODO DE CONCLUSIÓN

Resulta interesante ver cómo los operadores judiciales en el siglo XIX iban adquiriendo experiencia, de tal forma que el Juicio de Amparo empezaba a tomar cuerpo en el Estado Federal de México, producto de coyunturas políticas y constantes agresiones a los derechos constitucionales de las personas. Así, el Juicio de Amparo, desde la etapa *in status nascendi*, ya cumplía una tarea noble y educadora que con el transcurso del tiempo han sabido respetar y admirar los gobernantes y gobernados.

Por las razones anotadas con antelación, el Amparo es, en esencia, un método, un procedimiento, un remedio constitucional; por su forma [es] juicio; por su objeto, en cierto modo, recurso que lleva por finalidad restituir al sujeto quejoso en el goce de las garantías constitucionales [entiéndase derechos fundamentales] cuando por ley o acto cualquiera de autoridad se le lesionan; o que la autoridad federal o las de los Estados federados vuelvan a sus respectivas órbitas, cuando mutuamente se invadan¹⁷.

IV. APÉNDICE

San Luis Potosí, agosto 13 de 1848. Visto el antecedente, Dictamen y teniendo presente que el artículo 25 de la Acta de Reformas impone al Juzgado a mi cargo la obligación de amparar a cualquier ciudadano contra los ataques violentos, ya sea de los Supremos Poderes de la Nación, ya de los Estados; que la circunstancia de no haberse reglamentado el modo y términos en que

¹⁶ Tal y conforme lo sostiene José Francisco PEDRAZA MONTES: «La primera sentencia de Amparo en México», en Órgano informativo del Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, San Luis Potosí, S.L.P., 13 de agosto de 1999, págs. 2-3. El texto de la sentencia que va como apéndice al presente ensayo se ha tomado literalmente de dicho Órgano informativo.

¹⁷ Así lo ha plasmado con propiedad RODOLFO REYES en su libro: «Ante el momento constituyente (Experiencias y ejemplos americanos)», Compañía Ibero-Americana de Publicaciones, S.A., Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 1931, pág. 55.

tal protección debe dispensarse, no es ni puede ser obstáculo para cumplir con ese sagrado deber, porque a nadie puede ocultarse el modo de sustanciar un expediente y que, de no dar cumplimiento al citado Artículo, resultaría una contravención del objeto y fin que los legisladores se propusieron, no menos que una notable infracción; que inconcusamente haría responsable al que la cometiera; que una ley desde el momento que se publica debe ser obligatoria; no expresándose en ella lo contrario, como dice muy bien el asesor, y por lo mismo no se ha podido ni se puede dejar de cumplir con la referida disposición Constitucional, a pesar de las razones que expresa el Sr. Gobernador del Estado en la comunicación que dirigió a este Juzgado el 4 del corriente por conducto de su secretaria, por no ser suficientes para no observar lo que manda la Ley con objeto de proteger las garantías individuales, y siendo como es cierto que el mismo Sr. Gobernador expidió contra D. Manuel Verástegui la orden de destierro que motivó el ocurso que ha dado lugar a la formación de las antecedentes actuaciones, contraviniendo lo dispuesto por el Supremo Gobierno de la Unión a consecuencia de la Ley de 24 de abril del corriente año, y cometiendo un verdadero ataque a las garantías individuales que deben respetarse siempre por cualquier autoridad, por estar afianzadas en la Constitución y ser esto conforme al buen orden y comunal provecho de la sociedad, por tales fundamentos y demás que se contienen en el precitado dictamen a que me refiero, se declara que este Juzgado dispensa a D. Manuel Verástegui la protección que solicita, en conformidad de lo dispuesto en el repetido artículo 25 del Acta de Reformas para que no pueda ser desterrado del Estado, sin que preceda la formación del juicio y pronunciamiento del fallo por la autoridad judicial a que exclusivamente corresponde por la Constitución; debiendo quedar entre tanto en el pleno uso de los derechos y libertad que la misma Carta Fundamental le concede como ciudadano mexicano. Comuníquese esta disposición al interesado para su inteligencia, dándole copia testimoniada de ella si la pidiera.

Hágase igual comunicación por medio de la correspondiente nota al Supremo Gobierno del Estado, para el debido acatamiento de este fallo y sus efectos, manifestándole a la vez que el Juzgado en manera alguna espera se le obligue a usar de los recursos que la Ley ha puesto en sus manos para hacer respetar y cumplir sus disposiciones, estando como se haya dispuesto a conservar la dignidad de este Tribunal, y hacer que sus fallos sean debidamente respetados, y dése cuenta con todo el Supremo Gobierno de la Unión para los efectos a que hubiere lugar. El Señor Pedro Zámamo, primer suplente del Juzgado de Distrito en el actual ejercicio por ausencia del propietario. Así lo decretó, mandó y firmó por ante mí, de que doy fe. Pedro Zámamo. Manuel de Arriola.

FUNCIÓN JUDICIAL Y BIEN COMÚN: LA APORTACIÓN DE LA DEONTOLOGÍA JURÍDICA

CLAUDIO SARTEA*

Resumen

El artículo intenta profundizar en el concepto de deontología profesional para ponerlo al día y permitirle salir de una crisis de eticidad y sentido de la justicia que parece arrolladora. En la actualidad, se han difundido perspectivas que quitan al trabajo profesional (también al trabajo de los profesionales del derecho, especialmente de los jueces) toda referencia al bien común, reduciéndolo según los casos a simple relación entre sujetos (más o menos económicamente relevante), en la que todo es objeto de negociación, o también a manifestación de un poder público que todo lo controla y reglamenta, acabando paradójicamente por desresponsabilizar a los profesionales. Hay que profundizar en el concepto mismo de trabajo profesional, especialmente, por lo que nos interesa aquí, en la idea y función específica de las profesiones de administración de la justicia, hasta llegar a un modelo de trabajo profesional en el que quien lo ejerce sepa y perciba que está en juego su misma identidad personal: solamente así las reglas cobrarán su sentido y lograrán su fin, que es el de empujar a cada uno a desarrollar acabadamente su papel social y de esta forma a participar por lo que le toca a la realización del bien común.

Palabras clave: Jurista - Trabajo - Deontología profesional - Justicia - Bien común.

Abstract

The article attempts to provide an in-depth study of the concept of professional deontology with the aim of updating it and allowing it to break free from a crisis of ethics and sense of justice that seems overwhelming. At present, a number of perspectives have been disseminated that strip the work of professionals (the work of legal professionals and particularly of judges as well) from any reference to a common good, reducing it, according to each case, to a simple relationship between persons (more or less economically

* Claudio SARTEA se ha licenciado en Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Milán, y ha conseguido el título de Doctor en Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Padua. Actualmente es Profesor Titular de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Roma "Tor Vergata" y Profesor de Bioética en la Facultad de Medicina de la Universidad "Campus Bio-medico" de Roma. Desde el año 2012 es profesor visitante de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo de Chiclayo, que lo invita periódicamente para conferencias y clases. Ha publicado numerosos estudios y ensayos, entre cuyos se señalan aquí las monografías: *L' emergenza deontologica. Contributo allo studio dei rapporti tra etica, deontologia e diritto*, Aracne, Roma, 2007; *Deontologia. Filosofia del lavoro professionale*, Giappichelli, Torino, 2010; *Biodiritto. Fragilità e giustizia*, Giappichelli, Torino, 2012; *Diritto secolare. Religione e sfera pubblica, oggi*, Aracne, Roma, 2012.

relevant), whereby everything is subject to negotiation or to the manifestation of a public power that controls and regulates all things, paradoxically ending up by removing the professional liability. The very concept of professional work must be studied in depth, particularly with respect to the idea and specific function of the professions involved in the administration of justice until we achieve a professional work model, in which person who exercise it, will know and perceive that it is their personal identity which is at stake: only then rules will make sense and achieve their purpose, which is to encourage everyone to conscientiously develop their social role and participate in the attainment of the common good.

Key words: Jurist - Work - Professional Deontology - Justice - Common Good.

Sumario

1.- Premisas. 2.- Si todo es naturaleza. La abstracción “espontaneísta”. 3.- Si todo es mercado. El cinismo como cultura. 4.- Si todo es acuerdo. La negociación generalizada. 5.- Si todo es poder. La negación de la autonomía. 6.- Hacia la libertad. Tomarse en serio la responsabilidad personal.

1. PREMISAS

En su obra maestra de filosofía moral, la *Ética Nicomaquea*, escribe ARISTÓTELES para poner un ejemplo que en su parecer tenía que esclarecer definitivamente un asunto: “Ir delante del juez significa ir delante de la justicia, ya que el juez viene a significar *la misma justicia viviente*. Y se va en busca del juez como término medio (hasta que unos llaman a los jueces “mediadores”), en la persuasión de que si se alcanza al término medio, se logrará el justo”¹.

En el pensamiento clásico, la justicia como exigencia social y como virtud individual, y la concreta actividad de los sujetos encargados institucionalmente de administrarla, eran la misma cosa: hasta el punto de que la persona del juez se convertía en la encarnación de la justicia, en la “justicia viviente”. Impresiona la continuidad de esta antigua idea con la moderna afirmación de un conocido jurista italiano, Piero CALAMANDREI: “El juez es el derecho hecho hombre; sólo de este hombre puedo esperar en la vida práctica la tutela que en abstracto me promete la ley; sólo si este hombre sabe pronunciar a mi favor la palabra de la justicia, podré comprender que el derecho no es una sombra vana. Por eso se sitúa en la *iustitia*, no simplemente en el *ius*,

¹ ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, V, 4, 1132a, 20 (Traducción del autor).

el verdadero *fundamentum regnorum*; porque si el juez no está despierto, la voz del derecho queda desvaída y lejana, como las inaccesibles voces de los sueños”².

Y del mismo autor son las palabras que poéticamente expresan el simbolismo de la toga: “Amo la toga, no por los adornos dorados que la embellecen, ni por las largas mangas que dan solemnidad al ademán, sino por su uniformidad estilizada, que simbólicamente corrige todas las intemperancias personales y difumina las desigualdades individuales de los hombres bajo el oscuro uniforme de la función. La toga, igual para todos, reduce a quien la viste a ser un defensor del derecho, ‘un abogado’, como quien se sienta en los sitios del Tribunal es ‘un juez’, sin adición de nombres o títulos”³.

Función, institución: ¿de qué estamos hablando, propiamente? Escribe un filósofo español que “una institución es la *encarnación social de un bien*, es la organización operativa – unas acciones, unos procedimientos, unos actores – cuyo funcionamiento es aquello en lo que consiste la misma presencia efectiva de un determinado bien en la sociedad. Una institución es un órgano social que es creado para convertir en una función – en un cometido asignado como propio a un actor particular – la realización de un bien, la existencia de este como contenido estable de la vida social”⁴.

En mi opinión, para entender el sentido profundo de la deontología de las profesiones judiciales es imprescindible colocarse entre esas dos polaridades conceptuales: el juez – y más en general los profesionales del derecho, los así dichos “juristas” – es una *persona humana*, y al mismo tiempo es una *institución*. De alguna forma, además de ser sí mismo, es un rol, desarrolla un papel establecido. Interpreta libremente, con sus capacidades y aptitudes, un guión ya escrito: tiene que responder a expectativas colectivas muy concretas y que se han definido y a veces hasta “cristalizado” antes de su llegada al mundo.

Estos conceptos realmente no introducen nada nuevo en la filosofía del trabajo humano: toda actividad supone esta doble vertiente, se mueve entre la dimensión intensamente personal de la libre actuación de un individuo

² CALAMANDREI, P. *Elogio de los jueces*, (1959), trad. esp. De A. Redín, S. Sentís Melendo, C. Finzi, El Foro, Buenos Aires, 1997, p. 70. Agradezco muy especialmente a la Doctora Sandra Brandi de Portorrico haberme facilitado la versión española de este libro italiano: disculpe el lector si no he tenido la misma suerte (y cortesía) con otras obras que en lo sucesivo voy a citar en su versión original o en su traducción italiana.

³ CALAMANDREI, P., *Elogio de los jueces*, cit., p. 78.

⁴ CRUZ PRADOS, A. *Filosofía política*, EUNSA, Pamplona, 2009, p.38.

y la dimensión pública y social de tareas y expectativas⁵. Pero en el caso de las profesiones judiciales, y con mucho más motivo en el caso de los jueces, nos encontramos delante de expectativas sociales tan fundamentales como la misma posibilidad de vivir en una sociedad justa, que, ni más ni menos, representa la *condición de posibilidad de la coexistencia* entre seres humanos.

Las amenazas a la función judicial, y a su correcta ejecución, resultan por lo tanto amenazas muy relevantes al orden social mismo, a la posibilidad de una coexistencia pacífica. Al mismo tiempo, resulta evidente que en nuestra época, así como en las épocas que nos han precedido, el problema de la corrupción de los jueces o más en general de su inidoneidad no ha constituido solo una hipótesis, sino con frecuencia una verdadera llaga social, fuente de tensiones, insatisfacciones e injusticias gravísimas. No veo en esto más que una de las concreciones de lo que Kant afirmaba del hombre en general, diciendo que, si lo imaginamos como una escultura de madera, tenemos que decir que ha sido hecho de una “madera retorcida”. En el fondo es, ni más ni menos el franco reconocimiento de nuestra falibilidad, de los límites que tan bien conocemos, y tan a menudo experimentamos, en nuestra condición humana.

En el caso concreto de los jueces, ¿qué soluciones se nos presentan para, no digo solucionar de una vez, sino al menos controlar y limitar este problema tan relevante? Algunos tienen la convicción de que con un adecuado sistema de reglas podremos realizar el paraíso en la tierra: introduciendo una inteligente reforma de la justicia, o medidas eficaces para oponerse a la corrupción y al degrado de la administración de la justicia, o también multiplicando los códigos de ética profesional. Personalmente, opino que la confianza en las reglas no resulte al fin y al cabo suficiente, y que a la actividad de reglamentar, controlar, sancionar, que desde luego resulta imprescindible, no es suficiente, porque tiene que acompañarse a la responsabilidad ética personal de los juristas y su consecuente formación profesional y moral.

Charles TAYLOR, filósofo canadiense, ha hablado en sentido polémico de una verdadera “nomolatría” que en su opinión afligiría a la mentalidad postmoderna como consecuencia de la difusión generalizada del formalismo normativo y de la “ética de la tercera persona”. Este autor ha observado que, en vez de mejorar las cosas, la multiplicación de reglas, normas, códigos y leyes se ha convertido muchas veces, paradójicamente, en un nuevo

⁵ Se me permita al respeto remitir a C. SARTEA, *Deontologia. Filosofia del lavoro professionale*, Giappichelli, Torino, 2010.

mecanismo de desresponsabilización de los individuos⁶. De esta forma, a la vigilancia de la conciencia fundada en conocimientos y evaluaciones objetivas, se sustituye la referencia pasiva a reglas de conducta exterior que solamente piden una adhesión formal y ritual. Clásicamente, la obediencia dependía de la percepción subjetiva del fin que llena de sentido la regla: un bien común que nos embarga a todos y que la autoridad de quien establece la regla nos ayuda a divisar con nuestra libertad e inteligencia. En nuestros días, perdida ya la referencia al fin y desaparecido todo sentido del bien común, nos quedamos con un supino mirar a leyes y códigos donde supuestamente descansa la moralidad pública, con la posible y triste consecuencia que se adormezca la sensibilidad moral de los ciudadanos y de los profesionales.

Resulta por lo tanto imprescindible volver a las raíces de la responsabilidad moral personal, que no estriban en reglas extrínsecas (aún cuando estas resulten necesarias al menos para alumbrar el correcto estilo profesional y conectarlo al fin del bien común), sino en una conciencia profunda, y profundamente formada, de la propia identidad profesional. En este marco me parece importante proponer unas reflexiones acerca de las fuentes culturales de la actual crisis de las profesiones (por lo que nos interesa aquí, de las profesiones judiciales), que por comodidad dividiré en cuatro modelos: modelos no rígidamente separados, y que sobre todo comparten un planteamiento reduccionista de la relación entre el ser humano y su trabajo. Solamente tras aclarar los orígenes de nuestro problema, en mi opinión, será luego posible proponer una "*pars construens*" en la última, breve parte de mis reflexiones.

2. SI TODO ES NATURALEZA. LA ABSTRACCIÓN "ESPONTANEÍSTA"

Una primera genealogía de la crisis en la que nos encontramos hoy, la que me parece más profunda y que por esto merece mayor atención crítica, se puede conectar a la perspectiva antropológica de Jean-Jacques ROUSSEAU. El conocido intelectual de Ginebra se revela como uno de los más convencidos detractores de las instituciones sociales, que en su opinión constituyen, ni más ni menos, la fuente de la corrupción humana - mejor dicho, la causa principal de la salida de los seres humanos de un "estado de naturaleza" considerado como condición inicial de felicidad, de la que el hombre habría decaído por su misma, lamentable iniciativa. En otros términos, cuando aceptamos la vida en común y sus reglas, cuando nos colocamos en la red de relaciones que nos vincula a nuestro origen biológico (la familia) y a nuestro contexto

⁶ TAYLOR, C. *L'età secolare*, (2007), trad. it. a cura di P. Costa, Feltrinelli, Milano, 2009, p. 887.

social (las amistades, la sociedad), ya “todo se reduce a las apariencias y se vuelve ficticio y simulado”⁷. Las responsabilidades que dependen del contexto (familiar, profesional, social), se convierten en una negativa y trágica limitación de nuestra originaria libertad.

Me parece evidente cómo en muchas corrientes del pensamiento ético y social moderno se manifieste semejante crítica de todo vínculo a la libre manifestación de la espontaneidad individual (en la que consistiría nuestra más profunda personalidad). En consecuencia, habría que rechazar cualquiera vínculo: por ejemplo, las responsabilidades típicas de nuestro trabajo, de nuestra posición social. ¿Tenemos que aceptar este planteamiento, que claramente elimina toda posibilidad de fundar objetivamente una deontología? Yo creo que nos sería útil reflexionar sobre la *relevancia antropológica del contexto* y sobre la dignidad propia del *rol* o *papel*. Robert SPAEMANN ha escrito, en una de sus obras más sugerentes, que “*le persone non sono ruoli, ma esse sono ciò che sono soltanto quando giocano un ruolo, il che significa animando in qualche modo uno stile*”⁸. No cabe duda de que ninguno de nosotros puede reducirse (o aceptar verse reducido) a un rol: nuestra personalidad va más allá de todo reduccionismo. Y sin embargo, esta misma personalidad -nuestra siempre se manifiesta y expresa por la mediación de un rol, siempre se relaciona a los demás y vive en su contexto a través de un papel. Como ha observado SPAEMANN, “*ho sentito una volta un bambino di cinque anni, alla fine di una serie di giochi di trasformazione, dire a sua madre: ‘Io so a che cosa noi adesso possiamo giocare: tu sei la madre, e io sono il bambino’. Dopo i differenti ruoli interpretati i suoi stessi normali rapporti vitali gli apparivano come un ruolo da interpretare*”⁹.

Cada uno de nosotros - no en abstracto, sino considerado en su existencia concreta, en su realidad efectiva - además que sí mismo en toda su unicidad, es al mismo tiempo un hijo, un hermano, un padre; una mujer o un varón; un joven, un viejo, un hombre maduro; un individuo sano o enfermo; un italiano o un peruano o el ciudadano de otro Estado, de habla determinada y con sus tradiciones culturales, familiares, religiosas; finalmente un estudiante, un profesor, un abogado, un magistrado. En mi persona - y no para cubrir o hasta borrar mi identidad, sino al revés, para afianzarla y manifestarla a los demás - convergen papeles numerosos y coherentes (cuando sean coherentes, es decir en todo individuo no esquizofrénico), que acaban por definirme a mi mismo y presentarme a los demás.

⁷ ROUSSEAU, J.-J. *Discurso acerca del origen de la desigualdad entre los hombres* (1755).

⁸ SPAEMANN, R. *Personae. Sulla differenza tra “qualcosa” e “qualcuno”*, (1998), trad. it. a cura di L. Allodi, Laterza, Roma-Bari, 2005, p. 82.

⁹ SPAEMANN, R. *Personae*, cit., p. 81.

Intentar quitarme esas “máscaras”, negando las responsabilidades que implican, equivaldría a abandonar la escena, a salir de la condición humana, a saltar más allá de mi sombra. El mismo ROUSSEAU, en el fondo, “*assume un ruolo, che è quello di non interpretare più alcun ruolo. È significativo che egli intenda l'uomo naturale come un ominide privo di parola e di capacità. La dignità umana coincide con l'estraneazione, giacché con la lingua e la divisione del lavoro gli uomini si affrontano interpretando ruoli, anziché essere trasparenti gli uni per gli altri*”¹⁰.

Si, en cambio, aceptamos nuestro papel, no con resignación sino con la plena convicción de que se trata de nuestro lugar propio en la vida y en la sociedad, estamos en condiciones de contestar afirmativamente a la pregunta ética por excelencia: la que Dios dirigió a Adán en el Jardín de Edén, tras la primera, dramática asunción de responsabilidad moral de los hombres: “¿Dónde estás?”¹¹. En aquel crucial momento, el hombre no se encontraba en el lugar donde Dios lo buscaba, es decir en el lugar donde tenía que estar porque allí Dios mismo lo había colocado. Como nos explica Paul RICOEUR, la pregunta acerca del “dónde” es la pregunta moral por excelencia: “*Il mantenersi [permanecer fielmente en el propio lugar] per la persona è la tale maniera di comportarsi grazie alla quale l'altro può contare su di lei. Poiché qualcuno conta su di me, io sono in grado di render conto delle mie azioni davanti ad un altro. Il termine di responsabilità raccoglie le due significazioni: contare su... essere in grado di render conto di... Essa le raccoglie, aggiungendovi l'idea di una risposta alla questione: 'Dove sei?', posta dall'altro che mi reclama. Tale risposta è: 'Eccomi!'. Risposta che dice il mantenersi*”¹².

3. SI TODO ES MERCADO. EL CINISMO COMO CULTURA

Un segundo reto que la cultura moderna – así como la actual organización del trabajo – dirige a la deontología jurídica, consiste en mi opinión, en la reducción de las profesiones al mercado. No cabe duda de que uno de los significados y de las funciones típicas de la actividad laboral es permitir a quien lo ejerce sustentarse a sí y a la propia familia, y en esto no veo ninguna dificultad y riesgo: sin embargo, lo que aquí estoy considerando es el peligro, más actual que nunca en tiempos de economicismo desencadenado, que el trabajo quede *reducido* a su valor económico.

¹⁰ SPAEMANN, R., *Persone*, cit., p. 84. Más detenidamente sobre el pensamiento de Rousseau R. SPAEMANN, *Rousseau. Cittadino senza patria. Dalla 'polis' alla natura*, (2008), trad. it. a cura di L. Allodi, Ares, Milano, 2009.

¹¹ *Génesis*, III, 9.

¹² RICOEUR, P. *Sé come un altro*, (1990), trad. it. a cura di D. Iannotta, Jaca Book, Milano, 1993, p. 259.

Radicalizar esta lectura del trabajo implica de hecho o de principio quitarle toda relevancia moral: en cierto sentido supone pensarlo como una necesidad de sobrevivir en la que nuestra libertad prácticamente no se encuentra afectada, y por consiguiente no aparece nuestra responsabilidad moral. Si todo trabajo profesional sólo es cuestión de dinero, de ganarse la vida, ya no queda espacio para compromisos éticos: “quien más gane mejor trabaja”, sin preocupaciones de otro tipo. Lo cual, entre otras tristes consecuencias, acaba por legitimar toda corrupción bajo el sello de la necesidad o de la insignificancia moral de la profesión.

“Perché preoccuparsi del fatto che stiamo andando verso un tipo di società in cui tutto è in vendita? Per due ragioni: una riguarda la disuguaglianza; l'altra la corruzione. [...] In una società in cui tutto è in vendita, la vita è più difficile per chi dispone di mezzi modesti. Più il denaro può comprare, più la ricchezza (o la sua mancanza) conta. [...] La seconda ragione per cui dovremmo esitare a mettere tutto in vendita è più complessa da spiegare. Non si guarda la disuguaglianza e l'equità ma gli effetti corrosivi dei mercati. Assegnare un prezzo alle cose buone può corromperle. Questo perché i mercati non solo distribuiscono beni: essi esprimono e promuovono anche determinati atteggiamenti nei confronti dei beni oggetto di scambio”¹³.

Existen, en otras palabras, cosas que no siguen simplemente la lógica del mercado: en mi opinión, el trabajo humano está entre estas “cosas”, mejor dicho, ya que no es simple *cosa* sino *actividad* libre de seres racionales y relacionales, no puede estar entre semejantes “cosas”, por naturaleza propia. “El trabajo no es una mercancía”, fue afirmado con fuerza en la Declaración de Filadelfia por la Organización Internacional del Trabajo en 1944¹⁴: lo cual desde luego no implicaba la negación de su relevancia económica, sino su pertenencia a un nivel superior del de las mercancías, del simple mecanismo de los intercambios económicos. Mucho más que un intercambio de cosas y monedas está en juego cuando el hombre trabaja: y esto confiere a sus esfuerzos, también a los más manuales y musculares, una dignidad superior, y fundamenta una responsabilidad ética verdadera.

4. SI TODO ES ACUERDO. LA NEGOCIACIÓN GENERALIZADA

Más refinada, y sin embargo más ambigua y peligrosa, resulta una tercera forma de mirar al trabajo: reduciéndolo al acuerdo entre dos voluntades

¹³ SANDEL, M.J. *Quel che il denaro non può comprare. I limiti morali del mercato*, (2012), trad. it. a cura di C. Del Bò, Feltrinelli, Milano, 2013, p. 16.

¹⁴ Al tema está dedicado el interesante estudio de L. GALLINO, *Il lavoro non è una merce. Contro la flessibilità*, Laterza, Roma-Bari, 2007.

arbitrarias. Aún sin la mediación del dinero, hay quienes conciben al trabajo como una negociación permanente y total de bienes e intereses, entre el sujeto genérico que necesita algo, y el profesional que, por su preparación teórica y sus habilidades prácticas, se presenta como capaz de satisfacer sus requerimientos. Resulta evidente que parecida perspectiva borra de la relación profesional toda dimensión ética vinculante: se trata de una simple relación de debe y haber que, si no es de violencia y prevaricación de un sujeto hacia otro, se reduce a una superposición accidental de intereses materiales.

En parecida perspectiva, se pierde de vista el bien objetivo que justifica en el plan teórico y explica en el plan histórico la existencia de toda profesión. Pensamos por ejemplo en los médicos: si no es por su referencia al bien objetivo de la salud, no tiene sentido el ejercicio de un poder tan incisivo en la intimidad corporal de sus iguales. Cuando se afirma que el *fundamento* de la actividad médica es el “*informed consent*” del paciente, se olvida que por este camino se puede legitimar cualquiera intervención, desde las más absurdas operaciones de cirugía estética hasta el “suicidio asistido”. De hecho, la vertiente que radicaliza la autodeterminación del hombre hasta superar todo límite ético en la actividad de investigación y experimentación científica, y en la actuación clínica, rechaza toda vinculación moral y toda posible finalización objetiva de la profesión médica.

Dudo que este planteamiento mejore la calidad de los servicios profesionales, y me permito sugerir profundizar en la idea de una finalidad intrínseca de las profesiones (su *télos* objetivo específico como *justificación* y también como *límite* operativo: en el caso de la medicina, la restitución de la salud o la paliación del sufrimiento), a la luz del cual habrá en cada caso que valorar la oportunidad y la legitimidad de toda intervención y actuación, más allá del consentimiento informado y del intercambio de voluntades entre los protagonistas. El diálogo terapéutico sin duda es esencial: pero para dialogar hay - primera condición - que hablar el mismo idioma, y - segunda - que aceptar que existen significados (y finalidades) objetivos, que constituyen al mismo tiempo el sentido y el horizonte del diálogo mismo.

Del mismo modo que no puede existir profesionalidad médica sin referencia al bien de la salud, no puede existir administración de la justicia sin referencia a la justicia misma, así como resulta inconcebible la actividad política sin referencia al bien común¹⁵. Dicho de otra forma, profundizar en la *teleología*

¹⁵ Como escribe A. CRUZ PRADOS, *Filosofía política*, cit., p. 48: “La sociabilidad humana implica que el hombre alcanza su actualización o perfección en sociedad. El bien humano es un bien común. Los mejores y más

de una profesión, convencerse y formarse en su sentido propio y en las finalidades que la caracterizan y justifican, supone garantizar a la deontología profesional.

5. SI TODO ES PODER. LA NEGACIÓN DE LA AUTONOMÍA

Existe desde luego, el peligro opuesto: en obsequio a una concepción anacrónica, diría yo “napoleónica” de la vida civil, o simplemente por reacción a los riesgos o a los excesos de la anterior perspectiva individualista, se puede difundir una extremada “publicización”, una radical estatalización de las profesiones judiciales (no solamente la del juez, sino también la del abogado), que con el objetivo de garantizar cuanto más posible a los ciudadanos y evitar dichos abusos, de hecho coloquen bajo el completo control del poder estatal la actividad profesional inherente a la administración de la justicia (y no me refiero, claro está, a la reglas procesales o de organización de la magistratura, sino a su ética y deontología propia). No podemos subestimar los riesgos de esta postura: si el juez es simplemente “*bouche des lois*”, como decían los juristas de la Ilustración, la jurisprudencia se convierte en actividad automática y rígida, perdiendo sus características de sabiduría práctica. Si la conducta de los abogados cae bajo la legislación del Estado (es lo que pasa en Francia, por ejemplo, donde los códigos profesionales son promulgados por el ministerio competente por materia), se quita autonomía (es decir, responsabilidad) a los profesionales del derecho, que en cambio son los mejores artífices de su propia disciplina deontológica y desde siempre han elaborado por sí mismos sus reglas profesionales.

Quien conoce algo de la historia reciente del pensamiento jurídico teórico, reconoce fácilmente en lo que estoy diciendo uno de los efectos del iuspositivismo voluntarista: en esta perspectiva, “el intérpretes de la ley sólo tendría que recoger la voluntad del legislador, sin cuestionar acerca de su razonabilidad. Quien tiene que obedecer [el ciudadano, así como el profesional de la justicia] tiene que hacer lo que quiso el legislador, con independencia del hecho que esto resulte bueno o malo”¹⁶. De esta forma se debilita no solamente el papel del profesional del derecho, sino el sistema mismo de la administración de la justicia. Aun cuando se pretende garantizar, en cambio, se le acaba por suprimir del todo: una vez más la “nomolatría” es una tentación tan fuerte al comienzo como decepcionante al final.

propios bienes del hombre son bienes comunes, bienes que solo se alcanzan y poseen en común, es decir, son bienes cuya realización consiste en el perfeccionamiento de las comunidades a las que el hombre pertenece”.

¹⁶ HERVADA J. *¿Qué es el derecho? La moderna respuesta del realismo jurídico*, Pamplona, 2008, p. 84.

6. HACIA LA LIBERTAD. TOMARSE EN SERIO LA RESPONSABILIDAD PERSONAL

¿Quién es un jurista? No solamente un “hombre de ley”: es más, es un “hombre de derecho”¹⁷. O, si se prefiere, *el hombre del derecho*: quien lo hace vivir entre los hombres, para pacificar sus relaciones, hacerlas justas y salvarlas de la violencia y de la irracionalidad. La justicia, como característica imprescindible en toda sociedad humana en la que se pueda vivir, necesita esos obreros humildes y tenaces que somos los juristas. Nótese que es preferible hablar del jurista como hombre del derecho, y no simplemente de las leyes, ya que por lo que hemos hasta ahora considerado no es nada cierto que el derecho solo consista en las normas contenidas en las leyes. Las leyes constituyen, si están bien hechas, la pauta en la que el jurista tiene que trabajar para sacar las reglas del derecho, para decir lo que es justo en el caso concreto.

La mediación racional del juez es por lo tanto imprescindible: y no puede de ninguna manera resultar contagiada, condicionada por elementos que no tengan directamente que ver con la justicia del caso concreto. Toda distorsión de esta perspectiva acaba por ser origen de injusticias: pero nótese que en su raíz consiste en una falta deontológica, en un *defecto de profesionalidad*.

En su delicada y difícil tarea profesional de decir lo que es justo, de decir el derecho a partir de las leyes, el juez no está solo: lo acompañan y ayudan (así: *ayudan*) el abogado y el fiscal, y todos los demás profesionales de la justicia. Cada uno tiene que hacer con escrúpulo profesional su tarea, desde el comienzo hasta el final: únicamente así el resultado podrá aspirar a realizar la justicia a la que mira. Y ¿cómo se desarrolla esta colaboración? Precisamente en el proceso, o en relación al proceso. Por esto el proceso tiene tanta trascendencia, necesita reglas claras y sobre todo supone principios tan inflexibles como el de la imparcialidad del juez¹⁸, del derecho de defensa, del contradictorio¹⁹, de la publicidad de los actos²⁰, de la pluralidad de instancias, etc. Cada uno de estos principios remite a bienes esenciales en las relaciones jurídicas, es decir, fundamentales para la vida social y el bien común.

¹⁷ HERVADA J., *¿Qué es el derecho? La moderna respuesta del realismo jurídico*, cit., p. 17. En argumento véase también M. LA TORRE, *Il giudice, l'avvocato e il concetto di diritto*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2002.

¹⁸ TRUJILLO, I. *Imparzialità*, Giappichelli, Torino, 2003. Más reciente de la misma autora el estudio *Etica delle professioni legali*, Il Mulino, Bologna, 2013.

¹⁹ Cfr. MORO, P. *L'etica del contraddittorio. Il principio costitutivo della deontologia forense*, in AA.VV., *Audiatur et altera pars. Il contraddittorio tra principio e regola*, a cura di M. Manzin e F. Puppo, Giuffrè, Milano, 2008, p. 276.

²⁰ MACIOCE, F. *La lealtà. Una filosofia del comportamento processuale*, Giappichelli, Torino, 2005.

Garantizar que cada uno de los protagonistas del proceso actúe con intensa *fidelidad* a este cometido es imprescindible para alcanzar esos objetivos, para realizar esos bienes: en este sentido, toda deontología se reduce a un compromiso de fidelidad a la identidad profesional y, por consecuente, al papel que cada uno tiene que desarrollar. Esto explica la importancia de la ética de las profesiones judiciales: que en definitiva a eso principalmente sirven, a garantizar que el proceso sea lo que tiene que ser y no un ritual del que ha sido borrada toda sustancia social, toda finalidad propia, toda su configuración institucional propia de lugar de realización pública de la justicia.

*“Il diritto è essenzialmente ‘processualità’. Esso vale come valore perché fa valere. E questo suo ‘far valere’ implica, per l’appunto, la possibilità della lite, del processo e del giudizio”*²¹. El conjunto de las reglas que dirigen el proceso, entonces, llega a cobrar una importancia decisiva: y no me refiero solo a las reglas legales, al derecho procesal en sentido estricto, sino también a las reglas que afectan a la conducta de los protagonistas del proceso mismo. Aquí la deontología profesional muestra su papel central, exactamente en el lugar donde “verdad y libertad coinciden”, como escribe Giuseppe CAPOGRASSI: *“Qui appare perché i vecchi [los antiguos] vedevano come elemento del giudicare, il ‘rectitudinis zelus’ cioè l’amor justitiae, l’apertura alla verità, la volontà di realizzare quello che è giusto. Qui si potrebbe dire libertà e verità coincidono. C’era in quella vecchia scienza, con il disperato sogno di sopprimere tutto il soggettivo, di fare arrivare tutto all’obiettività, c’era questa intuizione profonda, che quando tutto è stato adempiuto per arrivare alla verità, cioè quando nella ricerca della verità non si è seguito altro che la linea sicura della logica obiettiva dell’azione e della legge e nell’ordine in cui la ricerca deve svolgersi, la decisione suprema dell’animo del giudice, aperto alla verità perché ha seguito quella pura logica, porta spontaneamente alla verità: la via della ricerca ne garantisce il risultato; la purezza dei mezzi garantisce la verità del fine”*²².

Hablar de pureza ya es hablar de virtud: una virtud en este caso diánoética, diría Aristóteles, es decir la virtud de un intelecto que conoce y re-conoce, sin prejuicios. Luchar contra los prejuicios, abandonar posturas ideológicas, no ceder a la tentación de una alteración anómala (por dinero, por simpatías, por lo que sea) de los equilibrios y de los papeles procesales: todo esto hace parte de la tarea judicial (de la salvación del *juicio*) y no se puede abandonar sin grave menoscabo de toda esperanza de justicia concreta.

²¹ OPOCHER, E. *Lezioni di filosofia del diritto*, CEDAM, Padova, 1993, p. 307.

²² G. CAPOGRASSI, *Giudizio processo scienza verità*, en “*Rivista di diritto processuale*”, 1950/I, pp. 1-22, ahora también en ID., *Opere*, V, Milano, 1959, pp. 53 y ss.

Pero, antes que vínculos, esos deberes morales y deontológicos resultan una vez más un ejercicio de libertad: la manera concreta de ser lo que elegí ser profesionalmente, juez, abogado, jurista; en otros términos, la forma efectiva de encarnar mi rol social, de interpretar un papel que *no es poder, sino servicio*, mi manera concreta de contribuir al bien común de la sociedad en la que vivo y a la que debo mi existencia.

Es tan elevado y noble este cometido, es tan delicada y trascendente la función judicial, que podemos añadir a lo que de ella hemos dicho al comienzo algo que todavía ha quedado en el fondo. Es decir que se trata de una tarea "divina"²³: de uno entre los más ambiciosos intentos de los hombres de introducir la justicia en el mundo, de participar en la incansable tarea de salvar al mundo – que es tarea de Dios, participada a los hombres. Muy grave resultaría, con mayor razón en esta perspectiva, ensuciar la dignidad de esta función descuidando su deontología y obedeciendo a lógicas que nada tienen que ver con la justicia como bien común.

²³ Cfr. S. SATTÀ, *Il mistero del processo*, Adelphi, Milano, 1994; F. D'AGOSTINO, *Corso breve di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 128.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*.

CALAMANDREI, Piero, *Elogio de los jueces*, (1959), trad. esp. De A. Redín, S. Sentís Melendo, C. Finzi, El Foro, Buenos Aires, 1997.

CAPOGRASSI, Giuseppe, *Giudizio processo scienza verità*, en ID., *Opere*, V, Milano, 1959.

CRUZ PRADOS, Alfredo, *Filosofía política*, EUNSA, Pamplona, 2009.

D'AGOSTINO, Francesco, *Corso breve di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2011.

GALLINO, Luciano, *Il lavoro non è una merce. Contro la flessibilità*, Laterza, Roma-Bari, 2007.

HERVADA, Javier, *¿Qué es el derecho? La moderna respuesta del realismo jurídico*, Pamplona, 2008.

MACIOCE, Fabio, *La lealtà. Una filosofia del comportamento processuale*, Giappichelli, Torino, 2005.

MORO, Paolo, *L'etica del contraddittorio. Il principio costitutivo della deontologia forense*, in AA.VV., *Audiat et altera pars. Il contraddittorio tra principio e regola*, a cura di M. Manzin e F. Puppo, Giuffrè, Milano, 2008.

OPOCHER, Enrico, *Lezioni di filosofia del diritto*, CEDAM, Padova, 1993.

RICOEUR, Paul, *Sé come un altro*, (1990), trad. it. a cura di D. Iannotta, Jaca Book, Milano, 1993.

ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Discurso acerca del origen de la desigualdad entre los hombres*, 1755.

SANDEL, Michael J., *Quel che il denaro non può comprare. I limiti morali del mercato*, (2012), trad. it. a cura di C. Del Bò, Feltrinelli, Milano, 2013.

SARTEA, *Deontologia. Filosofia del lavoro professionale*, Giappichelli, Torino, 2010.

SATTA, Salvatore, *Il mistero del processo*, Adelphi, Milano, 1994.

SPAEMANN, Robert, *Persone. Sulla differenza tra "qualcosa" e "qualcuno"*, (1998), trad. it. a cura di L. Allodi, Laterza, Roma-Bari, 2005.

SPAEMANN, Robert, *Rousseau. Cittadino senza patria. Dalla 'polis' alla natura*, (2008), trad. it. a cura di L. Allodi, Ares, Milano, 2009.

TAYLOR, Charles, *L'età secolare*, (2007), trad. it. a cura di P. Costa, Feltrinelli, Milano, 2009.

TRUJILLO, Isabel, *Imparzialità*, Giappichelli, Torino, 2003.

TRUJILLO, Isabel, *Etica delle professioni legali*, Il Mulino, Bologna, 2013.

A PROPÓSITO DEL PROCESO, LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA Y EL ROL DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

ALESSANDRO SOMMA*

Resumen

El diálogo social es un componente indispensable del orden democrático; de ahí que se analice la importancia del nexo entre, de un lado, la libertad y el pluralismo de la información y, del otro, la autonomía de la magistratura; ambos al servicio de un diálogo social productivo de participación democrática en la cuestión procesal. El derecho a la información es el derecho a entender, no solo bajo la perspectiva liberal tradicional, sino bajo la perspectiva radicada en el texto constitucional; es decir, el derecho a la información es un instrumento para asegurar la participación de los ciudadanos en la gestión de la cosa pública; derecho que está dirigido a garantizar la protección del individuo frente al poder.

Palabras clave: Diálogo social – Medios de comunicación – Derecho a la información – Constitución – Autonomía de la magistratura – Proceso – Democracia participativa.

Abstract

Social dialogue is an essential component of democracy and therefore the importance of the link between freedom and pluralism of information on the one hand and the autonomy of the judiciary on the other: both at the service of a productive social dialogue of democratic participation in procedural issues must be analyzed. The right to information is the right to understand, not only under the traditional liberal viewpoint but under the perspective rooted in the constitution, that is, the right to information is an instrument to ensure participation of citizens in the management of public interest, a right that is designed to guarantee the protection of individuals in the face of power.

Key words: Social dialogue – Media – Right to Information – Constitution – Autonomy of the Judiciary – Process – Participative Democracy.

* Alessandro Somma, actualmente Profesor ordinario de Derecho Comparado de la Università degli Studi di Ferrara (Italia), Delegado del Rector para el Área Internacional de dicha Universidad, ha sido investigador del Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte de Francoforte, y ha dictado diversas conferencias sobre dicha materia. Traducción a cargo de: Yuri Tornero Cruzatt quien sigue actualmente el doctorado en Comparación Jurídica e Histórico Jurídica en la Università degli Studi di Ferrara (Italia) bajo la tutoría del citado autor.

El texto desarrolla una intervención del autor para el encuentro del Consejo Superior de la Magistratura “las representaciones de la Justicia”, Roma, 22-24 de marzo del 2010.

Sumario

1.- El mundo del derecho y su norteamericanización. 2.- El juez y su imagen: entre técnica, cultura y política. 3.- La lección de Gardone: tercer poder y definición del sentido político. 4.- Jueces, democracia de los trabajadores y uso alternativo del derecho. 5.- Proceso y rol del intérprete entre consciencia del juez y diálogo social. 6.- Sigue: cuándo y cómo dialogar. 7.- Proceso y medios de comunicación: las lecciones de Torino. 8.- Proceso y democracia participativa en la sociedad de la información.

1. EL MUNDO DEL DERECHO Y SU NORTEAMERICANIZACIÓN

Mucho se ha escrito, y no solo en la última década, sobre la denominada norteamericanización del derecho¹. Con esta expresión, deplorable en cuanto comprime la riqueza cultural de un continente a favor de la experiencia nacional hegemónica, se alude a la circunstancia según la cual la producción de reglas y la organización institucional típicas del *common law* estadounidense constituyen el horizonte hacia el cual están dirigidas las diversas experiencias jurídicas del globo, incluyendo aquellas del *civil law*.

En particular, este movimiento se refiere al redimensionamiento del rol del Estado en la disciplina de las relaciones de mercado², sector en el cual las dinámicas de la circulación de los modelos tienen poco que ver con las reconstrucciones clásicamente propuestas por los comparatistas. En efecto, la idea según la cual la circulación es inducida por el prestigio del modelo exportado resulta superada por una realidad construida por exportaciones forzadas de modelos económicos en el ámbito del actual choque entre capitalismo: el renano y el anglosajón³. Un choque, amplificado por la disolución del bloque soviético, que parece resolverse a favor del segundo tipo de capitalismo, o, de todas formas, a favor de una convergencia con los esquemas por éste propuestos. Lo anterior como consecuencia del incentivo creado por el Banco Mundial que desde hace algunos años está empeñado en acreditar los sistemas del *common law* como ordenamientos capaces de conducir a la construcción de un mercado mundial; objetivo que se considera obstaculizado en los sistemas del *civil law*, dada la impronta estatista de estos últimos⁴.

¹ Cfr. el debate que surgió entorno al movimiento de *Law and development* desde los años sesenta, sintetizado, por ejemplo, en la antología de A. Carty, *Law and Development*, New York, 1992, pp. 3 y ss.

² Para todos M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, Boloña, 2000, pp.96 ss.

³ Ver la síntesis de M. ALBERT, *Capitalismo contro capitalismo* (1991), Bologna, 1993. A. Somma, *Alemania, Europa y crisis de la deuda soberana en la economía social de mercado*, en *Puente@Europa*, 2013, pp. 95 y ss.

⁴ Cfr. A. SOMMA, *Scontro tra capitalismi, crisi del debito sovrano e diritti fondamentali*, en *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2013, p. 451 y ss.

Son muchas las pruebas de este desarrollo, tanto con referencia a la producción de reglas, como en relación con la organización institucional y, entonces, con el modo de ser de las profesiones legales.

Cada vez más, la producción de las reglas tiene lugar mediante mecanismos alternativos a aquellos previstos por la democracia participativa, típicos del estado moderno en la forma que tomaron durante su reciente evolución. En este último, los preceptos son formulados en el ámbito de procesos que, por un lado, aseguran a los participantes la concreta posibilidad de incidir en su contenido y, por otro, son formulados en términos de imposiciones precedidas por sanciones (*hard law*). Actualmente, ganan espacio los preceptos formulados según las reglas de la democracia deliberativa que aseguran la mera posibilidad de tomar parte en su formulación y que son, además, expresados en términos de meros incentivos para conseguir el resultado deseado (*soft law*). Es decir, se asiste a un debilitamiento del carácter público de los preceptos, siempre más similares a normas convencionales, es decir, a la regla contractual⁵.

La dimensión publicista también pierde importancia en el ámbito de la profesión del abogado, cada vez menos estructurada bajo formas que permitan tener en cuenta su dimensión como parte esencial del momento jurisdiccional. Esto induce, al menos, a considerar la progresiva extensión de las reglas previstas para la erogación de servicios y la construcción, en el mismo ámbito, de un mercado europeo⁶. Reglas que, entonces, son pensadas para regular la actividad de un operador económico, más que para regular el ejercicio de funciones de naturaleza, en sentido amplio, publicista.

Como es bien sabido, también se puede hablar de americanización con referencia a la figura del juez, sobre todo en relación con el valor de los actos que resuelven las instancias de juicio más elevadas. En efecto, si en los sistemas de *common law* rige el vínculo del precedente judicial, en los sistemas de *civil law* el precedente está dotado de una autoridad de *facto* cada vez más semejante a aquella reconocida a las fuentes formales del derecho⁷.

En general, en los países de *civil law* se considera al juez como una institución llamada a responder a expectativas sociales, cuya importancia se identifica

⁵ Citaciones en A. SOMMA, *Soft law sed law. Diritto morbido e neocorporativismo nella costruzione dell' Europa dei mercati en ella distribuzione dell' Europa dei diritti*, en *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2008, pp. 437 y ss.

⁶ G. Alpa, *L'avvocato. I nuovi volti della professione forense nell' età della globalizzazione*, 2 ed., Bologna, 2008, pp.57 y ss.

⁷ Para todos A. Gambaro, R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, en *Trattato di diritto comparato*, dir. por R. Sacco, Torino, 1996, pp. 44 y ss.

más allá del objeto de la singular controversia, resaltando su rol en cuanto poder constitucional⁸. Esta circunstancia, acrecentada, sobre todo, por la crisis de la política y de su capacidad para responder a las expectativas sociales⁹, evidencia el rastro de un acercamiento del modelo de *civil law* al modelo de *common law*.

2. EL JUEZ Y SU IMAGEN: ENTRE TÉCNICA, CULTURA Y POLÍTICA

Si en los países de *civil law* la figura del juez parece cada vez más cerca a los modelos de *common law*, y si lo mismo puede decirse del mundo del derecho en su totalidad, la imagen del poder judicial, más estática, sigue siendo alimentada por los poderes legislativo y ejecutivo.

En síntesis, tendencialmente, los países de *common law* conciben la tripartición de los poderes como la imaginaba Montesquieu, es decir, atribuyendo, a cada poder, igual dignidad y, entonces, igual capacidad de ejercitar controles recíprocos. En efecto, si es verdad que se debe a MONTESQUIEU la imagen del juez como boca de la ley, también es verdad que esta idea no contrastaba con la idea de una equiparación de los poderes estatales¹⁰: esta idea era pensada para la sociedad de clases, dentro de la cual el poder real era equilibrado con el poder de la aristocracia.

Para los países del *civil law* o, mejor, para la tradición que se configuró con la revolución francesa, el poder legislativo es, más bien, un poder ubicado en una posición privilegiada respecto a los poderes ejecutivo y judicial. Esto, debido a que el poder legislativo es más cercano a la voluntad popular o, mejor, a la voluntad del yo colectivo teorizado por ROUSSEAU: solución que, para algunos, se presta a fomentar formas de despotismo de la mayoría en sustitución del despotismo del monarca¹¹.

En la experiencia italiana, la imagen del tercer poder está ligada a la calificación de la república como sistema parlamentario monista, en el cual los poderes deben estar fundamentados en la soberanía popular, razón por la cual el principio de la separación de poderes no se eleva a valor fundamental de la

⁸ Por ejemplo A. Garapon, *I custodi dei diritti. Giustizia e democrazia* (1996), Milano, 1997, pp.19 y ss.

⁹ Cfr. P. Davigo, *I profili mediatici dell' attività giudiziaria*, conferencia en el encuentro de estudio de los Consejos superiores de la magistratura "Magistratura e mass media", Roma, 3-5 de abril de 2006, p. 3 de la versión mecanográfica.

¹⁰ Recientemente P. Ridola, *Preistoria, origini e vicende del costituzionalismo*, en P. Carrozza, A. Di GIOVENE, G.F. FERRARI (eds.), *Diritti costituzionale comparato*, Roma- Bari, 2009, pp. 33 s.

¹¹ Por ejemplo M. Fioravanti, *Costituzione*, Boloña, 1999, pp.118 y ss. Ver también P. Costa, *Cittadinanza*, Roma-Bari, 2005, pp. 41 y ss.

organización estatal. Bajo tal perspectiva, el poder legislativo, en cuanto poder más cercano a la soberanía popular, prevalece, como hemos dicho, sobre el poder ejecutivo. Si se puede hablar de una separación del poder judicial de los otros poderes, es en virtud de un principio de racionalidad, según el cual, el correcto funcionamiento de las instituciones estatales está asegurado, entre otras cosas, por la acción de un cuerpo compuesto por técnicos del derecho fuera del circuito en el que se forma la orientación política¹².

Ya se ha reconocido que este enfoque debe tener en cuenta el papel asumido por las cortes como fuentes sustanciales de producción de las reglas. Es decir, se ha afirmado que la imagen del juez ya no puede reducirse a aquella de un frío burócrata que decide en nombre del yo colectivo y que, entonces, carece de un perfil en el cual se admitan espacios de autonomía expresiva. Además, el aporte del juez a la producción del derecho es considerado con una relevancia de tipo cultural, entendiendo con ello que si el aporte no es de tipo técnico, tampoco es de tipo político. En efecto, el aporte se referiría a “movimientos de pensamientos más lentos y complejos” consolidados, en un largo periodo, como orientaciones compartidas por los principales operadores del derecho, en cuanto los jueces generan posiciones en las que se sintetiza la labor de abogados y estudiosos. El poder judicial, en suma, como portador “de aquellas influencias jurídico culturales” que sustentan “la continuidad del derecho, si bien en constante evolución”¹³.

Así sintetizado, el rol del tercer poder sería equiparable a aquel de una fuente del derecho, pero solo en el límite de una actuación dirigida a la conservación de lo existente y, entonces, para defenderse de la contingencia política. En efecto, si se pone el acento en la legitimación otorgada por la específica cultura profesional, se termina por reducir el rol del tercer poder a guardián de aquel tecnicismo, cuya perpetuidad, según algunos, identifica el núcleo esencial de la denominada tradición jurídica occidental. Lo que equivale a un regreso a la concepción según la cual el derecho “sigue distinguiéndose de la política y de la religión, así como de los demás tipos de instituciones sociales y de las otras disciplinas”¹⁴.

De este modo, se termina por no liberar la imagen del juez de su vicio de fondo: relegarlo a un rol en el cual se desconoce la naturaleza exquisitamente política, un rol incompatible con su carácter de participante de la construcción

¹² A. PIZZORUSSO, *L'organizzazione della giustizia in Italia. La magistratura nel sistema politico e istituzionale*, nuova ed., Torino, 1990, pp. 61 y ss.

¹³ *Ivi*, pp. 64 y ss.

¹⁴ H. J. BERMAN, *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale* (1983), Bologna, 1998, p. 68.

de las reglas de convivencia social en un plano paritario respecto a de los otros poderes. En suma, si, de un lado, se evita ver al juez como simple boca de la ley, de otro lado, se reduce a boca de una no mejor definida tradición profesional, ocultando, pero no resolviendo, los problemas de legitimación.

También se puede rechazar esta conclusión como propósito político normativo. Y, sin embargo, dicha conclusión parece inevitable, cuando se quiera abandonar el plano de la reconstrucción de un sistema en términos, más o menos, explícitamente prescriptivos y se pretenda, más bien, enfrentarse a un mundo jurídico hecho de normas, pero también de instituciones en conflicto entre ellas. Desde tal punto de vista es inevitable reconocer que la atribución de sentido a los textos normativos no es una operación relevante simplemente como problema hermenéutico, sino, también, y principalmente, como problema político¹⁵: una operación relativa más al posicionamiento en el conflicto entre instituciones, que a la búsqueda de una verdad, más o menos, absoluta.

3. LA LECCIÓN DE GARDONE: TERCER PODER Y DEFINICIÓN DEL SENTIDO POLÍTICO

A este punto, no parece inútil recordar que, por largo tiempo, precisamente la magistratura se ha preocupado por configurar indicaciones innovadoras acerca del rol del tercer poder y acerca de su relación con aquel más cercano a la soberanía popular: el poder legislativo. Un rol quizás compatible con la idea según la cual, aquel de los jueces, constituye un aporte cultural, y no político, a la regulación de la convivencia social; siempre y cuando por cultura se entienda un conjunto de preceptos madurados en modo elitista y auto-referencial en el ámbito de un cuerpo profesional. Es decir, siempre y cuando se valore la circunstancia según la cual, si la cultura tiene que ver con orientaciones de largo periodo, esta coincide, principalmente, con el conjunto de los valores de nivel super-primario. Y estos últimos, si no se refieren a la definición de las líneas políticas contingentes, se refieren a la definición de las líneas políticas generales; las primeras entendidas como una derivación de las segundas.

Esta visión fue desarrollada como resultado del conocido congreso de la Asociación Nacional Magistrados de GARDONE, realizado en setiembre de 1965. En ese periodo, la denominada congelación constitucional¹⁶, es decir, la

¹⁵ Citaciones en A. SOMMA, *Tecniche e valori nella ricerca comparatistica*, Torino, 2005, pp.45 y ss.

¹⁶ Por ejemplo, C. SALVI, *La giusprivatistica fra codice e scienza*, en A. Schiavone (ed.), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla repubblica*, Roma-Bari, 1990, p. 270.

carente ejecución de la constitución, estaba llegado a su ocaso. No obstante, aún se consideraban presentes “los graves daños causados al ciudadano derivados del formalismo y de los excesivos tecnicismos jurídicos”, motivo por el cual era indispensable confirmar el rol del tercer poder como fuente del derecho¹⁷.

Como se ha recordado, también recientemente¹⁸, el congreso, ciertamente, no buscó alimentar el clima de contestación que habría caracterizado el debate acerca del rol de la magistratura en el curso de los años '70, del cual nos ocuparemos dentro de poco. Tan es así que la conferencia principal fue confiada a Giuseppe MARANINI, un liberal convencido de la superioridad del sistema constitucional típico de los países del *common law*, también, y sobre todo, por el rol asignado al tercer poder.

MARANINI parte de la constatación según la cual el valor principal del constitucionalismo postfascista es la protección de la “persona humana” que, como ha demostrado la historia, está amenazada cuando se verifica una “concentración de poder en una única sede”. De aquí la aversión de los constituyentes italianos frente a la “dictadura de la asamblea” y la “dictadura del ejecutivo”, la primera típica de la fase pre-fascista y la segunda de la época fascista. Una aversión de la cual habría derivado el favorecimiento por un sistema poli-céntrico, capaz de valorizar el nexo entre poderes y soberanía popular; pero, al mismo tiempo, capaz de impedir a cualquiera de tales poderes de acreditarse como su intérprete único o más calificado. En tal sentido, la Constitución habría creado un sistema según el cual “ningún centro de poder” adquiere “el monopolio de la determinación de la orientación política”. Un sistema en el cual al tercer poder se le confía el rol de controlar que “la orientación política contingente” sea asumida respetando “la orientación política general: los objetivos de la Constitución y de todas normas con las que la Constitución se busca asegurar la persecución de sus fines”¹⁹.

MARANINI no ahorra ninguna crítica contra la orientación de la magistratura y, en particular, de la Corte de Casación, cuyos jueces adherían, en ese entonces, a la Unión de Magistrados Italianos, distinta de la Asociación Nacional de Magistrados. La alta magistratura era numéricamente reducida y, sin embargo, estaba situada en una posición privilegiada que le permitía

¹⁷ Associazione nazionale dei magistrati, *Atti e commenti del 12° congresso nazionale*, Roma, 1996, p.8.

¹⁸ M. MARCHESIELLO, *Tornare a Gardone*, en *Riv. trim. dir y proc. civ.*, 2005, pp. 1323 ss.

¹⁹ G. MARANINI, *Funzione giurisdizionale ed indirizzo político nella costituzione*, en *Associazione nazionale magistrati, Atti e commenti*, cit., pp. 3 ss.

“obstaculizar y retardar la efectiva vigencia de los derechos de libertad consagrados en la Constitución”. De este modo, el llamado a no obstaculizar “el libre contraste entre la orientación política del gobierno” y del parlamento, y “la orientación política del juez”²⁰ estaba dirigido a los poderes legislativo y ejecutivo, pero también al vértice del poder judicial.

De aquí la conclusión resumida en una moción que el congreso de GARDONE aprobó por aclamación: “el problema de la orientación política en el ámbito de la función jurisdiccional no se formula, obviamente, en términos de orientación política contingente, que corresponde a las fuerzas políticas titulares de la función legislativa y ejecutiva, sino en términos de tutela de la orientación política constitucional, en cuanto la constitución codificó determinadas elecciones políticas fundamentales, imponiéndolas a todos los poderes del Estado, incluyendo el judicial, y atribuyendo a este último, además del Jefe de Estado y de la Corte Constitucional, el deber de garantizar su respeto”²¹.

4. JUECES, DEMOCRACIA DE LOS TRABAJADORES Y USO ALTERNATIVO DEL DERECHO

Las reflexiones dedicadas durante los años 60's a la valorización del contenido constitucional asumieron una centralidad del todo particular en los debates inspirados por el clima de contestación de la década sucesiva. Lo anterior no debe asombrar: la oposición comunista se paseaba de la vía constitucional a la afirmación de su credo desde la época de la Constituyente, cuando se delineó la oposición togliettiana a una realización del socialismo por medio de las instituciones republicanas; opción que, en muchos aspectos, fueron desarrolladas en los debates de los años '70²².

Por cierto, la opción togliattiana no atribuía un peso particular a la actividad de las cortes. En efecto, buscaba desarrollar las modalidades de participación de los trabajadores en la vida política del país, más allá de los tradicionales instrumentos de la “democracia de los ciudadanos” que el contenido constitucional buscaba asegurar como vía para la realización de su igualdad sustancial (art.3). Y esta vía se refería a la formación de una cultura del “contrapoder” y de la “resistencia democrática”, junto a una cultura de los “derechos de libertad” cuyo desarrollo se quería confiar,

²⁰ Ivi, pp.14 ss.

²¹ Ivi, p. 309.

²² Cfr. L. NIVARRA, *Ipotesi sul diritto privato e i suoi anni '70*, en Id. (ed.) *Gli anni '70 del diritto privato*, Milano, 2008, pp. 5, 8, n. 7.

en primera medida, a la acción de las asociaciones sindicales (art.39 s) y partidarias (art. 49)²³.

No obstante, en los años 70 el rol de las cortes comienza a asumir relevancia. En esa época se genera una invitación a desarrollar un “uso alternativo del derecho burgués”; alternativo en cuanto dirigido a “configurar instrumentos de defensa de las libertades de las clases trabajadoras”²⁴. Una invitación que evidentemente no abandonaba el recurso al contenido constitucional que, de hecho, habría debido realizarse por medio de la acción de las cortes, las cuales se juntarían con el grupo de sujetos encargados de contribuir a la vía constitucional hacia el socialismo²⁵.

Sin duda, el uso alternativo del derecho era un uso militante; pero no lo era menos de aquel uso que se invocaba para su superación: ambos se obtenían a partir de una interpretación parcializada de los textos normativos, ciertamente inevitable en razón del desarrollo del papel asumido por el intérprete. Es decir, las cortes debían abandonar su función de meras mediadoras del contraste entre intereses diferentes y, así, contribuir para que emergieran las contradicciones inherentes a la relación entre capital y trabajo²⁶.

Todo esto debe ser entendido como el resultado natural del desarrollo de las sociedades capitalistas, que exigen crecientes intervenciones estatales destinadas a dirigir la función ordenadora del mercado; intervenciones que determinan, a su vez, una creciente intervención de la sociedad civil en la producción de los textos normativos para, así, articular las finalidades indicadas. Es este el sentido del pasaje de la mediación judicial, entendida de una mera administración “externa” de un orden discreto, a la mediación judicial concebida para “organizar las relaciones entre los agentes sociales”²⁷. Un pasaje que, además, se genera a partir de la constatación de que en el ordenamiento constitucional conviven “una legislación de clase” con principios “incompatibles con dicha naturaleza clasista, como la justicia, la libertad, la igualdad”²⁸. Y respecto a una situación de este tipo, resultaban necesarias elecciones prácticas, que quizás se pueden ocultar, pero ciertamente

²³ U. Romagnoli, *Il sistema economico nella costituzione*, en AA. VV., *La Costituzione economica*, en *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell' economia*, dir. por F. Galgano, Padova, 1977, vol. I, p.149.

²⁴ P. Barcelona, *Introduzione*, en Id. (ed.), *L'uso alternativo del diritto*, Roma-Bari, 1973, vol. I, p.VI.

²⁵ Para todos S. D'ALBERGO, *Portata e condizioni di un uso alternativo della costituzione*, en *Dem. e dir.*, 1973, 1, pp. 55 y ss.

²⁶ A. DI MAJO, *Proposte per un avvio di discorso teorico sull'uso alternativo del diritto privato*, en P. BARCELLONA (ed.), *L'uso alternativo*, cit., p. 159.

²⁷ P. BARCELLONA, *Ruolo del giudice e mutamenti sociali*, en *Dem. e dir.*, 1987, 1-2, pp. 67 y ss.

²⁸ L. BASSO, *Giustizia e potere. La lunga via al socialismo*, en *Quale giustizia*, 1971, p.652.

inevitables, ni siquiera por medio de un llamado a la supuesta cultura del tercer poder.

Los problemas podían surgir debido a la absoluta centralidad atribuida a la relación, o, mejor, a la contradicción, entre capital y trabajo, invocada como punto de referencia a partir del cual articular el uso alternativo del derecho. Todo en línea con la identificación de la democracia de los trabajadores como modelo llamado a nutrir, en modo más o menos penetrante, la democracia de los ciudadanos.

La paridad sustancial era tal, en cuanto fuente de una obligación de intervención de los poderes públicos, llamados a producir emancipación individual por medio de la ponderación de la debilidad social con la fuerza jurídica. Una intervención que partía, por ende, de la promoción de la solidaridad en las relaciones entre individuos y entre individuos y poderes públicos, entendida como reequilibrio entre las posiciones de los participantes en el conflicto social y no como imposición de la finalidad del sistema²⁹.

En sustancia, la centralidad que se atribuía a las relaciones entre capital y trabajo permitía afirmar que la redistribución de la riqueza era el aspecto que principalmente se debía considerar en el esfuerzo de producir emancipación, indicando que esto requería medidas publicistas y privatistas de conformación de los comportamientos individuales en el ámbito de las relaciones de mercado. Y, por cierto, la centralidad de estas últimas, y su lectura en términos exclusivamente clasistas, terminaba por alterar la forma de entender la paridad sustancial y sus finalidades emancipadoras. Estas últimas imponían, de por sí, la valoración del conflicto social *tout court* y la solidaridad necesaria para realizar la paridad sustancial entre los participantes en el conflicto; mientras la perspectiva cultivada durante los años '70 terminaba por privilegiar el conflicto de clase y la solidaridad hacia las categorías débiles, identificadas a partir de las dinámicas del conflicto, ignorando, de este modo, todas las dinámicas redistributivas diferentes de aquellas mediadas por la posición asumida en el sistema productivo.

Para valorizar posiciones que se individualizan prescindiendo del conflicto de clase, como, por ejemplo, aquellas relativas a las relaciones de consumo y a las instancias relativas a la identidad diferentes de aquellas mediadas por la relación entre capital y trabajo, era necesario recurrir a otras tesis que en la época fueron criticadas o que lo serían a partir de entonces: las tesis de la

²⁹ Cfr. A. SOMMA, *Alle radici del diritto privato europeo. Giustizia sociale, solidarietà e conflitto nell'ordine proprietario*, en *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, pp. 39 y ss.

sociología de los roles o de la cultura postmoderna. Y creemos precisamente que sea posible obtener esto por medio de las formas de diálogo entre cortes y sociedad; aspecto del que nos ocuparemos posteriormente.

5. PROCESO Y ROL DEL INTÉRPRETE ENTRE CONSCIENCIA DEL JUEZ Y DIÁLOGO SOCIAL

Regresamos por un momento a las conclusiones del congreso de GARDONE y, en particular, a la distinción entre orientación política general o constitucional y orientación política contingente: el primero correspondería a la magistratura y el segundo al parlamento y al ejecutivo.

Es fácil constatar que la verificación de la compatibilidad de una disposición con la orientación política constitucional que activa la competencia del juez, a diferencia de aquella que concierne la orientación política contingente, presupone la atribución de un significado a la disposición objeto de verificación, así como al texto constitucional usado como parámetro. Y en ambos casos es difícil afirmar que no hay un aporte creativo del juez: si el intérprete no es la boca de la ley, sino que, de hecho, es fuente sustancial del derecho, este atribuye relevancia política autónoma a todos los aspectos conexos con la formulación de preceptos destinados a resolver la controversia.

Dicho en otras palabras, si ya era claro que el sistema de fuentes no tenía más el aspecto, más o menos, reasegurador que predecía la esquematización contenida en las disposiciones preliminares del código civil (art.1), lo mismo sucedía con la interpretación de la ley, que se convirtió en una actividad cada vez menos describable recurriendo a la lógica formal (art.12). Esto se obtiene a partir de la constatación según la cual el ordenamiento comprendía, además de los valores constitucionales, microsistemas normativos destinados a privar de contenido a las codificaciones heredadas del pasado³⁰ y a las fórmulas legislativas amplias contenidas en textos de época fascista, para, de este modo, poder adscribirles nuevos contenidos³¹. Y esto exigía la necesidad de repensar la teoría de la interpretación según esquemas anticipados por el debate que se presentó entre los filósofos del derecho en el curso de los años 60³²: es decir, prescindir de la acostumbrada contraposición entre interpretación formalista y antiformalista del derecho, ambas destinadas a confundirse en el ámbito de un sistema cuyo carácter polivalente ya era estructural³³.

³⁰ N. IRITI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979, pp. 22, 41 y ss.

³¹ S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, en *Riv. dir. comm.*, 1967, 1, pp. 83 y ss.

³² Cfr. P. COSTA, *L'alternativa presa sul serio*, en *Dem. e dir.*, 1987, 1-2, pp.19 y s.

³³ P. BARCELLONA, *Formazione e sviluppo del diritto privato moderno*, Napoli, 1987, p. 114.

En realidad, reflexiones de este tipo estuvieron representadas durante el desarrollo del congreso de GARDONE. El mismo Giuseppe MARANINI precisó que la “necesidad de una amplia contribución interpretativa y constructiva del juez del caso concreto es válida, no sólo bajo el perfil de la conformidad constitucional, sino bajo cualquier otro perfil”. Y esto porque, con las palabras del conocido juez de la Corte Suprema estadounidense, Benjamin CARDOZO, si también “se habla a menudo de la interpretación como si no fuese otra cosa que la búsqueda y el descubrimiento de una intención”, en realidad esta concierne poco a “la búsqueda del significado latente del derecho positivo”: “hay lagunas que colmar, dudas y ambigüedad que aclarar, hay problemas e injusticias que mitigar o, incluso eliminar”³⁴.

A este punto MARANINI abandona el traje de innovador o, al máximo, de contestatario, para asumir el traje de paladín de los fundamentos tradicionales de la cultura liberal. La orientación política en la que el juez debe fundamentar su decisión es, en efecto, aquella que madura en la intimidad de su consciencia. EL juez está llamado, de un lado, a la “conciliación del derecho con la justicia”; pero, del otro, a hacerlo como resultado de un “libre e insondable proceso que madura en la profundidad del yo”. Y si tal proceder no genera problemas de certeza del derecho, es sólo debido a la “vigilante consciencia del entero cuerpo judicial”³⁵.

De esta forma, una posición sin duda de avanzada, como es aquella dirigida a reivindicar el necesario valor político de la actividad del juez, termina por perder su carga innovadora, en cuanto confía a la conciencia individual y a la cultura de una clase la competencia exclusiva para determinar la validez de la actividad del juez. De una posición de apertura, necesaria para reservar para la magistratura el papel correspondiente al valor de decidir, se pasa a una posición de clausura según la cual decidir se convierte en una especie de hecho privado, o eventualmente institucional, pero siempre, al final, un hecho exclusivo.

Dicho de otra manera, le hace falta a la perspectiva liberal prestar atención al diálogo entre poderes y sociedad, que evidentemente presupone una visión de los primeros como eventualmente autónomos e independientes. Y le hace falta para reforzar la posición de los primeros en dicho diálogo, pero no para impedir su desarrollo.

³⁴ G. MARANINI, *Funzione giurisprudenziale*, cit., p. 21.

³⁵ *Ivi*, pp. 25, 31.

La crítica de este aspecto de la cultura liberal fue típica en los años '70. Sin embargo, esta se combinaba con una lectura de la convivencia social con una tendencia clasista que, por consiguiente, conducía a privilegiar el diálogo entre sujetos individuales en razón de su posición en el ámbito de las relaciones entre capital y trabajo. Y esto alteraba los términos del diálogo entre poderes y sociedad, limitado por una concepción selectiva de la paridad sustancial en relación con la individualización de las posiciones de debilidad social que se contrastaban con la atribución de la fuerza jurídica.

6. SIGUE: CUÁNDO Y CÓMO DIALOGAR

Al criticar la posición de MARANINI, seguramente no se pretende ignorar las exigencias que resultan patrocinadas por su punto de observación, todas relativas a la necesidad fundamental de defender la autonomía interna y externa de los jueces. Con esta crítica, simplemente, se quiere indicar que los mecanismos decisionales deben ser inteligibles, y esto resulta claramente limitado cuando se les convierte en un hecho privado o elitista; o, de todas formas, cuando son descritos como tales. Una visión de este tipo conduce necesariamente a desarrollar concepciones de la democracia como una cuestión de los técnicos o de los tecnócratas, según cánones considerados ahora como típicos de la postdemocracia, que convierten a la participación en el diálogo social en una cuestión "manipulada, pasiva y evanescente"³⁶. Una visión principalmente incapaz de percibir la convivencia social como hecho político, o bien, como situación que se pueda plasmar más allá del mero perfil de su correcto funcionamiento desde el punto de vista técnico.

Ahora regresamos al rol del juez en el proceso y, entonces, al rol del tercer poder en la producción de las reglas de convivencia social. Seguramente, al juez le puede ocurrir que decide condicionado por mecanismos de pertenencia de clase. Del mismo modo, seguramente puede suceder que valora los comportamientos con base en las máximas de la experiencia: por ejemplo, teniendo en cuenta la debilidad o, en cambio, la fuerza estructural de los asociados involucrados en la controversia procesal o, eventualmente, teniendo en cuenta la identidad de estos últimos. Como sostiene Maranini, evocando el realismo jurídico, todo esto es inevitable; sin embargo, ello debe suceder de forma abierta, en medio del diálogo social. El ocultamiento de estos fenómenos genera debilidad, pérdida de fuerza del tercer poder como contralor del poder legislativo, del poder ejecutivo y, por cierto, del poder económico; poder, este último, que actualmente se impuso sobre el poder

³⁶ C. CROUCH, *Postdemocrazia*, Roma-Bari, 2003, p. 28.

político; pero que, en su momento, no fue contemplado por la tripartición clásica, formulada como respuesta a una preocupación por enfrentar el poder soberano.

En otras palabras, el diálogo social no es relevante solo por su contenido, que, de todas formas, debe estar orientado a la ejecución de preceptos en línea con el orden constitucional. El diálogo social, también, y sobre todo, es relevante debido a la posibilidad de que el mismo se desarrolle libre y públicamente, no desde el punto de vista de la sintonía, o no, de quien decide con el sentir común, sino, más bien, desde el punto de vista de la posibilidad de percibir sus articulaciones y su relevancia como momento de emersión del proceso decisional.

En suma, el diálogo social no desestabiliza un orden constituido; es, más bien, el reconocimiento de que el orden siempre se está constituyendo; obviamente en el respeto de algunos puntos estáticos: principalmente, aquellos relativos a la modalidad de desarrollo del diálogo y a la autonomía de quien hace parte del diálogo.

De este modo, la función del diálogo social no es, necesariamente, el reconocimiento del perfil de la publicidad del proceso y, en particular, de las audiencias. Esto último busca, principalmente, llevar a cabo un control de la decisión específica, de la prueba de los hechos objeto de la controversia, de su efectivo acaecimiento, de las reglas relativas a su reconstrucción³⁷. Esta forma de control es la que precisamente crea muchos de los problemas generados por la atención mediática a las controversias procesales, perfil del que nos ocuparemos más adelante.

Diferente es el diálogo social concerniente a los presupuestos de la decisión y, entonces, diferente es la forma como se configuran los instrumentos sobre los cuales el juez fundamenta su propio convencimiento. El diálogo busca la emersión de las motivaciones y las diferentes orientaciones sobre los aspectos más importantes de la vida social; el dialogo ayuda a completar la llamada democracia de los ciudadanos, siguiendo el surco de todos los aspectos relativos al principio de la paridad sustancial: el dialogo finalmente entendido más allá de los límites implícitos evocados por una democracia de los trabajadores.

³⁷ A la publicidad como "elemento crucial en la valoración de la equidad de un proceso" recientemente la Corte Europea de Derechos Humanos ha hecho referencia en el caso *Bongiorno v. Italia* (sent. 5 de enero de 2010).

Por este motivo, el diálogo es apto en aquellas controversias procesales donde la relación entre el juicio y el sentir común responde a un interés general en la evolución del ordenamiento, donde se percibe que hay algo en juego más allá de la específica controversia y donde se enfrentan puntos de vista alternativos alrededor de los más importantes aspectos de la convivencia social. Controversias como esas muchas que acompañan la crónica judicial y política de nuestro tiempo, donde se discute de derechos civiles (regulación sobre los confines de la vida) derechos políticos y calidad de la democracia (represión de la corrupción), derechos sociales (prevención de los accidentes de trabajo), derechos de tercera generación (protección del ambiente), derechos económicos (represión de las estafas que vulneran a los consumidores), valores cuyo privilegio se impone por parte de la posmodernidad (pluralismo y multiculturalismo).

Es por esto que, en cambio, el diálogo social no es apto en aquellas controversias capaces de despertar y satisfacer la curiosidad, a menudo morbosa típica de un público constituido por telespectadores, más que por ciudadanos.

7. PROCESO Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN: LAS LECCIONES DE TORINO

Como ya se puede intuir, el diálogo social que nace de una controversia procesal no es un hecho espontáneo o natural, sobre todo porque presupone que haya información sobre la controversia y sus múltiples lecturas. Lo anterior pone en el centro de atención el rol de los medios de comunicación y, entonces, de la relación entre el tercer y el cuarto poder.

La relación es relevante, sobre todo, para la coordinación entre, de un parte, la libertad de prensa y libertad de expresión y, de otra parte, la correcta e imparcial administración de la justicia. Esta coordinación es sin duda relevante al momento de valorar la relación entre magistratura y medios de comunicación³⁸; valoración a la cual se ha dedicado, en particular, la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos del Hombre³⁹.

A nosotros, en cambio, nos interesa otro aspecto: la función de los medios de comunicación como vehículos idóneos para el desarrollo del diálogo social

³⁸ Por último G. RESTA, *trial by Media as Legal Problem. A comparative analysis*, Roma, 2008, y Id., *I nuovi oracoli della giustizia: processi mediatici e laicità del diritto*, en *Riv. trim. dir. r proc. Civ.*, 2010, pp. 127 ss.

³⁹ Con referencia a los arts. 6 y 10 de la Convención europea de derechos del hombre: Cfr. M. CHIAVARIO, *I rapporti giustizia media nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, en *Foro it.*, 2000, V, cc. 209 ss.

y, entonces, de informaciones y valoraciones de interés para el ciudadano, más que para el telespectador.

Evidentemente, este aspecto no es nuevo; fue tratado por parte de la Asociación Nacional de Magistrados, particularmente durante el congreso realizado en Torino en el año 1972. La elección del tema tenía en cuenta una sensibilidad entonces difundida: precisamente en aquellos años el desarrollo de las emisoras locales libres⁴⁰ suscitaba el problema de la información plural. Todo esto en un sistema aún dominado por la prensa; pero dirigido hacia una crisis que se habría dramatizado con el paso del tiempo: la crisis provocada por la caída del mercado publicitario y por la competencia de la televisión.

El volumen que recopila las conferencias del congreso fue introducido por Nicoló LIPARI, reconocido estudioso del derecho, extraño al mundo de la magistratura, aunque no ajeno al mundo de la política: poco tiempo después fue nombrado miembro del consejo de administración de la RAI e inmediatamente después senador en representación de la Democracia Cristiana.

LIPARI analiza el tema de la relación entre el tercer y el cuarto poder a partir del tema de la visión de las instituciones y de las relaciones institucionales, afrontando, esta última relación, a partir de consideraciones similares a aquellas indicadas en relación con la distinción entre la consciencia individual y el diálogo social del juez. Es decir, se quiere evitar la discusión sobre la relación entre ambos poderes alegando una “inútil mística de los roles” y, entonces, se “asume el hombre como punto de referencia objetivo, en cambio de asumirlo como sujeto de la experiencia social, organizada y gestionada por algunos poderes”. De este modo, se termina por entender la información y la administración de la justicia como “hechos independientes, en abstracto destinados al crecimiento del hombre, pero extraños a su participación activa”. Es precisamente privilegiando este punto de vista como se alimenta “la opinión de quien identifica en la administración de la justicia una forma de transmisión de valores elaborados más allá de la experiencia de sus destinatarios”, así como “la opinión de quien ve en los medios de comunicación un abastecimiento de noticias y mensajes elaborados por súbditos y consumidores”⁴¹.

⁴⁰ Primero obstaculizado con el *d.p.r.* del 29 de marzo de 1973 n. 156 y posteriormente incentivado por decisiones de la Corte Constitucional (sentencia del 28 de julio 1976 n. 202).

⁴¹ N. LIPARI, *Introduzione*, en Id. (ed.), *Giustizia e informazione. Atti del 15° congresso dell'Associazione nazionale magistrati*, Roma-Bari, 1975, pp. VII s y p. XI.

También es significativa la referencia a la libertad y multiplicidad de la información combinándolas con los valores de la autonomía y la independencia de la magistratura. Lo anterior equivale a afirmar que solo la información libre y plural es capaz de producir un diálogo social libre y plural. Y solo bajo estas condiciones el juez podrá contrastar los condicionamientos ocultos en su operar, aquellos reconducibles a su horizonte de valores, exactamente como las exigencias externas, y asumir así “una responsabilidad difusa frente a la colectividad en su conjunto”. Para esto es necesario “no sólo admitir, sino estimular el debate público sobre los actos concretos de administración de la justicia”⁴².

Las principales conferencias presentadas durante el Congreso de Torino en gran parte se ocuparon de estos aspectos, todo ellos sintetizados bajo la idea según la cual el derecho a la información es el derecho a entender, no solo bajo la perspectiva liberal tradicional, sino bajo la perspectiva radicada en el texto constitucional. Es decir, el derecho a la información es un “derecho a participar”, un “insustituible instrumento para asegurar la participación de los ciudadanos en la gestión de la cosa pública”: no es un mero “derecho de independencia” sino un derecho que está dirigido “a garantizar la protección del individuo frente al poder”⁴³.

Un rasgo común de todas las conferencias es la importancia dada del nexo inescindible entre, de un lado, la libertad y el pluralismo de la información y, del otro, la autonomía de la magistratura: ambos, de este modo, al servicio de un diálogo social productivo de participación democrática en la cuestión procesal.

A este punto, resulta central la definición de las líneas de intervención estatal que, en un sistema del cual ya nadie afirma la capacidad de auto-regularse, deben proteger la libertad y el pluralismo de información, considerados como valores de importancia de primer orden. Y, evidentemente, la intervención estatal debe realizarse con instrumentos de derecho público⁴⁴; pero, también, con instrumentos de derecho privado, siendo relevante el conglomerado propietario de las entidades que están dirigidas por aquellos que confeccionan la información.

Así, el ordenamiento debe ocuparse de la propiedad de las “empresas responsables de la gestión” de los medios de información, que no puede

⁴² Ivi, p. XVI.

⁴³ G. LUMIA, *L'informazione tra diritto e democrazia*, en N. LIPARI (ed.), *Giustizia e informazione*, cit., p. 66.

⁴⁴ Por ejemplo, A. BARBERA, *Sub Art. 2*, en *Commentario della Costituzione*, G. BRANCA (ed.), Bologna-Roma, 1975, pp. 72 ss.

sostenerse por medio del tradicional estatuto propietario, ni tampoco por aquel reformulado en sentido intervencionista para, sin embargo, defender la eficiencia económica de aquellas entidades. Se necesitarán intervenciones inspiradas por otros mecanismos, como aquellos dirigidos a “potenciar la autonomía” de los dependientes de las empresas de información, asegurándoles la “facultad de control colectivo sobre los movimientos financieros y de guía en general de la empresa”⁴⁵.

8. PROCESO Y DEMOCRACIA PARTICIPATIVA EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

Si la magistratura, en consecuencia, contribuye a definir la dirección política (general o contingente), es necesario crear las condiciones para que ello suceda de forma transparente y participada. Así se hace efectivo el principio de paridad sustancial entre los asociados, fundamento de la democracia participativa e instrumento de emancipación que no está mediado por puntos de observación limitados. De aquí el interés por el diálogo social entre jueces y sociedad y por el espacio público en que ese se presenta: el perímetro diseñado para la acción de los medios de información dentro de los cuales se configura la opinión pública⁴⁶.

Ciertamente, en el momento en el cual esto se hace posible, también una información libre y plural puede alterar el diálogo social, en particular, promoviendo el interés morbosos en los aspectos específicos de la controversia procesal, más que en los grandes temas de la convivencia social que emergen como consecuencia del caso específico. Tanto es así que se ha difundido el juicio sobre la mediatización de los procesos, formulado, a decir verdad, en términos muy “drásticos”⁴⁷, según el cual los medios de comunicación alimentan “una competencia para la puesta en escena de la democracia”: “despiertan el sueño de la democracia directa, es decir, el sueño de un acceso a la verdad liberada de cualquier mediación procesal”, que “elude la regla para buscar directamente la sanción de la opinión pública”⁴⁸.

Un juicio de este tipo no parece ciertamente infundado si se tienen en cuenta muchas de las corrientes prácticas de cobertura mediática de los procesos. Así como no está infundada la acusación según la cual la mediatización puede

⁴⁵ G. SFORZA, *Libertà, pubblicità e segreto*, en N. Lipari (ed.), *Giustizia e informazione*, cit., p. 81. También G. Verde, *Informazione nell'iniziativa processuale, segreto e dissenso*, *ivi*, pp. 138 ss.

⁴⁶ Cfr. A. SOMMA, *When law goes pop (2). La rappresentanza massmediatica del diritto*, en *Pol. dir.*, 2005, pp. 481 ss. Por último también B. Friedman, *The Will of the People. How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*, New York, 2009.

⁴⁷ E. BRUTI LIBERATI, *Prefazione*, en A. GARAPON, *I custodi dei diritti*, cit., p. 10.

⁴⁸ A. GARAPON, *I custodi dei diritti*, cit. p. 59.

inducir una valoración acerca del funcionamiento de la justicia expresada en términos de eficiencia económica, en cuanto tal mucho más sensible a la lógica de la ganancia que a aquella de la afirmación de los valores supremos⁴⁹.

Todo ello mientras los riesgos de manipulación relacionados con la mediación de los procesos se multiplican como consecuencia del uso de la imagen como forma de comunicación⁵⁰: asistimos desde tiempo atrás a lo que ha sido considerado como un *iconic turn*, fase que cierra o, al menos, pone en segundo plano, los años del *linguistic turn*⁵¹. Este es, de todas formas, el modo común de comunicar, no por casualidad elegido desde el ayer como terreno específico de investigación filosófico-hermenéutico⁵² y que ha conducido a reconocer a la imagen como instrumento autónomo de conocimiento utilizado por la mente humana⁵³.

Se suma, además, -y esto es bien sabido- la transformación en el modo de comunicar inducida por la difusión del internet, hoy en día el principal competidor del medio televisivo en la difusión de la información. Y esto conlleva, sin duda, como sucede con la comunicación por imágenes, a la espectacularización de los mensajes transmitidos y a la banalización y a la manipulación de los significados, en nuestro caso inducidas, también, por la necesidad de disolver los tecnicismos del lenguaje jurídico.

Este es, por cierto, el espacio público dentro del cual necesariamente se presenta el diálogo sobre las controversias procesales. Un espacio sin duda condicionado por carencias en el plano de la multiplicidad y libertad de los medios de comunicación; carencias que con el pasar del tiempo parecen, en algunos aspectos, más crónicas⁵⁴. Y, sin embargo, no es necesario intercambiar la patología de un sistema nacional con la fisiología del modelo en el cual se inspira: la sociedad de la información, o sociedad posindustrial, caracterizada por la tercerización del sistema productivo y, por consiguiente, por el desarrollo de la economía del conocimiento: la economía en la cual el conocimiento, de instrumento, se transforma en producto y, en cuanto tal, es manipulada⁵⁵.

⁴⁹ Cfr. A. FUSARO, *Giustizia e mass media nella prospettiva del diritto comparato*, en Iustitia, 2009, pp. 83 y ss, con referencias a recientes intervenciones del primer Presidente de la Corte de Casación y de la Autoridad para la garantía en las comunicaciones.

⁵⁰ A. GARAPON, *I custodi dei diritti*, cit. p. 60.

⁵¹ Por ejemplo C. MAAR Y BURDA (eds.), *Iconic turn. Die neue Macht der Bilder*, Köln, 2004.

⁵² Para todos G. BOEHM, *Die Wiederkehr der Bilder*, en Id. (ed.), *Was ist in Bild?*, München, 1994, pp. 29 y ss.

⁵³ M. JAY, *The Denigration of Vision in Twentieth Century French Thought*, Berkeley etc., 1993, p. 588.

⁵⁴ I. RUSSO, *Giustizia e informazione*, en *Quest. Giustizia*, 2000, pp. 829 s.

⁵⁵ Por ejemplo V. CODELUPPI, *Il biocapitalismo. Verso lo sfruttamento integrale di corpi, cervelli ed emozioni*, Torino, 2008, pp. 21 ss.

También el mercado que funciona según sus reglas –más que aquel caracterizado por patologías más o menos radicadas–principalmente en concurso con su creciente dimensión global, priva a la política del espacio necesario para asegurar, de un lado, la libertad y multiplicidad del cuarto poder y, de otro lado, la autonomía e independencia del tercer poder. También esto constituye un resultado del proceso de americanización del derecho evocado al inicio de este trabajo, un proceso cada vez más dirigido a evitar la conformación de comportamientos individuales que tengan una finalidad diferente a aquella dirigida a la construcción de un mercado global.

Parece que no existe una seria alternativa a las actuales formas de información que, sin duda, deben ser repensadas y manejadas con atención y cuidado; pero que no pueden ser simplemente refutadas en cuanto vehículos de perversión del orden democrático. El diálogo social es un componente indispensable de aquel orden, y su supresión solo puede conducir a su mal funcionamiento.

HOMENAJE al
Dr. Juan Vicente Ugarte del Pino, vocal cesante y ex Presidente de la
Corte Suprema de Justicia, al cumplir su nonagésimo aniversario

MANUEL SÁNCHEZ-PALACIOS PAIVA*

Después de revisar algo de la obra de nuestro homenajeado, apreciar su magnitud y vastedad, vinieron a mi memoria aquellos versos de Antonio MACHADO, que popularizó Juan Manuel SERRAT: “Caminante no hay camino”.

“Caminante son tus huellas
“el camino, y nada más;
“Caminante no hay camino,
“se hace camino al andar.
“Al andar se hace camino,
“y al volver la vista atrás
“se ve la senda que nunca
“se ha de volver a pisar.
“Caminante, no hay camino,
“sino estelas en la mar.”

Porque Juan Vicente, intelectual polifacético, ha transitado por distintos campos del quehacer y del deber, y dejado ya profunda huella que, a estas alturas se puede decir, sin incurrir en hipérbole, en su conjunto constituyen una gesta¹.

Poseedor de una cultura humanista, es Jurista, docente, maestro de tantas generaciones, juez nacional, juez internacional, historiador, investigador, académico de número, autor prolífico de libros y artículos.

Como nota al margen diré que la lectura de su “Historia de las Constituciones del Perú”, es una delicia, comienza con la Constitución de Bayona, con José Napoleón, intentada para los reinos de España e Indias, sigue con la de Cádiz, y luego con las, más propiamente nuestras, pero en cada caso explica su circunstancia y los actores, prácticamente reescribiendo la historia, por la gran cantidad de información inédita que contiene.

* Magistrado Supremo cesante. Ex Presidente del Jurado Nacional de Elecciones. Ex Presidente de la Academia de la Magistratura. Presidente del Tribunal de Ética del Poder Judicial. Miembro del Consejo Consultivo del Poder Judicial - Perú.

¹ Conjunto de hechos memorables.

Pero sobre todo es un hombre bondadoso, (he recogido testimonios de actos de bondad y solidaridad), tiene una profunda fe cristiana que enmarca su vida, y es firme en la defensa de los principios democráticos y de la Justicia que es el valor supremo y sin cuya vigencia ningún otro puede darse, como ha dado ejemplo en su vida.

Ha sido reconocido y distinguido en muchas oportunidades, por los tantos logros de su fructífera vida. En esta misma Corte, fue homenajeado en el Día del Juez del año pasado, en discurso de orden de la magistrada Ana María ARANDA, quien hizo una excelente semblanza.

En esta ocasión, en este nuevo homenaje que le rinde la Corte Suprema, me voy a ocupar de solo una de sus múltiples facetas²: el magistrado supremo y el Presidente de la Corte Suprema de Justicia.

El pensamiento y el quehacer de UGARTE DEL PINO en esta Corte Suprema resultan claramente de sus discursos públicos, pronunciados aquí en esta misma Sala. Para ello, en algunos casos hago una cita puntual y en otros, he agrupado expresiones de pensamiento afines, pero que surgen de varios textos. Pero todo y mucho más está ahí.

Su visión de los jueces

El Día de Juez de 1984 en el homenaje al magistrado César BARRÓS Y MESINAS, quien presidió esta Corte Suprema de Justicia en el año 1930, dijo:

“El día del Juez debe ser para nuestro fuero interno, un día de meditación y de autocrítica, para luego lanzarnos con nuevos bríos a la conquista de esa cima ideal que nos permita convencernos, que no hemos llegado a la cumbre, pues más allá, hay otras mucho más altas y más altas, que nos llevarán al convencimiento que la vida humana no es sino el comienzo de una búsqueda insatisfecha de perfección”.

Y sobre la persona del juez escribió:

“Muchos tienen la creencia de que el juez en cualquiera de sus categorías, es simplemente un encargado de aplicar la ley y distribuir la justicia. Nosotros creemos que el Juez, es ante todo un estadista. Un hombre que debe conocer como nadie la realidad de su País. Por eso debe ser inteligente, ilustrado, independiente y firme en sus convicciones.

² Que tiene muchas fases y se llaman fases a las caras de una gema, una piedra preciosa.

Entiende por inteligencia no solamente la comprensión de los hechos y de los principios, sino la facultad de apreciar y valorar los primeros, y de aplicar bien los segundos. Es decir, el juicio o recto criterio que aplica los principios a las realidades de la vida.

Y la ilustración debe ser una cualidad fundamental e indispensable a un buen juez. Deberá dominar el campo del Derecho en toda su amplitud. Por eso, sostiene, en los países más evolucionados casi es obligatorio que un juez sea profesor de Derecho. Y la mayor parte de los Tratadistas de Derecho son magistrados en actividad o cesantes.

Y la independencia y firmeza en la convicciones, quedan demostradas cuando el juez se convierte con su ejecutoria en la más sólida garantía de los derechos ciudadanos y el baluarte más firme de la paz social”.

Añade:

“Los jueces aparte de hacer justicia, debemos hacer docencia, realizando constantes seminarios, fórums, evangelizando contra el vicio, el crimen, la vagancia, erradicando los caldos de cultivo del delito, allí donde nuestra presencia sea necesaria, e incentivar a los organismos respectivos para que en cada centro de reclusión, nunca falte una escuela”.

Su devoción por la buena magistratura se advierte en su discurso por el Día del Juez de 1988, cuando se refiere a “La parábola del Sembrador”, aquella que dice Cristo sentado sobre una barca, cuando dirigiéndose a la multitud les dice: Un sembrador salió a sembrar, y a lo largo del camino, cayeron algunas semillas que los pájaros se comieron; otras semillas cayeron en terreno pedregoso y si brotaron, por falta de profundidad en la tierra, al salir el Sol por no tener raíz se quemaron, otras cayeron entre abrojos, que crecieron y las ahogaron y otras cayeron en buena tierra, que brotando y creciendo dieron fruto”.

Y entonces UGARTE DEL PINO hace un símil con los jueces:

A las primeras semilla las identifica con el juez que no tuvo buena formación; la segunda con aquel que cumplió su deber solo en los primeros años, al tercero aquel que fue dominado por el mal y prevaricó. El cuarto juez es como aquella semilla que cayó en buena tierra, brotando y creciendo dio fruto, ciento por uno, es decir, que es el juez modelo, prototipo de la justicia y la bondad, privilegio de los hombres. Ojalá estos en el Perú sean los más,

entonces habremos avanzado largamente por los caminos legales de la justicia peruana.

En su discurso al inicio del año judicial de 1987 dice:

“El hombre en su orgullo permanente, ha olvidado la sublime enseñanza del Maestro de Maestros dejada en aquel mensaje: “Buscad el reino de Dios y su justicia, que lo demás se os dará por añadidura”. Buscad su justicia, sólo así seremos dignos del elogio que Pio XII hizo a nuestra profesión en “Con felice Pensiero”.

“Con felice pensiero” son las primeras palabras del discurso que Pio XII pronunció al inaugurar el Primer Congreso Nacional de la Unión Jurídica Católica Italiana el 6 de noviembre de 1949.

Como nota al margen, diremos que este es un documento de contenido jurídico, con especial referencia al derecho natural, a partir de la definición que hace Ulpiano de la jurisprudencia, como el Arte de lo Divino y Humano, y contiene recomendaciones a los jueces, a los que les recuerda su responsabilidad.

El pensamiento político

UGARTE DEL PINO tiene una clara convicción democrática, recusa la dictadura e identifica el progreso con la paz.

Dice claramente, que para que haya democracia es sustancial que la autoridad del Estado emane del pueblo, es decir que todas las funciones del Estado respondan, directa o indirectamente de la voluntad popular, manifestada por medio de elecciones libres:

“El perfeccionamiento de nuestra democracia estriba en que los ciudadanos vayan tomando conciencia de que su participación no se agota con la emisión de un voto sino que ni las elecciones ni las votaciones son posibles sin una agrupación previa del pueblo, de la que surjan los candidatos y los programas que servirán para esclarecer antes que el pueblo vote, las mejores opciones acerca de las cuales han de pronunciarse los votantes”.

“Esta labor tan necesaria solo pueden realizarla los partidos, por eso, la democracia es inseparable del régimen de partidos. El político estadista, es el llamado a trazar las metas finales de la política y a la toma de decisiones en torno a ellas”.

“Deplorablemente, en la humanidad siempre han existido seres que tratan de imponer sus métodos e ideas, no por la razón o el convencimiento sino por la fuerza, apelando generalmente al temor de las poblaciones”.

Cita la encíclica “*Populorum Progressio*” de Paulo VI, como un serio y solemne llamamiento para una acción concertada en favor del desarrollo de los pueblos; cita también a Paulo VI, para quien “El desarrollo es el nuevo nombre de la paz” y a Juan Pablo II, quien para la celebración de la Jornada Mundial de la Paz con que se inicia el año 1987, se pregunta:

“¿Puede existir la paz cuando hay hombres, mujeres y niños que no pueden vivir según las exigencias de la plena dignidad humana? ¿Puede existir una paz duradera en un mundo donde imperan relaciones sociales, económicas y políticas que favorecen a un grupo o país a costa de otro? Puede establecerse una paz genuina sin el conocimiento efectivo de la sublime verdad de que todos somos iguales en dignidad porque todos hemos sido creados a imagen de Dios que es nuestro padre?”

Completa su pensamiento UGARTE DEL PINO, relacionando la función del juez con la democracia, y considera que está en sus manos pues si bien estos carecen de toda fuerza material y no tienen ejércitos ni multitudes, los alienta la imponderable fuerza de la justicia cuya esencia viene de Dios.

“Porque el juez está llamado a equilibrar los derechos entre los individuos y las entidades sociales pues, qué duda cabe, y esto es también muy importante, a contrarrestar el abuso de la fuerza aun cuando esta proviniese del Gobierno o de los legisladores”.

Entonces él sentencia:

“Los magistrados del Poder Judicial del Perú deben desempeñar su augusta misión con el convencimiento de ser responsables y sostenedores de la evolución del régimen democrático de nuestra Patria. Saben que si bien la democracia se hace vivencia mediante el equilibrio de los tres poderes del Estado, el órgano pragmático de ese régimen político es su judicatura”.

“Un gobierno poderoso y prepotente no es por sí mismo la expresión de la democracia, porque de serlo tendríamos que reconocer que el nazismo fue democracia, y que lo fue también su aliado en el pacto de 1939 el régimen soviético de Stalin”.

Por eso, se reafirma y sostiene que la democracia está en manos de los jueces.

El Poder Judicial

En su discurso de apertura del Año Judicial de 1987 dijo:

“No es tarea fácil mantener una buena imagen del Poder Judicial”.

Y entonces hace referencia a la Justicia, que es su razón de ser, y a los Griegos y Romanos, quienes tuvieron a la justicia como el mejor exponente de su cultura.

“Para los primeros la diosa Thémis simbolizaba a la justicia y, en su gran esfuerzo de imaginación y pedagogía la vestían con arcos de guerrero: manto, casco, escudo y espada, porque evidentemente, la justicia necesitaba la imagen de la coercibilidad para ser respetada y sus fallos tener fuerza de obligar”.

Se refiere también al filósofo griego Crisipo, citado por Aulo Gelio, quien refiriéndose a la Justicia la describió como: “de belleza y talle virginal, mirada severa e imponente, los ojos muy abiertos, revestida de la dignidad de una tristeza ni recatada ni retadora, sino que inspira simplemente respeto”.

Entonces nos explica que la “venda” que se le ha colocado a la Justicia, fue añadida en fecha muy posterior, apareció como una burla a la Justicia, una ironía, que aparece en un grabado contenido en la edición príncipe de “La nave de los Locos” de Sebastián Brandt de 1495, donde se ve a un bufón que coloca una venda a la Justicia, lo que evidentemente se halla en contradicción con los atributos clásicos de la espada y la balanza, pues no es posible esgrimir la espada ni manejar la balanza con los ojos tapados.

Relaciona también muchas de aquellas estampas que satirizan a la Justicia, y reflexiona, que lo importante de esas estampas es que deben tomarse a la manera de advertencia y que en definitiva, como los viejos Códigos visigóticos, se debería poner frente a la silla de los jueces, una estampa del Juicio Final para recordar al juzgador que él también será juzgado algún día.

Finalmente pide a los jueces: “orientar sus funciones por los derroteros que la vida actual nos marca, para que la justicia sea rápida, para recuperar credibilidad y para que sea verdaderamente eficaz”.

Sostiene que “el juez no es un autómatas que debe aplicar la letra fría y abstracta de la ley con menosprecio de la estimativa jurídica. Debe tener en

cuenta el resultado ético, económico y social de su decisión. El juez trabaja sobre el caso concreto pero no es un prisionero de él, desde el momento que aplicar el Derecho supone seres libres”.

Entonces trae a colación aquella frase: “El juez que solo sabe Derecho no sabe nada” y agrega: “El juez que se acantona solamente en lo fáctico, que no le agrega la esencia humana no reúne las características del juez sabio que trae paz y calma a los espíritus y que con el ejemplo da testimonio de una vida consagrada al bien”.

La autonomía del Poder Judicial

UGARTE DEL PINO defiende la autonomía y dice:

“Muy pocos pueden darnos lecciones sobre la manera de defender la verdadera autonomía del Poder Judicial. Mientras muchos no sólo callaban sino eran vehementes ejecutores de los úkases de la dictadura, nosotros acometíamos el duro camino de la defensa del Orden Constitucional y de la majestad e independencia del Poder Judicial, reducida la condición de magistrados a la de “corchetes” de la dictadura”.

Explica que “Históricamente el Poder Judicial, hasta la Constitución de 1979, fue una dependencia del Ministerio de Justicia y su presupuesto se encontraba incluido como una partida de dicho Portafolio. Un habilitado venía cada mes a pagar a los Magistrados de todas las categorías. Y dice un viejo refrán que “quien paga manda”.

“Ahora es distinto dice. “La Constitución manda que el Poder Judicial formule su propio presupuesto, y lo envíe al Poder Ejecutivo para ser incluido en el proyecto de Presupuesto General del Sector Público, con derecho a sustentarlo en todas sus etapas”.

“Lo que ha venido sucediendo en años anteriores desde la conquista de este derecho por la Corte Suprema es que los magistrados no han tenido experiencia política ni parlamentaria. No han buscado el diálogo oportuno y franco con los otros Poderes del Estado. Se encerraron en su encasillamiento y sólo salieron de él para agredir a los otros Poderes del Estado, cuando estos solicitaban algún tipo de información”.

Y entonces nos dice que “la Comisión Especial de Constitución encargada de elaborar la ponencia relativa al Poder Judicial desarrolló su trabajo a lo largo

de múltiples reuniones, fruto de las cuales fue la exposición de motivos en la que se explican los fundamentos del articulado”.

Para él, la “imagen del Vocal Supremo debe ser la de un Estadista, pues ese es su nivel, además querido por la Constitución, ya que le otorga categoría de Ministro de Estado. Debe ser igualmente un hombre con pleno contacto con la realidad nacional. Debe ser la imagen del hombre culto y bueno, como en los países de mayor cultura jurídica del mundo, no un burócrata de la justicia, sino un Tratadista del Derecho y como profesor universitario no perder el contacto con la juventud que es renovación.

Morosidad

UGARTE DEL PINO incide en este tema con especial énfasis.

Con relación a este gran problema cita a Manuel Lorenzo de Vidaurre, quien ya en su tiempo se quejaba de la morosidad como caldo de cultivo de la corrupción, entonces atribuida a las normas procesales.

Y se refiere a dos Sentencia apodícticas:

De Eduardo COUTURE: “En el procedimiento, el tiempo es algo más que oro: es justicia”.

De Rudolf VON IHERING: “La verdadera justicia no se mide por lo que se da, sino por el tiempo en que se da”.

Y él mismo agrega con severidad: “donde hay aguas estancadas, hay podredumbre y corrupción”.

La celeridad evita en mucho el problema de la corrupción, al “ganarle tiempo a la parte vencida en un pleito y que, en última instancia, está dispuesto a recurrir a los métodos clásicos”.

Finalmente pide a los jueces orientar sus funciones por los derroteros que la vida actual nos marca, para que la justicia sea rápida, para recuperar credibilidad y para que sea verdaderamente eficaz.

Y el mismo dice con satisfacción que dejó al día la Sala Penal que presidió.

La Ingeniería de Sistemas

UGARTE DEL PINO tiene un pensamiento moderno y progresista, propone apelar a la Ingeniería de Sistemas para que se formule un diseño moderno de la parte administrativa o burocrática de la justicia, que será la única forma valedera y seria de abaratar los costos de la justicia y evitar la informalidad creciente en este ámbito y cita a Hernando de Soto en el "Otro Sendero" quien sostiene que se necesitan 31 metros lineales de largo de papel en los trámite burocráticos necesarios para construir una pequeña industria. Y entonces se pregunta ¿Cuántos metros de papel se necesitan para un trámite ordinario en el Poder Judicial?

Dice que desde la universidad apoyó a muchísimos alumnos que se han preocupado por el tema de la "Jus Cibernética" o Informática Jurídica.

Recuerdo el caso de un alumno que fue rechazado por un eminente profesor, porque consideró que su tesis era Estadística Pura o Economía, pero no Derecho.

El alumno había establecido el "Juriol", primer idioma jurídico para computadora, que posteriormente, con su apoyo, mereció el Premio Nacional de Cultura, lo que se tradujo en una beca en Francia.

La abogacía

Expresó su preocupación por el ejercicio de la profesión de abogado.

Refiere que en la Sala Penal que presidió se expidió una ejecutoria que consagró la invulnerabilidad de los abogados, y los pone a salvo de ser acusados de encubridores por no delatar el lugar donde se esconde el defendido. Lo contrario hubiera sido una aberración y el final del derecho de defensa, pues con el fácil expediente de detener al abogado, se amedrentaría al Foro para ejercitar su sagrado ministerio.

Hace cita de la Eneida, de Virgilio, en aquella parte en que la Sibila le dice a Eneas, mostrándole todas las glorias que alcanzará su ciudad al conquistar el mundo antiguo: "Todo esto pasará, y Roma al final será destruida, pero en las generaciones futuras sobrevivirá su Derecho porque sus hombres lucharon por las mejores causas: esto es "Orabunt causas melius", que es el lema del Colegio de Abogados de Lima.

Manuel Sánchez-Palacios Paiva - Homenaje al
Dr. Juan Vicente Ugarte del Pino, vocal cesante y ex Presidente de la
Corte Suprema de Justicia, al cumplir su nonagésimo aniversario

También cita al Presidente de la Corte Suprema de Uruguay, José María Argaña, quien expresó:

“Que el interés general nunca debe llevar a defender la argucia, las trampas ni la mala fe de los abogados litigantes; el campo de la acción de un gremio de abogados está limitado por la independencia del Poder Judicial, y ningún expediente en trámite, es decir hasta que haya pasado en autoridad de cosa juzgada, puede motivar pronunciamientos, elogiosos o condenatorios del gremio sobre el proceder de los jueces o sobre la razón o sinrazón del pleito”.

“Igualmente, “hay que derrotar la mentira, hay que repudiar la mala fe, hay que erradicar de la rutina forense a los rúbulas que convierten el proceso en una carrera llena de obstáculos y trampa”.

Su obra material en la Corte Suprema, sin dejar de ser importante, empalidece frente al vigor de su pensamiento y la claridad de sus valores, por eso no creo del caso mencionarla en esta ocasión.

Juan Vicente, en alguno de sus discursos Usted menciona las coplas de Jorge Manrique a la muerte de su padre, aquella de “Recuerde el alma dormida, avive el seso y despierte contemplando cómo se pasa la vida...” y concluye también en aquella sentencia latina, “Sic transit gloria mundi”, que evidencia su fe cristiana, pues nos recuerdan nuestra naturaleza humana y mortal y creo yo son un antídoto contra la soberbia.

Por eso he querido terminar esta alocución en su homenaje con un himno a la vida.

A este efecto he descartado a José Santos Chocano, en sus cantos de vida y esperanza, a Rubén Darío y a Rodó, y he elegido un himno a la vida de la madre Teresa de Calcuta.

“La vida es una oportunidad, aprovéchala,

“La vida es belleza, admírala,

“La vida es felicidad. Se feliz.

Manuel Sánchez-Palacios Paiva - Homenaje al
Dr. Juan Vicente Ugarte del Pino, vocal cesante y ex Presidente de la
Corte Suprema de Justicia, al cumplir su nonagésimo aniversario

“La vida es un sueño, hazla realidad.

“La vida es un desafío, enfréntala.

“La vida es un deber, cúmplelo.

“La vida es preciosa, cuida de ella.

“La vida es riqueza, adminístrala.

“La vida es amor, se fiel

“La vida es misterio, desvélalo

“La vida es una promesa, cúmplela.

“La vida es tristeza, supérala.

“La vida es un himno, canta a la vida.

“La vida es lucha, acéptala,

“La vida es una aventura, atrévete.

“La vida es la felicidad, merecedla.

“La vida es la vida, defiéndela.

Palacio Nacional de Justicia, 12 de Junio de 2013.



REUNIÓN ANUAL DE PRESIDENTES Y ADMINISTRADORES DE CORTES SUPERIORES DE JUSTICIA 2012

DECLARACIÓN DE LOS PRESIDENTES DE CORTES SUPERIORES DE JUSTICIA DEL PAÍS

Los suscritos, Presidentes de las Cortes Superiores de Justicia del país que suscriben, reunidos en el Encuentro de Presidentes y Administradores de Cortes Superiores de Justicia 2012, expresan:

Primero.- Que, la Constitución de 1993, consagra en su artículo 146° que, como regla general, la función jurisdiccional es incompatible con cualquier otra actividad pública o privada. Asimismo, señala que todos los jueces perciben las remuneraciones que les asigna el presupuesto público, además de los provenientes de la enseñanza u otras previstas por la ley.

Segundo.- Que, la labor de los Magistrados es a exclusividad, por lo que la remuneración a la que tiene derecho debe asegurarles un nivel de vida digno de su misión y jerarquía, como bien ha reconocido nuestra Constitución en el numeral 4) del artículo 146° antes glosado y la Ley de carrera judicial en el numeral 11 de su artículo 25°.

La Ley 28212 reguló los ingresos de altos funcionarios y autoridades del Estado, estableciendo que los magistrados supremos recibirán una remuneración mensual igual al equivalente por todo concepto a seis unidades remunerativas del Sector Público (URSP), denominadas mediante Decreto de Urgencia N° 038-2006 “Unidad de Ingreso del Sector Público (UISP)”.

Tercero.- Que, en el caso concreto de los Magistrados, la Ley Orgánica del Poder Judicial establece en su artículo 186°, modificado por la Ley N° 28901, en concordancia con la Ley N° 28212 una remuneración acorde con su función, dignidad y jerarquía, y de acuerdo a los porcentajes preestablecidos.

Cuarto.- En conclusión, no se viene cumpliendo con la Ley, puesto que los Magistrados del Poder Judicial vienen percibiendo por remuneración un monto menor al que le corresponde a su nivel y funciones, pues los demás conceptos a los que tienen derecho son abonados sin considerar su verdadera naturaleza remunerativa.

Esta distorsión en el sistema y las normas legales que rigen las remuneraciones de todos los magistrados del Poder Judicial, no puede continuar subsistiendo, puesto que atenta contra una verdadera equidad y trato justo al que tienen derecho.

Quinto.- Que, con motivo del “V Congreso Nacional de Jueces” Tarapoto-2011, por consenso se acordó: el cumplimiento del sistema remunerativo previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial; así como que dicho sistema remunerativo no sea referente a otros funcionarios o servidores públicos, dada la exclusividad que tienen los jueces en la función jurisdiccional.

Dentro de ese contexto solicitamos señor Presidente del Poder Judicial que asuma institucionalmente el sistema remunerativo respecto de los magistrados en el siguiente orden:

- Jueces Superiores es el 90% del total que perciben los Jueces de la Corte Suprema
- Jueces Especializados o Mixtos es del 80%
- Jueces de Paz Letrado es del 70%

Asimismo, invocamos se continúe asumiendo la solución de la problemática remunerativa de los trabajadores del Poder Judicial en los estándares adecuados a las otras entidades del Estado.

Lima, 30 de marzo del 2012



Reunión Anual de Presidentes y Administradores de Cortes Superiores de Justicia 2012.



REUNIÓN ANUAL DE PRESIDENTES Y ADMINISTRADORES DE LAS CORTES SUPERIORES DE JUSTICIA 2013

Huaraz, 19 y 20 de abril de 2013

DECLARACIÓN DE HUARAZ

En la ciudad de Huaraz, a los 20 días del mes de abril de 2013, en las instalaciones del Centro Cultural de Huaraz, reunidos los integrantes del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial y los presidentes de las 31 Cortes Superiores de Justicia del Perú, declaramos lo siguiente:

Primero: *DESTACAR* que el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial respalda los planes y acciones que viene desarrollando el señor doctor Enrique Javier Mendoza Ramírez, en aras de consolidar la eficiencia en el servicio de justicia, mediante la adopción de diversas medidas administrativas tendentes a mejorar la infraestructura inmobiliaria, gestión del despacho, medición del desempeño y descarga procesal.

Segundo: *RESPALDAR* las decisiones de la Presidencia del Poder Judicial y del Consejo Ejecutivo, de declarar en emergencia la situación inmobiliaria de este Poder del Estado, cuya precariedad de los locales donde funcionan los órganos jurisdiccionales se da tanto en la capital de la República como en todas las cortes del país.

Tercero: *APOYAR* las decididas gestiones que viene realizando la Presidencia del Poder Judicial para lograr que el Poder Ejecutivo cumpla con satisfacer las justas reclamaciones remunerativas de los jueces y trabajadores, dentro del marco legal, así como de las sentencias dictadas por el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional.

Cuarto: *ASUMIR* el compromiso, por parte de los presidentes de las cortes superiores, a gestionar el apoyo de los gobiernos locales y regionales a nivel nacional, mediante la donación de terrenos o el financiamiento de las edificaciones de los locales judiciales, con el fin de lograr que se disminuya el alto número de inmuebles arrendados o en cesión de uso, para que pasen a ser propiedad del Poder Judicial. Por lo cual, exhortamos al Ministerio de Economía y Finanzas, a través de las gestiones que realice la Presidencia del Poder Judicial, que posibilite a los gobiernos regionales y locales el apoyo al Poder Judicial en materia inmobiliaria.

Quinto: *UTILIZAR* todos los medios informáticos disponibles y optimizar las herramientas informáticas en el corto plazo, maximizando el uso de las videoconferencias a fin de ahorrar tiempo, dinero y esfuerzo, tanto en la realización de actividades jurisdiccionales como administrativas.

Sexto: *AUNAR* esfuerzos para desarrollar y aplicar los estándares de producción y los diversos indicadores que emiten los órganos de gobierno del Poder Judicial, y toda medida que permita lograr los objetivos de descarga procesal.

Séptimo: *DISPONER* que los entes administrativos del Poder Judicial, fomenten espacios de coordinación técnica para la unificación de criterios estadísticos, a fin de contar con una sola base de datos a nivel nacional.

FINALMENTE, manifestamos nuestro firme rechazo a todo acto de corrupción y los atentados contra la ética que afectan la buena imagen de la institución y de la mayoría de los jueces y servidores judiciales, que con su trabajo eficiente y sacrificado dignifican la noble labor del servicio de justicia.

CONSEJO EJECUTIVO DEL PODER JUDICIAL

PRESIDENTES DE LAS CORTES SUPERIORES DE JUSTICIA DEL PERÚ



Reunión Anual de Presidentes y Administradores de las Cortes Superiores de Justicia. Huaraz.



VI CONGRESO NACIONAL DE JUECES 2012

DECLARACIÓN DE ICA

Primero.- Invocamos se evalúe la mejora de estándares de carga procesal según la especialidad y la complejidad del expediente, así como la determinación de niveles de descarga en los cuales el número de expedientes conciliados y resueltos supere el número de ingresos, igualmente recomendamos la evaluación de medidas para la conversión de juzgados transitorios en permanentes.

Segundo.- Instamos a mejorar la planificación de Descarga procesal, mediante la determinación de objetivos y acciones a partir de la nueva Gerencia Operacional de Descarga, coordinando su monitoreo y evaluación con todos los órganos vinculados a dicho Plan.

Tercero.- Requerimos perfeccionar los criterios de elaboración de estadísticas sobre producción jurisdiccional, y continuar con la unificación del sistema informático que permita una mejor medición del nivel de descarga.

Cuarto.- Saludamos el impulso, con la participación activa de los jueces, del desarrollo informático del Poder Judicial en los últimos años para establecer en el corto plazo un sistema de interconexión pleno dentro del Poder Judicial y en el mediano plazo un sistema de expediente digital, de acuerdo con los planes estratégicos trazados.

Quinto.- Nos comprometemos a colaborar con el cambio cultural en el Poder Judicial en cuanto a su desarrollo electrónico, para lo cual, sin embargo, necesitamos renovación de equipos informáticos, software, acceso pleno a internet y optimización de video conferencias.

Sexto.- Planteamos la realización de un trabajo conjunto para optimizar el uso del nuevo Data Center del Poder Judicial, tendiendo a maximizar creativamente su utilización en paralelo con una permanente capacitación.

Sétimo.- Apoyamos la implementación de un sistema oral en los procesos judiciales de Familia, en todas sus subespecialidades, para lo cual es necesario continuar el debate del proyecto de ley de la Niñez y Adolescencia y consensuar un modelo de despacho judicial adecuado a la realidad logística de nuestro sistema de justicia.

Octavo.- Declaramos que en el tema de adolescentes en conflicto con la ley penal resulta fundamental ampliar la capacidad del sistema abierto a nivel nacional y descentralizar la ubicación de centros juveniles en los que se les capacite para el trabajo a los adolescentes como forma de reinserción social.

Noveno.- Consideramos de suma importancia el desarrollo de equipos multidisciplinarios de muy alto nivel en los procesos de familia, basados en exigentes niveles de selección, coordinación permanente con los jueces, capacitación y coordinación interinstitucional.

Décimo.- Reiteramos que el cumplimiento inmediato de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en cuanto se refiere al sistema de remuneraciones de los jueces, es de vital importancia para trabajar por el desarrollo de todos los puntos anteriores percibiendo una remuneración digna, para lo cual se requiere la inmediata asignación de recursos del Poder Ejecutivo o la presentación del proyecto de ley consensuado con el Poder Judicial sobre la escala de remuneraciones de los jueces.

Ica, 31 de octubre de 2012



VI Congreso Nacional de Jueces. Ica, 2012.



IV CONGRESO INTERNACIONAL SOBRE JUSTICIA INTERCULTURAL 2012

DECLARACIÓN DE LIMA

Los participantes en el IV Congreso sobre Justicia Intercultural realizado del 13 al 15 de diciembre de 2012 en la ciudad de Lima, después de los debates realizados en un ambiente de diálogo intercultural, declaramos lo siguiente:

Saludamos el esfuerzo de los jueces y de las autoridades indígenas, campesinas y ronderiles de todo el país en pro de la paz social y la justicia intercultural.

Saludamos también la labor de casi seis mil Jueces de Paz quienes logran promover el acceso a la justicia de millones de peruanos en las zonas rurales de nuestro país.

Saludamos las experiencias de coordinación llevadas a cabo en diversas Cortes Superiores, especialmente la labor de las Oficinas Distritales de Apoyo a la Justicia de Paz y las Escuelas de Justicia Intercultural.

Reiteramos nuestro compromiso con el proceso de reflexión y diálogo iniciado en el año 2010 a través de los cuatro Congresos Internacionales sobre Justicia Intercultural e invocamos a las autoridades del Poder Judicial y a las autoridades de la jurisdicción especial a mantener su interés y vocación por la reflexión sobre esta problemática, sustentando sus decisiones en las normas nacionales e internacionales sobre los derechos de los pueblos indígenas.

Invocamos a las autoridades de la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción especial a unir esfuerzos para superar las posibles situaciones de conflicto que todavía persisten, manteniendo una permanente comunicación, teniendo siempre como mira el respeto de los derechos fundamentales y un enfoque intercultural, garantizando los derechos lingüísticos.

Invocamos a las autoridades de la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción especial a unir esfuerzos para garantizar los derechos de las mujeres y niños en los casos de violencia familiar.

Invocamos a las Cortes Superiores a desarrollar y fortalecer los mecanismos y criterios de coordinación entre los sistemas de justicia ordinaria y especial.

Recomendamos proseguir el proceso de sistematización de jurisprudencia sobre justicia intercultural y difundir sus resultados.

Recomendamos fortalecer el trabajo de las Escuelas de Justicia Intercultural, como espacios de intercambio de saberes, investigación y capacitación, promoviendo que trabajen en conjunto con las demás instituciones del sistema de justicia estatal, las organizaciones representativas de la jurisdicción especial y los pueblos indígenas. Recomendamos también crearlas en las Cortes Superiores donde todavía no existen.

Recomendamos la creación de una Escuela Nacional de Justicia Intercultural que se dedique a armonizar y potenciar los esfuerzos que desarrollan las Cortes Superiores en investigación y capacitación en justicia intercultural.

Respaldamos al Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, en su labor de fortalecimiento de la justicia intercultural, a través de la aprobación e implementación de la Hoja de Ruta de Justicia Intercultural presentada por la Comisión de Trabajo sobre Justicia Indígena y Justicia de Paz.

Invocamos al Congreso de la República la pronta discusión y aprobación del Proyecto de Ley 313/2011-PE sobre coordinación y armonización intercultural de la justicia, presentado en septiembre del 2011 por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Recomendamos encargar a la Oficina Nacional de Apoyo a la Justicia de Paz la elaboración de un protocolo de relacionamiento entre la jurisdicción especial y la jurisdicción ordinaria, basado en el mencionado proyecto de ley y las conclusiones de los cuatro Congresos Internacionales de Justicia Intercultural.

Invitamos al Ministerio Público y a la Policía Nacional a sumarse a la causa de la justicia intercultural, brindando a sus integrantes la necesaria capacitación en esta materia.

Declaraciones

Invitamos a la Academia de la Magistratura a tomar en cuenta criterios de reflexión intercultural en el proceso de formación de los magistrados y fiscales y al Consejo Nacional de la Magistratura para integrar en sus criterios de evaluación la formación en justicia intercultural.

Invocamos a las Facultades de Derecho de las universidades públicas y privadas y a los colegios de abogados a fomentar la reflexión y la investigación sobre justicia intercultural.

Recomendamos a todos los jueces, jueces de paz y autoridades indígenas, campesinas, nativas y ronderiles profundizar los valiosos esfuerzos para promover la paz social y el acceso efectivo a la justicia para todos los peruanos y peruanas.

Agradecemos el compromiso del Presidente del Poder Judicial, Doctor César San Martín Castro de promover el diálogo entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción especial y el interés del Doctor Enrique Mendoza Ramírez, Presidente electo del Poder Judicial de proseguir esta valiosa labor, que permitirá garantizar la paz y la justicia social a nivel del país.

Asimismo, agradecemos al Centro de Investigaciones Judiciales -CIJ- en la presidencia del Dr. Vicente Walde Jáuregui, por el impulso que se le viene dando a la justicia intercultural para mejorar la coexistencia pacífica de todas las instituciones comprendidas en este anhelo insoslayable de integración e inclusión social.

Finalmente, saludamos los esfuerzos de nuestra representación en la defensa de los intereses nacionales ante la Corte Internacional de la Haya en donde debe culminar con éxito nuestro reclamo.

Lima, 15 de diciembre de 2012



IV Congreso sobre Justicia Intercultural. Lima.



V CONGRESO INTERNACIONAL SOBRE JUSTICIA INTERCULTURAL 2013

DECLARACIÓN DE PIURA

“Viabilizando una Justicia Intercultural en el Perú”

Los Jueces Supremos, Juezas y Jueces Superiores, Jueces Especializados y Mixtos, Jueces de Paz Letrados y Jueces de Paz del Poder Judicial; los oficiales y efectivos representantes de la Policía Nacional del Perú; Fiscales del Ministerio Público; representantes de las Rondas Campesinas y de las Rondas Urbanas, así como los demás delegados asistentes al V Congreso Internacional de Justicia Intercultural:

DECLARAMOS de ingente urgencia y necesidad, que el Poder Judicial potencie sus estrategias de difusión social y capacitación interinstitucional sobre la vigencia y aplicación del Acuerdo Plenario de la Corte Suprema de Justicia N° 01-2009/CJ-116: “Rondas Campesinas y el Derecho Penal”, a fin de que se cumplan plenamente sus mandatos y aportes al desarrollo del marco constitucional sobre justicia especial que postula el artículo 149° de la Constitución. En ese contexto deben promoverse reuniones de coordinación al más alto nivel entre el Poder Judicial, el Ministerio Público, el Ministerio de Justicia y el Ministerio del Interior.

REQUERIMOS la realización de un Pleno Jurisdiccional de la Corte Suprema de Justicia de la República que, continuando con la línea iniciada por el Pleno Jurisdiccional N° 01-2009/CJ-116, aborde nuevos problemas y prácticas relacionados con la Justicia Comunitaria y Ronderil, recogiendo las nuevas experiencias y necesidades que han surgido sobre la materia en el ejercicio de la praxis jurisdiccional.

DEMANDAMOS un mayor acercamiento y planificación conjunta, entre la Policía Nacional del Perú y las Rondas Urbanas, respetando sus respectivas

esferas operativas, para una cooperación eficaz a favor de la seguridad ciudadana, activando para ello mecanismos preventivos y efectivos como las juntas vecinales y otras formas de participación ciudadana autorizadas por la Ley.

APOYAMOS el trabajo coordinado, que en diferentes regiones del país, vienen practicando funcionarios estatales, rondas campesinas y la sociedad civil, para superar falencias de servicios de justicia y de seguridad ciudadana, en un plano de igualdad, respeto mutuo, con enfoque intercultural y con conocimiento suficiente de la realidad nacional.

ASUMIMOS el compromiso de promover reuniones de trabajo para impulsar un proyecto de ley, que viabilice que los ciudadanos que integran las Rondas Urbanas puedan contribuir con la seguridad ciudadana, dentro del marco legal vigente y con el liderazgo y apoyo efectivo de las autoridades competentes.

VALIDAMOS los contenidos y aportes de los Protocolos de Coordinación y Actuación elaborados por el Poder Judicial, por ser herramientas útiles para el trabajo cotidiano con enfoque intercultural de los magistrados y por su relevancia para una actuación eficiente y conjunta con los defensores públicos, los policías y los fiscales. Asimismo, observamos con interés la propuesta de Ley de Coordinación Intercultural de la Justicia aprobada por la Comisión correspondiente del Congreso de la República.

RATIFICAMOS la compatibilidad de un enfoque intercultural de la justicia con una visión e interpretación coherente y respetuosa de los Derechos Humanos, en el marco de la Constitución Política del Perú y de los documentos internacionales que regulan los derechos de los pueblos indígenas, reconociendo así la diversidad de patrones e identidades que coexisten en nuestra sociedad.

DESTACAMOS la pertinencia de continuar con la implementación de la Hoja de Ruta sobre Justicia Intercultural del Poder Judicial, incorporando en sus estrategias y acciones a las demás entidades estatales del sistema de justicia y las recomendaciones de este V Congreso Internacional sobre Justicia Intercultural.

RECHAZAMOS toda manifestación discriminatoria, por razón de etnia, condición económica o concepción cultural, que practiquen funcionarios o ciudadanos contra las personas que ejercen autoridad en los distintos

Declaraciones

espacios de justicia comunal y ronderil en un país multicultural como el nuestro.

EXPRESAMOS nuestra confianza en que nuevos espacios similares a este V Congreso Internacional sobre Justicia Intercultural se multiplicarán, sistémicamente, en nuestro país, para asumir los retos que una sociedad culturalmente plural como la peruana, enfrentará en las siguientes décadas del siglo XXI.

Piura, 21 de Diciembre de 2013



V Congreso sobre Justicia Intercultural. Piura.

Impreso en los talleres gráficos de
KG PAPELES GRÁFICOS SAC
Telf.: 719-2782
Jr. Ica N° 431 - Lima

