



Revista Oficial del Poder Judicial

Corte Suprema de Justicia de la República

Vol. 8, n.º 10, 2016
Lima, Perú



Revista Oficial del Poder Judicial

Corte Suprema de Justicia de la República

Vol. 8, n.º 10, 2016
Lima, Perú

.....

Revista Oficial del Poder Judicial

.....

La Revista Oficial del Poder Judicial tiene por objetivo divulgar artículos o temas sobre el quehacer jurídico y judicial, así como contribuir al desarrollo del derecho como disciplina.

Vol. 8, n.º 10, 2016
ISSN 1997-6682

CONSEJO EDITORIAL
Consejo Ejecutivo del Poder Judicial
Gabinete de Asesores de la Presidencia del Poder Judicial
Dirección del Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial

La Revista Oficial del Poder Judicial tiene como destinatarios a la comunidad jurídica y público en general; es decir, a personas e instituciones públicas y privadas, nacionales o extranjeras interesadas en temas de derecho.

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

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

La Revista no se responsabiliza de las opiniones vertidas por los autores.

Los editores se reservan el derecho de hacer la corrección de estilo y cambios editoriales que se consideren necesarios.

Edición:

© Poder Judicial. Fondo Editorial
Palacio Nacional de Justicia – 2do. Piso
Av. Paseo de la República s/n – Lima, Perú
Teléfono 410 1010 – Anexos 11576 / 11185
Web: www.pj.gob.pe – Correo electrónico: fondoeditorial@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.



Frontis del Palacio Nacional de Justicia (*detalle*). Pueden apreciarse las esbeltas columnas estriadas de orden dórico que flanquean el gran pórtico de entrada al palacio (*Lima-Perú*).

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

Víctor Ticona Postigo
Presidente

Ramiro Eduardo De Valdivia Cano
Francisco Artemio Távara Córdova*
Enrique Javier Mendoza Ramírez
Vicente Rodolfo Walde Jáuregui
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
Javier Arévalo Vela
Jorge Luis Salas Arenas
Elvia Barrios Alvarado
Janet Ofelia Lourdes Tello Gilardi
Héctor Enrique Lama More
Ángel Romero Díaz
César Hinostroza Pariachi

* El doctor 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: Ángel Romero Díaz, Janet Ofelia Lourdes Tello Gilardi, Jorge Luis Salas Arenas, AnaMaría Aranda Rodríguez, Duberlí Apolinar Rodríguez Tineo, Víctor Roberto Prado Saldarriaga, Vicente Rodolfo Walde Jáuregi, Ramiro Eduardo de Valdivia Cano, Víctor Ticona Postigo (Presidente del Poder Judicial), Enrique Javier Mendoza, Ramírez, César San Martín Castro, José Luis Lecaros Cornejo, Jacinto Julio Rodríguez Mendoza, Josué Pariona Pastrana, Javier Arévalo Vela, Elvia Barrios Alvarado, César Hinostroza Pariachi, Héctor Lama More.

CONSEJO EJECUTIVO DEL PODER JUDICIAL

Víctor Ticona Postigo
Juez supremo
Presidente

José Luis Lecaros Cornejo
Juez supremo

Augusto Ruidías Farfán
Juez superior

Rosa Amelia Vera Meléndez
Juez especializado

Alfredo Álvarez Díaz
Representante de los Colegios de Abogados del Perú

Índice

Presentación	
Víctor Ticona Postigo	
<i>Presidente del Poder Judicial</i>	17
DOCTRINA	
DERECHO CONSTITUCIONAL	
<i>La fertilización in vitro (FIV)</i>	
Ramiro De Valdivia Cano.....	27
<i>Libertad de culto e instituciones públicas</i>	
José Luis Lecaros Cornejo.....	63
<i>Constitucionalización del Derecho Civil a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano</i>	
Manuel Jesús Miranda Canales.....	99
<i>¿Es necesario el amparo electoral para proteger derechos políticos en procesos electorales?</i>	
Walter A. Díaz Zegarra.....	113
<i>Jueces constitucionales</i>	
Edwin Figueroa Gutarra.....	135
<i>Constitucionalidad del nuevo proceso inmediato</i>	
Alfredo G. Araya Vega.....	155
<i>Racionalidad constitucional y garantías del proceso</i>	
Sergio Chiarloni.....	175
<i>La justicia comunal: una perspectiva comparativa de su tratamiento constitucional en los países de la Región Andina</i>	
César Alberto Arce Villar.....	199

<i>La ductilidad de los derechos humanos</i>	
Manuel Estuardo Luján Túpez.....	217

DERECHO LABORAL

<i>La flexibilidad en el contrato de trabajo, ¿respuesta a la crisis económica? Referencia al caso peruano y español</i>	
Mariem Vicky De la Rosa Bedriñana.....	245

DERECHO CIVIL

<i>El pago de interés en el sistema financiero y la afectación a la tutela jurídica de usuarios de créditos de consumo</i>	
Carlos Esmith Mendoza García.....	273

<i>¡No estaba muerta, andaba descansando! Notas a la jurisprudencia vinculante y el anatocismo</i>	
Carlos Enrique Polanco Gutiérrez.....	305

<i>Registro de la propiedad inmueble: la inseguridad jurídica del actual sistema registral peruano en la inscripción facultativa</i>	
Luis Alberto Sánchez López.....	339

<i>La incorporación de criterios objetivos en las indemnizaciones por negligencia médica</i>	
Elizabeth Vargas Olivera.....	359

DERECHO DE MENORES

<i>Procedimiento y finalidad de las medidas de protección para el niño, niña y adolescente menor de 14 años que entra en conflicto con la ley penal</i>	
Luis Miguel Fernández Arias.....	377

DERECHO PROCESAL CIVIL

<i>Piero Calamandrei y la tutela cautelar</i>	
Remo Caponi.....	397

<i>La prueba de oficio a partir de la modificatoria del artículo 194° del Código Procesal Civil</i>	
Martín Alejandro Hurtado Reyes.....	407

DERECHO PENAL

<i>La trata de personas en el Perú, análisis y perspectiva</i> Marco Aurelio Tejada Ortiz.....	439
<i>Llamadas intimidantes: ¿estamos frente a un delito de estafa o de extorsión?</i> María Eugenia Guillén Ledesma.....	459

DERECHO PROCESAL PENAL

<i>Inferencia y debida motivación en la prueba indiciaria. ¿Se puede controlar racionalmente el uso de las máximas de la experiencia en la argumentación judicial?</i> Octavio César Sahuanay Calsín.....	483
<i>¿Es posible la conversión de pena en un acto posterior a la sentencia?, necesidad de replantear el Acuerdo Plenario N° 3-2012</i> Manuel Arrieta Ramírez.....	507
<i>Convenciones probatorias y la necesidad de su aplicación en la etapa de juzgamiento. Realizarlo es una buena práctica judicial</i> Carlos Germán Gutiérrez Gutiérrez.....	527
<i>La videoconferencia. Un nuevo enfoque del principio de inmediación procesal</i> Erwin Arthur Tayro Tayro.....	547

DOCUMENTOS (DECLARACIONES)

<i>VII Congreso Nacional de Jueces 2014. Declaración de Lunahuaná – Cañete.....</i>	563
<i>VIII Congreso Nacional de Jueces 2015. Declaración de Arequipa.....</i>	567
<i>IX Congreso Nacional de Jueces 2016.</i>	571
<i>VI Congreso Internacional sobre Justicia Intercultural 2015. Declaración de Puno.....</i>	577
<i>VII Congreso Internacional sobre Justicia Intercultural 2016. Declaración de Iquitos.....</i>	581

PRESENTACIÓN

PRESENTACIÓN

Es motivo de singular agrado dirigir las palabras de presentación de la Revista Oficial del Poder Judicial peruano, que alcanza su décima edición bajo un renovado formato y exigencias sobre los estándares de calidad de sus contenidos.

La revista es un espacio editorial que tiene por objetivo divulgar artículos o temas sobre el quehacer jurídico y judicial, así como contribuir al desarrollo del derecho como disciplina. Este objetivo satisface, a su vez, la política institucional del Poder Judicial dirigida a promover una cultura de la investigación y reflexión sobre los principales aspectos que caracterizan el quehacer jurídico y judicial, particularmente.

El desarrollo teórico y práctico de la disciplina jurídica contribuye sensiblemente al avance del saber en general y del mejoramiento de las relaciones intersubjetivas; lo cual no sería posible sin el afán heurístico de quienes por su capacidad intelectual nos acercan a la comprensión de los fenómenos jurídicos y sociales bajo análisis; aplicando para ello métodos y técnicas de investigación pertinentes, sacrificando medios y tiempo para plasmar novedosos enfoques jurídicos que deben ser justipreciados y difundidos a través de publicaciones especializadas.

La revista que en esta ocasión presentamos reúne los aportes fruto de las observaciones y experiencias que evidencian una sólida formación académica y humanística, así como una destacada trayectoria profesional en sus autores; y creemos que la Revista Oficial del Poder Judicial constituye un espacio de transmisión de estas y otras inquietudes, que son aquí ampliamente abordados y contienen en sí una cordial invitación para su amigable lectura.

De ahí que solo nos reste reconocer con estas palabras la valiosa contribución de los destacados autores, cuyos aportes han sido recogidos en esta edición, así como el esfuerzo de todos aquellos que han hecho posible materializar su publicación, como una contribución a la consolidación de la cultura jurídica y promover el desarrollo profesional de las mujeres y hombres de derecho.

Sr. Dr. Víctor Ticona Postigo
Presidente del Poder Judicial



Sr. Dr. Víctor Ticona Postigo
Presidente del Poder Judicial
(2015-2016)

DOCTRINA

LA FERTILIZACIÓN IN VITRO (FIV)

RAMIRO DE VALDIVIA CANO*

Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

(Artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)

Resumen

Se hace un análisis crítico de la interpretación que desarrolla la Corte Interamericana de Derechos Humanos del artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el caso *Artavia Murillo contra Costa Rica* sobre legitimidad de la fertilización in vitro, que según criterio de la Corte estaría vinculada con los derechos a la vida privada y a fundar una familia, en confrontación con el derecho a la vida humana cuya protección y reconocimiento debe estar de acuerdo al principio *pro homine*, por el cual el rasgo fundamental de los derechos humanos es el de estar siempre a favor del hombre, y que, como consecuencia, debe respetarse el derecho a la vida desde el momento mismo de la concepción.

Palabras clave: Constitución, fertilización in vitro, familia, derecho a la vida, principio *pro homine*, derechos humanos.

Abstract

We make a critical analyze of the interpretation that develops the Interamerican Court of Human Rights of the article 41 of the American Convention about Human Rights in the case *Artavia Murillo against Costa Rica* about the legitimacy of the vitro fertilization, according the Court's criteria which will be vinculated with the private life rights in order to establish a family, against the right of the human being , which protection and recognition must be in accord to the principle *pro homine*, by which the fundamental characteristic of the human rights is always to be in favor of the man, and as a consequence , it might be respected the right to the life , since the moment itself of the conception.

* El autor ha ejercido la docencia como Profesor de Derecho Constitucional por más de treinta años en la Universidad Católica de Santa María de Arequipa, así como en la Academia de la Magistratura. Es juez titular de la Corte Suprema del Perú y miembro del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial peruano.

Keywords: Constitution, vitro fertilization, family, right to life, principle pro homine, human rights.

Sumario

1.- Introducción. 2.- En el Sistema Europeo de Derechos Humanos. 2.1.- Diferencias de criterio entre la Convención Americana sobre DD.HH. y la Convención Europea sobre DD.HH en cuanto a la protección de la vida. 2.2.- El inicio de la vida. 2.3.- La interpretación de la Convención debe ser facultad de los Estados signatarios. 2.4.- La naturaleza y status del embrión es positivamente considerada por la ciencia. 3.- Los Estados están de acuerdo en que el embrión/feto es parte de la raza humana es cuestión de dignidad humana. 4.- El caso de la FIV, 4.1 El status biológico del embrión. ¿Es el embrión un ser humano? 4.2.- El expediente FIV de Costa Rica, 4.3 El legado de la FIV: criaturas enfermas. 4.4.- El Decreto Ejecutivo N° 24029- S. 5.- Conclusión final sobre el fondo del caso. 6.- Epílogo. 7.- Consideraciones finales. 8.- Bibliografía.

1. Introducción

El presente ensayo trata de explicar una interpretación equívoca que se pretende dar al Artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José Costa Rica, 1969)¹; interpretación que se ha hecho patente en el caso *Artavia Murillo contra Costa Rica*, suscitado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDDDHH) acerca de la legitimidad de la Fertilización In Vitro (FIV)².

La CIDDDHH insiste en vincular, sin explicar cómo, el supuesto derecho a la FIV con los derechos a la vida privada y a fundar una familia; y en confrontar estos derechos con el derecho a la vida humana. Para efectuar esta ponderación, sostiene, se debe analizar:

- i) El grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada;
- ii) La importancia de la satisfacción del bien contrario, y
- iii) Si la satisfacción de este justifica la restricción del otro.

La CIDDDHH sostiene que es lícito sacrificar vidas humanas en aras de la defensa de la FIV y del derecho a la intimidad. El sustento es original y bipolar: El embrión humano no es un ser humano; y acudir al cirujano es una afectación al derecho a la intimidad, puesto que exige exponer aspectos que hacen parte de la vida privada del paciente; y trae a colación la situación de una de las denunciadas, la señora *Carro Maklouf* expresó que sintió “una indescriptible intromisión a su vida privada” y recaló que para sus otros hijos “también era una ilusión tener un

¹ Vid. http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

² Véase también en: http://www.corteidh.or.cr/CF/Jurisprudencia2/ficha.cfm?nId_Ficha=235&lang=en

hermanito, ya que ellos eran adultos, (...)”.

Al conjugar ambos polos, la CIDDHH, insiste en que es lícito sacrificar vidas humanas cuando se trata de evitar la afectación de la autonomía personal y del proyecto de vida de las parejas. Tal fallo se sustenta en que se verifica que la prohibición de la FIV afectó con mayor impacto los planes de vida de las parejas cuya única opción de procrear es la FIV, (...) En dudosa defensa de tan singular argumento, la misma CIDDHH alude confusamente a la denunciante señora Arroyo Fonseca, quien había intentado varias inseminaciones y quien a la postre pudo tener hijos, manifestó que en su momento “no tuvo la oportunidad de superar su problema de infertilidad con una técnica de reproducción asistida que en ese momento le hubiera permitido tener más hijos”³. Con lo que, al paso, la CIDDHH confirma la falsedad de la alegación de infertilidad. Aunque la infertilidad, aún si es cierta y definitiva, jamás podría justificar la aniquilación de una vida humana.

En tercer lugar, la CIDDHH desdén el impacto psicológico en cada uno de los progenitores, que puede tener la privación de la vida de sus embriones, por decisión de esos mismos progenitores. Pero sí menciona que se vio afectada la integridad psicológica de los denunciantes al negarles la posibilidad de acceder a un procedimiento que hace posible desplegar la libertad reproductiva deseada; afectación que justificaría la aniquilación de las vidas de sus embriones. Lo confuso de la resolución internacional se afianza con la mención que se hace de la afirmación de la señora Artavia Murillo quien declaró que la decisión estatal “llevó al fracaso de su relación matrimonial por las depresiones que sufrieron a raíz de tal prohibición (FIV) tanto de su ex marido como las suyas siendo esto que lo mejor fuera que termináramos la misma, dejando aun una herida más grande, y con un daño moral incalculable”⁴. El menosprecio de la institución de la familia en que incurren denunciantes y juzgadores es de difícil explicación.

En un cuarto sustento del fallo internacional, se alude a la posible discriminación indirecta en que Costa Rica habría incurrido en el presente caso, en relación con la situación de discapacidad, el género y la situación económica, supuestamente en contra de los denunciantes quienes habrían sufrido una interferencia severa en relación con la toma de decisiones. Aunque debe tenerse en cuenta que la prohibición de matar embriones era *erga omnes*.

Haciendo el recuento, se constata que Costa Rica expresa en su Constitución que la expedición de normas que reconozcan o modifiquen derechos fundamentales debe seguir el procedimiento establecido para la expedición de leyes y que es atribución

³ Cfr. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_257_esp.pdf

⁴ *Ibidem*, p. 46.

exclusiva del Poder Legislativo. Siguiendo a Alexy⁵, esta norma es de la denominadas *Ermächtigung*; pues pertenece a una de las dos categorías de normas constitucionales. A la primera, *Ermächtigung*, pertenecen las que constituyen y organizan el Estado; los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. Lo central de las *Ermächtigung* es la atribución de poder. No existe alguna objeción seria a esta atribución que se discierne de manera uniforme en las constituciones de los países democráticos. En el caso materia de este ensayo, Costa Rica declara que es nulo por anticonstitucional el decreto que expidió el Ministerio de Salud, autorizando las prácticas de FIV que conlleva la autorización para aniquilar a mansalva vidas humanas. La CIDDHH en su resolución sanciona a Costa Rica por haber anulado el Decreto Ejecutivo N° 24029- S por ser un decreto anticonstitucional, por haber sido expedido al margen de las disposiciones constitucionales que resguardan los derechos fundamentales en Costa Rica.

La resolución de la CIDDHH desconoce la facultad de los Estados signatarios de modificar los tratados internacionales de los que son parte, además de interpretarlos. La norma expedida por Costa Rica se fundamenta en la correcta interpretación y aplicación del artículo 4.1 de la Convención, en concordancia con la defensa del derecho a la vida humana que enarbola la Constitución costarricense. En la categorización de Alexy, estas normas constitucionales son las que limitan y dirigen el poder estatal. La especificación es pertinente al caso en discusión porque en esta segunda categoría debe mencionarse los derechos fundamentales. Al menos en el universo de los Estados constitucionales democráticos, la dicotomía parece verosímil y tendría validez universal desde que se origina en la abstracción, y está sujeta a las limitaciones de la abstracción.

En su mismo trabajo ya citado⁶, Alexy se refiere a dos teorías básicas de la interpretación de los derechos fundamentales: La “teoría de las reglas”, la interpretación estrecha y rigurosa; y la “teoría de los principios”, interpretación de mayores alcances, flexibilidad y amplitud. Advierte Alexy que estas dos teorías no constituyen compartimientos estancos. No obstante, por su pertinencia al presente caso, es necesario dilucidar ambas porque deviene asunto central de la interpretación de toda Constitución que conoce los derechos fundamentales y la jurisdicción constitucional.

Según la teoría estrecha y rigurosa, las normas que garantizan los derechos fundamentales no se distinguen esencialmente de otras del sistema jurídico. Tratando de encontrar sentido a la resolución de la CIDDHH, se podría colegir que,

⁵ Véase en línea: www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad* En caché

⁶ Vid. www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad* En caché
Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*. Robert Alexy.

para ella, la norma que reconoce el derecho a la vida humana no tiene un nivel mayor o precedencia con respecto a las otras normas constitucionales. Por supuesto, diría la CIDDHH, como normas del derecho constitucional tienen su lugar en el nivel más alto del mismo sistema, y su objeto son derechos de elevadísima abstracción y la más grande importancia; pero —según la teoría de las reglas, que informaría la resolución de la CIDDHH— nada de ello justificaría alguna diferencia fundamental de índole estructural entre ellas: todas, incluyendo las referentes al derecho a la vida humana, son normas jurídicas, y como tales son aplicables exactamente de la misma manera que todas las demás; su peculiaridad solamente consiste en que protegen frente al Estado determinadas posiciones del ciudadano descritas en abstracto.

Conforme a la teoría principista u holística, las normas *ius* fundamentales no se agotan en proteger frente al Estado determinadas posiciones del ciudadano descritas en abstracto; esta perpetua función de promoción y defensa de los derechos fundamentales se inserta en un marco más vasto. La vigencia de esta forma de interpretación tiene luenga trayectoria. Por lo menos, Alexy⁷ la encuentra a partir de 1958 cuando, en Alemania, al resolver el caso Lüth, el Tribunal Constitucional Federal desarrolló completamente este más amplio marco⁸. El caso versa sobre la colisión entre la libertad de expresión y el daño producido con dolo. Aunque, en el caso de Costa Rica, se está frente a la defensa del derecho a la vida humana, la dilucidación que se hizo en el caso Lüth es perfectamente aplicable.

El caso que Alexy cita es el de Erich Lüth, el eminente promotor de la defensa de los derechos fundamentales. Lüth dirigió un llamado público a boicotear, en toda forma posible, las películas que Veit Harlan produjo después de 1945, basado en que Harlan fue el más prominente realizador de filmes nazis y de la propaganda cinematográfica antisemita del nacionalsocialismo. En Costa Rica, sería la Corte Suprema que prohíbe la práctica del FIV porque esas prácticas acaban con vidas humanas inocentes. El Landgericht Hamburg (Tribunal de Primera Instancia de Hamburgo) condenó a Lüth a no hacer llamado alguno a boicotear la nueva película de Harlan, “Amada inmortal”. El Landgericht Hamburg fundó su resolución en que tal llamado al boicot violaba el artículo 826 del Código Civil, que prohíbe “causar daño a otro de manera contraria a las buenas costumbres y a propósito”. Lüth promovió la queja constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) contra esta sentencia. En la transpolación sería el derecho a la vida humana contra el “derecho” a tener hijos biológicos, pese a ser estéril, pese a que, para lograrlo, se tenga que matar embriones escogidos al azar.

⁷ Véase también en www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf
Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*

Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*. Robert Alexy.

⁸ *Vid.* http://www.corteidh.or.cr/CF/Jurisprudencia2/ficha.cfm?nId_Ficha=235&lang=en

El Tribunal Constitucional Federal, en cambio, consideró el llamado al boicot de Lüth como *prima facie* protegido por la libertad de expresión (art. 5.1 de la Ley Fundamental). En Costa Rica, la prohibición de la práctica de la FIV se fundamenta en la defensa de la vida humana.

En este punto se muestra la importancia de la dicotomía entre la teoría estrecha y rigurosa —la de las reglas—, y la amplia y comprehensiva —la de los principios—. Si se siguiera la primera teoría, se agotaría la solución del caso en responder dos interrogantes.

La primera sería si el llamado de Lüth al boicot es de subsumirse en el concepto de “expresión de opinión”. Si la Corte Suprema está facultada para declarar nulo un decreto ministerial que autoriza la práctica de la FIV que implica la destrucción de vidas humanas. El Tribunal Constitucional alemán respondería afirmativamente.

La segunda se refiere a si el artículo 826 del Código Civil Federal es aplicable, como habría sido el caso si el llamado al boicot fuera solamente un atentado contra las buenas costumbres. El Landgericht de Hamburgo opinó que así fue, porque apuntaba a impedir la reaparición de Harlan como creador de filmes representativos; y bajo estas circunstancias el llamado al boicot —según el tribunal— iba contra “las democráticas convicciones jurídicas y morales del pueblo alemán”. Al igual que la CIDDHH considera que el impedir la práctica de la FIV atenta contra la intimidad de los estériles y los obliga a hacer viajes y gastos que el Estado autor de las prohibiciones tiene que resarcir económicamente.

Por su parte, la Corte Suprema de Costa Rica, al igual que el Tribunal Constitucional Federal alemán fueron de la opinión de que no era bastante efectuar estas dos subsunciones aisladas; sino más bien que cuando la aplicación de normas del derecho civil condujera a la restricción de un derecho fundamental, siempre se exige que tenga lugar una ponderación de los principios constitucionales en colisión.

El resultado de la ponderación del Tribunal Constitucional Federal fue que el principio de libertad de expresión debía prevalecer frente a los que iban contra él; exigió que la disposición “contra las buenas costumbres” del artículo 826 del Código Civil Federal, tuviera que interpretarse en consonancia con esta prioridad. La Corte Suprema se pronunció inequívocamente a favor de la defensa de la vida humana y prohibió la práctica genocida de fecundar *in vitro* para, a continuación, matar todos los embriones humanos excedentes. Brevemente: En Alemania ganó el derecho fundamental a la libertad de expresión. En el seno de la CIDDHH perdió el derecho a la vida humana. Y parece que está condenado a seguir perdiendo.

2. En el Sistema Europeo de Derechos Humanos

En el nudo gordiano del problema sometido a estudio se halla el principio *pro*

homine. Como se sabe, este principio informa todo el desarrollo de los DD.HH. Y coincide con el rasgo fundamental de los DD.HH. que es el de estar siempre a favor del hombre.

Es un principio hermenéutico, en mérito del cual, se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos o facultades protegidos. Por lo tanto, se debe acudir a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos.

Los instrumentos internacionales de DD.HH. como la Convención Americana sobre DD.HH. (Art. 29) y el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos (Art. 5) establecen que ninguna de sus disposiciones autoriza a limitar los derechos protegidos en mayor medida que la prevista; a limitar el goce y el ejercicio de cualquier otro derecho o libertad que puedan estar reconocidos en otra norma internacional o interna en vigencia. Tampoco podrían excluir ni limitar el efecto que puedan producir las normas consuetudinarias en materia de DD.HH.

El sistema europeo de DD.HH. da la pauta de la involución en la promoción de la defensa del principio *pro homine* y, en específico, del derecho a la vida humana. Siguiendo el derrotero que señala la CIDDHH⁹, se puede identificar cómo esta involución también estragó en Hispano América. La historia es apocalíptica. Derrotados el régimen y las doctrinas del Tercer Reich, la humanidad se impuso la meta de promover los DD.HH. que Hitler había escarnecido. Pero no pasaron muchos años para que tanto la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos como el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (TEDH), a espaldas de la humanidad, comenzaron a proponer una regresiva teoría acerca del carácter no absoluto de la protección de la vida prenatal. El escenario favorito para poner en tablas esta tragedia -pero no el único- es el que se construye alrededor de casos de aborto y de tratamientos relacionados con la FIV, con los que ya se ha agredido a Perú y a Costa Rica, respectivamente.

Siguiendo la redacción de Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁰ el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) en su artículo 2.1 señala que “el derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley”¹¹. Es obvio que la

⁹ Véase en línea: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf, págs. 72 a 76.

¹⁰ Committee on Legal and Administrative Questions Report, Section 1, Para. 6, 5 September 1949, in Collected Edition of the Travaux Préparatoires, Vol. 1 (1975), p. 194. (The Committee considered that it was preferable [...], as by reason of the moral authority and technical value of the document in question, to make use, as far as possible, of the definitions set out in the ‘Universal Declaration of Human Rights’).

¹¹ Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, art. 2.1, aprobado el 4 nov. 1950, 213 STNU 222, S.T. Eur. N° 5 (en vigor desde el 3 sep. 1953).

Declaración Universal de Derechos Humanos no recoge ningún derecho a matar y que, por lo tanto, no establece el derecho de atacar la vida, y menos aún para abortar o para matar embriones humanos. Con la involución, aún la ONU ha perdido el rumbo. La técnica de la confusión es similar a la de la CIDDHH, es decir, valerse de una premisa falsa para emitir una sentencia.

Es necesario hacer aquí esta digresión porque en el retroceso se llega al exceso de sancionar a un Estado miembro y fundador, como lo es el Perú, denunciado por haber defendido los valores que promovieron el nacimiento de la ONU y la Declaración Universal. Más claramente, la ONU acaba de castigar a uno de sus miembros fundadores por defender la Vida¹².

El Comité de Derechos Humanos ha calificado de "derecho humano" el aborto y ha condenado al Perú a indemnizar a una dama a la que no le permitió esta práctica por ser delito en el Perú. Lo ha castigado a pesar de que no exista ninguna resolución de la Asamblea General que reconozca tan singular derecho. Se ha pergeñado el supuesto derecho de acabar con la vida del humano indefenso. Un abuso de poder similar al que ha estigmatizado a Costa Rica por cuenta de la CIDDHH.

La misión principal de la ONU, la que le dio nacimiento es la de garantizar la vigencia de derechos fundamentales. Con esta sentencia inexplicable con la que sanciona al Perú, la ONU se traiciona su razón de existir y es infiel a todos los que confían en este tipo de organismos para la protección de los derechos fundamentales.

El aborto no es un derecho humano, pero, la decisión del Comité de DD.HH. de Naciones Unidas de calificar el aborto como un 'derecho humano' y condenar al Perú a indemnizar a una ciudadana a la que no permitió abortar por ser ilegal en el país, se encuadra en las políticas que se implementa en Europa en contra del derecho a la vida. La sentencia de la CIDDHH¹³ menciona los casos emblemáticos. El primero de ellos es el Caso *Paton vs. Reino Unido* de 1980, que trató de una violación del artículo 2 del CEDH en detrimento del no nacido por el aborto practicado por la voluntad de la madre en conformidad con las leyes nacionales. La Comisión Europea de Derechos Humanos sostuvo que los términos en que está redactada el CEDH "tienden a corroborar la apreciación de que el artículo 2 no incluye al que está por nacer" (Thus both the general usage of the term 'everyone' ('toute personne') of the Convention (para. 7 above) and the context in which this

¹² Cfr. <http://www.hazteoir.org/vida/alerta/89792-no-dejes-que-aborto-sea-un-derecho-humano>

¹³ Vid. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf págs. 72 a 76.

term is employed in Article 2 (para. 8 above) tend to support the view that it does not include the unborn)¹⁴.

El punto de quiebre en esta historia de la defensa del derecho a la vida humana se plasma en la insólita afirmación que la CEDH formula en el Caso Paton cuando señala que reconocer un derecho absoluto a la vida prenatal sería “contrario al objeto y propósito de la Convención” párr. 20. (The Commission finds that such an interpretation would be contrary to the object and purpose of the Convention¹⁵).

Razonando en contra de lo que ha verificado la ciencia, se llega a negar la individualidad del feto, como ser humano único, irrepetible, completo. A este efecto señala que “la vida del feto se encuentra íntimamente ligada a la de la embarazada y no puede ser considerada al margen de ella. Si el artículo 2 comprendiese al feto y su protección fuese, en ausencia de una limitación, entendida como absoluta, el aborto tendría que considerarse prohibido incluso cuando la continuación del embarazo presente grave peligro para la vida de la embarazada. Ello querría decir que ‘la vida en formación’ del feto se consideraría de mayor valor que la vida de la embarazada”. (The ‘life’ of the foetus is intimately connected with, and cannot be regarded in isolation from, the life of the pregnant woman. If Article 2 were held to cover the foetus and its protection under this Article were, in the absence of any express limitation, seen as absolute, an abortion would have to be considered as prohibited even where the continuance of the pregnancy would involve a serious risk to the life of the pregnant woman. This would mean that the ‘unborn life’ of the foetus would be regarded as being of a higher value than the life of the pregnant woman)¹⁶. La cercanía al pensamiento de los juristas del Tercer Reich es innegable. También se cita los Casos *R.H. Vs. Noruega* (1992) y *Boso Vs. Italia* (2002), que legalizaron de la violación del derecho a la vida en detrimento de los no nacidos por la existencia de leyes estatales permisivas frente al aborto, la Comisión confirmó su postura¹⁷.

El Caso *Vo vs. Francia*¹⁸, trata de la comisión de un aborto (que, mordazmente, se ha

¹⁴ Caso *Paton vs. Reino Unido*, Solicitud N° 8416/79, Comisión Europea de Derechos Humanos, De. & Rep. 244 (1980), párr. 9.

¹⁵ Caso *Paton vs. Reino Unido*, Solicitud N° 8416/79, Comisión Europea de Derechos Humanos, De. & Rep. 244 (1980).

¹⁶ Caso *Paton vs. Reino Unido*, Solicitud N° 8416/79, Comisión Europea de Derechos Humanos, De. & Rep. 244 (1980), párr. 19

¹⁷ *Car. R.H. Vs. Norway*, Decision on Admissibility, App. No. 17004/ 90, 73 European Commission on Human Rights Dec. ft. Rep. 155 (1992), *Boos Vs. Italy*, App. No. 50490/99, European Commission on Human Rights (2002).

¹⁸ TEDH, *Case Vo. vs. Francia*, (No. 53924/00), GC, Sentencia de 8 de julio de 2004, párr. 75, 82, 84 y 85. (Unlike Article 4 of the American Convention on Human Rights, which provides that the right to life must be protected “in general, from the moment of conception”, Article 2 of the Convention is silent as to the temporal limitations of the right to life and, in particular, does not define “everyone” [...] whose “life” is protected

dado en llamar “terapéutico”) ha pedido de la paciente, como supuesta terapia para recobrar su salud en situación crítica debido a tratamientos médicos inadecuados. El Tribunal Europeo en su sentencia parte de una explícita motivación de defensa de la discriminación etaria. No obstante señala varios de los graves errores en que incurre la CIDDHH en su interpretación del artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Es necesario tener en cuenta los considerandos del fallo del Tribunal Europeo desde que apuntan a los equívocos del meollo interpretativo de la CIDDHH que es la base de su resolución contra Costa Rica.

2.1 Diferencias de criterio entre la convención americana sobre DDHH y la convención europea sobre DDHH en cuanto a la protección de la vida.

A diferencia del artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que indica que el derecho a la vida debe ser protegido “en general, desde el momento de la concepción”, el artículo 2 de la Convención es silencioso en cuanto a las limitaciones temporales del derecho a la vida y, en particular, no define “todos” los cuales (cuya) su “vida” es protegida por la Convención.

2.2 El inicio de la vida

La Corte Europea no ha determinado el problema del “inicio” de “el derecho de toda persona a la vida” dentro del significado de la disposición y “si el no nacido tiene ese derecho a la vida.” (...) ¹⁹

2.3 La interpretación de la Convención debe ser facultad de los Estados signatarios

El problema de cuándo el derecho a la vida comienza viene dentro un margen de apreciación que la Corte generalmente considera que los Estados deben gozar en esa esfera pese a la interpretación evolutiva de la Convención, un “instrumento vivo que se debe interpretar a la luz de las condiciones de hoy en día” (...) Las razones para esa conclusión son, en primer lugar, que el problema de que dicha protección no ha sido resuelta dentro de la mayoría de los Estados parte, en Francia en particular, donde es tema de debate (...) y, en segundo lugar, que no hay un consenso europeo sobre la definición científica y legal del inicio a la vida. (...)

by the Convention. The Court has yet to determine the issue of the “beginning” of “everyone’s right to life” within the meaning of this provision and whether the unborn child has such a right.” [...]

¹⁹ N del A. El Perú, Costa Rica y el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sí lo tienen muy claro: la vida humana y el goce de los derechos empieza en el momento de la fertilización. Aunque los políticos hayan tergiversado el concepto de “concepción”.

2.4 La naturaleza y status del embrión es positivamente considerada por la ciencia

Si bien, tratándose del ámbito europeo, la Corte observa que no hay ningún consenso en cuanto a la naturaleza y el status del embrión y/o feto (...), aunque ellos hayan recibido alguna protección a la luz del progreso científico y las consecuencias potenciales de investigación dentro de la ingeniería genética, procreación médica asistida o experimentación con embriones.

El texto completo del considerando es auto explicativo: “The issue of when the right to life begins comes within the margin of appreciation which the Court generally considers that States should enjoy in this sphere, notwithstanding an evaluative interpretation of the Convention, a “living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions” (...). The reasons for that conclusion are, firstly, that the issue of such protection has not been resolved within the majority of the Contracting States themselves, in France in particular, where it is the subject of debate (...) and, secondly, that there is no European consensus on the scientific and legal definition of the beginning of life. (...)

At European level, the Court observes that there is no consensus on the nature and status of the embryo and/or foetus (...), although they are beginning to receive some protection in the light of scientific progress and the potential consequences of research into genetic engineering, medically assisted procreation or embryo experimentation. At best, it may be regarded as common ground between States that the embryo/foetus belongs to the human race. The potentiality of that being and its capacity to become a person – enjoying protection under the civil law, moreover, in many States, such as France, in the context of inheritance and gifts, and also in the United (...) – require protection in the name of human dignity, without making it a “person” with the “right to life” for the purposes of Article 2 (...).

It is neither desirable, nor even possible as matters stand, to answer in the abstract the question whether the unborn child is a person for the purposes of Article 2 of the Convention”.

3. Los Estados están de acuerdo en que el embrión/feto es parte de la raza humana. Es cuestión de dignidad humana

Cuanto más, se puede considerar que los Estados están de acuerdo que el embrión/el feto es parte de la raza humana. La potencialidad de este ser y su capacidad de convertirse en persona – gozando de protección bajo las leyes civiles, además, en muchos Estados, tal como, por ejemplo, Francia, en el contexto de las leyes de sucesión y obsequios, y también en el Reino Unido (...) – requiere protección en el nombre de la dignidad humana, sin hacerlo una “persona” con el

“derecho a la vida” a los efectos del artículo 2. (...).

Con estas consideraciones del Tribunal Europeo, se puede verificar que un mínimo movimiento en favor del principio *pro- homine*²⁰ hubiera bastado para que la CIDDHH falle a favor de la vida.

El Caso *A, B y C vs. Irlanda*²¹ es tratado por el Tribunal Europeo (el TEDH) en términos coincidentes con el Caso *Vo. vs. Francia*, (No. 53924/00), GC, sentenciado el 8 de Julio de 20. El Tribunal Europeo reiteró que debe reconocerse al Estado un margen de apreciación concedido a la protección de la persona nonata por parte del Estado. El TEDH vuelve a mencionar categóricamente que ese margen se traduce necesariamente en una facultad de apreciación según el cual cada Estado equilibra el derecho a la vida del niño por nacer en cuanto son contradictorios los derechos de la madre. Pero, en el caso *A, B y C vs. Irlanda* ese margen se amplía generosamente hasta incluir la precedencia que tendría sobre el derecho a la vida del niño por nacer, el derecho que tendría el padre del embrión a desistirse, o más bien, de frustrar su antigua decisión de ser padre. Las razones pueden ser variadas y a cual más opinable: cambió de pareja; lo abandonó la ilusión de la paternidad; la pareja lo desencantó, se divorció de su cónyuge, etc. Hay otro agravante: De acuerdo al estado auroral en que se encuentra la práctica de la FIV, el padre irresoluto ya no es padre de un solo embrión. Lo es de varios que ya fueron criminalmente desechados y los que son materia de debate judicial son aquellos a quienes se les perdonó la vida y que están a la espera de su sentencia de muerte.

El TEDH considera que, con respecto a la pregunta de cuándo comienza el derecho a la vida, que entró en el margen de apreciación de los Estados porque no había consenso europeo sobre la definición científica y legal del comienzo de la vida, por consiguiente, era imposible responder la pregunta de si la persona nonata era una persona que debía ser protegida conforme a los efectos del artículo 2. Dado que los derechos demandados en nombre del feto y los derechos de la madre están inextricablemente interconectados (...) el margen de apreciación concedido a la protección de la persona nonata por parte del Estado se traduce necesariamente en un margen de apreciación según el cual cada Estado equilibra los derechos

²⁰ Para mayor información sobre el principio *pro homine*, visitar: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/20185.pdf>

²¹ TEDH, *Caso A, B y C vs. Irlanda*, (Nº 25579/05), Sentencia de 16 de diciembre de 2010, párr. 237. ([T]he question of when the right to life begins came within the States' margin of appreciation because there was no European consensus on the scientific and legal definition of the beginning of life, so that it was impossible to answer the question whether the unborn was a person to be protected for the purposes of Article 2. Since the rights claimed on behalf of the foetus and those of the mother are inextricably interconnected [...], the margin of appreciation accorded to a State's protection of the unborn necessarily translates into a margin of appreciation for that State as to how it balances the conflicting rights of the mother).

contradictorios de la madre.

En este punto, el TEDH recurre a la socorrida sobre generalización que pretende encubrir cada aborto en el dilema que sí habría confrontado la ciencia en siglos anteriores y que la medicina ya tiene resuelto: “Nunca es posible salvar al no nacido, sin sacrificar a la madre”. Con esta herramienta, el TEDH precisó que “la Corte tiene que supervisar si la interferencia constituye un equilibrio justo de los intereses contradictorios involucrados (...). La prohibición de un aborto para proteger la vida de la persona nonata no se justifica automáticamente en virtud del Convenio sobre la base de deferencia sin restricciones a la protección de la vida prenatal o sobre la base de que el derecho de la futura mamá al respeto de su vida privada es de menor talla”²².

El TEDH también tiene en su haber pronunciamientos respecto a la práctica de la FIV. Uno de los casos más publicitados fue el caso *Evans Vs. Reino Unido*, sobre la presunta violación del derecho a la vida de los embriones preservados debido a que la legislación nacional exigía su destrucción ante el retiro del consentimiento de la pareja de la peticionaria sobre su implantación. La Gran Cámara del TEDH reiteró su jurisprudencia establecida en el *Caso Vo. Vs. Francia*, señalando que:

En la ausencia de un consenso Europeo en relación con la definición científica y legal del inicio a la vida, el problema de cuándo el derecho a la vida inicia viene dentro del margen de apreciación que la Corte generalmente considera que los Estados deberían disfrutar en esta esfera. Dentro de la ley británica, tal y como fue señalado por los tribunales internos en el presente caso del peticionario (...), un embrión no tiene derechos independientes o intereses y no puede alegar –o alegar en su nombre– un derecho a la vida dentro del artículo 2.

La Gran Cámara del TEDH confirmó la decisión respecto a la no violación del derecho a la vida, consagrado en el artículo 2, al indicar que “los embriones creados por el peticionario y su pareja no tienen el derecho a la vida dentro del significado del artículo 2 de la Convención y que no ha, por lo tanto, habido una violación a tal provisión”²³.

²² TEDH, *Caso A, B y C vs. Irlanda*, (Nº 25579/05), Sentencia de 16 de diciembre de 2010, párr. 238. (“this margin of appreciation is not unlimited” “the Court must supervise whether the interference constitutes a proportionate balancing of the competing interests involved [...]. A prohibition of abortion to protect unborn life is not therefore automatically justified under the Convention on the basis of unqualified deference to the protection of pre-natal life or on the basis that the expectant mother’s right to respect for her private life is of a lesser stature”).

²³ *Vid.* TEDH, *Caso Evans Vs. Reino Unido*, (No. 6339/05), Sentencia de 10 de abril de 2007, párr. 56. “the embryos created by the applicant and [her partner] do not have a right to life within the meaning of Article 2 of the Convention, and that there has not, therefore,

En los *Casos S.H. vs. Austria*²⁴, y *Costa y Pavan vs. Italia*²⁵, que trataron, respectivamente, de la regulación de la FIV respecto a la donación de óvulos y espermatozoides por terceros, y del diagnóstico genético preimplantacional, el TEDH ni siquiera se refirió a una presunta violación de un derecho propio de los embriones.

4. El caso de la FIV

Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente

(Artículo 4.1 de la Convención Americana de DD.HH.)

Es creciente la discordancia que se da entre el texto de las normas de promoción de los Derechos Humanos y la forma en que son aplicadas. Y entre estas y las declaraciones de sedicentes defensores de los Derechos Humanos. En diversos círculos, se acepta sin escrúpulos, cada vez con más frecuencia, que la proclamación de tales derechos solo conlleva la adhesión formal a las reglas humanitarias. No obstante, es necesario que la discordancia sea expuesta antes que el estupor dé paso a la aceptación mecánica de esta degradación del Derecho; a la complacencia.

Afirmar sistemáticamente que es lícito matar al nonato es una forma de la corrupción del Derecho. Como lo afirma el Papa Francisco, la corrupción es un pecado elevado a sistema. En esta, como en otras de sus expresiones, la corrupción, es un proceso de muerte²⁶.

“La corrupción es en sí misma también un proceso de muerte: cuando la vida muere, hay corrupción”. “(...) hay pocas cosas más difíciles que abrir una brecha en un corazón corrupto”²⁷. “El corrupto no puede aceptar la crítica, descalifica a quien la hace, busca disminuir cualquiera autoridad moral que pueda cuestionarlo”²⁸, incluso ataca con insultos a todo el que piense diferente y si puede lo persigue, denunció.

been a violation of that provision”.

²⁴ Cfr. TEDH, *Caso S.H. y otros Vs. Austria*, (No. 57813/00), Sentencia de 3 de noviembre de 2011.

²⁵ Cfr. TEDH, *Caso Costa y Pavan Vs. Italia*, (No. 54270/10). Sentencia de 28 de agosto de 2012.

²⁶ Vid. <https://www.aciprensa.com/noticias/papa-francisco-la-corrupcion-es-un-mal-mas-grande-que-el-pecado-34503/>

²⁷ Vid. <https://www.aciprensa.com/noticias/papa-francisco-la-corrupcion-es-un-mal-mas-grande-que-el-pecado-34503/>

²⁸ *Ibidem*.

En un ambiente de triunfalismo, la corrupción “se pavonea para menospreciar a los otros. El corrupto no conoce la hermandad o la amistad, sino la complicidad y la enemistad”²⁹.

En su discurso, el Santo Padre, también señaló que “La corrupción es un mal más grande que el pecado. Más que ser perdonado, este mal debe ser curado”. Este flagelo “se ha vuelto natural, al punto de llegar a constituir un estado personal y social ligado a la costumbre, una práctica habitual (...) Es la victoria de la apariencia sobre la realidad y de la desfachatez impúdica sobre la discreción honorable”³⁰.

El Papa también se refirió a la corrupción dentro del sistema judicial al denunciar las sanciones selectivas: “Es como una red que captura sólo los peces pequeños, mientras deja a los grandes libres en el mar”. “Las formas de corrupción que se necesita con mayor severidad son aquellas que causan graves daños sociales, sea en materia económica y social, como en cualquier tipo de obstáculo que interfiere al ejercicio de la justicia con la intención de procurar la impunidad de los propios delitos o de terceros”.

“Sin embargo, la corrupción no puede contra la esperanza”³¹, aseguró el Papa, que alentó a los expertos a tener siempre como objetivo el respeto a la dignidad humana.³²

La evolución que ha seguido la promoción de los derechos fundamentales muestra esta forma y los grados a que puede llegar la confusión o la corrupción en el Derecho. Alexy señala un hito en la jurisprudencia³³. Es la famosa sentencia del caso Lüth en la que el Tribunal Constitucional Alemán enlaza tres ideas que devinieron emblemáticas del Derecho Constitucional post II Guerra Mundial.

Una primera línea de base indica que los derechos fundamentales no son solo reglas. Tienen, en esencia, el carácter de principios. Al caso de Costa Rica que se trata en este ensayo, resulta pertinente la primera de estas ideas, puesto que el caso se refiere al derecho fundamental a la vida. Según esta línea de base, la garantía constitucional de los derechos individuales no se agota en la de clásicos derechos de defensa del ciudadano frente al Estado: Como lo explica la sentencia del Tribunal

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibidem*

³² El Santo Padre hizo esta advertencia en el discurso que dirigió a una delegación de la Asociación Internacional de Derecho Penal. Roma, 2014.

<https://www.aciprensa.com/noticias/papa-francisco-la-corrupcion-es-un-mal-mas-grande-que-el-pecado-34503/>

³³ Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*

www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf

Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*. Robert ALEXY.

Constitucional alemán, los derechos fundamentales son el compendio de principios básicos, de un orden de valores objetivos.

La segunda línea de base consiste en el “efecto irradiación” sobre todo el sistema jurídico. Esta segunda idea, sostiene que los valores o principios *ius* fundamentales no valen únicamente para la relación entre el Estado y el ciudadano, sino mucho más allá de eso, “para todos los ámbitos del derecho”. La omnipresencia de los derechos fundamentales pues estos se vuelven ubicuos. En la sentencia de la CIDDHH, se pretende ignorar los principios que sostienen el derecho fundamental a la vida humana para crear un laberinto de pretensiones que culminan en la precedencia de los derechos a la indemnización y pago de perjuicios por parte del Estado a favor de quienes insisten en acabar con la vida de embriones humanos.

La tercera idea resulta de la estructura de los valores y los principios: unos como otros tienden a colisionar. Una colisión de principios solo puede resolverse por ponderación; el mensaje más importante de la sentencia del caso Lüth para la vida jurídica cotidiana dice entonces: “por tanto, una ‘ponderación de bienes’ será necesaria”. El Tribunal Constitucional Federal ha siempre avanzado el camino que tomó con la decisión del caso Lüth. Con todo esto, bajo el punto de vista metodológico, el concepto capital es el de ponderación; en vez de oponerse una teoría amplia y comprehensiva a otra estricta, podrían confrontarse un modelo ponderativo y otro de subsunción. Esto permite formular las siguientes preguntas: ¿cuál de ambas teorías conduce a más racionalidad (*Rationalität*) en el juicio constitucional? ¿La que requiere una subsunción o la que exige una ponderación?

Esta parte del ensayo trata específicamente de la Fertilización in vitro (FIV) desde el punto de vista jurídico, y de un proceso emblemático como es el incoado contra Costa Rica ante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDDHH) por haber prohibido la práctica de la FIV, como medida costarricense de defensa del derecho a la vida humana. Costa Rica considera que es aplicable el artículo 4.1 de la Convención Americana, a este emblemático caso que fue materia del pronunciamiento del Tribunal Interamericano de San José de Costa Rica.

Para introducirse en materia, la Corte Suprema de Costa Rica se planteó esta pregunta que tiene trascendental importancia en el asunto que aquí se discute, ¿cuándo comienza la vida humana?, pues debe definirse desde cuándo el ser humano es sujeto de protección jurídica.

Para responderse, concede que existen divergencias entre los especialistas acerca de la identidad del embrión humano. Mientras hay quienes lo consideran una entidad que solo posee un simple potencial de vida. Otros lo consideran la forma original del ser o la forma más joven de un ser y opinan que no existe el término pre-embrión, pues antes del embrión, en el estadio precedente, hay un espermatozoide y un óvulo. Es decir que todo ser humano tiene un comienzo único que se produce

en el momento mismo de la fertilización.

El espermatozoide fecunda al óvulo y, al instante del encuentro de los veintitrés cromosomas del espermatozoide y los veintitrés cromosomas del ovocito, se convierte en un cigoto. Esta célula contiene toda la información necesaria y suficiente para definir las características de un nuevo ser humano, con todo lo que le permitirá evolucionar hacia el individuo. Se está ya ante un diminuto y singular ser humano, rigurosamente diferente de cualquier otro. En resumen, en cuanto se ha producido la fertilización, el ser vivo y humano que se forma es ya una persona, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico³⁴.

Este es el núcleo del problema traído para su juzgamiento ante la CIDDHH; núcleo que condiciona a todos los demás en el presente caso y que clama por la vigencia del artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Sin dejar de mencionar que a la CIDDHH le corresponde interpretar y aplicar la Convención, es decir, precisar lo que la voluntad de los Estados expresaron en la Convención y acuerdos y práctica posteriores, de suerte de poder exigirles aquello a lo que efectivamente se comprometieron.

Pero la CIDDHH evade el tratamiento de este problema. Más aún, se arroga la función normativa que le corresponde a los Estados, que son los únicos habilitados para eventualmente modificar la Convención. Esta digresión conduce a resultados inesperados. Así lo grafica el voto disidente el Juez de la CIDDHH don Eduardo Vio Grossi. El magistrado señala que en este núcleo se identifica dos temas principales.

El primero se refiere precisamente al análisis del artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, por estimar que es su violación la que en definitiva y preferentemente se alega en autos.

Y el segundo dice relación con la inflexión jurisprudencial experimentada por la Sentencia en cuanto a la interpretación de ese artículo.

Como en la mayoría de Estados democráticos, en Costa Rica solo el Poder Legislativo está autorizado para expedir normas de alcance universal vinculadas a los Derechos Humanos. Pero, el 3 de febrero de 1995, el Ministerio de Salud emitió el Decreto Ejecutivo No. 24029-S por el que autorizaba la práctica y regulaba la ejecución de la FIV para parejas de cónyuges. También definía las técnicas de reproducción asistida como “todas aquellas técnicas artificiales en las que la unión del óvulo y el espermatozoide se logra mediante una forma de manipulación directa de las células germinales a nivel de laboratorio”.

Dos meses después, (el 7 de abril de 1995) un ciudadano, don Hermes Navarro del

³⁴ Véase en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf (p. 25).

Valle, demandó que se declare la inconstitucionalidad del mencionado Decreto Ejecutivo por violación del Derecho a la Vida y requirió, además, que:

- i) Se declarara inconstitucional la práctica de la fertilización in vitro, y
- ii) “Se instruya a las autoridades públicas a mantener un control minucioso de la práctica médica, para que dichos actos no se vuelvan a producir”.

Esta acción de inconstitucionalidad, considera, en resumen, la siguiente fundamentación:

- i) “El porcentaje de malformaciones en general fue mayor al registrado en la fertilización natural”;
- ii) “La práctica generalizada de la FIV violenta la vida humana y por las características privadas y aisladas (...) en que toma lugar dicha inseminación, cualquier reglamentación sería de difícil implementación y de difícil control por el Estado”;
- iii) “La vida humana se inicia desde el momento de la fertilización, por lo tanto, cualquier eliminación o destrucción de concebidos - voluntaria o derivada de la impericia del médico o de la inexactitud de la técnica utilizada - resultaría en una evidente violación al derecho a la vida contenido” en la Constitución costarricense”;
- iv) También se hizo referencia a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a la Convención sobre los derechos del niño;
- v) “El negocio de la fertilización in vitro es un negocio (...) no cura (...) una enfermedad, ni es un tratamiento de emergencia para salvar una vida”, y
- vi) “Es tan violatorio el eliminar concebidos, o sea niños, tirándolos al basurero, como eliminarlos de forma deliberada debido a la falta de técnica en el proceso, pretendiendo jugar una especie de ‘ruleta rusa’ con los seis niños introducidos en la madre”.

En efecto, fertilización in vitro (FIV) es el legado del científico británico Sir Robert Edwards (1926 - 2013) pionero del proceso que la humanidad conocería como “*test tube baby*”. Dedicó su carrera al desarrollo de la FIV y definió su proyecto como la búsqueda de “(...) una técnica que posibilite la concepción a mujeres que sufren de ciertas formas de infertilidad.”

Pasados unos años, la CIDDHH³⁵ pasó a definir la FIV como:

“Un procedimiento en el cual los óvulos de una mujer son removidos de sus ovarios, ellos son, entonces, fertilizados con espermatozoides en un procedimiento de laboratorio. Una vez concluido esto, el óvulo fertilizado (embrión) es devuelto al útero de la mujer”³⁶.

Sobre el desarrollo embrionario en la FIV, existen cinco etapas de dicho desarrollo que duran en total cinco días.

Las fases del proceso de la FIV son las siguientes³⁷:

- i) Inducción a la ovulación;
- ii) Aspiración de los óvulos contenidos en los ovarios;
- iii) Inseminación de óvulos con espermatozoides;
- iv) Observación del proceso de fertilización e incubación de los embriones,
- v) Transferencia embrionaria al útero materno.

El primer nacimiento de un bebé producto de la FIV ocurrió en Inglaterra en 1978³⁸. En Latinoamérica, el nacimiento del primer bebé producto de la FIV y la transferencia embrionaria fueron reportados en 1984 en Argentina³⁹. Desde que fuera reportado el nacimiento de la primera persona como resultado de Técnicas de Reproducción Asistida (en adelante “TRA”), “cinco millones de personas han nacido en el mundo gracias a los avances de esta tecnología”⁴⁰. El resultado:

³⁵ Cfr. Resumen escrito del peritaje rendido por Anthony Caruso en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, tomo VI, folio 2937.214). *Vid.* Caso Artavia Artavia Murillo y otros (“Fecundación in Vitro”) Vs Costa Rica. pp.21-22.

³⁶ Al respecto, el perito Zegrís-Hochschild indicó que “la fertilización no puede ocurrir, sino existe trompa de Falopio el desarrollo embrionario no puede ocurrir, si los espermatozoides depositados en la vagina no tienen la capacidad de llegar a la trompa no hay fertilización, lo mismo que si los espermatozoides llegan pero no son capaces de fecundar”. Declaración rendida por el perito Zegrís-Hochschild celebrado en el presente caso. Asimismo, Resumen escrito del peritaje rendido por Anthony Caruso en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, tomo VI, folio 2937. 210), y Declaración de la declarante Ribas (expediente de fondo, tomo V, folio 2243).

³⁷ Cfr. Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegrís-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, tomo VI, folios 2825 a 2830); Declaración ante fedatario público de la perita Garza (expediente de fondo, tomo V, folio 2559), y Declaración de la declarante a título informativo Ribas (expediente de fondo, tomo V, folios 2245 a 2248).

³⁸ Cfr. Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegrís-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, tomo VI, folio 2821), y Declaración de la declarante a título informativo Ribas (expediente de fondo, tomo V, folio 2242). *Ibidem*.

³⁹ Cfr. Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegrís-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, tomo VI, folio 2822). *Ib'idem*.

⁴⁰ Cfr. Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegrís-Hochschild en la audiencia

Millones de personas (las mayores, en los alrededores de los 30 años) que no hubiesen nacido. Al amparo de la inconsulta autorización expedida por el Ministerio de Salud, la FIV fue practicada en Costa Rica entre 1995 y 2000 por la entidad privada denominada "Instituto Costarricense de Infertilidad". En ese lapso nacieron 15 costarricenses.

Asimismo, "anualmente, se realizan millones de procedimientos de TRA".

Las estimaciones para 2008, comprendían 1.600.000 tratamientos que dieron origen a 400.000 personas nacidas entre 2008 y septiembre de 2009 en el mundo. En Latinoamérica "se estima que entre 1990 y 2010, 150.000 personas han nacido de acuerdo con el Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida".

De la prueba que obra en el expediente, Costa Rica es el único Estado en el mundo que prohíbe de manera expresa la FIV.

Según los epígonos de Sir Robert, esas vidas son su legado. No obstante, el rumbo que ha tomado su iniciativa científica, la ha convertido en una herramienta controversial. La más importante, la crítica que descalifica estos trabajos es la que propone que los experimentos para optimizar la FIV han devenido en procedimientos para lograr la formación de más embriones de los que serán implantados. Lo que hace lugar para que los excedentes sean desechados impunemente. Esto es, desde el punto de vista jurídico, quitar la vida, deliberadamente, a un ser humano. Por otro lado, la evolución de estos experimentos, los ha convertido en una industria, en una contribución a la corriente que trata al cuerpo humano como una mercancía; como objeto (y no sujeto, como lo proclama la teoría de los Derechos Humanos). Y a la mujer, como si fuese una máquina incubadora. Desde luego, la FIV es en sí ilícita y contraria a la dignidad de la procreación y de la unión conyugal. Aun cuando se pusiera todos los medios para evitar la muerte del embrión humano.

Desde una perspectiva jurídica, estas observaciones no son inocuas puesto que los adelantos tecnológicos en el campo de la fertilidad traen nuevos retos y nuevas preguntas en torno a la dignidad del ser humano y de la procreación. Tampoco se puede soslayar la crítica con respecto a la moralidad de algunos procedimientos. No es fácil identificar qué estadios del proceso que sigue la FIV o cuáles son las técnicas de fertilización que concuerdan con el respeto a la dignidad de los seres humanos implicados.

Son particularmente importantes las observaciones acerca de la esterilidad y la fertilización artificial homóloga -es decir- la técnica encaminada al logro de una concepción humana mediante la unión *in vitro* de gametos de quienes son esposos.

pública ante la Corte (expediente de fondo, Tomo VI, folios 2821 a 2822). *Ibidem*.

En principio, el acto conyugal tiene dos significados: uno unitivo y otro procreador. El mismo acto por el que los esposos se unen en una sola carne, es el que los hace idóneos para engendrar una nueva vida. Hay una indestructible conexión entre estos dos significados del acto conyugal; conexión que ni el juzgador ni el legislador pueden romper por propia iniciativa. Por tanto, el hijo ha de ser el fruto de la donación recíproca realizada en el acto conyugal, en el que los esposos cooperan como servidores y no como dueños⁴¹. El origen de una persona humana no puede ser querida ni concebida como el producto de una intervención de técnicas médicas y biológicas: esto equivaldría a reducirlo a ser objeto de una tecnología científica; objeto comerciable; objeto de Derecho.

Esta doctrina aclara el problema moral de la fertilización artificial homóloga. La fertilización artificial deja la procreación fuera del acto conyugal, es decir del gesto específico de la unión de los esposos. Si, por un lado, la contracepción priva intencionalmente al acto conyugal de su apertura a la procreación; en el otro extremo, la fertilización artificial intenta una procreación que no es fruto de la unión específicamente conyugal.

Para los fines de una procreación humana responsable, el deseo de un hijo es un requisito necesario, pero insuficiente para alcanzar una justificación positiva de la fertilización *in vitro* entre los esposos.

El proceso incoado por don Hermes Navarro del Valle en abril de 1995 culminó el 15 de marzo de 2000, cuando la Sala Constitucional de la Corte Suprema emitió sentencia, declarando fundada la acción, y, por ende, nulo por inconstitucional el Decreto Ejecutivo No. 24029-S.

La Sala Constitucional dejó claramente establecido que el Decreto Ejecutivo anulado incurría en “infracción del principio de reserva legal”, según el cual “solamente mediante ley formal, emanada del Poder Legislativo, por el procedimiento previsto en la Constitución para la emisión de las leyes, es posible regular y, en su caso, restringir los derechos y libertades fundamentales”. Es decir que “la regulación de estos derechos (derecho a la vida y a la dignidad del ser humano) por el Poder Ejecutivo resultaba incompatible con el Derecho de la Constitución”. Sus fundamentos, en resumen son:

- i) “El ser humano es titular de un derecho a no ser privado de su vida ni a sufrir ataques ilegítimos por parte del Estado o de particulares, pero no sólo eso: el poder público y la sociedad civil deben ayudarlo a defenderse de los peligros para su vida”;

⁴¹ RATZINGER, Joseph. *Encíclica Donum Vitae: Sobre el respeto a la vida humana naciente y la dignidad de la procreación*. Sección II, números. 4, 5-8; Roma, 1987, en http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for-human-life_sp.html

- ii) “En cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico”, y
- iii) “Como el derecho a la vida se declara a favor de todos, sin excepción, debe protegerse tanto en el ser ya nacido como en el por nacer”.

La Corte Suprema invocó la normativa internacional que, según su sentencia, (...) establece principios rectores sólidos en relación con el tema de la vida humana. Citó el artículo I de la Declaración Americana, el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 4 de la Convención Americana.

Respecto al artículo 4 de la Convención, la Sala consideró que “este instrumento internacional da un paso decisivo, pues tutela el derecho a la vida a partir del momento de la concepción además se prohíbe tajantemente imponer la pena de muerte a una mujer en estado de gravidez, lo que constituye una protección directa y, por ende, un reconocimiento pleno de la personalidad jurídica y real del no nacido y de sus derechos”.

También hizo referencia al artículo 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Sobre este punto, la Corte Suprema concluyó que “las normas citadas imponen la obligación de proteger al embrión contra los abusos a que puede ser sometido en un laboratorio y, especialmente del más grave de ellos, el capaz de eliminar la existencia”.

4.1 El status biológico del embrión. ¿Es el embrión un ser humano?

Edwards nunca tuvo dudas acerca del status biológico del embrión. A todos, incluyendo el embrión más temprano, los consideró seres humanos.

En su libro “A Matter of Life,” Edwards y su colaborador, Patrick Steptoe, describen al embrión como “un microscópico ser humano uno que se encuentra en sus estadios más tempranos de desarrollo.”

Lo que Edwards rechazaba fue la ética de la santidad de la vida y el principio de la igualdad de los seres humanos al margen de cualquier condición de discriminación o su grado de dependencia.

Al igual que el filósofo Peter Singer, Edwards distinguía aquellos individuos – innegablemente humanos- quienes, desde su punto de vista, aún no eran merecedores de protección contra la manipulación y las prácticas homicidas -como el aborto y la experimentación embrionaria- distintos de aquellos que tienen ya más tiempo de vida, la edad suficiente para merecer tal protección; al parecer de Edwards.

En la sentencia que fue llevada al CIDDHH, la Corte Suprema costarricense concluyó:

El embrión humano es persona desde el momento de la concepción, por lo que no puede ser tratado como objeto, para fines de investigación, ser sometido a procesos de selección, conservado en congelación, y lo que es fundamental para la Sala, no es legítimo constitucionalmente que sea expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte. (...) La objeción principal de la sala es que la aplicación de la técnica importa una elevada pérdida de embriones, que no puede justificarse en el hecho de que el objetivo de ésta es lograr un ser humano, dotar de un hijo a una pareja que de otra forma no podría tenerlo. Lo esencial es que los embriones cuya vida se procura primero y luego se frustra son seres humanos y el ordenamiento constitucional no admite ninguna distinción entre ellos. (...) Este Tribunal sabe que los avances de la ciencia y la biotecnología son tan vertiginosos que la técnica podría llegar a ser mejorada de tal manera, que los reparos señalados aquí desaparezcan. Sin embargo, las condiciones en las que se aplica actualmente, llevan a concluir que cualquier eliminación o destrucción de concebidos – voluntaria o derivada de la impericia de quien ejecuta la técnica o de la inexactitud de esta – viola su derecho a la vida, por lo que la técnica no es acorde con el Derecho de la Constitución y por ello el reglamento cuestionado es inconstitucional por infracción al artículo 21 de la Constitución Política y 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por contravenir la técnica, considerada en sí misma, el derecho a la vida, debe dejarse expresa constancia de que, ni siquiera por norma de rango legal es posible autorizar legítimamente su aplicación, al menos, se insiste, mientras su desarrollo científico permanezca en el actual estado y signifique el daño consciente de vidas humanas.

La Corte observó también que las tendencias de regulación en el derecho europeo no llevan a la conclusión que el embrión sea tratado de manera igual a una persona o que tenga un derecho a la vida.

4.2 El expediente FIV de Costa Rica

¿Es la FIV un Derecho Humano? Esa es la cuestión que se atribuye la CIDDHH que tiene su sede en San José, Costa Rica y tiene jurisdicción en Centro y Sudamérica en materia de violación de DD HH. Es de esperar que una entidad establecida para la defensa y promoción de los Derechos Humanos perciba cuán irónico resulta que las políticas a favor del aborto hayan sido el caldo de cultivo del aserto que proclama un "derecho fundamental a tener hijos". Lo cual debería derivar en la interdicción de la esterilización forzada, del control de la natalidad, las píldoras del

día siguiente y del aborto, entre otros crímenes de lesa humanidad.

Exagerando un pirotecnia legal, esos derechos “negativos” (aquellos que ostentan los individuos y que el Estado no debe violar) también pueden ser planteados como un “derecho positivo”, es decir el “derecho” a tener descendencia por cualquier medio que se quiera utilizar. Si ello fuese correcto, se podría manipular el criterio para convertirlo en “derecho a la clonación”, “derecho a la paternidad tri-partita”, “derecho a la FIV, a costa de la vida de embriones humanos”, etc.

Es así como, ahora, Costa Rica se sienta en el banquillo de los acusados por haber emitido legislación que impide la eliminación en serie de embriones humanos. Los detractores del derecho a la vida sustentan que, además, la resolución pro-vida de la Corte Suprema atenta contra el derecho de los infértiles a tener descendencia consanguínea, en contra del derecho a la intimidad y contra la paternidad tri-partita, según la denuncia presentada por 9 parejas de esposos, presuntas víctimas de tal resolución suprema.

La resolución costarricense impugnada es aquella expedida por la Corte Suprema que declaró que es inconstitucional que el Ministerio de Salud expida normas, como la que autoriza la experimentación de la FIV con seres humanos, por cuanto, según la Constitución de Costa Rica, solo el Congreso puede emitir normas vinculadas a los Derechos Humanos. Pero, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos indicó que el caso se relaciona con alegadas violaciones de derechos humanos que habrían ocurrido como consecuencia de la presunta prohibición general de practicar la Fertilización *in vitro* que había estado vigente en Costa Rica desde el año 2000. Entre otros aspectos, se alegó que esta prohibición absoluta constituyó una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada y familiar y a formar una familia. Asimismo, se alegó que la prohibición constituyó una violación del derecho a la igualdad de las víctimas, en tanto que el Estado les impidió el acceso a un tratamiento que les hubiera permitido superar su situación de desventaja respecto de la posibilidad de tener descendencia biológica; con un impacto emocional desproporcionado en las mujeres.

Es así que la CIDDDHH decidió que Costa Rica sí había infringido Derechos Humanos básicos al prohibir la FIV. Más aún, se propuso exigir a Costa Rica que levante la prohibición, que indemnice a las supuestas víctimas; y que implante y subvencione la FIV.

Se recuerda que la materia de discusión fue la inconstitucionalidad declarada por la Corte Suprema respecto de un decreto del Ministerio de Salud que se arroga la facultad de normar sobre Derechos Humanos, facultad que es exclusiva del Poder Legislativo. En el otro extremo, el fallo declara llanamente que el Derecho a la Vida del embrión no es materia relevante.

Un fallo de la CIDDHH de tal naturaleza establecerá un pésimo precedente en el campo de la regulación relativa a la salud y la vida humana. Allí se encuentran los experimentos con seres humanos, tales como las pruebas con nuevos fármacos. Esta preocupación debiera estar relacionada con el pretendido “derecho” a la FIV. Al menos, podría preguntarse si tiene alguna lógica el estigmatizarse a un Estado por el hecho de prohibir experimentos en seres humanos; experimentos de pronóstico impredecible, de riesgo extremado para los pacientes objeto del experimento, y que, necesariamente, producen la eliminación arbitraria de embriones humanos. Tampoco es fácil ubicar a quién beneficiaría este legado. Pero hay, entre muchos otros, un gran perjudicado que debiera suscitar el interés de los jus-humanistas: el principio *pro-homine*.

4.3 El legado de la FIV: criaturas enfermas

En cualquier proceso de FIV, es ineludible la implantación de múltiples embriones, luego de quitar la vida, *ad libitum*, a otra cantidad mayor de embriones “excedentes” del experimento. Como resultado del mismo, se obtiene, en el mejor de los casos, el nacimiento de niños que, en elevado porcentaje, serán enfermos o con algún impedimento. Pero ellos serán los pocos afortunados. La mayoría de los embriones serán privados de la vida, arbitrariamente, por los experimentadores.

Pero, el Tribunal de DD.HH. desdeñó la materia original del reclamo, la inconstitucionalidad del decreto del Ministerio de Salud; pero sí hizo tal ponderación de los Derechos Humanos que terminó colocando al Derecho a la Vida en el nivel de las consideraciones jurídicas inocuas. Para ello, el Tribunal recibió 49 escritos en calidad de *amicus curiae* presentados por:

- i) Mónica Arango Olaya, Directora Regional para América Latina y el Caribe del Centro de Derechos Reproductivos, y María Alejandra Cárdenas Cerón, Asesora Legal de dicho Centro;
- ii) Marcela Leandro Ulloa del Grupo a Favor del In Vitro; 3) Filomena Gallo, Nicola Paoletti y Claudia Sartori, representantes de la Asociación Luca Coscioni per la libertà di ricerca scientifica y del Partito Radicale Nonviolento Transnazionale e Transpartito; (...) 15) Carlos Polo Samaniego, Director de la Oficina para América Latina de Population Research Institute.

Es de dominio público la “epidemia” ocurrida en Canadá, de nacimientos múltiples derivados, por lo general, de la práctica médica de la FIV. Tal es el caso del Dr. John Barrett que fue denunciado por negligencia médica por los padres de trillizos, víctimas de sus experimentos de FIV en el Centro Médico Sunnybrook Health Sciences.

Al admitir y lamentar los nefastos resultados, Barrett emprendió una campaña

destinada a la restricción de la FIV. "What the IVF industry is doing is creating a population of sick babies (...) that is impacting all society," "If it's so obvious the practice is doing harm, why do people still do it? I haven't got the answer to that." (Dr. John Barrett. Conferencia ante la Canadian Fertility and Andrology Society Conference).

La FIV provoca que:

Los mellizos mueran al nacer, en una proporción de 4 a 1 con relación a los concebidos normalmente.

25% de los mellizos deben permanecer por lo menos 18 días en la UCI.

75% de los trillizos deben permanecer 30 días o más en la UCI.

El riesgo de lesión cerebral es 4 veces mayor para los mellizos y 17 veces más alto para los trillizos.

La mujer que espera mellizos tiene 2.6 más posibilidades de padecer presión alta.

4.4 El Decreto Ejecutivo N° 24029- S

Hasta que la CIDDHH expidió la resolución en el caso Artavia, Costa Rica prohibía la práctica de la FIV. De lo actuado en el expediente, se desprende que en los países de la región esta práctica es aceptada, de hecho no hay regulaciones normativas específicas sobre la FIV. De esta constatación, la Corte salta a la conclusión que "(...) dicha práctica generalizada está asociada al principio de protección gradual e incremental -y no absoluta- de la vida prenatal y a la conclusión de que el embrión no puede ser entendido como persona."

En resumen, el núcleo del problema materia de la *litis* ante la CIDDHH es la interpretación de la vigencia del artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos ante la eliminación de embriones humanos. La posición de Costa Rica no puede ser más nítida: la eliminación de vidas humanas constituye flagrante violación del derecho a la vida. Pero la CIDDHH evade el tratamiento de este problema. La evasión conducirá a resultados tan inesperados como la inflexión jurisprudencial experimentada por la Sentencia en cuanto a la interpretación de ese artículo.

Para arribar a la inflexión, la CIDDHH llega a afirmar que "(...) el objeto y fin del artículo 4.1 de la Convención es que no se entienda el derecho a la vida como un derecho absoluto, cuya alegada protección pueda justificar la negación total de otros derechos."

De esta inferencia, la CIDDHH llega a otras igualmente sorprendentes:

- No es admisible el argumento del Estado en el sentido de que sus normas constitucionales otorgan una mayor protección del derecho a la vida y, por consiguiente, procede hacer prevalecer este derecho en forma absoluta.
- Se niega la existencia de derechos que pueden ser objeto de "restricciones desproporcionadas" bajo una defensa de la protección absoluta del derecho a la vida, lo cual, según la CIDDHH, sería contrario a la tutela de los derechos humanos, aspecto que constituye el objeto y fin del tratado.
- En aplicación del principio de interpretación más favorable, la alegada "protección más amplia" en el ámbito interno no puede permitir, ni justificar la supresión del goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella.

La Corte acude al concepto de la necesidad del "adecuado balance de posibles derechos en conflicto." A cualquier peruano le espantaría aplicar cualquiera de estas inferencias a los luctuosos casos de terrorismo de Estado que acongojaron el país en las últimas décadas del S. XX. Pero la CIDDHH invoca tal concepto para interpretar los alcances de la cláusula "en general, desde la concepción" (artículo 4.1 de la Convención) para estimar que todo intento por proteger el derecho a la vida debe ser armonizado con los derechos fundamentales de otras personas, especialmente de la madre. Para el caso en cuestión, la CIDDHH hace el parangón entre el derecho a la vida y los derechos a la integridad personal, libertad personal y a la vida privada y familiar. Coloca entre estos últimos, aunque sin establecer un nexo claro, la decisión de tener hijos biológicos a través del acceso a técnicas de reproducción asistida. Agrega que esta decisión también afecta la autonomía y la identidad de una persona tanto en su dimensión individual como de pareja. (...)

Confrontados estos derechos, la CIDDHH sostiene que el derecho a la vida humana puede ser restringido (en este caso, anulado) por los Estados siempre que los otros derechos (en este caso el supuesto derecho a la FIV) persiga "un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad". Más aún, el "derecho absoluto a la vida del embrión" como base para la restricción de los derechos involucrados, no tiene sustento en la Convención Americana (supra párr. 264).

Con estos argumentos, la CIDDHH se exonera de la ímproba obligación de un analizar cada uno de dichos requisitos. También se exonera de la obligación de congruencia que tienen todos los jueces: valorar los argumentos de la resolución de la Corte Suprema denunciada, es decir la declaración de inconstitucionalidad en sentido formal por la violación del principio de la reserva de ley en que incurrió el

Ministerio de Salud al expedir un decreto que dejaba sin efecto el derecho a la vida del embrión humano. Para que no quede duda, la CIDDHH sostiene que es desmedida la protección de la vida del embrión con relación al sacrificio de la privación del derecho a la FIV.

La CIDDHH insiste en vincular, sin explicar cómo, el supuesto derecho a la FIV con los derechos a la vida privada y a fundar una familia y en confrontar estos derechos con el derecho a la vida humana. Para efectuar esta ponderación, sostiene, se debe analizar:

- El grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada;
- La importancia de la satisfacción del bien contrario, y
- Si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro.

La CIDDHH sostiene es lícito sacrificar vidas humanas en aras de la defensa de la FIV. El sustento es original: acudir al cirujano es una afectación al derecho a la intimidad, puesto que exige exponer aspectos que hacen parte de la vida privada del paciente; y trae a colación la situación de una de las denunciadas, la señora Carro Maklouf expresó que sintió “una indescriptible intromisión a su vida privada” y recaló que para sus otros hijos “también era una ilusión tener un hermanito, ya que ellos eran adultos”.

En segundo lugar, insiste en que es lícito sacrificar vidas humanas cuando se trata de evitar la afectación de la autonomía personal y del proyecto de vida de las parejas. Tal fallo se sustenta en que se verifica que la prohibición de la FIV afectó con mayor impacto los planes de vida de las parejas cuya única opción de procrear es la FIV, (...) En dudosa defensa de tan singular argumento, la misma CIDDHH alude confusamente a la denunciante señora Arroyo Fonseca, “quien había intentado varias inseminaciones y quien a la postre pudo tener hijos, manifestó que en su momento “no tuvo la oportunidad de superar su problema de infertilidad con una técnica de reproducción asistida que en ese momento le hubiera permitido tener más hijos”. Con lo que, al paso, la CIDDHH confirma la falsedad de la alegación de infertilidad. Aunque la infertilidad, aún si es cierta y definitiva, jamás podría justificar la aniquilación de una vida humana.

En tercer lugar, la CIDDHH desdeña el impacto psicológico en cada uno de los progenitores, que puede tener la privación de la vida de sus embriones, por decisión de esos mismos progenitores. Pero sí menciona que se vio afectada la integridad psicológica de los denunciados al negarles la posibilidad de acceder a un procedimiento que, según afirma la CIDDHH, hace posible desplegar la libertad reproductiva deseada; afectación que justificaría la aniquilación de las vidas de sus embriones. Lo confuso de la resolución internacional se afianza con la mención que se hace de la afirmación de la señora Artavia Murillo quien declaró que la decisión

estatal “llevó al fracaso de su relación matrimonial por las depresiones que sufrieron a raíz de tal prohibición (FIV) tanto de su ex marido como las suyas siendo esto que lo mejor fuera que termináramos la misma, dejando aun una herida más grande, y con un daño moral incalculable”. El menosprecio de la institución de la familia en que incurren denunciantes y juzgadores es de difícil explicación.

En un cuarto sustento del fallo internacional, se alude a la posible discriminación indirecta en que Costa Rica habría incurrido en el presente caso, en relación con la situación de discapacidad, el género y la situación económica, supuestamente en contra de los denunciantes quienes habrían sufrido una interferencia severa en relación con la toma de decisiones. Aunque debe tenerse en cuenta que la prohibición de matar embriones era *erga omnes*.

Es notable que, aún con este acervo argumental, la CIDDDHH elude expresamente su obligación de pronunciarse sobre los alegatos del Estado respecto a que, como cualquier otro Estado, cuenta con un margen constitucional de apreciación para establecer prohibiciones como la efectuada por la Corte Suprema.

Como resultado de este análisis, en su fallo, la CIDDDHH:

- Reprueba en primer lugar la protección que confiere Costa Rica al derecho a la vida humana;
- En segundo término acusa a Costa Rica de haber priorizado el derecho a la vida sobre un supuesto derecho a aniquilar embriones humanos;

Por tanto, la Corte concluye que Costa Rica partió, -erróneamente- de una protección absoluta del embrión que, al no ponderar ni tener en cuenta los otros derechos en conflicto, implicó una arbitraria y excesiva intervención en la vida privada y familiar que hizo desproporcionada la interferencia. Asimismo, la interferencia tuvo efectos discriminatorios. Por todo lo cual, la CIDDDHH declara -por cinco votos a favor y uno en contra- que Costa Rica, al defender la vida de los embriones humanos, ha incurrido en la violación de los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de los denunciantes.

Al respecto, la Sentencia señala que procede, como primer asunto de fondo, “a determinar el alcance de los derechos a la integridad personal y a la vida privada y familiar, en lo relevante para resolver la controversia”.

Y posteriormente indica que “el objeto del presente caso se centra en establecer si la sentencia de la Sala Constitucional generó una restricción desproporcionada de los derechos de las presuntas víctimas”.

La Sentencia se está, evidentemente, refiriendo a la Resolución del 15 de marzo de

2000 de la Sala Constitucional de su Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica, en adelante la Resolución, por la que declaró inconstitucional el Decreto Ejecutivo N° 24029-S, del 3 de febrero de 1995, que reglamentaba la Fertilización in Vitro, por infracción al artículo 4.1 de aquella (“Derecho a la Vida”).

Sobre el particular, la Sentencia expresa que “al comprobarse que existió una injerencia tanto por el efecto prohibitivo que en general causó la sentencia de la Sala Constitucional, así como el impacto que lo anterior produjo en las presuntas víctimas en el presente caso, la Corte considera que es necesario entrar a analizar si dicha injerencia o restricción se encuentra justificada” y por eso “estima pertinente analizar en detalle el argumento principal desarrollado por la Sala Constitucional:

Que la Convención obliga a efectuar una protección absoluta del "derecho a la vida" del embrión y, en consecuencia, obliga a prohibir la FIV por implicar la pérdida de embriones”, añadiendo posteriormente que, “analizará si la interpretación de la Convención que sustentó las injerencias ocurridas es admisible teniendo en cuenta las fuentes de derecho internacional pertinentes”.

Por tal razón, el asunto de autos no consiste como lo plantea la Sentencia, sino a la inversa.

Efectivamente, considerando las normas consuetudinarias aplicables, en el presente caso se trata de determinar, a la luz de lo previsto en la Convención, si la citada Resolución es internacionalmente lícita o, por el contrario ilícita, lo que implica contrastar, antes que nada, dicho acto estatal con la obligación internacional por él mismo aducida como su justificación, es decir, el citado artículo 4.1, y solo una vez dilucidada esta cuestión se podría abordar la conformidad de la misma con lo contemplado en los señalados artículos 5.1, 11.2, 17.2 y 24.

De manera, entonces, que resultaba más lógico que la Sentencia en comentario hubiese entendido y tratado el presente caso fundamentalmente como una posible violación del señalado artículo 4.1 y no como lo hace⁴².

Al proceder como ha hecho, la Sentencia no solo sigue la lógica procesal y argumental que legítimamente plantearon la Comisión y los Representantes, muy acorde a sus respectivos intereses y roles procesales, por lo demás, sino que de esa forma en definitiva y en la práctica minimiza o subordina todo lo referente al “derecho a la vida” ante los otros mencionados derechos. En tal perspectiva de

⁴² El Art.2 de la Convención establece el: *“Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”*

análisis del caso por la que se opta en la Sentencia, tiene un efecto práctico muy relevante, puesto que conduce, en última instancia, a privilegiar esos derechos por sobre el “derecho a la vida”.

b.- “Y, en general”.

Con relación al sentido y alcance de las palabras “y, en general” que utiliza el mencionado artículo 4.1, habría que tener presente, por de pronto, que la Convención no le da a dicho término un “sentido especial, por lo que habría que recurrir al “sentido corriente” de los mismos. Entre las acepciones que comprende el sentido corriente de la palabra “general”, que son las mismas en el época de la suscripción de la Convención y aún hoy, se hallan las de “común, frecuente, usual” y “común a todos los individuos que constituyen un todo, o a muchos objetos, aunque sean de naturaleza diferente” y entre los significados de los términos “en general” están los de “en común, generalmente” y “sin especificar ni individualizar cosa alguna.”

Para comprender la magnitud del precedente que establece esta sentencia de la CIDDHH, es pertinente transcribir sus párrafos finales⁴³:

“... 314. Una ponderación entre la severidad de la limitación de los derechos involucrados en el presente caso y la importancia de la protección del embrión, permite afirmar que la afectación del derecho a la integridad personal, libertad personal, vida privada, la intimidad, la autonomía reproductiva, el acceso a servicios de salud reproductiva y a fundar una familia es severa y supone una violación de dichos derechos, pues dichos derechos son anulados en la práctica para aquellas personas cuyo único tratamiento posible de la infertilidad era la FIV. Asimismo, la interferencia tuvo un impacto diferenciado en las presuntas víctimas por su situación de discapacidad, los estereotipos de género y, frente a algunas de las presuntas víctimas, por su situación económica.

En contraste, el impacto en la protección del embrión es muy leve, dado que la pérdida embrionaria se presenta tanto en la FIV como en el embarazo natural. La Corte resalta que el embrión, antes de la implantación no está comprendido en los términos del artículo 4 de la Convención y recuerda el principio de protección gradual e incremental de la vida prenatal (*supra* párr. 264).

Por tanto, la Corte concluye que la Sala Constitucional partió de una protección absoluta del embrión que, al no ponderar ni tener en cuenta los otros derechos en conflicto, implicó una arbitraria y excesiva intervención en la vida privada y familiar que hizo desproporcionada la interferencia.

⁴³ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_257_esp.pdf

Asimismo, la interferencia tuvo efectos discriminatorios. Además, teniendo en cuenta estas conclusiones sobre la ponderación y lo ya señalado respecto al artículo 4.1 de la Convención (*supra* párr. 264), la Corte no considera pertinente pronunciarse sobre los alegatos del Estado respecto a que contaría con un margen de apreciación para establecer prohibiciones como la efectuada por la Sala Constitucional⁴⁴.

5. Conclusión final sobre el fondo del caso

Tal vez, las futuras generaciones puedan sopesar la indiferencia o la complacencia con que la actual ha recibido esta inflexión jurisprudencial; pese a la crudeza con la que la CIDDHH declara "... la violación de los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Grettel Artavia Murillo, Miguel Mejías Carballo, Andrea Bianchi Bruna, Germán Alberto Moreno Valencia, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña Cartín, Ileana Henchoz Bolaños, Miguel Antonio Yamuni Zeledón, Claudia María Carro Maklouf, Viktor Hugo Sanabria León, Karen Espinoza Vindas, Héctor Jiménez Acuña, María del Socorro Calderón P., Joaquinita Arroyo Fonseca, Geovanni Antonio Vega, Carlos E. Vargas Solórzano, Julieta González Ledezma y Oriéster Rojas Carranza..."⁴⁵.

Pero la CIDDHH ha utilizado cada posibilidad para hacer más cruda la inflexión jurisprudencial y ha condenado a Costa Rica, como Estado infractor, responsabilizándolo por una "violación de una obligación internacional" por haber cumplido su obligación de promover y defender el derecho a la vida humana. En tal sentido le impone la ejecución de medidas de rehabilitación psicológica, medidas de satisfacción: publicación de la sentencia, garantías de no repetición, medidas estatales que no impidan la práctica de la FIV.

La sentencia llega al extremo de apercibir a Costa Rica, recordándole que "debe prevenir la recurrencia de violaciones a los derechos humanos como las ocurridas y, por eso, adoptar todas las medidas legales, administrativas y de otra índole que sean necesarias para evitar que hechos similares vuelvan a ocurrir en el futuro(...)"⁴⁶ Por lo tanto, Costa Rica deberá adoptar las medidas apropiadas para que quede sin efecto, "con la mayor celeridad posible" la prohibición de practicar la FIV; regular, "a la brevedad", los aspectos que considere necesarios para la implementación de la FIV (...); e implementar la disponibilidad de la FIV en la Caja Costarricense de Seguro Social.

La CIDDHH no se detiene allí. Su sentencia condena de costas y gastos: US\$ 10.000 a favor del representante Gerardo Trejos; la cantidad de US\$ 2.000 a favor del

⁴⁴ Alegatos finales escritos del Estado (expediente de fondo, tomo XI, folio 5314).

⁴⁵ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_257_esp.pdf

⁴⁶ *Ibidem*.

representante May y la cantidad de US\$ 3.000 a favor del representante Molina. Y por concepto de Indemnización compensatoria, condena al pago, por daño material, de mil dólares de los Estados Unidos de América) a favor de cada una de las supuestas víctimas. Por daño inmaterial “(...) en atención a los sufrimientos ocasionados a las víctimas, así como el cambio en las condiciones de vida y las restantes consecuencias de orden inmaterial que sufrieron, la Corte estima pertinente fijar, en equidad, la cantidad de veinte mil dólares para cada una de las víctimas...”⁴⁷.

La sentencia también estipula que Costa Rica debe brindar a las víctimas atención psicológica gratuita y de forma inmediata, hasta por cuatro años, a través de sus instituciones estatales de salud especializadas.

Costa Rica también es condenada a rendir al Tribunal, dentro del plazo de un año, un informe general sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma. Previendo cualquier conducta díscola del Estado condenado, “(...) la Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma”⁴⁸.

6. Epílogo

El argumento central de la sentencia de la CIDDDHH expresa mejor que ningún otro argumento las alegaciones de las tiranías que acuden a los crímenes del terrorismo de Estado para acabar físicamente con sus adversarios.

El voto disidente en la sentencia de la CIDDDHH en el caso Artavia contra Costa Rica corresponde al señor Juez Eduardo Vio Grossi. Su voto, en contraste con el voto mayoritario, sí considera a cabalidad su obligación de defensa y promoción de los derechos humanos. El voto en su parte final sintetiza su posición:

7. Consideraciones finales

Al dar las razones, como se ha hecho precedentemente, por las que no se comparte la Sentencia, se procura al mismo tiempo poner de relieve la importancia que tiene un asunto como el de autos, en donde está en juego nada menos lo que se entiende por “derecho a la vida” y cuando esta última comienza.

En rigor, en ello se ponen en juego no solo concepciones jurídicas, sino también filosóficas, morales, éticas, religiosas, ideológicas, científicas y de otros órdenes, todas las cuales muy legítimamente concurren, en tanto fuentes materiales del Derecho Internacional, a la formación de la correspondiente norma jurídica, la que,

⁴⁷ *Ibidem.*

⁴⁸ *Ibidem.*

empero, luego solo tiene que ser interpretada acorde a las fuentes formales del Derecho Internacional.

Y en el ejercicio de esa función interpretativa, indudablemente que la Corte tiene limitaciones. Ya otros tribunales han resaltado la dificultad de la tarea y aún la improcedencia de que tenga que ser un órgano jurisdiccional el que resuelva algo más propio, aunque no exclusivo, de la ciencia médica y respecto del cual, incluso en ese ámbito, aún no se logra un consenso.

Ahora bien, pese a esas dificultades y en cumplimiento de su mandato, la Corte ha debido dirimir la controversia planteada. Ello, sin embargo, no exime en lo más absoluto a los Estados de cumplir, su turno, el suyo, cual es, en la especie, ejercer la función normativa que les corresponde en este caso, regulándolo conforme lo consideren. De no hacerlo, se corre el serio riesgo, como en alguna medida acontece en autos, no solo de que la Corte incursione en temas de esta naturaleza, los que, por lo mismo, reclaman un pronunciamiento más político, sino también que se vea obligada a asumir dicha función normativa, desnaturalizando su función jurisdiccional y afectando así el funcionamiento de todo el sistema interamericano de derechos humanos⁴⁹.

Pero es necesario retrotraerse a los antecedentes del Derecho europeo para escudriñar los orígenes de la declinación y el abandono en que se ha sumido la defensa y promoción del derecho a la vida. La sentencia del caso Lüth, ya citada en párrafos anteriores, enlaza tres ideas que han marcado fundamentalmente el derecho constitucional.

La primera es que la garantía constitucional de los derechos individuales no se agota en la de clásicos derechos de defensa del ciudadano frente al Estado: los derechos fundamentales encarnan, como dice el Tribunal Constitucional Federal, “también un orden de valores objetivos”; al respecto se discutió qué entendió el tribunal por “orden axiológico objetivo”. Más adelante, él habla simplemente de “los principios (...), que adquieren expresión en los derechos fundamentales”; se puede partir de esto y decir que la primera idea básica del caso Lüth consiste en que los derechos fundamentales no solo tienen el carácter de reglas sino también el de principios.

La segunda, estrechamente vinculada con la primera, es que los valores o principios ius fundamentales no valen únicamente para la relación entre el Estado y el ciudadano, sino mucho más allá de eso, “para todos los ámbitos del derecho”.

Lo expresado lleva a un “efecto de irradiación” de los derechos fundamentales sobre todo el sistema jurídico; los derechos fundamentales se vuelven ubicuos. La tercera idea resulta de la estructura de los valores y los principios: unos como otros

⁴⁹ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_257_esp.pdf

tienden a colisionar. Una colisión de principios solo puede resolverse por ponderación; el mensaje más importante de la sentencia del caso Lüth para la vida jurídica cotidiana dice entonces: “por tanto, una ‘ponderación de bienes’ será necesaria”.

El Tribunal Constitucional Federal ha siempre avanzado el camino que tomó con la decisión del caso Lüth. Con todo esto, bajo el punto de vista metodológico, el concepto capital es el de ponderación; en vez de oponerse una teoría amplia y comprensiva a otra estricta, podrían confrontarse un modelo ponderativo y otro de subsunción. Esto permite formular las siguientes preguntas: ¿cuál de ambas teorías conduce a más racionalidad en el juicio constitucional? ¿La que requiere una subsunción o la que exige una ponderación?

Con la Sentencia se produce, empero, un notable cambio o quiebre con la recién indicada jurisprudencia y ello en tres sentidos. Uno, en cuanto a limitar el alcance de lo que hasta ahora había ella señalado, el otro en relación con la aplicación del artículo 4.1 en cuestión al presente caso y el tercero en cuanto a las interrogantes que no resuelve o responde.

Tal vez no es demasiado tarde para volver a invocar el principio de interpretación más favorable al objeto y fin del Tratado. Téngase en cuenta que la Sentencia, ante la indiferencia o la complacencia mayoritarias, acude a la regla del objeto y fin del tratado a los efectos de demostrar que el derecho a la vida desde la concepción no es absoluto. Al respecto afirma que “el objeto y fin del artículo 4.1 es que no se entienda el derecho a la vida como un derecho absoluto, cuya alegada protección pueda justificar la negación total de otros derechos”⁵⁰.

Parafraseando el texto del voto disidente, se debe repetir que no se puede estar más en desacuerdo con esta apreciación. El objeto y fin del artículo 4.1., visto conforme al principio de buena fe, a los términos del tratado y en el contexto de éstos, no puede ser otro que, efectivamente, la ley proteja el derecho de “toda persona (...) a que se respete su vida y, en general, a partir de la concepción”, vale decir, que efectivamente se proteja ese derecho de toda persona, incluido, por tanto, el del concebido o no nacido aún. Pero, aún hay lugar a la esperanza, en la sabiduría de las personas humildes y transparentes; y en la misericordia que es la irrupción de otro criterio, de un criterio nuevo: mucho más allá de los cálculos, de los razonamientos humanos sobre la justicia. Como lo ha proclamado el Papa Francisco: “La compasión vence la globalización de la indiferencia. Practicar obras de misericordia es la piedra de parangón de los cristianos”⁵¹.

⁵⁰ www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf

Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*

⁵¹ Papa Francisco EL NOMBRE DE DIOS ES MISERICORDIA, en <http://www.planetadelibros.com/el-nombre-de-dios-es-misericordia-libro-208702.html>

8. Bibliografía

- Pacto de San José de Costa Rica*. San José, 1969, en: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm
- SENTENCIA expedida por Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012): *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación In Vitro") vs. Costa Rica*, en: http://www.corteidh.or.cr/CF/Jurisprudencia2/ficha.cfm?nId_Ficha=235&lang=en
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación In Vitro") vs. Costa Rica*, 2012, en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_257_esp.pdf
- ALEXY, Robert. "Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 11 (2009), en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf>
- SENTENCIA de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación In Vitro") vs. Costa Rica*, University of Perugia, 2012, en: https://diritti-cedu.unipg.it/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=420&Itemid=160
- La ONU se ampara en un derecho falso: Dile a la ONU que el aborto no es un derecho humano*, 2016, en <http://www.hazteoir.org/vida/alerta/89792-no-dejes-que-aborto-sea-un-derecho-humano>
- SENTENCIA de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación In Vitro") vs. Costa Rica*, 2012, en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf
- PINTO, Mónica. *El principio pro homine. "Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos"*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Boletín N° 121, 2015, en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/20185.pdf>
- PAPA FRANCISCO. *La corrupción es un mal más grande que el pecado*, 2016, en <https://www.aciprensa.com/noticias/papa-francisco-la-corrupcion-es-un-mal-mas-grande-que-el-pecado-34503/>
- RATZINGER, Joseph. *Donum Vitae: Sobre el respeto a la vida humana naciente y la dignidad de la procreación*. Sección II, números. 4, 5-8; Roma, 1987, en http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for-human-life_sp.html
- PAPA FRANCISCO. *El nombre de Dios es misericordia*. Roma, Planeta Testimonio, 2016, en: <http://www.planetadelibros.com/libro-el-nombre-de-dios-es-misericordia/208702>

LIBERTAD DE CULTO E INSTITUCIONES PÚBLICAS

JOSÉ LUIS LECAROS CORNEJO*

Resumen

Se analiza el modelo de relación Estado-Iglesia sobre la base del principio de laicidad, a fin de determinar el contenido y los alcances del derecho de libertad religiosa, en lo relativo a la libertad de culto al interior de las instituciones públicas.

Palabras clave: Estado, religión, laicidad, libertad religiosa, libertad de conciencia, libertad de culto, jurisprudencia, instituciones públicas.

Abstract

We analyze the model of the relationship Church- State, on the base of the principle of secularism, in order to determine the content and the rights of religious freedom, related with the freedom of worship within the public institutions.

Keywords: . State, religion, secularism, religious freedom, freedom of conscience, freedom of worship, jurisprudence.

Sumario

1.- Introducción. 2.- El principio de laicidad. 2.1.- Concepto, características; 2.2.- El Estado laico. 3. Estado-Iglesias y principio antidiscriminatorio. 4. El derecho de libertad religiosa. 4.1.- Estado de la cuestión en España; 4.2 Jurisprudencia del Tribunal Constitucional español y del Tribunal de Estrasburgo. 4.2.1.- Jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. 4.2.2.- Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 4.2.3.- Sobre el criterio del «margen de apreciación». 4.3.- En el constitucionalismo latinoamericano. 4.4.- Estado de la cuestión en el Perú. 4.4.1.- Antecedentes sobre la cuestión religiosa. 4.4.2.- Recepción del derecho fundamental a la libertad religiosa en el Perú. 4.4.3.- La Ley N° 29635, ley de libertad religiosa y su reglamento. 4.4.4.- Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. 5.- Libertad de culto en las instituciones públicas. 5.1.- Libertad de culto. 5.2.- Libertad de culto e instituciones públicas. 5.2.1.- Culto religioso en los actos oficiales del Estado. 6.- Conclusiones.

* Juez titular de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú y miembro del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial peruano.

1. Introducción

El análisis del vínculo entre el Estado y la religión implica acercarse a cómo se articulan los roles que cumplen dentro de la sociedad de acuerdo a sus particulares enfoques y fines. Dicho objeto de estudio no es ajeno al derecho, al punto que se ha afirmado que la forma de organizar las relaciones que deben existir entre ambas instituciones es uno de los aspectos más importantes del derecho Constitucional y la base fundamental de una buena organización social¹.

Dada la importancia de la cuestión religiosa, el Estado no puede permanecer indiferente; de ahí que resulte lógico comprender el hecho de que cada Estado adopte una posición particular frente al fenómeno religioso, situación que da lugar a múltiples modelos de la relación Estado-Iglesia, entre los cuales destacan el modelo de unión, el modelo de separación, el modelo de coordinación y el modelo de hostilidad o persecutorio². Ello es en efecto importante porque el derecho a la libertad religiosa está necesariamente conectado con el sistema o modelo de relaciones Iglesias - Estado que rige en cada país³.

2. El principio de laicidad

2.1 Concepto, características

Laico, según el Diccionario de la lengua española, deriva de la palabra latina *laicus*, adjetivo que se aplica a quien es independiente de cualquier organización o confesión religiosa. Asimismo, el laicismo no es una doctrina confrontada con otras, es una posición frente a la pluralidad de doctrinas, particularmente religiosas, que reclaman por igual la validez de su visión del mundo. Ser laico significa reconocer el derecho de todos a practicar una religión –si esa es su decisión– y hacerlo en el ámbito de la familia, de las propias comunidades religiosas y de las organizaciones ligadas a ellas⁴.

Asimismo, la laicidad refiere a la separación entre el Estado y la Iglesia, y como tal es entendida como un régimen social de la convivencia cuyas instituciones políticas están legitimadas principalmente por la soberanía popular y ya no por elementos

1 PAREJA PAZ SOLDÁN, José. *Derecho Constitucional peruano y la Constitución de 1979*. Justo Valenzuela V. Lima, 1980, p. 493.

2 DE DIENHEIM BARRIGUETE, Cuauhtémoc Manuel. “El derecho a la libertad religiosa y la laicidad del Estado como presupuestos básicos del Estado Constitucional y Social de Derecho”, en Vizcaino López, María Teresa (coord.): *Estado laico, democracia y derechos fundamentales*. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UMSNH, México, 2010, p. 31.

3 OLMOS ORTEGA, María Elena. *El derecho a la libertad religiosa: un tema de nuestro tiempo*, p. 2, en <http://www.ligaproderedoshumanos.org/articulos/maria-elena-olmos-ortega.pdf> (consultada el 28-01-2016).

4 FUENTES MOLINAR, Olac. “El laicismo: seis tesis contrarias a la educación pública”, en *Bases Filosóficas, Legales y Organizativas del Sistema Educativo Mexicano*. Secretaría de Educación Pública, México, 1997, p. 41.

religiosos⁵. La laicidad no afecta negativamente en ningún caso a la libertad de expresión o manifestación, individual o colectiva, de las convicciones y creencias, religiosas o no. Al contrario, la laicidad es la única garantía eficaz del pluralismo, valor superior del ordenamiento y resultado del ejercicio de la libertad de expresión de las creencias, ideas u opiniones⁶.

A fin de esclarecer los aspectos jurídicos del principio de laicidad, en doctrina se propone una concepción técnica jurídica: la laicidad es un principio constitucional que establece la separación entre el Estado y la Iglesia o las Iglesias que hasta ese momento hubieran servido como referentes normativos, así como el conjunto de mecanismos jurídico-institucionales que garantizan y desarrollan este principio. De ese modo, el concepto de laicidad, no sirve para construir modelos abstractos de laicidad, sino para describir marcos jurídico-institucionales que prevén mecanismos que, más o menos eficazmente, permiten actuar y garantizar la idea de separación entre Estado y religiones⁷.

A decir de Carretero⁸, el laicismo es un ideario ético-político que persigue la autonomía de la sociedad con respecto de cualquier legitimación del mundo de carácter extrasocial. El laicismo buscará afianzar el ideal de un modelo de sociedad plenamente autoinstituida, liberada de toda instancia instituyente ajena a lo social. El fin último es conseguir una sociedad donde el individuo pueda desarrollar su libertad sin ningún tipo de coacción o imperativo externo.

Se trata de un principio constitucional que reconoce valores democráticos que dentro de un determinado marco jurídico-político se encuentran desligados de los preceptos religiosos a fin de proteger la libertad de conciencia individual y, como consecuencia, proteger la libertad religiosa misma. El principio de laicidad se sobrepone –por tanto– a la confesionalidad estatal heredada de la histórica relación entre Estado-Iglesia.

⁵ BOKSER LIWERANT, Judit. “Religión y espacio público en los tiempos de la globalización”, en R. Blancarte (coord.): *Los retos de la laicidad y la secularización en el mundo contemporáneo*. El Colegio de México. Centro de Estudios Sociológicos, 2008, México D.F., p. 63.

⁶ Llamazares Fernández, Dionisio. *Libertad de conciencia y laicidad en las instituciones y servicios públicos*. Madrid, Editorial Dykinson, 2005, p. 14.

⁷ MORONDO TARAMUNDI, Dolores. *El principio de laicidad y el principio antidiscriminatorio en la discusión sobre la libertad religiosa*. Diritto e questioni pubbliche, n. 13/2013, Palermo, 2013, p. 597, en http://www.dirittoquestionipubbliche.org/page/2013_n13/stu_08-Morondo.pdf (consultada el 11-01-16).

⁸ CARRETERO PASÍN, ANGEL Enrique. *El laicismo. ¿Una religión metamorfoseada?*, Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas, 15, (2007.1), en <http://revistas.ucm.es/index.php/NOMA/article/view/NOMA0707120239A/26558> (consultada el 16-12-2015).

2.2 El Estado laico

En función al principio de laicidad, según Santana⁹, se define al Estado laico como aquel que se encuentra fuera de toda influencia religiosa o de enseñanza religiosa. En este sentido, el Estado laico no se adhiere a ninguna religión, ni declara a una religión determinada como la oficial del Estado. Como refiere Pardo¹⁰, el Estado laico es un Estado para la libertad. Un Estado cuya existencia solo tiene sentido a través de la garantía de la libertad de conciencia personal, siempre que esta se halle dispuesta al consenso y al respeto de los valores democráticos. El Estado laico no limita ni dificulta el desarrollo de las cosmovisiones dispuestas al consenso en torno a los valores comunes, no resta valor a algunas de estas para favorecer a otras. Su objetivo primordial es proporcionar los medios para que cada ciudadano pueda estar en condiciones de llevar a cabo su programa de realización individual, sin más inconvenientes y sin menos ayudas que el resto.

No obstante, definir exactamente la actitud que el Estado asume frente al factor religioso es un problema complejo; problema que es común a todos los países occidentales en los que al parecer rige el principio de laicidad, porque aun cuando constitucionalmente se encuentre adoptado como valor superior del ordenamiento jurídico del Estado, dicho principio no es inmutable sino variable en función de los movimientos sociales, culturales y políticos, del momento¹¹. De ahí que la eficacia de los mecanismos de garantía de la separación se evaluaría en relación a principios y valores que vienen a justificar la necesidad de la separación (generalmente, aunque no solo, la libertad de conciencia y religión y la igualdad). Sin embargo, dicho análisis debe tener en cuenta también el marco concreto de laicidad y las dinámicas que pueden condicionar el funcionamiento de los mecanismos de separación¹².

3. Estado-Iglesias y principio antidiscriminatorio

Siguiendo a Morondo¹³, el enfoque Estado-Iglesias resulta problemático desde el punto de vista del principio antidiscriminatorio en relación a la libertad religiosa a causa de la “privatización” de la religión. Originariamente la libertad religiosa protegía a los individuos en cuanto miembros de una determinada confesión

⁹ SANTANA, Alejandro. *El Estado laico y la reforma constitucional*. Consulta Anual 2009 Núcleo FIL República Dominicana – Iglesia, Poder y Misión en la República Dominicana Hoy, 2009, en <https://ftldominicana.files.wordpress.com/2010/01/el-estado-laico-y-la-reforma-constitucional-e28094-alejandro-santana.pdf> (consultada el 17-12-15).

¹⁰ PARDO PRIETO, Paulino C. “Secularización y Sistema Concordatorio Histórico Español de 1753 y 1851”, en A. Pele, O. Celador Angón y H. Garrido Suárez (AAVV). *La laicidad*. Madrid, Editorial Dykinson, 2014, p. 26.

¹¹ ARECES PIÑOL, Ma Teresa. *El principio de laicidad en las jurisprudencias española y francesa*. Lleida, Ediciones de la Universidad de Lleida, España, 2003, p. 32.

¹² MORONDO TARAMUNDI, Dolores. Op. cit, p. 597.

¹³ MORONDO TARAMUNDI, Dolores. Op. cit, p. 599.

religiosa, pero hoy se entiende de forma radicalmente diversa, en primer lugar porque tiene carácter subjetivo e individual, pero además porque se entiende como una "cuestión privada". Esto es, principalmente, el resultado de la "libertad negativa" en materia de libertad religiosa. La "libertad negativa" significa, en el ámbito del artículo 9.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, dos cosas diversas: a) En primer lugar, significa que el artículo 9.1 protege también a quien tenga creencias a-religiosas o anti-religiosas (ateos, agnósticos, indiferentes, etc.). b) En un segundo sentido, la "libertad negativa" significa no estar sujeto a las prácticas religiosas de un grupo determinado, la libertad de no creer, de no ser adoctrinado u obligado a las prácticas religiosas de otros. Este segundo sentido de la "libertad negativa" (libertad respecto de la religión) afecta a los no creyentes, pero atañe también a los creyentes de una religión respecto de las otras religiones, a los disidentes religiosos en relación a la ortodoxia de su propia religión y, en general, a cualquier creyente en relación a la propia religión, que se configura así como una "cuestión privada", un acto voluntario cuyas prácticas, ritos y manifestaciones no pueden ser exigidos a los individuos a través del Estado. La religión se privatiza, pues, en el ámbito de la voluntad individual.

En tal contexto, con la religión entendida como convicción personal y privada, las distinciones que provoca el marco institucional basado en un mayor reconocimiento público, mayor protección y mayores posibilidades de acción a las prácticas (religiosas y religioso-culturales, puesto que el Estado no puede entrar a valorar la ortodoxia de las prácticas) de los que puedan identificarse con una de las religiones con las que el Estado tiene determinados acuerdos, comprometen el principio antidiscriminatorio en relación a las minorías religiosas, a las formas de creencia que no pueden (o difícilmente pueden) estructurarse según el modelo de las religiones tradicionales, a la disidencia religiosa y a los no creyentes.

Compromete además el principio antidiscriminatorio de otra manera, esta perspectiva constituye la función típica y tradicional de las normas antidiscriminatorias: proteger a ciertos grupos "vulnerables" o "minoritarios" de comportamientos desfavorables contra sus miembros. Sin embargo, el principio antidiscriminatorio tiene también la capacidad de cuestionar la acumulación de privilegio por parte de la mayoría o de los grupos dominantes, que es la otra cara de la desigualdad. Es decir, el principio antidiscriminatorio y el derecho antidiscriminatorio tienen la capacidad de cuestionar las estructuras de subordinación de los grupos que definen las relaciones de poder sobre las que se asientan los comportamientos discriminatorios. El análisis antidiscriminatorio debe llevarnos también a examinar las estructuras de subordinación. Dichas estructuras responden y constituyen relaciones de poder entre grupos oprimidos o subordinados y grupos dominantes. El enfoque de la laicidad como relación Estado-Iglesia(s)/confesiones, como remarca Morondo, dificulta esta capacidad del principio antidiscriminatorio para denunciar las estructuras de subordinación porque actúa

como mecanismo de legitimación de la hegemonía de ciertas posiciones, presentando el privilegio como simple alteridad.

4. El derecho de libertad religiosa

La libertad religiosa debe ser entendida como un derecho fundamental, tanto desde una perspectiva procesal –susceptible de tutela por medio de los recursos de amparo en los ordenamientos donde así se ha establecido–, como desde una óptica material en tanto se trata de un derecho fundamental que ha sido reconocido a cualquier ser humano por esa condición, inherente a la dignidad de cada uno de ellos¹⁴. No obstante, deben considerarse los límites a la libertad de religión, en la medida en que no se trata de un derecho de contenido absoluto, sino que puede ser razonablemente restringido para tutelar los derechos de terceros y el orden público, así como sus garantías jurisdiccionales; de forma que el juicio de ponderación constituye una herramienta indispensable para asegurar su aplicación frente a otros derechos y libertades fundamentales¹⁵.

Pero en cuanto a la libertad religiosa en sí, no hay propiamente una definición unánime. Los textos internacionales de protección de derechos humanos no la individualizan sino que la incluyen en la tríada de la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; instrumentos los cuales afirman que la religión configura y marca la vida de las personas, pues constituye uno de los elementos fundamentales de la concepción de la vida¹⁶. Puede precisarse, sin embargo, que la Declaración conciliar “*Dignitatis Humanae*”, sobre la libertad religiosa, ofrece en su numeral 2 una noción general diciendo que esta libertad “*consiste en que todos los hombres han de estar inmunes de coacción, tanto por parte de personas particulares como de grupos sociales y de cualquier potestad humana, y esto de tal manera, que en materia religiosa ni se obligue a nadie a obrar contra su conciencia ni se le impida que actúe conforme a ella en privado y en público, solo o asociado con otros, dentro de los límites debidos*”. De acuerdo a lo anteriormente expresado, se puede decir que “la libertad religiosa es la facultad o el derecho que tiene toda persona, sola o asociada, de vivir conforme o en desacuerdo con sus propias creencias o convicciones religiosas”¹⁷.

De otro lado, la libertad de religión comprende tanto las acciones realizadas a partir de una valoración inicial positiva del fenómeno religioso, como las negativas: agnósticas o ateas¹⁸; y, por consiguiente, en cualquiera de ambos supuestos, es la

¹⁴ OROZCO SOLANO, Víctor Eduardo. *Laicidad y Libertad de Religión*. Maestría en Justicia Constitucional, Universidad de Costa Rica, 2010, p. 23, en <http://sitios.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/articulos%20y%20conferencias/Laicidad%20y%20Libertad%20de%20Religion.pdf> (consultada el 08-01-16)

¹⁵ OROZCO SOLANO, Víctor Eduardo. Op. cit., p.24.

¹⁶ OLMOS ORTEGA, María Elena. Op. cit., p. 8.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ OROZCO SOLANO, Víctor Eduardo. Op. cit., p. 45.

elección del particular la que viene a ser protegida como derecho fundamental a la libertad religiosa. Adicionalmente al concepto tradicional de confesión o religión, han de tenerse en cuenta las nuevas formas de religión, diversos desarrollos de la filosofía de la religión que proyectan los sentimientos religiosos hacia otros objetos que no necesariamente tienen que ver con Dios¹⁹.

4.1 Estado de la cuestión en España

En España, la transformación del Concordato de 1953, en los Acuerdos de 1979 con la Santa Sede, debatidos en un contexto en el que todavía no se había cerrado el texto constitucional, dejó abierta una sospecha sobre la “benevolencia” del Estado para con la Iglesia Católica a la hora de mantener una serie de privilegios muy especialmente en materias “sensibles” como la educación y el sostenimiento económico de la Iglesia²⁰. En efecto, si bien la Constitución española garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades –aunque se señala que, ninguna confesión religiosa tendrá carácter estatal–, la Iglesia católica se beneficia de una posición privilegiada. Así se señala en el art. 16.3º de la Constitución: “Los poderes públicos mantendrán relaciones de cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones religiosas”. Asimismo, la Constitución garantiza el derecho que ostentan los padres de elegir la enseñanza religiosa para sus hijos, tanto en los centros educativos públicos como privados²¹.

Puede decirse, no obstante, que la Constitución de España, al garantizar la libertad ideológica, religiosa y de culto, impone como doble exigencia la neutralidad de los poderes públicos –es decir como un Estado aconfesional– y el mantenimiento de relaciones de cooperación de los poderes públicos con las iglesias; todo ello sin más limitación en sus manifestaciones, de acuerdo al art. 16.1, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley. A su vez, la Ley Orgánica 7/1980, de Libertad Religiosa, de 5 de julio, establece en el artículo primero que: Uno. El Estado garantiza el derecho fundamental a la libertad religiosa y de culto, reconocida en la Constitución. Dos. Las creencias religiosas no constituirán motivo de desigualdad o discriminación ante la Ley. No podrán alegarse motivos religiosos para impedir a nadie el ejercicio de cualquier trabajo o actividad o el desempeño de cargos o funciones públicas; y, Tres. Ninguna confesión tendrá carácter estatal.

¹⁹ Caso contrario, quedaría fuera del concepto de religión o confesión el Budismo, por ejemplificar un caso.

²⁰ URRUTIA ABAIGAR, Víctor. “Laicismo y laicidad”. FRONTERA, número 35, julio-septiembre 2005: *Laicidad, laicismo y fe cristiana*, en <http://2001.atrío.org/PRIVADO/FRONTERA/35/35-Víctor.pdf> (consultada el 18-12-15).

²¹ LABACA ZABALA, María Lourdes. *La libertad religiosa y el principio de laicidad en los centros educativos de Francia: a propósito de las manifestaciones religiosas ostensibles en las aulas*, 2007, p. 478, en [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/A3948EB41827E67205257C7100745458/\\$FILE/24-la-libertad-religiosa-y-principio-laicidad.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/A3948EB41827E67205257C7100745458/$FILE/24-la-libertad-religiosa-y-principio-laicidad.pdf) (consultada el 11-01-16).

4.2 Jurisprudencia del Tribunal Constitucional español y del Tribunal de Estrasburgo

4.2.1 Jurisprudencia del Tribunal Constitucional español

El Tribunal Constitucional español ha analizado en diversas sentencias el tema de las manifestaciones religiosas en las instituciones públicas, así como los principios de laicidad y libertad religiosa. Ya en la STC 24/1982, de 13 de mayo, parte con claridad indicando que el artículo 16.3 de la Constitución proclama que “ninguna confesión tendrá carácter estatal” e impide que los valores o intereses religiosos se erijan en parámetros para medir la legitimidad o justicia de las normas y actos de los poderes públicos; vedando cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y funciones estatales (fundamento 1). Agrega el Tribunal que, en virtud del principio de libertad religiosa, “el Estado se prohíbe a sí mismo cualquier concurrencia, junto a los ciudadanos, en calidad de sujeto de actos o de actitudes de signo religioso”.

En la sentencia 177/1996, de 11 de noviembre, referido a la participación en ceremonias oficiales de contenido religioso en las instituciones estatales, razona en el fundamento 10 de su resolución: “el art. 16.3 C.E. no impide a las Fuerzas Armadas la celebración de festividades religiosas o la participación en ceremonias de esa naturaleza. Pero el derecho de libertad religiosa, en su vertiente negativa, garantiza la libertad de cada persona para decidir en conciencia si desea o no tomar parte en actos de esa naturaleza. Decisión personal, a la que no se pueden oponer las Fuerzas Armadas que, como los demás poderes públicos, sí están, en tales casos, vinculadas negativamente por el mandato de neutralidad en materia religiosa del art. 16.3 C.E. En consecuencia, aun cuando se considere que la participación del actor en la parada militar obedecía a razones de representación institucional de las Fuerzas Armadas en un acto religioso, debió respetarse el principio de voluntariedad en la asistencia y, por tanto, atenderse a la solicitud del actor de ser relevado del servicio, en tanto que expresión legítima de su derecho de libertad religiosa”. De lo cual se deduce que cuando los poderes del Estado obligan a sus miembros a participar en actos o ceremonias oficiales de contenido religioso, están vulnerando el derecho de libertad religiosa y de culto de las personas que integran las instituciones públicas. Y a FJ 9 añade que la libertad religiosa «garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual». Asimismo, que junto a esta dimensión interna, la libertad religiosa: *“incluye también una dimensión externa de agere licere que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros”*.

Posteriormente, el Pleno del Tribunal Constitucional, en la sentencia 154/2002, de 18 de julio, manifestó en el fundamento 9 que este reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de *agere licere* lo es «con plena inmunidad de coacción del Estado o de cualesquiera grupos sociales» y se complementa, en su dimensión

negativa, por la prescripción del art. 16.2 CE de que «nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias». Agrega que la dimensión externa de la libertad religiosa se traduce además «en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso», tales como las que se relacionan en el art. 2.1 de la Ley Orgánica 7/1980 de libertad religiosa, a los actos de culto, enseñanza religiosa, reunión o manifestación pública con fines religiosos, y asociación para el desarrollo comunitario de este tipo de actividades.

En la Sentencia 131/2013, de 5 de junio de 2013, recurso de inconstitucionalidad 1725-2002, sobre nulidad de la exención del requisito de ley de reconocimiento para las universidades fundadas por la Iglesia católica, el Pleno del Tribunal Constitucional en el fundamento 20 concluye que la decisión del legislador de establecer dicha excepción entraña una real y efectiva diferencia de trato entre las Universidades privadas en razón de que hayan sido creadas o no por la Iglesia católica. Precizando que no toda desigualdad de trato legislativo en la regulación de una materia entraña una vulneración del derecho fundamental a la igualdad ante la Ley del artículo 14 C.E., sino únicamente aquellas que introduzcan una diferencia de trato entre situaciones que puedan considerarse sustancialmente iguales y sin que posean una justificación objetiva y razonable. Diferencia que en este caso carece de la justificación objetiva y razonable que toda diferenciación normativa debe poseer para ser considerada legítima.

De acuerdo a dicha jurisprudencia del Alto Tribunal español, el art. 16.3 consagra el principio de laicidad y, por tanto, es perfectamente legítimo afirmar que el español es un Estado laico. Son varias sentencias en las que se considera equivalentes los términos de aconfesionalidad y laicidad²².

4.2.2 Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), protege los derechos proclamados en el Convenio para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de Roma de 1950, así como por sus protocolos²³, de acuerdo con el artículo 35 ídem, correspondiéndole declarar en última instancia las violaciones de los derechos protegidos en dicho instrumento luego de haberse agotado las jurisdicciones internas de los respectivos Estados europeos.

²² LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio. *Libertad de conciencia y laicidad en las instituciones y servicios públicos*. Editorial Dykinson, Madrid, 2005, p. 9.

²³ El Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Protocolo N° 1, establece en el Art. 2: “A nadie se le puede negar el derecho a la educación y que el Estado deberá respetar el derecho de los padres a que la enseñanza que reciben sus hijos se imparta conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas”.

En cuanto a la protección del derecho consagrado en el artículo 9 del Convenio, que comprende la libertad de religión, es preciso tener en consideración el criterio del margen de apreciación con el cual el TEDH realiza un juicio de ponderación, lo cual es de gran relevancia dado que no todos los Estados europeos proclaman el principio de laicidad²⁴. De la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo citaremos, entonces, aquellos casos que ilustran los alcances del derecho a la libertad de religión y del principio de laicidad estatal, aunque matizadas por el criterio jurisprudencial del margen de apreciación.

El TEDH, en el caso *Buscarini y otros contra San Marino*, de 1999, controversia suscitada por la aplicación de la legislación de la República de San Marino –que exigía como condición previa para acceder a los cargos o puestos públicos, prestar un juramento sobre los Evangelios–, condenó a San Marino considerando que “... requerir a los demandantes prestar juramento sobre los Evangelios era equivalente a requerir a dos representantes electos del pueblo jurar adhesión a una particular religión, un requerimiento que es incompatible con el artículo 9 del Convenio” (párrafo 39). Declarando la existencia de esta violación al Convenio, el Tribunal protegió al individuo frente a una amenaza de coacción estatal, sosteniendo que el interés del Estado en exigir una manifestación externa de lealtad o en mantener sus tradiciones cristianas encuentra su límite en la conciencia de los individuos²⁵. Con esta jurisprudencia, puede afirmarse que la presencia de símbolos religiosos en los actos de toma de posesión de cargos o funcionarios públicos representa una vulneración del derecho a la libertad de conciencia y, por otra, supone la ruptura de las reglas del Estado democrático y, por lo tanto, del principio de laicidad²⁶.

En el primer caso donde el Tribunal falla sobre símbolos religiosos en los colegios públicos, caso *Lautsi y otros contra Italia*, decisión del 3 de noviembre de 2009, la Sala inicialmente (por unanimidad) le dio la razón a la ciudadana italiana que solicitó el retiro de los crucifijos de las aulas del instituto público donde estudiaban sus hijos, bajo la consideración de que la exposición de simbología relacionada con el catolicismo (confesión mayoritaria en las aulas) en los salones de clase de escuelas públicas es contrario al pluralismo educativo que resulta esencial para la preservación de una sociedad democrática. Dicha sentencia fue con posterioridad desconocida por la Gran Sala del TEDH en sentencia del 18 de marzo de 2011, que en votación

²⁴ OROZCO SOLANO, Víctor Eduardo. Op. cit., p. 159.

²⁵ ARLETTAZ, Fernando. *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la libertad religiosa: un análisis jurídico-político*, en *Revista Derechos y Libertades*, Número 27, Época II, junio 2012, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, España, p. 215, en <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/19585/DyL-2012-27-arlettaz.pdf?sequence=1> (consultada el 14-01-2016).

²⁶ CONTRERAS MAZARÍO, José M.^a y CELADOR ANGÓN, Óscar. *Laicidad, manifestaciones religiosas e instituciones públicas*. Fundación Alternativas. Documento de trabajo 124/2007, p.38, en http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/laboratorio_documentos_archivos/xmlimport-5d6eWX.pdf (consultada el 10-02-2016).

dividida consideró que la utilización de simbología religiosa en las aulas no lesiona los derechos proclamados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Aquí puede apreciarse que el criterio del margen de apreciación utilizado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para valorar estos asuntos, en el fondo le ha servido para relativizar el contenido y el alcance de estos derechos, pese a la existencia del pluralismo religioso que se verifica en el escenario europeo, que reclama protección por parte del ordenamiento jurídico²⁷.

El pluralismo, en situaciones de desequilibrio como la del caso examinado, exigiría del artículo 14 del Convenio de Roma otro tipo de acción, una limitación de la preponderancia de la mayoría, tanto porque se haga pasar por universalismo que porque se presente como una identidad colectiva homogénea. El pluralismo exigiría al principio antidiscriminatorio que conteste el privilegio que la posición hegemónica del grupo mayoritario consigue disfrazar de simple "alteridad". La Sentencia definitiva de 2011 acogió finalmente el argumento que construía el privilegio de la mayoría como simple alteridad, restringiendo así la función del principio antidiscriminatorio en la relación entre laicidad, libertad religiosa e igualdad²⁸.

En el caso *Bayatyan contra Armenia*, sobre objeción de conciencia al servicio militar obligatorio, art. 9º del Convenio de Roma, libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; Bayatyan objetó el servicio militar y ofreció estar dispuesto a prestar servicio militar alternativo; siendo arrestado y condenado a prisión en base a la legislación de Armenia según la cual el servicio militar es obligatorio para todos los varones a partir de los dieciocho años de edad. Inicialmente el TEDH estableció que la objeción de conciencia al servicio militar no está protegida por art. 9º del Convenio, a lo que el recurrente acude a la Gran Sala que por falló del 7 de julio del 2011 declaró que ha habido violación del artículo 9º de la Convención en el caso de una condena al negarse a realizar el servicio militar por motivos de conciencia, y que el Estado responsable, Armenia, está obligado a pagar al accionante la suma de 10,000 euros por concepto de daño no pecuniario, y al pago de 10,000 euros por concepto de costas y expensas. Es el primer caso donde el TEDH reconoció que el citado art. 9º protegía el derecho de objeción de conciencia, categorizando el mismo como derecho fundamental y generando precedente jurisprudencial para los países miembros del Consejo Europeo. La Gran Sala determinó, en el Ap. 110, que *"la oposición al servicio militar, cuando está motivada por un conflicto grave e insuperable entre la obligación de servir en el ejército y la conciencia de una persona en la que sus convicciones sinceras y profundas, de naturaleza religiosa u otra, constituyen una convicción que alcanza un grado suficientemente fuerte, serio, coherente e importante para implicar las garantías del artículo 9"*.

²⁷ OROZCO SOLANO, Víctor Eduardo, Op. cit., p. 175.

²⁸ MORONDO TARAMUNDI, Dolores, Op. cit., p. 605.

Bajo dicho razonamiento, es factible argumentar de forma razonable que un derecho a la objeción de conciencia al servicio militar puede derivar del derecho a la libertad de conciencia y de religión. La sentencia del TEDH supuso un cambio doctrinal acerca de la naturaleza de la objeción de conciencia, la cual pasó de ser considerada una excepción puntual a una obligación impuesta por el Derecho positivo, a valorarse como una genuina manifestación del derecho fundamental a la libertad de conciencia. Dicho cambio en la posición del TEDH fue posible sobre la base de la “doctrina del instrumento vivo” y la existencia de un amplio reconocimiento de la objeción al servicio militar en los Estados europeos y en el Derecho internacional. De acuerdo a la doctrina del instrumento vivo que desarrolla la Corte (Aps. 101 y 102), el Convenio Europeo de Derechos Humanos se aplica como un instrumento vivo que no puede entenderse fosilizado. Así, el mismo debe interpretarse “a la luz de las condiciones de vida actuales y las concepciones que prevalecen actualmente en los Estados democráticos”²⁹. Asimismo, la sentencia refuerza su posición en el Derecho comparado, en los distintos foros internacionales sobre derechos humanos e instrumentos internacionales que han evolucionado reconociendo la objeción de conciencia al servicio militar, es decir, en cuanto a la vinculación de la objeción de conciencia y la libertad ideológica y de conciencia.

El caso *Folgero y otros contra Noruega*, sentencia del 29 de junio de 2007, se analiza si el Estado demandado, al cumplir las funciones asumidas en materia de educación y de enseñanza, veló por que las informaciones o conocimientos que figuran en el programa de estudios de la asignatura de KRL fuesen difundidas de manera objetiva, crítica y pluralista o si la finalidad perseguida era un adoctrinamiento que no respetaba las convicciones religiosas y filosóficas de los padres demandantes, transgrediendo así el límite que se deduce implícitamente del artículo 2 del Protocolo número 1. El Tribunal de Estrasburgo concluyó que existió vulneración del citado protocolo, pues se evidenció que el programa de la signatura, el cristianismo, su fe, su moral, sus principios, contenía una cláusula de vocación cristiana y tenía por objetivo el estudio profundo de dichos temas, además de estar previstas actividades de rezo y otras, y solo se estipulaba el avocamiento superficial al estudio de las demás religiones y creencias filosóficas. En opinión de Hurtado³⁰, desde el momento que se

²⁹ RUIZ BURSON, Francisco Javier. “Novedades desde Estrasburgo sobre la objeción de conciencia”. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 31, 2013, p. 9. El autor concluye, sobre la objeción de conciencia, que según la doctrina de esta sentencia, deben darse una serie de requisitos para que este derecho se incardine en la libertad de conciencia: una convicción seria, sincera y coherente del objeto y un conflicto profundo e insuperable con la obligación impuesta por una norma legal; en www.unav.edu/matrimonioyfamilia/observatorio/uploads/30677_Ruiz_RGDCDEE2013_Novedades.pdf (consultada el 21-01-2016).

³⁰ HURTADO HUAILLA, Ana Cecilia. *Análisis jurisprudencial del derecho a la libertad religiosa*. Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa, 2015, en http://www.cedpe.com/blogs/Delitos_empresariales_y_derecho_procesal/?p=22 (consultada el 15-12-15).

considera una “obligación general” el hecho de llevar la asignatura KRL de contenido profundo sobre el cristianismo y superficial sobre otras religiones, se afecta el derecho que tienen los padres a que sus hijos reciban las enseñanzas de acuerdo a sus convicciones religiosas y/o filosóficas, más aún si ello implica también aprender de memoria rezos, participar en ritos y cultos. Asimismo, al exigirse a efectos de lograr una exención parcial de la asignatura, que se declare sobre la creencia religiosa que se profesa, se estaría vulnerando una de las manifestaciones de la libertad religiosa, que consiste en no declarar sobre las creencias profesadas, que forman parte del claustro íntimo de la persona.

En síntesis, puede afirmarse que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha venido evolucionando en su concepción sobre la vinculación de la libertad de conciencia, la libertad ideológica y la libertad religiosa, otorgando reconocimiento y protección al contenido esencial de dichos derechos; así como desarrollando el alcance de las posibles restricciones al ejercicio de la libertad religiosa, tomando en consideración el criterio del margen de apreciación de los Estados nacionales europeos y el principio de laicidad del Estado.

4.2.3 Sobre el criterio del «margen de apreciación»

Con lo observado en la interpretación jurisprudencial realizada por el Tribunal de Estrasburgo respecto a la libertad religiosa, queda claro que esta proyecta su contenido en una doble dirección: interna y externa. El primero referido a la libertad de creencias de cada persona, que no admite ninguna limitación que pueda ser legítimamente ejercida en su contra, y, la segunda que equivale a la libertad de manifestarla –individual o colectivamente–, que supone afecciones al espacio público y que se traduce en prácticas o manifestaciones como la apariencia física, la observancia de determinados regímenes alimenticios, el uso de determinadas vestimentas, las demostraciones religiosas públicas, la enseñanza de la religión, los actos rituales asociados a ciertos momentos vitales, o el uso de una determinada lengua ritual. Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido que no es posible discernir una concepción unitaria de la religión en las sociedades europeas, y que el impacto de las manifestaciones externas de las creencias religiosas varía según el tiempo y el contexto³¹.

Ahora bien, el TEDH ha legitimado varias restricciones a la libertad de manifestar la propia religión basándose en conceptos indeterminados –como el orden público, la moral pública– o en conflictos de derechos, prohibiendo determinadas vestimentas con significado religioso en instituciones educativas, o de la práctica del sacrificio de animales conforme a un rito específico, del mismo modo que no ha justificado la

³¹ RUIZ VIEYTEZ, Eduardo J. “La diversidad religiosa en el País Vasco: carencias y propuestas sobre su tratamiento jurídico e institucional”, en E. Ruiz (coord.): *La diversidad religiosa en el País Vasco. Nuevos retos sociales y culturales para las políticas públicas*. Bilbao, Universidad de Deusto, 2011, p. 128.

ausencia del lugar de trabajo por festividades religiosas. En muchos casos la clave de la interpretación jurídica se refiere al alcance posible a las restricciones a la libertad de religión fundadas en motivos presuntos de seguridad, laicidad, u orden u salud pública. Podríamos concluir que la jurisprudencia de Estrasburgo, que en esta materia concede gran importancia al llamado “margen de apreciación nacional”, se sitúa en una suerte de punto intermedio entre la laicidad abierta y laicismo rígido, posiblemente reflejando las posturas contradictorias a su vez de los distintos países europeos³².

El criterio del margen de apreciación aboga por reconocer a las autoridades estatales un ámbito para apreciar la necesidad de ciertas medidas restrictivas; lo que comporta, respecto al derecho a la libertad religiosa, una aplicación particular del Convenio de Roma según las circunstancias del caso. Los tribunales realizan, en tal cometido, un juicio de ponderación entre las normas del Convenio y las Constituciones, las circunstancias políticas, económicas y culturales de cada uno de los Estados miembros. De esa manera, se ha ido perfilando en qué sentido debe ser concebido el Convenio de Roma en esta materia o cuál es la dirección a la que se debe llegar para uniformar los alcances de la libertad de religión, que encuentra en el principio de laicidad la otra cara de la moneda, es decir, el presupuesto necesario para tolerar el pluralismo religioso³³.

Ello es así, por cuanto como se ha referido anteriormente, si bien el principio de laicidad se presenta como un valor superior del ordenamiento jurídico, dicho principio no es inmutable sino variable en función de los movimientos sociales, culturales y políticos, del momento; es decir, en función del marco concreto de laicidad de un determinado Estado y de las dinámicas que pueden condicionar el funcionamiento de los mecanismos de separación Estado-Iglesia. Ante los frecuentes conflictos, por ejemplo, entre las diferentes confesiones religiosas en lo atinente a la igualdad religiosa, se deben distinguir las relativas posiciones de “poder” entre los grupos, a efecto de que el ejercicio de la libertad religiosa se concrete dentro de un marco de igualdad, sin subordinaciones o exclusiones de otros grupos, que afecten el principio antidiscriminatorio y el pluralismo religioso. De acuerdo a dicho margen de apreciación, entonces, los Estados pueden evaluar si tras las formaciones religiosas predominantes no se ocultan formas de poder históricamente consolidadas que excluyen a otras religiones, o si por el contrario se trata de expresiones culturales que, no obstante estar ampliamente extendidas entre la población, su sola presencia y trascendencia histórica no comprometen el derecho individual a la libertad de conciencia y a la libertad religiosa.

³² *Ibid.*, p. 130.

³³ OROZCO SOLANO, Víctor Eduardo. *Op. cit.*, p. 160.

Se trata, ciertamente, de una delgada línea sobre la que pueden transitar diferentes concepciones sobre la laicidad, pero que necesariamente se debe trazar si se han dejar atrás privilegios y compromisos heredados del pasado confesional del Estado. Los tan sonados casos sobre la presencia de símbolos religiosos en las dependencias del Estado grafican la complejidad de establecer, en base al criterio de apreciación, los alcances de los derechos en juego. De ahí que sea necesario se consideren los límites a la libertad de religión, que puede ser razonablemente restringida para tutelar los derechos de terceros y el orden público, así como sus garantías jurisdiccionales; de forma que el juicio de ponderación se constituye en una herramienta indispensable para asegurar su aplicación frente a otros derechos y libertades fundamentales.

En el ámbito latinoamericano, dado el carácter subsidiario³⁴ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ser los Estados los principales obligados en el cumplimiento de las obligaciones negativas y positivas derivadas de la convención, el margen de apreciación debe ser admitido como un ámbito de deferencia reconocido a los Estados. De modo que el margen de apreciación actúa como un margen de discreción en la determinación de la ejecución de las obligaciones contenidas en el tratado y la limitación de los derechos, en cuanto a la apreciación de los motivos bajos los cuales se justificaría esto³⁵.

Ello no significa que exista una facultad discrecional absoluta de los Estados para limitar sin control los derechos fundamentales protegidos por la convención. El margen de apreciación no puede ser tan amplio que suponga un impedimento para el disfrute sin discriminación de los derechos consagrados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. No se trata de dejar a los Estados la determinación del contenido del principio de igualdad y no discriminación, como tampoco determinar cuándo es posible distinguir o no distinguir. La cuestión sería que el examen de dicha apreciación sería rígido si afectase a categorías protegidas como la religión, la raza, la orientación sexual, el género, el sexo, el origen, nacionalidad, entre otras. Evidentemente, el Estado debe identificar las distinciones y los supuestos que justifican la distinción, pero si no es razonable en base a razones preponderantes y/o de un alto peso, entonces, se entiende que la medida sería discriminatoria, excediendo así el Estado su margen de apreciación³⁶.

³⁴ El carácter subsidiario radica, en que la Corte IDH no está supuesta a actuar de manera principal o que reemplace a las autoridades nacionales en el cumplimiento de sus obligaciones al amparo de la CADH.

³⁵ REYES-TORRES, Amaury A. *Una cuestión de apreciación: el margen de apreciación en la Corte Interamericana de los Derechos Humanos*, 2015, p. 15, en https://www.academia.edu/10416869/Una_cuesti%C3%B3n_de_apreciaci%C3%B3n_El_margen_de_apreciaci%C3%B3n_en_la_Corte_Interamericana_de_los_Derechos_Humanos (consultada el 15-01-16).

³⁶ *Ibíd.*, p. 28.

4.3 En el constitucionalismo latinoamericano

Si bien las primeras repúblicas latinoamericanas que obtuvieron su independencia política de España no nacieron como naciones laicas –redactando constituciones donde se protegía y privilegiaba a la Iglesia Católica Romana y no se toleraba la presencia de otras confesiones–, algunos países llevaron a cabo una separación formal entre el Estado y las Iglesias. Tal el caso de Colombia en 1853, México en 1857, Brasil en 1890 y posteriormente Panamá en 1904, Ecuador en 1906, Uruguay en 1916, Honduras en 1924, Chile en 1925, o Cuba en 1940. De cualquier manera, entre 1880 y 1930 en la mayor parte de los países latinoamericanos que antes no habían conocido reformas liberales o no las habían conservado, se dieron casi simultáneamente regímenes liberales que impusieron medidas laicistas, como la eliminación del pago forzoso del diezmo, la nacionalización de bienes eclesiásticos, el establecimiento del registro civil de nacimientos o del matrimonio como contrato civil, la secularización de los cementerios e incluso como ya se vio, en algunos casos, la formal separación entre el Estado y la Iglesia³⁷.

Sin embargo, habría que esperar hasta las últimas dos décadas del siglo XX y principios del nuevo milenio, a que tres factores permitieran la reactivación de la laicidad: 1) la gestación de una efectiva y significativa pluralidad religiosa; 2) la mayor conciencia de la necesidad de proteger los derechos humanos y por lo tanto los derechos de minorías en la crecientemente reconocida diversidad, y; 3) la gradual pero real democratización de las sociedades latinoamericanas³⁸. Y puede decirse que *“Todas las Constituciones latinoamericanas admiten la libertad de conciencia y de culto, uno de los elementos de la laicidad fundacional”*³⁹; por lo que cabe afirmar que el constitucionalismo latinoamericano viene evolucionando hacia la consagración del principio de laicidad del Estado.

De otro lado, está el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, que cuenta con instrumentos como la Carta de la Organización de los Estados Americanos de 1948, donde si bien no existe una disposición expresa sobre el derecho de libertad religiosa, en su artículo 3ro, inciso k) establece que: *“Los Estados Americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo, o sexo”*. Similarmente, la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre de 1948, no obstante carecer de efectos jurídicos vinculantes, en el art. II declara: *“Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración, sin distinción de raza, sexo, idioma, credo, ni otra alguna”*; y

³⁷ BLANCARTE, Roberto. *América Latina. Entre pluri-confesionalidad y laicidad*, Civitas, Porto Alegre, v. 11, n. 2, maio-ago. 2011, p. 199, en <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/viewFile/9644/6738> (consultada el 29-1-2016).

³⁸ *Ibíd.*, p. 203.

³⁹ PRECHT PIZARRO, Jorge Enrique. “La laicidad del Estado en cuatro Constituciones Latinoamericanas”. *Estudios constitucionales*, noviembre, año/vol. 4, número 002, 2006, p. 699.

sobre la libertad religiosa, en su art. III: *“Toda persona tiene el derecho de profesar libremente una creencia religiosa y de manifestarla y practicarla en público y en privado”*.

A su vez, en 1969 los Estados suscriptores de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), han convenido en su art. 1º que se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de religión, entre otros, y establece en el art. 12 los alcances de los derechos a la libertad de conciencia y de religión:

1. *Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.*
2. *Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.*
3. *La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.*
4. *Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.”*

En ese contexto, la protección de los derechos a la libertad de conciencia y libertad de religión en el ámbito de la OEA, una vez agotada la jurisdicción interna de los respectivos Estados, reside en manos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La jurisprudencia de la Corte, en ese sentido, ha sido clara al recordar en la sentencia del 4 de septiembre de 2012, *caso Masacres de Río Negro versus Guatemala*, que: “la Convención Americana, en su artículo 12, contempla el derecho a la libertad de conciencia y religión, el cual, según la jurisprudencia de este Tribunal, permite que las personas conserven, cambien, profesen y divulguen su religión o sus creencias. Este derecho es uno de los cimientos de la sociedad democrática. En su dimensión religiosa, constituye un elemento trascendental en la protección de las convicciones de los creyentes y en su forma de vida” (párr. 154). La Corte ratificó, con dicha sentencia, el criterio que previamente ya había establecido en el caso “La Última Tentación de Cristo”, *caso Olmedo Bustos y otros versus Chile*, por sentencia del 5 de febrero de 2001 (párr. 79).

4.4 Estado de la cuestión en el Perú

4.4.1 Antecedentes sobre la cuestión religiosa

En el régimen de colaboración, el Estado reconoce a la Iglesia Católica su competencia en los asuntos espirituales y regula sus relaciones por Concordatos escrupulosamente observados; y el régimen de unión ha sido mantenido en su texto y su espíritu en todas las constituciones de la República⁴⁰; debiendo precisarse que dicho régimen de unión continuo hasta antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1979.

La de 1823 declaraba que “la Religión de la República es la Católica, Apostólica y Romana, con exclusión del ejercicio de cualquier otra. Es un deber de la nación protegerla constantemente por todos los medios conforme al espíritu del Evangelio y el de cualquier habitante del Estado respetarla inviolablemente (arts. 8° y 9°). La de 1826 contenía una declaración más breve: “La Religión del Perú es la Católica Apostólica y Romana” (art. 6°). Los textos de la de 1828, 1834 y 1856 son idénticos: “La Religión Católica es la Religión oficial de la República y el Estado la protege por todos los medios, conforme al espíritu del Evangelio y no permite el ejercicio de otra” (art. 3° de la Constitución de 1828, art. 2° de la de 1834 y art. 4° de la 1856). En la Carta de 1839, se expresaba que “su religión es la Católica, Apostólica y Romana, sin permitir el ejercicio público de cualquier otro culto” (art. 3°). Las de 1860 y de 1920 incluían una declaración igual: “La Nación profesa la Religión Católica, Apostólica y Romana. El Estado la protege” (art. 4 de la de 1860 y art. 5° de la de 1920). La de 1933 disponía en su artículo 232° que “respetando los sentimientos de la mayoría nacional, el Estado protege a la religión Católica, Apostólica y Romana”⁴¹.

4.4.2 Recepción del derecho fundamental a la libertad religiosa en el Perú

Con las Constituciones de 1979 y 1993 se configura ya la libertad religiosa como un derecho fundamental de la persona; así, la Constitución de 1979 señala en el art. 2° inc. 2 que toda persona tiene derecho: “A la igualdad ante la ley, sin discriminación alguna por razón de sexo, raza, religión, opinión e idioma...”. Y al momento de referirse a las relaciones del Estado con la Iglesia, en el art. 86°, que “Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú. Le presta su colaboración. El Estado puede también establecer formas de colaboración con otras confesiones”.

Con muy ligeras variaciones, en el Título I, Capítulo I sobre los derechos fundamentales de la persona, la Carta Política vigente de 1993 en su art. 2°, inciso 2°, reconoce que toda persona tiene derecho: “A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser

⁴⁰ PAREJA PAZ SOLDÁN, José. *Derecho Constitucional peruano y la Constitución de 1979*. Justo Valenzuela V., Lima, 1980, p. 499.

⁴¹ *Ibíd.*, p. 500.

discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole"; ratificando de esa manera el principio de igualdad de las personas ante la ley. Y, en el inciso 3 del mismo artículo, el derecho: *"A la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. No hay delito de opinión. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público"*; ratificando así el principio de libertad religiosa en nuestro país.

La educación, punto álgido en las relaciones con la Iglesia, es prevista en el art. 14°, tercer párrafo, estableciendo como presupuesto que: *"La educación religiosa se imparte con respeto a la libertad de las conciencias"*. En cuanto a la relación Estado-Iglesia en sí, en su art. 50° la Carta de 1993 dispone en el primer párrafo que: *"Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, y le presta su colaboración"*. Y en el segundo párrafo: *"El Estado respeta otras confesiones y puede establecer formas de colaboración con ellas"*.

De otro lado, el Perú es país suscriptor de diversos instrumentos internacionales, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo artículo 18° prescribe que: *"Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia"*. Y en casi idénticos términos, así se recoge en el artículo 18°, numeral 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

Se cuenta también con la ya citada Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, cuyo art. 12° desarrolla en cuatro incisos el derecho de libertad de conciencia y de religión. Estas normas –a las que habría que sumar la Carta de la Organización de los Estados Americanos y la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre–, son los referentes internacionales que protegen el derecho a la libertad de conciencia y a la libertad religiosa en el Perú, y que nuestro derecho interno los cataloga como derechos fundamentales de la persona, lo cual asegura tanto su protección interna como externa.

4.4.3 La Ley N° 29635, ley de libertad religiosa y su reglamento

La Ley 29635, Ley de Libertad Religiosa, del 2010, dedica quince artículos, cuatro Disposiciones Complementarias Finales y una Disposición Complementaria Transitoria, a regular la libertad religiosa, como desarrollo de la Constitución Política vigente, de conformidad con los Tratados Internacionales ratificados por el Estado peruano, precisando que: *"El Estado garantiza el derecho fundamental de toda persona a la libertad de religión reconocido y amparado por la Constitución Política del Perú y por los Tratados Internacionales ratificados por el Estado peruano"*; según reza el primer párrafo

de su artículo 1º, y en su segundo párrafo que: *“El ejercicio público y privado de este derecho es libre y tiene como único límite tanto la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales como la protección del orden, la salud y moral públicos”*.

Al estar vinculada la libertad religiosa al derecho a la igualdad ante la Ley, el Artículo 2º prohíbe toda acción u omisión que discrimine a una persona en razón de sus creencias religiosas, y en un segundo párrafo que el Estado reconoce la diversidad de las entidades religiosas; gozando de los mismos derechos, obligaciones y beneficios. No obstante, al desarrollar en el Artículo 3º el ejercicio individual de la libertad de religión, en el literal c. el Estado abandona su posición de neutralidad respecto a la Iglesia, sancionando el derecho a: *“Recibir asistencia religiosa por su confesión. Las instituciones públicas competentes adoptan las medidas y normas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en el ámbito de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, en las prisiones, en los centros públicos hospitalarios, asistenciales y otros bajo su dependencia”*. De esa manera, desarrollando en el precitado dispositivo un laicismo positivo, el Estado se encontraría eventualmente en la obligación o deber de facilitar la asistencia religiosa de personas en situaciones de dependencia, adoptando para tal fin las medidas necesarias e incluso dictar normas internas promocionales de la asistencia religiosa; actividades que no necesariamente se condicen con la función pública, pero en las que el Estado se vería en la situación de participar para asegurar su cumplimiento. Bajo tal contexto, el asistencialismo religioso al interior de las instituciones públicas se prestaría a la práctica del proselitismo de grupos religiosos – tan común en nuestro medio–, que se disputan la ocasión de prestar estos servicios.

De otro lado, el literal f. del art. 3º, al regular el derecho a conmemorar las festividades y guardar el día de descanso que cada persona considere sagrado en su religión, se señala que dicha situación se da *“debiéndose armonizar los derechos de los trabajadores con los de la empresa o administración pública para la que labore, y de los estudiantes con las instituciones educativas, conforme al reglamento de la presente Ley”*. Sobre el punto cabe cuestionarse qué debe entenderse en la ley bajo comentario por *“derechos de la administración pública”*, en este ámbito de relación, aspecto que no se esclarece, limitándose a señalar que han de armonizarse conforme al reglamento de la presente ley.

Respecto al art. 4º, que regula la objeción de conciencia, la define como la *“oposición de un individuo al cumplimiento de un deber legal, en razón de sus convicciones morales o religiosas”*; y en un segundo párrafo indica que *“se ejerce cuando alguien se ve imposibilitado de cumplir una obligación legal por causa de un imperativo, moral o religioso, grave e ineludible, reconocido por la entidad religiosa a la que pertenece”*. Esta definición de la objeción de conciencia es cuestionada por errónea, a

decir de Huaco⁴², pues esta no puede oponerse solamente ante un deber u obligación legal sino también frente a un deber constitucional, es decir, ante un “deber u obligación jurídica”; asimismo, porque existen objeciones de conciencia que no se basan en convicciones religiosas sino en objeciones humanistas o filosóficas, por lo que no solo se puede objetar por razones religiosas; definición que es discriminatoria contra los no creyentes.

Ahora bien, la ley fue posteriormente reglamentada por el Decreto Supremo N° 010-2011, del 26 de julio del 2011, y respecto a los puntos tratados el reglamento no ofrece mayor desarrollo. El art. 4° del reglamento, sobre el ejercicio individual de la libertad religiosa, señala que la mención de derechos contemplada en el artículo 3° de la Ley es de naturaleza enunciativa y en ningún modo podrá interpretarse de manera restrictiva; y concretamente sobre el tema de la asistencia religiosa en las entidades públicas (art. 5°), solo se verá restringida la misma, impidiéndose el acceso de la entidad religiosa al local institucional, “si contravienen las normas de interés público o internas de la institución que autorizó el ingreso, o si se cancela la inscripción de la entidad religiosa en el registro del Ministerio de Justicia”.

Y en cuanto a las fiestas de guardar y el día de descanso en el ámbito laboral, según el art. 6° del reglamento la administración pública debe garantizar el ejercicio de este derecho, siempre que “no resulte incompatible con la organización social del trabajo y se garantice el cumplimiento de la jornada laboral a que se refiere la normatividad vigente”. Norma que advertimos de poca o nula eficacia si consideramos que los días de descanso religioso interrumpen, precisamente, la jornada laboral mientras duren las celebraciones jubilares.

Asimismo, en el art. 10° del Reglamento, se establece que “los actos de culto público se realizan de manera ordinaria en los inmuebles o locales destinados para dicho fin”; sin hacer la norma la menor restricción respecto a los inmuebles del Estado, donde en virtud al principio de laicidad los mismos deberían estar ajenos a las actividades de culto público religioso. En tal sentido, es de observar que una prescripción legal de tal naturaleza resulta permisiva, pues convalida la irregular utilización de los locales públicos para el culto religioso –práctica que se constata en nuestro medio– o se traduce en la creación dentro de las dependencias estatales de espacios o locales destinados al culto⁴³ o para la ubicación de imágenes e iconografía particulares de

⁴² HUACO PALOMINO, Marco. *Lo bueno, lo malo y lo feo de la ley de libertad religiosa: Texto íntegro de la ley y comentario*, 2010, en <http://www.marcohuaco.com/mh/bajados%20marco/Ley1.doc> (consultada el 11-1-2016).

⁴³ Solo citando el caso de las dependencias judiciales, referiremos los casos del Palacio Nacional de Justicia, sede de la Corte Suprema de Justicia de la República, y del inmueble sede de la Corte Superior de Justicia de Lima, donde se han habilitado ambientes destinados al culto católico, locales en ambos casos denominados como: “Capilla Señor de la Justicia”.

una determinada confesión; situaciones que no concuerdan con la laicidad del Estado que se propugna.

En conjunto, puede afirmarse que si bien la ley y su reglamento, parten del derecho fundamental de toda persona a la libertad de religión, se espera para nuestro país una mejor regulación que establezca con claridad su contenido y sus alcances, de manera que sea ejercido individual o colectivamente conforme al principio de laicidad el cual, como ha reconocido el Tribunal Constitucional peruano, tiene vigencia, al afirmar que en nuestro país el Estado es laico, como veremos a continuación.

4.4.4 Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Sobre la libertad religiosa, el Tribunal Constitucional peruano en el expediente N° 0895-2001-AA/TC, recurso extraordinario interpuesto por don Lucio Valentín Rosado Adanaque contra la sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, de fecha 5 de julio de 2001, ha reconocido en el fundamento 3 que: *“... la libertad de religión comporta el derecho fundamental de todo individuo de formar parte de una determinada confesión religiosa, de creer en el dogma y la doctrina propuesta por dicha confesión, de manifestar pública y privadamente las consecuentes convicciones religiosas y de practicar el culto”*. Agrega, a continuación, que *“el derecho a la libertad religiosa tiene una vertiente negativa, que garantiza la libertad de cada persona para decidir en conciencia que no desea tomar parte en actos de la naturaleza antes descrita”*. Para el Tribunal Constitucional, en este fundamento, *“la libertad de conciencia está vinculada a la libertad de ideas; mientras que la libertad de religión, a la libertad de creencias”*; y reconoce que si bien ambos derechos gozan de pleno reconocimiento internacional, bien pueden ser *“objeto de restricciones a favor de intereses superiores, como podrían ser la salvaguarda de la seguridad, la salud, la moralidad y el orden público”*; por lo que no cree posible concebir un adecuado desarrollo de la libertad religiosa, *“sin prestar las debidas garantías para el ejercicio de la libertad de conciencia”*.

Posteriormente, en la STC 0256-2003-HC, Caso Francia Sánchez, en el fundamento jurídico 16, el Tribunal determinó que *“La libertad religiosa subsume a la libertad de culto, y dentro de la libertad de culto, quedan garantizadas constitucionalmente todas aquellas ceremonias que la expresan, como las relativas al matrimonio y los ritos. Dentro de estos últimos, se encuentra la sepultura digna de los muertos por parte de sus familiares o seres queridos”*.

El Tribunal Constitucional continúa desarrollando la libertad de culto en el Exp. N.º 3283-2003-AA/TC, fundamento 21, donde ha interpretado que: *“La libertad religiosa no sólo se expresa positivamente en el derecho a creer, sino también en el derecho a practicar. Por ello, el derecho de libertad religiosa protege la libertad del acto de fe y la libertad de culto y la práctica religiosa. En ese contexto, la libertad de culto es entendida como la “atribución que tiene toda persona para ejecutar actos y*

participar en ceremonias representativas vinculadas con su creencia religiosa". (resaltado nuestro)

Luego, en la sentencia N.º 3284-2003-AA/TC, en el fundamento jurídico 18 el Tribunal consideró que la libertad religiosa contiene cuatro atributos jurídicos, a saber: a) Reconocimiento de la facultad de profesión de la creencia religiosa que libremente elija una persona. **b) Reconocimiento de la facultad de abstención de profesión de toda creencia y culto religioso.** c) Reconocimiento de la facultad de poder cambiar de creencia religiosa. d) Reconocimiento de la facultad de declarar públicamente la vinculación con una creencia religiosa o de abstenerse de manifestar la pertenencia a alguna. (resaltado nuestro)

Respecto a los símbolos religiosos, el Tribunal Constitucional peruano dictó una controversial sentencia en el Exp. N.º 06111-2009-PA/TC, del 7 de marzo de 2011, recurso de agravio constitucional interpuesto por don Jorge Manuel Linares Bustamante contra la resolución de la Primera Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, de fecha 21 de julio de 2009, que, confirmando la apelada, declaró improcedente la demanda de amparo interpuesta por el recurrente contra el presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en su condición de máximo representante del Poder Judicial, solicitando: a) que se ordene el retiro, en todas las salas judiciales y despachos de magistrados a nivel nacional, de símbolos de la religión católica como la Biblia o el crucifijo, y b) la exclusión, en toda diligencia o declaración ante el Poder Judicial, de la pregunta sobre la religión que profesa el procesado o declarante en general. Alega vulnerados sus derechos a la igualdad, a no ser discriminado por razón de religión, opinión o de otra índole.

El Tribunal, en la citada sentencia, conocida como "Sentencia de los Símbolos Religiosos en el espacio público", señaló en el fundamento 43 que: "... la presencia de símbolos religiosos como el crucifijo o la Biblia que se encuentran histórica y tradicionalmente presentes en un ámbito público, como en los despachos y tribunales del Poder Judicial, no afectan los derechos invocados por el recurrente ni el principio de laicidad del Estado, en tanto que la presencia de esos símbolos responde a una tradición históricamente arraigada en la sociedad, que se explica por ser la Iglesia católica un elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, conforme lo reconoce la Constitución". El Tribunal prosigue abundando con argumentos de similar tesitura en los fundamentos 44 a 54, pero que se refugian finalmente en la tradición católica del pueblo peruano y en su papel en la formación histórica, cultural y moral del Perú. El fundamento 48 es revelador en tanto afirma que: "Ni la libertad religiosa ni la laicidad del Estado pueden entenderse afectadas cuando se respetan expresiones que, aunque en su origen religiosas, forman parte ya de las tradiciones sociales de un país".

Esta sentencia, consideramos, no solo contradice en varios aspectos el principio de laicidad del Estado, sino que además resulta objetable por el hecho de que ha

fundado abrumadoramente su fallo en su propia jurisprudencia; quedando, por tanto, al margen de los avances que el derecho y la jurisprudencia comparadas de la época venían ya aportando, tal como se puede confrontar de la controversia resuelta por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Lautsi I⁴⁴, caso al que hiciéramos referencia líneas arriba.

Por que si bien la implicación de símbolos religiosos en determinados actos públicos no supone una violación del principio de laicidad del Estado cuando dicha implicación, por encontrarse integrada en el tejido social de un determinado colectivo, genera una percepción actual de carácter polisémico, no estrictamente identificada con su contenido religioso, aún cuando para los fieles de una determinada religión lo siga teniendo, el argumento “cultural” no puede servir para justificar cualquier tipo de actuación o de implicación, pues no se podrá invocar ese carácter cultural o polisémico cuando de la actuación o implicación se deriven restricciones o ataques a derechos fundamentales o violaciones manifiestas del principio de laicidad del Estado⁴⁵.

En efecto, el Alto Tribunal peruano tampoco estimó en su fallo si la sola presencia de dichos símbolos en las instituciones públicas obedece o no a fines de promoción o adoctrinamiento religioso, lo cual contravendría la neutralidad del Estado frente a la Iglesia. El hecho de que al interior de las dependencias estatales se promuevan o fomenten las expresiones religiosas de una determinada confesión, en este caso de la Iglesia católica, se aparta objetivamente del modelo de separación Estado-Iglesia y del principio de laicidad, y cae dentro de un modelo de laicidad positiva el cual, como ha expresado Orozco⁴⁶, más que valorar positivamente determinadas convicciones religiosas, exige por parte del Estado una actividad de promoción que claramente desconoce los alcances del principio de laicidad. En otras palabras, el principio de laicidad positiva convierte el Estado “laico” en confesional.

Y si bien el art. 50 de la Constitución establece en efecto un modelo de colaboración entre el Estado y las entidades religiosas –basado en dos premisas esenciales, la independencia y autonomía que deben servir de guía y camino a esas relaciones–, de ese modelo no se concluye la posibilidad de que las instituciones oficiales del Estado realicen actividades de fomento ni de la fe católica ni de ninguna otra, pues hacerlo violentaría esa independencia y autonomía; de ahí que lo más grave del caso que ha llegado al TC es verificar que este modelo de relaciones no se condice con la práctica

⁴⁴ Cabe recordar que la decisión inicial del Tribunal de Estrasburgo, en el caso Lautsi, es del 3 de noviembre de 2009, la cual se mantuvo hasta el 18 de marzo del año 2011 cuando la Gran Sala del TEDH varió de criterio en una cuestionada sentencia.

⁴⁵ AMÉRIGO Fernando y Daniel PELAYO. *El uso de símbolos religiosos en el espacio público en el Estado laico español*. Fundación Alternativas. Documento de Trabajo 179/2013, p. 65, en http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/laboratorio_documentos_archivos/b6e3c3b94b34d60f979259c0bfbcbab8.pdf, (consultada el 21-11-2016).

⁴⁶ OROZCO SOLANO, Víctor Eduardo. Op. cit., p. 162.

real dentro de las instituciones públicas, que al confundir las cosas provocan gravosas consecuencias para terceros⁴⁷.

De otro lado, el Tribunal Constitucional al denegar la pretensión de que el Estado retire los símbolos religiosos de los despachos y salas judiciales, argumenta en el fundamento 50 de su decisión lo siguiente: “... Si el impacto de la sola presencia silenciosa de un objeto en un espacio público representase un trastorno de tal entidad, habría igualmente que prohibir la exposición de símbolos religiosos en las calles, como las cruces en la cima de los templos, ya que su presencia podría resultar emocionalmente perturbadora para los no creyentes”; de lo queda manifiestamente claro que el Tribunal Constitucional “confunde espacio público con espacio sujeto a la administración del Estado”, como bien señala Mosquera⁴⁸. La pretensión sometida al juicio del Tribunal en ningún supuesto pretende que se restrinja la exposición de los símbolos religiosos católicos en el espacio público; máxime si como ya lo ha esclarecido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español en la STC 66/1995, FJ 3. “En una sociedad democrática, el espacio urbano no es solo un ámbito de circulación, sino también un espacio de participación”⁴⁹, y que por tanto no excluye la expresión religiosa.

Sí cabe destacar de dicha sentencia del Tribunal Constitucional peruano que al analizar en el fundamento 24 el artículo 50º de la Constitución, reconoce acertadamente que nuestra carta fundacional consagra “el principio de laicidad del Estado, conforme al cual el Estado declara su “independencia y autonomía” respecto de la Iglesia católica o cualquier otra confesión religiosa. Se trata, por consiguiente, de un Estado típicamente laico o aconfesional, en el que si bien se proclama y garantiza la libertad religiosa, no se asume postura a favor de ninguna confesión en particular”. Puntualiza aquí el Tribunal Constitucional que en el modelo peruano nuestro Estado se encuentra formalmente separado de toda confesión religiosa, y lo por tanto, no proclama como oficial religión alguna.

Otro aspecto rescatable de la sentencia en comento, es cuando el Colegiado al resolver la cuestión de la declaración individual de confesionalidad a través del juramento y del interrogatorio judicial, ha considerado fundada la demanda en este extremo, como se aprecia del fundamento 63: “... aunque se ha vuelto una práctica común (no normativizada) el que las autoridades judiciales interroguen a los justiciables respecto de la religión que profesan, tal interrogante resulta en abstracto impertinente además de invasiva en relación con la libertad religiosa (en este caso, a la facultad de mantener reserva sobre las convicciones religiosas), pues se inquiera por un dato que en nada contribuye al objetivo del proceso penal o en general a la administración de Justicia”.

⁴⁷ MOSQUERA, Susana. *La libertad religiosa en el constitucionalismo peruano*. Derecho, Instituto de Derechos Humanos, Repositorio institucional PIRHUA - Universidad de Piura, 2012, p. 22, en <http://pirhua.udp.edu.pe/handle/123456789/1708> (consultada el 22-12-15).

⁴⁸ MOSQUERA, Susana. *Símbolos religiosos en espacios bajo administración del Estado*, Gaceta Constitucional, núm. 40, 2011, p. 120.

⁴⁹ CONTRERAS MAZARÍO, José M.ª y CELADOR ANGÓN, Óscar. Op., cit., p. 30.

En el caso del Exp. N.º 03372-2011-PA/TC, proceso de amparo contra el presidente del Consejo de Ministros, el presidente del Congreso de la República y otros, a fin de que se retire el Proyecto de Ley N.º 4022/2009-PE presentado por el Poder Ejecutivo con el cual se pretende declarar al Señor de los Milagros como Patrono del Perú, símbolo que el recurrente considera perteneciente a la Iglesia católica, por sentencia del 9 de marzo de 2013 el Tribunal fundamentó su fallo en la línea de los anteriores pronunciamientos: “... el derecho de libertad religiosa tiene una dimensión objetiva, contenida en el artículo 50º de la Constitución, que determina, por un lado, el principio de laicidad del Estado y, de otro, el principio de colaboración entre el Estado y las confesiones religiosas” (fundamento 13).

Con lo expuesto, tenemos que al Tribunal Constitucional peruano le asiste un rol cardinal en la tarea de determinar los alcances de los derechos a la libertad de conciencia y libertad religiosa, tan íntimamente ligados, como admite el Tribunal, y en esa línea afinar sus procedimientos de ponderación, de manera que se brinde igual protección a la libertad de conciencia, sea religiosa o no religiosa, de las personas.

5. Libertad de culto en las instituciones públicas

5.1 Libertad de culto

La libertad de culto, siguiendo a Huaco⁵⁰, es uno de los dos derechos alusivos a la libertad de manifestar la religión, compuestos precisamente de los derechos de libertad de culto, de difusión e información religiosas, de enseñanza y educación religiosas, de reunión y asociación con fines religiosos, y los derechos de libertad de conciencia religiosa.

En efecto, es necesario delimitar correctamente el campo de la actividad de culto, es decir, todo lo que está relacionado directamente con el culto propio de cada una de las confesiones. El culto es la expresión y la actuación concreta en la que se manifiestan las diversas religiones. El culto, es el momento expresivo y manifestativo de lo que fundamentalmente es la religión⁵¹.

5.2 Libertad de culto e instituciones públicas

Las expresiones del derecho de libertad religiosa, en esa dimensión externa y colectiva que permite el culto en los espacios públicos o privados, como sería el caso de la exhibición de símbolos religiosos, han de diferenciarse de aquellas que tienen lugar o se pretende tengan lugar en espacios que están bajo la administración del Estado –en alguna de sus variadas estructuras y funciones–, pues son

⁵⁰ HUACO PALOMINO, Marco. *Derecho de la Religión. El principio y derecho de libertad religiosa en el ordenamiento jurídico peruano*. Fondo Editorial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2005, p. 28.

⁵¹ MARTÍNEZ SISTACH, Luis. *Libertad religiosa y actividad de culto*, en Memoria del IX Congreso Internacional de Derecho Canónico: “La libertad religiosa”. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Autónoma de México, 1996, p. 306, en <http://bibliojuridicas.unam.mx/libros/1/175/18.pdf> (consultada el 12-01-16)

manifestaciones en las que el Estado debe ser muy escrupuloso a la hora de proteger el contenido del derecho de libertad religiosa, sobre todo si lo quiere hacer respetando los principios que vertebran el modelo de relaciones entre poder político y religioso⁵². Concretamente, la utilización de simbología religiosa en edificios públicos, como señala Orozco⁵³, claramente es incompatible frente a los alcances del principio de laicidad, al menos en su mayor grado de desarrollo.

Ello nos conduce a reflexionar que, en efecto, la laicidad se configura, fundamentalmente, como un sistema de relación entre instituciones; asimismo, que la separación impide que exista una identificación entre los poderes públicos y la entidades religiosas, al tiempo que la neutralidad evita la confusión entre sus funciones y finalidades e impide que el Estado se adhiera a ninguna creencia religiosa⁵⁴.

Esto es tan importante en el escenario latinoamericano como en el de otros países, máxime si la influencia política de la Iglesia mayoritaria en Latinoamérica es aún persistente, y como señala Blancarte, “en lugares como Perú o Centroamérica la confesionalidad del Estado únicamente se pluraliza pero no se laicizan las instituciones públicas”⁵⁵. Sin embargo –en expresión del mismo autor– pese a tradiciones y presiones político-eclesíásticas, “... el Estado latinoamericano está siendo obligado a laicizarse. Sin embargo, al mismo tiempo, en muchos lugares esta tendencia parece estar luchando con la antigua lógica regalista y jurisdiccionalista, que usaba a la religión como parte de su política de cohesión y control social, dando paso a un esquema pluri-confesional de privilegios para las Iglesias más importantes o las más capaces de movilizar apoyo político. De esa manera, la laicización de las instituciones públicas que la democratización y la pluralidad religiosa suponen y exigen, se enfrenta a la opción de la pluri-confesionalidad, que está a su vez ligada a las tendencias clientelares y populistas de algunos regímenes. El resultado es una “tensión creciente entre dos modelos de sociedad; uno que perpetúa las antiguas tradiciones regalistas, jurisdiccionalistas e incluso laicistas y otro que aspira a una real democratización y des-sacralización del espacio público”.

5.2.1 Culto religioso en los actos oficiales del Estado

El Estado no puede dictar lo que debe creer una persona ni adoptar medidas coercitivas para que manifieste sus creencias, ni obligarle a actuar de modo que se

⁵² MOSQUERA, Susana. *Símbolos religiosos en espacios bajo administración del Estado*, Gaceta Constitucional, núm. 40, 2011, p. 121.

⁵³ OROZCO SOLANO, Víctor Eduardo. Op. cit., p. 145.

⁵⁴ AMÉRIGO Fernando y Daniel PELAYO. Op. cit., p. 12.

⁵⁵ BLANCARTE, Roberto. *América Latina. Entre pluri-confesionalidad y laicidad*, Civitas, Porto Alegre, v. 11, n. 2, maio-ago. 2011, p. 204, en <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/viewFile/9644/6738> (consultada el 29-1-2016).

entienda que profesa determinadas creencias⁵⁶; no obstante, se verifica en el escenario latinoamericano que las instituciones públicas imponen deberes de culto religioso a las personas que las integran, en tanto obligan bajo sanción disciplinaria a participar en manifestaciones de religiosidad en favor de una determinada confesión.

Tal es el caso de diversas instituciones públicas del Estado peruano, como el Poder Judicial cuyos actos oficiales de mayor relevancia –como son las ceremonias de Apertura del Año Judicial y por el “Día del Juez”– son de asistencia obligatoria, bajo sanción, para los señores jueces reunidos en Sala Plena, de conformidad con el art. 79º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁵⁷, las mismas que incluyen dentro de su programación ceremonial paraliturgias religiosas oficiadas por un representante eclesiástico de la Iglesia católica; quien además ostenta cargo público a nombre del Poder Judicial⁵⁸. La práctica de culto católico descrito es recurrente en las ceremonias públicas estatales, esto pese a que las leyes no prevén su existencia, o supediten la validez del acto oficial o administrativo a dicha presencia; en consecuencia, a las personas que laboran en las dependencias del Estado, trátese de autoridades, funcionarios o empleados públicos, les asiste la potestad de hacer prevalecer el derecho a la libertad religiosa y libertad de conciencia que la Constitución y las leyes garantizan.

En el caso específico de los jueces, dado el carácter imperativo y coercitivo de la citada norma orgánica, estos tienen el derecho de decidir en conciencia si desean o no tomar parte en las ceremonias oficiales del Poder Judicial, cuando consideren que los actos del culto religioso que forman parte de las ceremonias judiciales vulneran el derecho a la libertad de culto que les asiste; por lo que debe respetarse el principio de voluntariedad en la asistencia. Igualmente, los servidores públicos pueden negarse

⁵⁶ OROZCO SOLANO, Víctor Eduardo. Op. cit., p. 57.

⁵⁷ "Artículo 79. Órgano supremo: competencia, presidencia, integrantes y sesiones

La Sala Plena de la Corte Suprema es el órgano supremo de deliberación del Poder Judicial que, debidamente convocada, decide sobre la marcha institucional de dicho poder y sobre otros asuntos que no sean de competencia exclusiva de otros órganos, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley. La preside el Presidente de la Corte Suprema y se integra por todos los jueces supremos titulares. El jefe de la Oficina de Control de la Magistratura no interviene en los casos que haya conocido con anterioridad en el ejercicio de sus funciones.

Se reúne en sesiones ordinarias y extraordinarias.

Las sesiones ordinarias se realizan, cuando menos, dos veces al año, siendo una de ellas para la apertura del año judicial. Las sesiones extraordinarias se realizan cuando las convoque el Presidente de la Corte Suprema o cuando lo solicite, por lo menos, un tercio de los miembros o cuando lo acuerde el Consejo Ejecutivo o cuando lo señale la ley.

El quórum es de la mitad más uno del número total de jueces supremos de la Corte Suprema. Los acuerdos se adoptan por mayoría simple. **Las inasistencias injustificadas se sancionan con multa equivalente a un día de haber, debiendo publicarse la relación de los concurrentes e inasistentes en el Diario Oficial El Peruano.**" (el resaltado es nuestro)

⁵⁸ En el caso de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República, oficiadas por el Capellán del Poder Judicial.

por motivos religiosos a participar cuando se verifique la presencia y/o utilización de simbología o expresiones religiosas durante la realización de actos oficiales estatales de índole obligatorio, por cuanto tal hecho afecta el derecho de libertad religiosa, que garantiza la libertad de cada persona para decidir en conciencia si desea o no tomar parte en actos de contenido religioso.

De otro lado, en cuanto a la participación de los funcionarios públicos en manifestaciones religiosas a título personal o a título institucional, en el primero de los casos la asistencia o inasistencia del funcionario debe ser decidida libre y voluntariamente por el sujeto, ya que dicha elección forma parte del contenido de su derecho individual a la libertad de conciencia; pero en el supuesto de que la asistencia de los funcionarios tenga un carácter institucional, en la medida en la que el funcionario representa a los poderes públicos, cabe hablar de una vulneración del principio de laicidad del Estado, tanto en su faceta de separación entre el Estado y las confesiones religiosas como de neutralidad estatal⁵⁹.

Sobre la presencia de símbolos religiosos en los actos de toma de posesión de cargos o funcionarios públicos –como líneas arriba ya se ha señalado– representa una vulneración del derecho a la libertad de conciencia y, supone la ruptura de las reglas del Estado democrático y, por lo tanto, del principio de laicidad estatal.

Por lo expuesto, la incompatibilidad entre los espacios destinados a la función pública estatal y las actividades de culto religioso –trátese de liturgia, adoctrinamiento o simbología de cualesquier confesión religiosa–, es manifiesta; tal como ha quedado evidenciada a la luz de la democratización de los Estados, del principio de laicidad, de los instrumentos y foros internacionales de protección del derecho fundamental a la libertad de conciencia y libertad religiosa, y de la doctrina y jurisprudencia más avanzada sobre la materia.

En suma, postulamos que en el caso concreto peruano –donde el Estado es laico conforme lo ha interpretado el Tribunal Constitucional–, el ordenamiento jurídico interno, las instituciones públicas, la justicia ordinaria y la justicia constitucional, deben ceñirse a los postulados del principio de laicidad, dentro del respeto a los derechos fundamentales de libertad de pensamiento, libertad de conciencia y libertad religiosa que ha consagrado el pensamiento jurídico nacional e internacional, como componente esencial de toda sociedad democrática y pluralista.

6. Conclusiones

- a) La forma de organizar las relaciones que deben existir entre el Estado y la Iglesia, es uno de los aspectos más importantes del Derecho Constitucional y la base fundamental de una buena organización social. Ello es importante

⁵⁹ CONTRERASMAZARÍO, José M.^a y Celador Angón, Óscar. Op., cit., p. 35.

porque el derecho a la libertad religiosa está necesariamente conectado con el sistema o modelo de relaciones Iglesias - Estado que rige en cada país.

- b) La laicidad refiere a la separación entre el Estado y la Iglesia, y como tal es entendida como un régimen social de la convivencia cuyas instituciones políticas están legitimadas principalmente por la soberanía popular y no por elementos religiosos. Desde una concepción técnica jurídica, la laicidad es un principio constitucional que establece la separación entre el Estado y la Iglesia o las Iglesias que hasta ese momento hubieran servido como referentes normativos, así como el conjunto de mecanismos jurídico-institucionales que garantizan y desarrollan este principio.
- c) La laicidad no afecta negativamente en ningún caso a la libertad de expresión o manifestación, individual o colectiva, de las convicciones y creencias, religiosas o no. Por el contrario, la laicidad es la única garantía eficaz del pluralismo, valor superior del ordenamiento y resultado del ejercicio de la libertad de expresión de las creencias, ideas u opiniones.
- d) La libertad religiosa debe ser entendida como un derecho fundamental, tanto desde una perspectiva procesal, susceptible de tutela por medio de los recursos de amparo en los ordenamientos donde así se ha establecido, sino también desde una óptica material, en tanto se trata de un derecho que ha sido reconocido a cualquier ser humano por esa condición, inherente a la dignidad de cada uno de ellos.
- e) La libertad religiosa tiene carácter subjetivo e individual, y se entiende como una cuestión privada, como resultado de la “libertad negativa” en materia de libertad religiosa. La libertad negativa significa que se protege también a quien tenga creencias areligiosas o antireligiosas (ateos, agnósticos, indiferentes, etcétera); y, asimismo significa no estar sujeto a las prácticas religiosas de un grupo determinado, la libertad de no creer, de no ser adoctrinado u obligado a las prácticas religiosas de otros. Esto último atañe también a los creyentes de una religión respecto de las otras religiones, a los disidentes religiosos en relación a la ortodoxia de su propia religión y, en general, a cualquier creyente en relación a la propia religión, que se configura así como una “cuestión privada”, un acto voluntario cuyas prácticas, ritos y manifestaciones no pueden ser exigidos a los individuos a través del Estado.
- f) La libertad religiosa es la facultad o el derecho que tiene toda persona, sola o asociada, de vivir conforme o en desacuerdo con sus propias creencias o convicciones religiosas. La libertad de religión comprende tanto las acciones realizadas a partir de una valoración inicial positiva del fenómeno religioso, como las negativas: agnósticas o ateas.

- g) Las distinciones basadas en un mayor reconocimiento público, mayor protección y mayores posibilidades de acción a las prácticas de una de las religiones con las que el Estado tiene determinados acuerdos, comprometen el principio antidiscriminatorio en relación a las minorías religiosas, a las formas de creencia que no pueden estructurarse según el modelo de las religiones tradicionales, a la disidencia religiosa y a los no creyentes. El principio antidiscriminatorio cuestiona la acumulación de privilegio por parte de la mayoría o de los grupos religiosos dominantes, que es la otra cara de la desigualdad. El enfoque de la laicidad como relación Estado-Iglesia(s)/confesiones, dificulta la capacidad del principio antidiscriminatorio para denunciar las estructuras de subordinación porque actúa como mecanismo de legitimación de la hegemonía de ciertas posiciones.
- h) Estado laico es aquel que se encuentra fuera de toda influencia religiosa o de enseñanza religiosa. El Estado laico no se adhiere a ninguna religión, ni declara a una religión determinada como la oficial del Estado. No obstante, definir exactamente la actitud que el Estado asume frente al factor religioso es un problema complejo; problema que es común a todos los países occidentales en los que al parecer rige el principio de laicidad, porque aun cuando constitucionalmente se adopte el principio de laicidad como valor superior del ordenamiento jurídico de un Estado, dicho principio no es inmutable sino variable en función de los movimientos sociales, culturales y políticos, del momento. Dicho análisis debe tener en cuenta el marco concreto de laicidad y las dinámicas que pueden condicionar el funcionamiento de los mecanismos de separación.
- i) El Estado no puede dictar lo que debe creer una persona ni adoptar medidas coercitivas para que manifieste sus creencias, ni obligarle a actuar de modo que se entienda que profesa determinadas creencias.
- j) La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha venido evolucionando en su concepción sobre la vinculación de la libertad de conciencia, la libertad ideológica y la libertad religiosa, otorgando reconocimiento y protección al contenido esencial de dichos derechos; así como desarrollando el alcance de las posibles restricciones al ejercicio de la libertad religiosa, tomando en consideración el criterio del margen de apreciación de los Estados nacionales europeos, y el principio de laicidad del Estado. El criterio del margen de apreciación aboga por reconocer a las autoridades estatales un ámbito para apreciar la necesidad de ciertas medidas restrictivas; lo que comporta, respecto al derecho a la libertad religiosa, una aplicación particular del Convenio de Roma, según las circunstancias del caso. Los tribunales realizan, en tal cometido, un juicio de

ponderación entre las normas del Convenio y las Constituciones, las circunstancias políticas, económicas y culturales de cada uno de los Estados.

- k) Las Constituciones peruanas de 1979 y 1993 consagran el principio de laicidad del Estado, conforme al cual el Estado declara su “independencia y autonomía” respecto de la Iglesia católica o cualquier otra confesión religiosa. Se trata, por consiguiente, de un Estado típicamente laico o aconfesional, en el que si bien se proclama y garantiza la libertad religiosa, no se asume postura a favor de ninguna confesión en particular. En el modelo peruano nuestro Estado se encuentra formalmente separado de toda confesión religiosa, y lo por tanto, no proclama como oficial religión alguna.
- l) La libertad de culto es uno de los dos derechos alusivos a la libertad de manifestar la religión. El culto es la expresión y la actuación concreta en la que se manifiestan las diversas religiones. Es el momento expresivo y manifestativo de lo que fundamentalmente es la religión. Las expresiones del derecho de libertad religiosa, en esa dimensión externa y colectiva que permite el culto en los espacios públicos o privados, deben diferenciarse de aquellas que tienen lugar o se pretende tengan lugar en espacios que están bajo la administración del Estado –en alguna de sus variadas estructuras y funciones–, pues son manifestaciones en las que el Estado debe ser muy escrupuloso a la hora de proteger el contenido del derecho de libertad religiosa, sobre todo si lo quiere hacer respetando los principios que vertebran el modelo de relaciones entre poder político y religioso.
- m) La utilización de simbología religiosa en edificios públicos, claramente es incompatible frente a los alcances del principio de laicidad, al menos en su mayor grado de desarrollo. La incompatibilidad entre los espacios destinados a la función pública estatal y las actividades de culto religioso –trátese de liturgia, adoctrinamiento o simbología de cualesquier confesión religiosa–, es manifiesta; tal como ha quedado evidenciada a la luz de la democratización de los Estados, del principio de laicidad, de los instrumentos y foros internacionales de protección del derecho fundamental a la libertad de conciencia y libertad religiosa, y de la doctrina y jurisprudencia más avanzada sobre la materia.
- n) Cuando los poderes públicos obligan a sus miembros a participar en actos o ceremonias oficiales de contenido religioso, están vulnerando el derecho de libertad religiosa y de culto de las personas que integran las instituciones públicas. El ejercicio de la libertad religiosa es inmune a toda coacción.
- o) En el caso específico de los jueces, estos tienen el derecho de decidir en conciencia si desean o no tomar parte en las ceremonias oficiales del Poder

Judicial, cuando consideren que los actos del culto religioso que forman parte de las ceremonias judiciales vulneran el derecho a la libertad de culto que les asiste; por lo que debe respetarse el principio de voluntariedad en la asistencia.

- p) Respecto a la participación de los funcionarios públicos en manifestaciones religiosas a título personal o a título institucional, en el primero de los casos la asistencia o inasistencia del funcionario debe ser decidida libre y voluntariamente por el sujeto, ya que dicha elección forma parte del contenido de su derecho individual a la libertad de conciencia; pero, en el supuesto de que la asistencia de los funcionarios tenga un carácter institucional, en la medida en la que el funcionario representa a los poderes públicos, cabe hablar de una vulneración del principio de laicidad del Estado, tanto en su faceta de separación entre el Estado y las confesiones religiosas como de neutralidad estatal.
- q) La presencia de símbolos religiosos en los actos de toma de posesión de cargos o funcionarios públicos representa una vulneración del derecho a la libertad de conciencia y, supone la ruptura de las reglas del Estado democrático y, por lo tanto, del principio de laicidad.
- r) En el Estado peruano, que es laico conforme lo ha interpretado el Tribunal Constitucional, el ordenamiento jurídico interno, las instituciones públicas, la justicia ordinaria y la justicia constitucional, deben ceñirse a los postulados del principio de laicidad, dentro del respeto a los derechos fundamentales de libertad de pensamiento, libertad de conciencia y libertad religiosa que ha consagrado el pensamiento jurídico nacional e internacional, como componente esencial de toda sociedad democrática y pluralista.

7. Bibliografía

- AMÉRIGO Fernando y Daniel PELAYO. El uso de símbolos religiosos en el espacio público en el Estado laico español. Fundación Alternativas. Documento de Trabajo 179/2013, p. 12, en http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/laboratorio_documentos_archivos/b6e3c3b94b34d60f979259c0bfbcbab8.pdf
- ARECES PIÑOL, M^a Teresa. *El principio de laicidad en las jurisprudencias española y francesa*. Lleida, Ediciones de la Universidad de Lleida, España, 2003.
- ARLETTAZ, Fernando. “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la libertad religiosa: un análisis jurídico-político”, en *Revista Derechos y Libertades*, Número 27, Época II, junio 2012, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, España, en <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/19585/DyL-2012-27-arlettaz.pdf?sequence=1>

- BLANCARTE, Roberto. *América Latina. Entre pluri-confesionalidad y laicidad*. Civitas, Porto Alegre, v. 11, n. 2, pp. 182-206, maio-ago. 2011, en <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/viewFile/9644/6738>
- BOKSER LIWERANT, Judit. "Religión y espacio público en los tiempos de la globalización", en R. Blancarte (coord.): *Los retos de la laicidad y la secularización en el mundo contemporáneo*. El Colegio de México. Centro de Estudios Sociológicos, México D.F., 2008.
- CARRETERO PASÍN, Angel Enrique. *El laicismo. ¿Una religión metamorfoseada?* Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas, 15, (2007.1), pp. 239-248, en <http://revistas.ucm.es/index.php/NOMA/article/view/NOMA0707120239A/26558>
- CONTRERAS MAZARÍO, José M.^a y CELADOR ANGÓN, Óscar. *Laicidad, manifestaciones religiosas e instituciones públicas*, Fundación Alternativas. Documento de trabajo 124/2007, en http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/laboratorio_documento_s_archivos/xmlimport-5d6eWX.pdf
- DE DIENHEIM BARRIGUETE, Cuauhtémoc Manuel. "El derecho a la libertad religiosa y la laicidad del Estado como presupuestos básicos del Estado Constitucional y Social de Derecho", en M. Vizcaíno, (coord.): *Estado laico, democracia y derechos fundamentales*. Facultad de Derechos y Ciencias Sociales UMSNH, México, 2010.
- FUENTES MOLINAR, Olac. "El laicismo: seis tesis contrarias a la educación pública", en *Bases Filosóficas, Legales y Organizativas del Sistema Educativo Mexicano*. Secretaría de Educación Pública, México, 1997.
- HUACO PALOMINO, Marco. *Lo bueno, lo malo y lo feo de la ley de libertad religiosa: Texto íntegro de la ley y comentario*, 2010, en <http://www.marcohuaco.com/mh/bajados%20marco/Ley1.doc>
- HUACO PALOMINO, Marco. *Derecho de la Religión. El principio y derecho de libertad religiosa en el ordenamiento jurídico peruano*. Fondo Editorial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2005.
- HURTADO HUAILLA, Ana Cecilia. *Análisis jurisprudencial del derecho a la libertad religiosa*. Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa, 2015, en http://www.cedpe.com/blogs/Delitos_empresariales_y_derecho_procesal/?p=22
- LABACA ZABALA, María Lourdes. *La libertad religiosa y el principio de laicidad en los centros educativos de Francia: a propósito de las manifestaciones religiosas ostensibles en las aulas*, 2007, en [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/A3948EB41827E67205257C7100745458/\\$FILE/24-la-libertad-religiosa-y-principio-laicidad.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/A3948EB41827E67205257C7100745458/$FILE/24-la-libertad-religiosa-y-principio-laicidad.pdf)
- LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio. *Libertad de conciencia y laicidad en las instituciones y servicios públicos*. Editorial Dykinson Madrid, 2005.

- MARTÍNEZ SISTACH, Luis. "Libertad religiosa y actividad de culto", en Memoria del IX Congreso Internacional de Derecho Canónico: *La libertad religiosa*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Autónoma de México, 1996, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/175/18.pdf>
- MORONDO TARAMUNDI, Dolores. *El principio de laicidad y el principio antidiscriminatorio en la discusión sobre la libertad religiosa*. Diritto e questioni pubbliche, n. 13/2013, Palermo, 2013, en http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2013_n13/stu_08-Morondo.pdf
- MOSQUERA, Susana. *Símbolos religiosos en espacios bajo administración del Estado*, Gaceta Constitucional, núm. 40, 2011.
- MOSQUERA, Susana. *La libertad religiosa en el constitucionalismo peruano*, Derecho, Instituto de Derechos Humanos, Repositorio institucional PIRHUA - Universidad de Piura, 2012, en <http://pirhua.udpe.edu.pe/handle/123456789/1708>
- OLMOS ORTEGA, María Elena. *El derecho a la libertad religiosa: un tema de nuestro tiempo*, en <http://www.ligaproderechoshumanos.org/articulos/maria-elena-olmos-ortega.pdf>
- OROZCO SOLANO, Víctor Eduardo. *Laicidad y Libertad de Religión*. Maestría en Justicia Constitucional, Universidad de Costa Rica, 2010, en <http://sitios.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/articulos%20y%20conferencias/Laicidad%20y%20Libertad%20de%20Religion.pdf>
- PARDO PRIETO, Paulino C. "Secularización y Sistema Concordatorio Histórico Español de 1753 y 1851", en A. Pele, O. Celador Angón y H. Garrido Suárez (AAVV). *La laicidad*. Madrid, Editorial Dykinson, 2014.
- PAREJA PAZ SOLDÁN, José. *Derecho Constitucional peruano y la Constitución de 1979*. Justo Valenzuela V., Lima, 1980.
- PRECHT PIZARRO, Jorge Enrique. "La laicidad del Estado en cuatro Constituciones Latinoamericanas". *Estudios constitucionales*, noviembre, año/vol. 4, número 002, 2006.
- REYES-TORRES, Amaury A. *Una cuestión de apreciación: el margen de apreciación en la Corte Interamericana de los Derechos Humanos*, 2015, en https://www.academia.edu/10416869/Una_cuesti%C3%B3n_de_apreciaci%C3%B3n_El_margen_de_apreciaci%C3%B3n_en_la_Corte_Interamericana_de_los_Derechos_Humanos
- RUIZ BURSÓN, Francisco Javier. "Novedades desde Estrasburgo sobre la objeción de conciencia". *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 31, 2013, en www.unav.edu/matrimonioyfamilia/observatorio/uploads/30677_Ruiz_RGD_CDEE2013_Novedades.pdf
- RUIZ VIEYTEZ, Eduardo J. "La diversidad religiosa en el País Vasco: carencias y propuestas sobre su tratamiento jurídico e institucional", en E. Ruiz (coord.): *La*

diversidad religiosa en el País Vasco. Nuevos retos sociales y culturales para las políticas públicas. Bilbao, Universidad de Deusto, 2011.

SANTANA, Alejandro. *El Estado laico y la reforma constitucional.* Consulta Anual 2009 Núcleo FTL República Dominicana — Iglesia, Poder y Misión en la República Dominicana Hoy, 2009, en <https://ftldominicana.files.wordpress.com/2010/01/el-estado-laico-y-la-reforma-constitucional-e28094-alejandro-santana.pdf>

URRUTIA Abaigar, Víctor. "Laicismo y laicidad". FRONTERA, número 35, julio-septiembre 2005: *Laicidad, laicismo y fe cristiana*, en <http://2001.atrío.org/PRIVADO/FRONTERA/35/35-Victor.pdf>

CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO CIVIL A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

MANUEL JESÚS MIRANDA CANALES*

Resumen

El artículo evidencia cómo el Derecho Constitucional trasciende a todo el ordenamiento jurídico y lo sujeta a sus disposiciones; constitucionalización que es fuertemente acentuada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que complementa y fortalece las instituciones jurídicas del Derecho Civil, en particular del Derecho de Familia.

Palabras clave: Constitución, derecho civil, derecho de familia, Tribunal Constitucional, jurisprudencia.

Abstract

This article evidences the way of the Constitutional Law transcends the entire legal system and subjects to its provisions, constitutionalization which is strongly accentuated by the law of the Constitutional Court that complements and strengthens the legal institutions of Civil Law, in particular the family Law

Keywords: Constitution, civil law, family law, Constitutional Court, jurisprudence.

Sumario

1.- Introducción. 2.- Constitucionalización del Derecho 3.- La Constitución y el Derecho Civil. 4.- El Derecho Civil en la interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. 5.- Conclusiones. 6.- Bibliografía.

1. Introducción

La evolución de las ciencias jurídicas puede ser medida y contrastada en el dinamismo y crecimiento de sus instituciones. Son estas las que finalmente determinan la materialización del Derecho.

El Derecho constitucional no se encuentra exento de esta evolución, por el contrario, despliega todos sus efectos en el ordenamiento jurídico. A este proceso llamaremos constitucionalización del Derecho, toda vez que los efectos de nuestra Carta constitucional, se irradian en todas las ramas del Derecho. Así el Tribunal

* Vicepresidente del Tribunal Constitucional del Perú. Doctor en Derecho. Exconsejero del Consejo Nacional de la Magistratura. Exjefe de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Constitucional, ha determinado en la STC 0042-2004-AI/TC la existencia de un principio de constitucionalidad– y no solo de conformidad con la ley –principio de legalidad–. Ello es así, en la medida en que en nuestra Constitución están incorporados el principio de supremacía constitucional y el principio de fuerza normativa (artículo 51). La Constitución no es un mero documento político, sino también norma jurídica, lo cual implica que el ordenamiento jurídico nace y se fundamenta en la Constitución y no en la ley. El principio de fuerza normativa de la Constitución quiere decir que todos los llamados a aplicar el Derecho deben considerar a la Constitución como premisa y fundamento de sus decisiones (art. 38º y 45º de la Constitución); sin embargo, en el presente artículo, nos detendremos en el ámbito del Derecho Civil y, más concretamente, en el del Derecho de Familia.

Debemos reconocer la importancia de la transición de un Estado de Derecho a un Estado Constitucional de Derecho, y con este nuevo modelo, la acogida de un principio constitucional que se superpone al principio de legalidad, otrora eje del ordenamiento jurídico. Por ello, el presente artículo, también tiene como objetivo que el lector no pierda de vista algunos conceptos claves que le permitirán tener una perspectiva más completa de la materia.

Además, considero esencial destacar cómo el Tribunal Constitucional, en su rol de máximo intérprete de la Constitución y garante de los derechos fundamentales, debido a su jurisprudencia, ha ido dilucidando los conceptos de familia y matrimonio, dotándoles de nuevos contenidos que se ajustan a las nuevas exigencias de nuestra sociedad.

En ese sentido, el objeto del presente artículo no es otro que poner en evidencia que el Derecho Constitucional, hoy por hoy, trasciende a todo el ordenamiento jurídico y lo sujeta a sus disposiciones. Esta labor de constitucionalización es fuertemente acentuada por el Tribunal Constitucional que, mediante su jurisprudencia, logra complementar y fortalecer las instituciones jurídicas del Derecho Civil, específicamente, del Derecho de Familia.

2. Constitucionalización del Derecho

Desde los albores del siglo XIX, el orden jurídico tuvo la Ley como eje central y esencial que condicionó el comportamiento de la sociedad de aquel entonces. En ese sentido, el Derecho establecía sus cimientos en el principio de legalidad, lo cual significaba que la Constitución, concebida como tal, no era otra cosa que una norma política, desprovista de contenido jurídico vinculante².

Desde mediados del siglo XX, el marco de referencia y parámetro del ordenamiento deja de ser la Ley, dando paso a una nueva etapa marcada por la Constitución, la que

² LANDA, César. *La constitucionalización del Derecho Peruano*. PUCP, Revista de Derecho. Lima, 2013. N° 71, p.14.

fundamenta sus contenidos en valores y principios superiores, colocando a la persona humana como eje del sistema jurídico. Desde entonces, el concepto de Constitución ha transitado hacia una etapa en la que ya no quedan dudas sobre su carácter de norma jurídica suprema en el ordenamiento jurídico nacional.

Debemos, pues, reconocer que hoy día la Constitución ha logrado desplazar a la Ley como fuente primaria y plena del Derecho, y ha irradiado sus efectos de manera imperativa y directa sobre todos los poderes públicos y privados, sujetándolos al cumplimiento de sus mandatos. Sin embargo, como acertadamente lo recuerda el profesor César Landa, “no se trata solo de un cambio de posición jerárquica de las normas, sino que esta transición nos lleva a replantear la manera de entender el derecho, la jurisprudencia, la jurisdicción y el rol propio del juez a la luz de nuevos contenidos cuyo vértice es la protección de la persona humana”³. Es decir, que el fenómeno de constitucionalización del Derecho no solo ha afectado al carácter de la propia norma, sino también a la forma cómo se hace Derecho ya que los principios rectores que ahora lo regulan tienen su basamento en valores y principios cuya importancia radica en el respeto a los derechos fundamentales.

El término Constitucionalización del Derecho surgió, por primera vez, en la reunión de la Asociación Francesa de los Constitucionalistas, en Febrero de 1980, en la Facultad de Derecho de Saint - Maur, y tuvo como finalidad cambiar la concepción del Derecho, a fin de sujetarla a una regulación mucho más imperativa⁴. Por ello, se afirmó que la constitucionalización de las distintas ramas del Derecho marcó una quiebra en el tradicional modelo de Estado de Derecho para trasladarnos a uno nuevo, el Estado Constitucional de Derecho.

Conviene destacar cuál es la diferencia entre un ordenamiento constitucionalizado y otro que no lo es. La principal distinción radica en que en el último, la Constitución está limitada al ámbito de su carácter normativo y se erige, únicamente, como un documento cuyo contenido contempla un mero catálogo de disposiciones para regular una adecuada actuación estatal; funge como un orden marco que solo es funcional cuando se vislumbra una trasgresión de sus fines, que descriptivamente están determinados. En cambio, en un ordenamiento constitucionalizado se evidencia una estructura ordenada y fundamental que impone realizar determinadas acciones afirmativas y ya no solo restricciones a Estado privados.

³ PRIETO, Luis. “El constitucionalismo de los derechos”. En Revista Española de Derecho Constitucional, 2004, p. 15.

⁴ FAVOREU, Louis. “Constitucionalización del Derecho”. Universidad Austral de Chile. Revista de Derecho, Vol. XII, agosto 2001, p. 31.

La constitucionalización del ordenamiento no es una cualidad “todo o nada”, algo que se tiene o no se tiene en absoluto, sino que se configura como un proceso que admite grados o intensidades⁵.

Al respecto, es importante destacar los atributos y las facultades que acompañan al fenómeno de la constitucionalización del Derecho. En tal sentido, encontramos la Justicia constitucional, la Constitución sustantiva, la Constitución que está impregnada en todo el ordenamiento jurídico y la rigidez constitucional del caso.

La rigidez constitucional

La Rigidez Constitucional supone que cualquier reforma de la Constitución solo será posible si se cumple algún procedimiento previamente dispuesto para su aprobación, modificación o derogación. De este modo, al definir y cualificar al poder competente para la reforma de la Constitución, frente a otros poderes constituidos, se pretende garantizar la primacía constitucional. “Las constituciones rígidas y solamente ellas gozan de un régimen jurídico especial, diverso del que tienen las leyes, en el sentido de que el procedimiento de reforma de la Constitución es distinto al procedimiento de formación de las leyes”⁶.

Una Constitución sin rigidez terminaría abandonando todo en manos de las mayorías. Como señala Ferreres, una Constitución rígida genera en el legislador la capacidad de producir fundadas razones para el cambio constitucional⁷.

La Justicia Constitucional (La garantía judicial de la Constitución)

La justicia constitucional instituye formas de defensa de la Constitución, por ello se ha convertido en pilar angular para garantizar el respeto y el cumplimiento de sus dispositivos. Esta situación, obligó a que la Constitución se previera de mecanismos de tuición para garantizar el cumplimiento de los derechos fundamentales.

Hoy en día debemos reconocer que la importancia de la justicia constitucional es indiscutible, ya que gracias a esta, se garantiza el verdadero equilibrio de los poderes o, como modernamente se conoce, el de las funciones atribuidas a cada uno de los componentes del Estado.

Es oportuno señalar, para un mejor entendimiento del estudio, que como parte de estos mecanismos establecidos en la Constitución sea, tal vez, la forma más evidente en que el fenómeno se manifiesta como creciente protagonismo del Tribunal Constitucional (TC), supremo intérprete de la Constitución, que a través de sus

⁵ GUASTINI, Riccardo “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”. Presentación de Miguel Carbonell. México, 2001, p.153.

⁶ GUASTINI, Riccardo. “Rigidez constitucional y límites a la reforma en el ordenamiento italiano”. México, p. 175.

⁷ FERRERES, Víctor. “Una defensa de la rigidez constitucional”. En *Doxa*, N.º 23, año 2000, p. 39.

sentencias, prevé la real significación de conceptos, derechos y principios jurídicos que repercuten desde el derecho tributario hasta los derechos humanos⁸.

Este proceso de Judicialización del Derecho, que se manifiesta en las funciones de los tribunales constitucionales, encargados de garantizar los derechos fundamentales, también se evidencia en el desarrollo del proceso de globalización internacional y regional el cual no solo es económica sino también política y social⁹.

En ese contexto, podemos aseverar que, el Tribunal Constitucional es el órgano llamado a impartir justicia constitucional, no solo porque dicha competencia le ha otorgado directamente la Carta Magna, sino también porque su razón de ser es vigilar principalmente el cumplimiento de los derechos fundamentales; labor será solo posible cuando el TC interprete los contenidos y alcances fundamentales de manera integrada, combinando las disposiciones constitucionales, con los valores y principios superiores de la sociedad.

Así, podemos evidenciar que la Constitución, a través de los elementos que la conforman, tanto en el reconocimiento de derechos, como en la estructura de Estado, establece los mecanismos de protección de su normativa potencial, concretizando, de esta forma, su eficacia (procesos constitucionales) y supremacía constitucionales.

De lo expuesto, podemos afirmar que tanto nuestro sistema de administración de justicia y la relación entre personas naturales y jurídicas, como también las instituciones públicas, inician la fundamentación de su razonamiento jurídico en la Constitución, debido a que, como lo ha establecido nuestro Tribunal Constitucional, “no existe área del derecho que esté exenta de su control”, debido necesariamente a que tanto el Derecho como la Constitución, tienen como finalidad la tutela y defensa de los derechos fundamentales de la persona.

Por todo lo anterior, consideramos importante concluir con una cita de Cappelletti¹⁰: “la Justicia Constitucional es la vida, la realidad y el porvenir de las Cartas Constitucionales de nuestra época”.

Constitución sustantiva

En el Estado Constitucional, la Constitución se convierte en una norma con gran carga axiológica. Siguiendo a Aguiló, podemos afirmar que así como la Constitución estatuye una serie de instituciones y les otorga competencias (por ejemplo: Poder Ejecutivo, Congreso de la República, Poder Judicial, Tribunal Constitucional, etc.) también prescribe una “dimensión valorativa”. Esto es, que aparte de los preceptos estrictamente normativos que tangiblemente los impone, también reconoce

⁸ Ib. 1, p.13.

⁹ Ib. 1, p.16.

¹⁰ CAPPELLETTI Mauro. *La justicia constitucional y dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*. De UNAM, Facultad de Derecho, México, 2007.

situaciones y valores igualmente importantes, tales como la soberanía popular, la dignidad y seguridad de las personas, la diversidad cultural, la educación, la salud pública¹¹. La “rematerialización” de la Constitución implica que esta no solo determina cómo debe organizarse el poder para tomar sus decisiones sino qué es lo que puede o debe decidir¹².

Si el sistema jurídico careciera de esta dimensión sustantiva, y fuera exclusivamente un conjunto de órdenes respaldadas por el imperio de la Ley, no podríamos hacer uso de él para resolver los conflictos entre valores que la propia Constitución encierra¹³. Por ello, debemos enfatizar que concebir la Constitución como una norma de contenido material –y no solo competencial– conlleva a una consecuencia práctica muy importante en el momento de efectuar el control constitucional, puesto que no solo serán constitucionalmente válidos aquellos actos emitidos por la autoridad competente y en ejercicio de sus funciones sino que será preciso también analizar el grado de afectación de una medida en un derecho fundamental.

La Constitución impregnada en el ordenamiento jurídico

La combinación de los dos últimos factores mencionados (materialización del ordenamiento y justicia constitucional), permite que la Constitución se encuentre “impregnada” a todo el ordenamiento, es decir, que sus efectos se desplieguen a todos los ámbitos de la vida social y jurídica. De este modo, los operadores jurídicos ya no acceden a la Constitución a través del legislador sino que lo hacen directamente; por cierto, la Constitución ha abarcado más ámbitos de relevancia social, y como resultado de ello, es difícil encontrar un problema jurídico que carezca de relevancia constitucional.

En este sentido, los preceptos constitucionales ya no solo actúan como límites sino como fuerzas expansivas reconocidas en la determinación del orden jurídico, por lo que es posible hablar del “orden jurídico como un desarrollo de las exigencias constitucionales”. El contenido del orden jurídico legítimo ya no resultará explicable en términos de respeto de los límites y discrecionalidad entendida como libertad; sino en términos de una concreción de los derechos a partir de una “razonable” ponderación de bienes y principios constitucionales.

3. La Constitución y el Derecho Civil

Una vez explicado el proceso de constitucionalización del Derecho y cuál es el rol de los Tribunales Constitucionales en el ejercicio de la justicia constitucional, conviene analizar la incidencia que la Constitución tiene sobre el llamado Derecho de los privados, la del particular el Derecho Civil.

¹¹ AGUILÓ, Joseph. “Sobre la Constitución del Estado constitucional”. En *Doxa*, N° 24, año 2001, p. 446-447.

¹² *Ib.* 2, p 48.

¹³ GASCÓN, Marina y Alfonso GARCÍA. *La argumentación en el Derecho*. Segunda edición, 2005.

Debemos señalar que la constitucionalización del Derecho Civil no es otra cosa que la aplicación de las normas constitucionales, cuyos efectos recaen en la relación con los particulares.

De hecho, así viene sucediendo en nuestro ordenamiento, ya que si bien es cierto que el juez está sometido a la ley —principio de legalidad—, es verdad también que lo está, ante todo, a la Constitución —principio de constitucionalidad—. El juez realiza una aplicación constitucional de la ley a la vista del caso concreto, en la medida en que debe considerar conjuntamente las razones de la ley y las razones de la Constitución¹⁴.

La mejor garantía del goce y ejercicio de los derechos y libertades civiles se encuentra en su reafirmación en los derechos fundamentales. De allí que la reforma del Código Civil tendrá mayor arraigo en la medida en que se edifique como un Derecho civil constitucional¹⁵. Esto significaría que las normas de carácter legal o reglamentario deben guardar coherencia y sujeción a la Constitución, no solo en su aspecto formal, sino también, material; de modo que al aplicarlas a un caso particular se evidencie una afectación a un derecho fundamental.

Así, tanto la dignidad de la persona, como el libre desarrollo de su personalidad y el respeto a los derechos de los demás, imprimen su huella en la consolidación de la constitucionalización del Derecho Civil.

Como consecuencia de lo anterior, y tomando en consideración el carácter normativo de la Constitución, su incidencia en el ordenamiento civil resulta innegable, y llega a alcanzar de forma más o menos intensa, a sus contenidos e instituciones jurídicas. Esto significa que muchas figuras, reglas y derechos civiles tradicionales han sido constitucionalizados, imprimiendo un límite infranqueable para el legislador ordinario. En ese sentido, el Código Civil, como cuerpo normativo que guía las relaciones entre los privados, deberá interpretarse a la luz de los preceptos establecidos en la Constitución y la jurisprudencia, a fin de respetar las garantías fundamentales.

Sin perjuicio de lo expuesto, debemos resaltar que la reinterpretación de las normas civiles a la luz de la Constitución, ciertamente podría irrogar dificultades y excesos por parte de los operadores del Derecho, pues “un enfoque que extrema el principalismo constitucional y desliga los derechos de la ley”¹⁶ ocasiona severos conflictos para los Jueces civiles, toda vez que estos, al verse más vinculados a la Constitución que a la ley, podrían -en su potestad de intérpretes- sobrepasar los límites al inaplicar irrestrictamente preceptos legales so pretexto de una propia exégesis de la Constitución, “haciendo tambalear los principios de seguridad jurídica

¹⁴ Ib. 11, p. 42.

¹⁵ Ib. 6, p. 22.

¹⁶ ARAGÓN, Manuel. *El Juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad*. Madrid, p. 185, 186.

y certeza del Derecho, que constituyen hoy los pilares esenciales de un Estado democrático de Derecho”¹⁷.

Sin embargo, la situación antes descrita se corrige cuando el Tribunal Constitucional, en su rol de máximo intérprete de la Constitución, otorga pautas de observancia obligatoria (sentencias y precedentes vinculantes) que sirven como norte para la actuación de los jueces ordinarios. De esta manera, cuando los operadores ordinarios apliquen el derecho correspondiente, ciertamente estarán sujetos a los parámetros constitucionales, empero, gracias a la labor jurisdiccional del Tribunal Constitucional por lo que, se impedirá la comisión de abusos y arbitrariedades sustentadas en las particulares interpretaciones de la Constitución.

Así, pues, el Código Procesal Constitucional prevé, en el artículo VI del Título preliminar, la siguiente pauta: “(...) Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, **conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional**” (énfasis propio).

Siguiendo la misma línea, es oportuno precisar que el Derecho civil y sus disposiciones recogidas en el Código Civil, reciben influencia directa de la normativa constitucional y la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional en dicha materia, lo que permite la adaptación de las Instituciones civiles a los postulados constitucionales.

En ese contexto, algunos Tribunales del Poder Judicial, a la luz de la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional, han debido amoldar el sentido de sus resoluciones al contexto de cambio social. Ello no solo ha sucedido en los casos más polémicos y conflictivos para las relaciones entre ambos órganos, como son los de tutela de honor, intimidad y propia imagen, en donde la controversia suscitada entre el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema ha llegado a alcanzar tintes relativos al orden público, sino también en otros, que aunque no encontraron eco alguno en los medios de comunicación, dejan de ser trascendentales para el perfeccionamiento de la tutela que el Derecho persigue dispensar a todas las personas¹⁸.

De esta forma, el Derecho Civil se encuentra en transición, debido a que el fenómeno de la Constitucionalización del Derecho adapta, modifica y dota de nuevos contenidos a las Instituciones que están involucradas. En ese sentido, sus elementos deberán estar en permanente armonía con la normativa constitucional y la labor interpretativa que realizan sus órganos jurisdiccionales a través de la jurisprudencia como fuente de derecho.

¹⁷ GUTIÉRREZ, Pilar. *La constitucionalización del Derecho Civil*. Año 2011, p. 76.

¹⁸ BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles. *La Constitución y el Derecho Civil*. Universidad de la Rioja, REDUR. N° 2.

Como consecuencia de lo previamente señalado, debemos hacer hincapié en que la Constitución ha incidido de manera determinante en la rama del Derecho Civil, sobre todo, en aquellas áreas que tienen como eje a la persona.

Así, a manera de ilustración, desarrollaremos cuál ha sido el impacto de la jurisprudencia constitucional en el llamado Derecho de Familia, poniendo en notoria evidencia que la composición de la legislación civil actual, a través de sus reformas, ha trazado ciertas directrices que a continuación analizaremos.

Antes de ahondar en la materia, es conveniente reseñar como dato importante, los orígenes del Derecho de Familia y cuál ha sido sus aportes en el Derecho Comparado.

La constitucionalización del Derecho de Familia tiene sus orígenes en la Constitución de Weimar de 1919, la que en su artículo 119° estableció que “El matrimonio, en tanto que fundamento de la vida social familiar y del mantenimiento y crecimiento de la nación, está bajo la protección especial de la Constitución. Se basa en la igualdad jurídica de ambos sexos. (...)”. Con la misma tónica, propondré algunos ejemplos en el Derecho Comparado; tal es el caso de la Constitución Española de 1931 que estableció en su artículo 43° que “La familia está bajo la salvaguardia especial del Estado. El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos (...)”; del mismo modo, también podemos citar el ejemplo de la Constitución italiana de 1947, la que estipuló en su artículo 29° que “El matrimonio se regulará en base a la igualdad moral y jurídica de los cónyuges, con los límites establecidos por la ley en garantía de la unidad familiar.”, y en su artículo 31° indicó que “La República estimulará, con medidas económicas y otras providencias, la formación de la familia y el cumplimiento de sus obligaciones, con particular atención en relación a las familias numerosas”¹⁹.

En el caso peruano, el Derecho de Familia fue por primera vez, regulado y conceptualizado en la Constitución de 1933, y con ella se logró garantizar, por primera vez, su protección por parte del Estado. Años más tarde, con la Constitución de 1979, el valor asignado a la familia tuvo mayor trascendencia pues se la reguló como una Institución civil y social, vinculándola de manera conexas al matrimonio²⁰.

En lo que respecta a la Constitución de 1993, esta sigue la línea planteada por la Carta anterior, aunque con algunos cambios sustanciales, como la desvinculación del matrimonio como condición *sine qua non* para la existencia de la familia. Esto supone,

¹⁹ CORDOVA, Álvaro. *La perspectiva constitucional de la familia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Gaceta del Tribunal Constitucional, 2008, p. 4.

²⁰ Constitución Política del Perú de 1979, artículo 5°:

“El Estado protege el matrimonio y la familia como sociedad natural e institución fundamental de la Nación.

Las formas de matrimonio y las causas de separación y disolución son reguladas por la ley (...)”.

la aceptación de nuevas formas de familia, formadas a partir de la unión de hecho o concubinato²¹.

4. El Derecho Civil en la interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Desde la instauración de la Carta Constitucional de 1993, el Tribunal Constitucional ha podido desarrollar, en contadas ocasiones, el concepto de familia. Por ejemplo, puede evidenciarse en la sentencia del expediente N° 2868-2004-PA/TC “José Antonio Álvarez Rojas”, el desarrollo del *ius connubii* como potestad fundamental correspondiente al ámbito del derecho al libre desarrollo de la persona. En dicha sentencia, el Tribunal disgrega los conceptos de familia y de matrimonio como elementos otrora dependientes y explicita que “más que de unos derechos fundamentales a la familia y al matrimonio, en realidad, se trata de dos institutos jurídicos constitucionalmente garantizados (Fundamento 13). De este modo, la precitada sentencia hace referencia a los conceptos jurídicos siguientes:

“Uno de esos ámbitos de libertad en los que no cabe la injerencia estatal, porque cuentan con la protección constitucional que les dispensa el formar parte del contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad, ciertamente es el *ius connubii*. Con su ejercicio, se realiza el matrimonio como institución constitucionalmente garantizada y, con él (aunque no únicamente) (énfasis agregado), a su vez, también uno de los institutos naturales y fundamentales de la sociedad, como lo es la familia. Por consiguiente, toda persona, en forma autónoma e independiente, puede determinar cuándo y con quién contraer matrimonio (...)” (Fundamento 14)

Con el ánimo de desarrollar el presente artículo, nos detendremos en el análisis de la sentencia del expediente N°. 9332-2006-PA/TC en la cual el Tribunal Constitucional hace una interpretación más exhaustiva sobre el artículo 4° de la Constitución.

La mencionada sentencia versa sobre una demanda de amparo interpuesta contra el Centro Naval del Perú, porque la entidad demandada no otorgó el carnet familiar a la hija del demandante, toda vez que esta tenía la condición de hijastra del demandante. Por tal razón, el Tribunal Constitucional, en tutela de los Derechos fundamentales, declaró fundada la demanda, ordenando a la entidad demandada que no debía

²¹ Constitución Política del Perú de 1993:

Artículo 4°: La comunidad y el Estado protegen (...) a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.

Artículo 5°: La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable.

realizar distinción alguna entre el tratamiento que recibían los hijos del demandante y el de su correspondiente hijastra.

Así, el Tribunal Constitucional, de conformidad con lo estipulado en el artículo 4º de la Constitución, reconoce a la familia como un instituto natural y fundamental de la sociedad; en virtud de ello, el Estado y la comunidad se ven obligados a prestarle especial protección; en consecuencia el Tribunal replantea los contenidos conceptuales de familia y matrimonio, a fin de que, bajo interpretaciones diversas, no se trasgredan derechos fundamentales.

Al respecto, resulta importante mencionar el tratamiento de la familia a nivel internacional, la que también recibe considerable atención porque se encuentra protegida y amparada como derecho humano; así, el *soft law* sostiene que los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho – sin restricción motivada en la raza, nacionalidad o religión- a casarse y a fundar una familia, agregando que esta es un elemento natural y fundamental de la sociedad, por lo que “tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” (subrayado agregado) – Artículo 16º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (fundamento 4).

Expuesto lo anterior, y desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales, tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, los grandes flujos migratorios del campo a las ciudades, entre otros aspectos. Todo esto ha significado una evolución de la estructura familiar tradicional, en la que esta, sentaba sus bases esencialmente en una estructura nuclear y bajo la dirección de un *pater familias*, hacia una figura más abierta, cuya conformación incorpora nuevos conceptos jurídicos sobre la noción de familia. Como consecuencia de ello, se han generado familias con estructuras distintas, como son las surgidas de las uniones de hecho, las mono parentales o las que en doctrina se han denominado *familias reconstituidas* (fundamento 7).

Conforme se señala en el fundamento 8 de la precitada sentencia, “no existe un acuerdo en doctrina sobre el *nomen iuris* de esta organización familiar, utilizándose diversas denominaciones tales como familias ensambladas, reconstruidas, reconstituidas, recompuestas, familias de segundas nupcias o familiastras. Son familias que se conforman a partir de la viudez o el divorcio. Esta nueva estructura familiar surge a consecuencia de un nuevo matrimonio o compromiso. Así, la *familia ensamblada* puede definirse como “la estructura familiar originada en el matrimonio o la unión concubinaria de una pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa”.

Así, en el caso de autos sí se puede afirmar que existe una relación “estable, pública y de reconocimiento que determina la oponibilidad de este núcleo familiar, al que evidentemente pertenece la hijastra” (fundamento 23). Empero, la Asociación

demandada sostiene que la medida impuesta se respaldó en su normatividad interna, sustentada en sus prerrogativas de organizarse. Cabe rescatar, que en ningún modo, las prerrogativas otorgadas a las Asociaciones deberán atentar contra otros bienes jurídicos, sobre todo si estos ostentan mayor relevancia, como la constitución de una familia.

A partir de todo ello, el Tribunal infiere que si bien el matrimonio y la familia son conceptos íntimamente relacionados el uno con el otro, son a su vez diferenciables. “No cabe por lo tanto establecer una relación de dependencia entre ambos, debe distinguirse claramente el derecho al matrimonio del derecho a fundar familia”²².

5. Conclusiones

- a) Recapitulando lo señalado a lo largo del presente artículo, podemos concluir que la constitucionalización del derecho es un fenómeno cuyas características permiten garantizar la permanencia y eficacia de la Constitución en el ordenamiento jurídico.
- b) En esa línea, el abandono de un modelo estrictamente legalista ha facilitado que el legislador entienda el Derecho como una unidad sujeta a los parámetros establecidos en la Constitución, ya que, solo a partir de esta, los dispositivos normativos con que cuenta cada área del derecho, cobran un sentido cabal.
- c) Dicho esto, debemos asumir que también el Derecho Civil está inmerso en el marco de los contenidos constitucionales y su actuación se rige bajo principios de constitucionalidad recogidos en la Carta fundamental. Empero, no solo se encuentra únicamente subordinado a estos mandatos supremos, sino que también está permanentemente dotado con el contenido constitucional que la jurisprudencia, por intermedio del Tribunal Constitucional, desarrolla y que permite que el Derecho Civil pueda ir transformándose acorde al dinamismo por el que atraviesa nuestra sociedad.
- d) El Derecho de Familia es un claro ejemplo de lo expuesto, pues, la evolución de la Familia en la legislación nacional no ha sido siempre la misma, sino que ha ido de la mano con el desarrollo de los derechos fundamentales. Esto, ha permitido que sus alcances y preceptos lleguen a ocupar un espacio más amplio, con mayor proyección cuando hace referencia al pasado.
- e) Así pues, la constitucionalización de esta institución ha permitido que se aborden nuevos aspectos, dejando de lado algunas concepciones

²² Ib17, p.7.

tradicionales. Todo ello, ha permitido ampliar su margen de protección cuya razón de ser reposa en las nuevas necesidades sociales.

- f) En suma, hoy por hoy, el fenómeno de la constitucionalización del derecho implica una acogida a preceptos constitucionales, cuyo centro es el respeto de los derechos fundamentales de la persona. En consecuencia, el respeto de las disposiciones emanadas de la Carta Constitucional deberá ser de obligatorio acatamiento para todos los poderes públicos y para las relaciones entre los privados.

6. Bibliografía

- AGUILÓ, Joseph. *Sobre la Constitución del Estado constitucional*, en Doxa N° 24, año 2001, p. 446, 447.
- ARAGÓN, Manuel. *El Juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad*. En UAM, Madrid, p. 185, 186
- BARBER, Roncesvalles. *La Constitución y el Derecho Civil*. Universidad de la Rioja, REDUR. N° 2.
- CÓRDOVA, Álvaro. *La perspectiva constitucional de la familia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. En Gaceta del Tribunal Constitucional, 2008, p.4.
- FAVOREU, Louis. *Constitucionalización del Derecho*. Universidad Austral de Chile, Revista de Derecho, Vol. XII, agosto 2001, p.31.
- FERRERES, Víctor. *Una defensa de la rigidez constitucional*. En Doxa N.º 23, año 2000, p. 39.
- GASCÓN, Marina y GARCÍA, Alfonso. *La argumentación en el Derecho*. Segunda edición, 2005, p. 42.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid, 1994, p. 11.
- GARCÍA PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. 4º ed. Caracas, 2002, p. 33.
- GOMES CAHOTILHO, José. *Teoría de la Constitución*. Dykinson, Madrid, p. 331.
- GUASTINI, Riccardo. *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. En UNAM- México, 2001, p. 153.
- GUTIÉRREZ, Pilar. *La constitucionalización del Derecho Civil*. Año 2011, p. 76.
- HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*. Madrid, 1998, p. 295.
- LANDA, César. *“La constitucionalización del Derecho Peruano”*. PUCP, Revista de Derecho. Lima, 2013. N°71. P.14.
- PRIETO, Luis. *El constitucionalismo de los derechos*. En REDC-Madrid, 2004, p. 49.
- TAMAYO Jaramillo, Javier. *La constitucionalización del derecho privado en Colombia*, Revista Justicia y Derecho N° 3, 2012.

¿ES NECESARIO EL AMPARO ELECTORAL PARA PROTEGER DERECHOS POLÍTICOS EN PROCESOS ELECTORALES?

WALTER A. DÍAZ ZEGARRA*

Resumen

La justicia constitucional peruana ha establecido que las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones pueden ser revisadas cuando afectan derechos fundamentales; siendo que el mecanismo adecuado es el proceso de Amparo; sin embargo, su uso no ha significado eficacia, toda vez, que son pocos los casos en que ha reparado el derecho conculcado y la mayoría de las veces termina solo determinando responsabilidad de las autoridades que vulneran estos derechos, de ahí la necesidad de evaluar la posibilidad de establecer un Amparo Electoral con trámite e instancias diferentes al Amparo clásico.

Palabras clave: Justicia electoral, derechos fundamentales, amparo.

Abstract

The Peruvian constitutional justice has established that the resolutions of the JNE can be revised when they affect fundamental rights; It is that the appropriate mechanism is the process of Amparo; however, its use has not meant effective, given that there are few cases that has repaired the violated right and most of the time ends only determining responsibility of the authorities that violate these rights, hence the need to assess the this possibility establish an Electoral Amparo - process and different instances with classic Amparo.

Keywords: Electoral justice, fundamental rights, amparo.

Sumario

1.- Introducción. 2.- Elecciones, derechos políticos y justicia electoral. 2.1.- Elecciones; 2.2.- Derechos políticos. 2.3.- Justicia electoral. 3. Revisión de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones: un tema zanjado. 3.1.- Normatividad de no revisión. 3.2.- Jurisprudencia internacional. 3.3.- Jurisprudencia nacional. 4. ¿Es materia electoral solo la afectación de derechos políticos en elecciones? 4.1 Materia electoral; 4.2 Derechos políticos de afiliados a Partidos Políticos: democracia interna. 4.3.- Materia electoral y derechos políticos. 5.- Procesos de amparo contra decisiones del JNE 2008 – 2015. 6.- Tesis de amparo electoral. 6.1.- Tesis permisiva. 6.2.- Tesis Negativa. 7.- Agenda Pendiente: Proyectos propuestos. 8.- El JNE y la implementación de mecanismos de protección de derechos. 9.- Conclusión de las razones para un amparo electoral.

* Juez superior de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte y docente universitario. El presente trabajo ha sido realizado tomando datos de la tesis doctoral "La Protección de los Derechos Políticos en los Procesos Electorales a través del Proceso Constitucional de Amparo".

1. Introducción

Corresponde al sistema electoral dar legitimidad a las elecciones, no obstante ello, se han dado casos en los cuáles los derechos políticos de los postulantes a cargos de elección popular han sido vulnerados, y la realidad nos muestra que solo un (01) caso ha sido posible la reparación de derecho conculcado, ordenándose se le entregue la credencial como autoridad regional electa (EXP. N.º 05448-2011-PA/TC, 13/6/ 2012).

Nuestra Constitución Política establece en sus Artículos 142 y 181 que las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones (JNE) en materia electoral son irrevisables, ha sido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional vía proceso de Amparo que ha resuelto que procede la revisión si las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones vulneran derechos políticos en los procesos electorales, si bien pocos casos han sido estimados, el problema radica en el tiempo que demora la tramitación de los procesos de Amparo lo que no ha permitido obtener un pronunciamiento de fondo, toda vez que, el proceso eleccionario ya concluyó y era imposible reparar el derecho político vulnerado al ya ser elegidas nuevas autoridades, por lo que, solo ha correspondido determinar la responsabilidad del agresor o archivar el proceso de Amparo por sustracción de la materia.

Ahora se han diseñado proyectos que consagran el Amparo Electoral, con trámite diferenciado al Amparo clásico, para proteger los derechos políticos vulnerados y se tiene como fundamento que el cronograma electoral tiene etapas preclusivas y plazos perentorios. Lo que se advierte de la investigación realizada es que son pocos los casos de demandas de Amparo planteadas por afectación de derechos políticos en procesos electorales, correspondiendo a la gran mayoría a casos de autoridades municipales y/o regionales ya elegidas y que son cesadas por causales de vacancia y/o suspensión.

Además tenemos pronunciamientos de Tribunales Internacionales que nos han dicho que el Estado peruano debe implementar mecanismos de protección contra las resoluciones de los órganos electorales que afecten derechos políticos. Ahora corresponde evaluar si se hace necesario que se implemente el Amparo Electoral con procedimiento más rápido y diferenciado que el Amparo clásico.

Últimamente acabamos de ir a las urnas para elegir Presidente de la República, Congresistas y representantes ante el Parlamento Andino; proceso electoral donde se han producido desencuentros desde el Congreso (al dar una Ley que modificada algunas normas electorales, esto ya después de convocado el proceso de elecciones); las resoluciones del JEE y el Jurado Nacional de Elecciones; y el actuar de los candidatos excluidos al sugerir que se trata de elecciones no transparentes. No deja de llamar la atención que ya días después de la elección del 10 de abril del 2016 aún se estén publicando resoluciones que resuelven casos de exclusión de candidatos presidenciales y congresales, cuándo ya se produjo el acto de votación.

2. Elecciones, derechos políticos y justicia electoral

2.1 Elecciones

David Butler¹ señala que: *“Las elecciones son un procedimiento con normas reconocidas donde toda la población, o parte de esta, elige a una o varias personas para ocupar un cargo”*. Ahora las elecciones como la técnica de designación de representantes varía en su concepto según el sistema político que se adopte: Cuando el elector tiene la libertad de elegir amparado por ley son elecciones competitivas (sistema democrático); cuando tiene libertades limitadas hablamos de elecciones semicompetitivas (sistema autoritario); y en caso de no haber libertad estamos ante elecciones no competitivas (sistema totalitario).

El politólogo Dieter Nohlen² señala que el rol de las *elecciones* (competitivas) en los sistemas democráticos es fundamental: En primer lugar, constituyen la base del concepto *“democracia”*, los detentadores del *poder* son elegidos popularmente; en segundo lugar, son la fuente de legitimación tanto del *sistema político*, como de sus líderes; y, en tercer lugar, son el medio a través del cual se verifica la *participación política* en las grandes mayorías.

Es acertado el enfoque de José Antonio Crespo³ que refiere: *“el ejercicio de la democracia no se reduce a las prácticas electorales. No obstante, la democracia moderna es inconcebible sin una íntima asociación con las elecciones, a tal grado que el indicador fundamental de las sociedades democráticas es la realización de elecciones libres”*.

El sistema democrático es más adecuado a la realidad de hoy, en una especie de pacto social de todas personas que viven organizadamente, pues permite la participación de toda persona y a la vez les da legitimidad de reconocimiento tanto a los dirigentes como a sus instituciones.

2.2 Derechos políticos

Hay una relación directa entre el ejercicio de los derechos políticos y democracia como forma de organización del Estado, lo que supone el respeto de los derechos fundamentales dentro de un Estado Constitucional de Derecho.

Para Sonia Picado⁴ *“Los derechos políticos son aquel grupo de atributos de la persona que hacen efectiva su participación como ciudadano de un determinado*

¹ BUTLER, David (1991). *Elecciones*, en Vernon Bogdanor (ed.), *Enciclopedia de las instituciones políticas*, Madrid: Alianza Editorial, pp. 253 – 258.

² NOHLEN, D. (1981). *Sistemas electorales del mundo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 82 – 115.

³ CRESPO, José Antonio (1995). *Elecciones y Democracia*. Instituto Federal Electoral. México: Cuadernos de Divulgación de Cultura Democrática.

⁴ PICADO, Sonia (2007). *Derechos políticos como derechos humanos*. Idea Internacional, Suecia. p. 48.

Estado". Coincidentemente el jurista mexicano Javier Patiño Camarena⁵ refiere: Los ciudadanos participan en la vida política a través de los derechos políticos, que el derecho al voto, a ocupar cargos públicos de elección popular, a reunirse y asociarse para tratar asuntos políticos, y el derecho de petición en materia política. El maestro Luis Sánchez Agesta⁶ comenta que: "La expresión derechos políticos corresponde a una terminología científica, que no encuentra, normalmente correspondencia en los textos escritos".

Los derechos políticos son el conjunto de facultades que permiten a la persona (nacional o extranjera) participar en la vida política de una nación, teniendo un contenido constitucional y siendo la configuración legal que establecerá las condiciones para su participación.

La doctrina señala que los derechos políticos están comprendidos por el derecho al voto, derecho a ser elegido, derecho a dirigir a ejercer función pública, derecho de petición, derecho de reunión y derecho de asociación, entre otros.

2.3 Justicia electoral

El maestro mexicano Héctor Fix Zamudio⁷ señala que "Tradicionalmente la solución de los conflictos electorales se encomendaba a organismos de naturaleza política, pero en los últimos años se ha iniciado la tendencia de atribuir el conocimiento y decisión de estas controversias de claro contenido político pero con regulación jurídica, a órganos autónomos de carácter administrativo, a tribunales ordinarios o a órganos jurisdiccionales especializados, con predominio de estos últimos en los años más recientes".

La judicialización de los actos electorales pasa no solo por que existan órganos electorales autónomos y especializados, sino también un marco jurídico adecuado, una sinergia entre ambos, que nos permita brindar garantías necesarias para salvaguardar la protección de derechos políticos y la organización estadual; privarnos de esta garantía significa falta de legitimidad y por ende un caos de gobernabilidad y de las instituciones del Estado.

En el Perú se tiene que desde inicios de la república con el Reglamento Provisional del 2 de diciembre 1821 se reconoce el voto para los hombres libres y con renta, así como la conformación de Juntas electorales que reunidos en parroquia con los feligreses después de celebrar la misa elegían a delegados para que posteriormente reunidos con otros elijan a los representantes que iban a integrar la municipalidades. Si bien la

⁵ PATIÑO CAMARENA, Javier (1994). *Derecho electoral mexicano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México DF, p. 61.

⁶ SÁNCHEZ AGESTA, Luis (1989). *Derechos y deberes políticos*. Diccionario Electoral. Centro Interamericano de Asesoría y Promoción Electoral, Costa Rica, p. 228.

⁷ FIX ZAMUDIO, Héctor (2001). *La justicia constitucional y la judicialización de la política*. Ponencia en el seminario internacional Constitución y Democracia en los umbrales del siglo XXI. Lima: Universidad de Lima.

Constitución de 1826 reconocía el Poder Electoral, es recién con el Decreto Ley N° 7177 del 26 de mayo de 1931 que se crea el Jurado Nacional de Elecciones, como órgano autónomo.

El concepto “Justicia Electoral”⁸ que actualmente tiene una connotación amplia, porque incluye al: 1) derecho procesal electoral, orgánico y dinámico, relativo a todos los juicios y recursos jurisdiccionales electorales; 2) derecho procedimental electoral, es decir, el que tiene por objeto a los recursos electorales de naturaleza administrativa, contra las autoridades y los partidos políticos; 3) derecho procesal constitucional, en cuanto a la mecanismos procesales, para impugnar normas, consideradas contrarias a la Constitución; 4) derecho penal electoral, correspondiente a la tipificación de determinadas conductas como delitos electorales, federales y del fuero común; 5) derecho procesal penal electoral, que tiene por objeto al proceso, juicio o causa, con motivo de la comisión de delitos electorales; 6) derecho administrativo sancionador electoral, que tiene por objeto las conductas electorales ilícitas, tipificadas y sancionadas como infracciones administrativas electorales, así como las reglas jurídicas sobre la denuncia o queja y el procedimiento para tramitar y dictar resolución; finalmente, se puede incluir al 7) derecho procesal laboral electoral, que comprende los juicios y recursos, administrativos y jurisdiccionales, a favor de los servidores públicos de órganos electorales. Es necesario hacer la correspondiente conceptualización, clasificación y sistematización, en beneficio de la ciencia jurídica y del Estado de derecho democrático.

3. Revisión de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones: un tema zanjado

3.1 Normatividad de no revisión

Históricamente las resoluciones del JNE no eran susceptibles de revisión en la vía judicial; así tenemos que por Decreto Ley 14250⁹ del año 1962, no era posible su revisión; la Constitución Política de 1979 no establece en forma expresa la no revisión, la Ley N° 24069¹⁰ del 11 de enero de 1985 reitero la irrevisibilidad; y, la Constitución de 1993¹¹, Ley Orgánica de Elecciones N° 26859, art. 34 y la Ley Orgánica del JNE N°

⁸ Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional (2014). Poder Judicial de la Federación – Consejo de la Judicatura Federal. Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas.

⁹ Decreto Ley 14250 de fecha 5 de diciembre de 1962.

Artículo 13º.- El Jurado Nacional de elecciones es la autoridad suprema en materia electoral, y contra sus decisiones no procede recurso alguno (...).

¹⁰ Ley 24069.

Artículo 2.- “No procede ninguna acción judicial respecto de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones.

¹¹ Constitución Política de 1993.

Artículo 142º.- No son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral (...).

26486, art. 21 vuelve a reiterar la irrevisabilidad. Irrevisibilidad que Eduardo García de Enterría¹² llama “*inmunidad de la jurisdicción*”.

3.2 Jurisprudencia internacional

El constitucionalista español Javier Díaz Revorio¹³ señala que “como principio, nada puede quedar al margen del control constitucional de un Estado de derecho, los límites de lo político, de lo administrativo y público están en el ámbito de lo jurídico y del derecho, sobre todo en materia de derechos fundamentales, así como en el adecuado y normal funcionamiento del sistema jurídico democrático. Desde este punto de vista el Tribunal Constitucional siempre debe tener la posibilidad de revisar en juicio de constitucionalidad, como línea de principio y como grado de excepción”.

a. Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso: Yatama vs Nicaragua¹⁴

El presente caso se deriva de la adopción de Ley Electoral No. 331 en enero de 2000. Esta nueva ley no contempló la figura de las asociaciones de suscripción popular para que participaran en las elecciones. Solo se permitía la participación en los procesos electorales a través de la figura jurídica de partidos políticos. El 8 de marzo de 2000 miembros de la organización indígena Yapti Tasba Masraka Nanih Asla Takanka (YATAMA) intentaron obtener la autorización para ser reconocidos como partido político regional. No obstante, a pesar de los diversos recursos presentados, la solicitud fue denegada.

La Corte consideró que la prohibición de recursos ordinarios o extraordinarios contra las resoluciones del Consejo Supremo Electoral en materia electoral no implica que no existan controles judiciales. La independencia de un órgano estatal no es incompatible con la existencia de mecanismos de protección de los derechos fundamentales.

Artículo 181º.- Resoluciones del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones

El Pleno del Jurado Nacional de Elecciones aprecia los hechos con criterio de conciencia. Resuelve con arreglo a ley y a los principios generales de derecho. En materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, sus resoluciones son dictadas en instancia final, definitiva, y no son revisables. Contra ellas no procede recurso alguno

¹² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2004). *Democracia, ley e inmunidad es del poder*, Palestra Editores, Lima, p. 22.

¹³ Entrevista publicada en el diario oficial El Peruano el 26.09.2005.

¹⁴ Caso: Yatama vs. Nicaragua. En www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf, consultada: 20 de mayo del 2015.

Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos¹⁵

El 5 de marzo de 2004, el señor Jorge Castañeda presentó al Consejo General del IFE una solicitud de inscripción como candidato independiente al cargo de Presidente para las elecciones del 2 de julio de 2006.

La Dirección Ejecutiva de Prerrogativas y Partidos Políticos, Dirección de Partidos Políticos y Financiamiento del Instituto Federal Electoral, informó al señor Castañeda Gutman que no era posible atender su petición en los términos afirmó que el derecho a ser postulado y ser votado para ocupar un cargo de elección popular a nivel federal, solo puede ejercerse a través de alguno de los partidos políticos nacionales que cuenten con registro ante el Instituto Federal Electoral. La Corte concluyó que el recurso de amparo no resulta procedente en materia electoral, la naturaleza extraordinaria de la acción de inconstitucionalidad y la inaccesibilidad e ineffectividad del juicio de protección para impugnar la falta de conformidad de una ley con la Constitución; en la época de los hechos del presente caso no había en México recurso efectivo alguno que posibilitara a las personas cuestionar la regulación legal del derecho político a ser elegido previsto en la Constitución Política y en la Convención Americana. En razón de ello, la Corte concluye que el Estado no ofreció a la presunta víctima un recurso idóneo para reclamar la alegada violación de su derecho político a ser elegido.

b. Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Caso Susana Higurashi vs. Estado peruano¹⁶

Denuncia contra el Estado peruano, ya que el Pleno del JNE impidió su inscripción como candidata a la Presidencia de la República por la Agrupación Independiente “Armonía Frempol”, para las elecciones generales, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos llegó a un acuerdo amistoso; no obstante en su informe sostuvo:

“56.- Independientemente de la modalidad de administración electoral que decida adoptar un Estado, debe garantizar que las decisiones que aquella adopte y que puedan violar los derechos políticos consagrados en la Convención, sean objeto de un recurso efectivo ante jueces o tribunales (artículo 25 de la Convención), o al menos, de un recurso efectivo ante la propia autoridad electoral”.

3.3 Jurisprudencia nacional

El TC peruano ha establecido jurisprudencialmente que no hay zona exenta de control constitucional cuando se vulneran los derechos fundamentales; y, finalmente ha revisado algunas de las resoluciones del JNE:

¹⁵ Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos. En www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf, consultada: 18 de julio del 2014.

¹⁶ Informe N° 119/99 del 06 de octubre de 1999. Caso 11.428. Susana Higurashi Miyagawa vs. Estado Peruano.

¿Es necesario el amparo electoral para proteger derechos políticos en procesos electorales?

a) Casos de autoridades municipales o regionales ya elegidas:

STC N° 5854-2005-PA/TC 8/11/ 2005 (caso Pedro Andrés Lizana Puelles – Infundado).

STC N° 5396-2005-PA/TC: 6/9/2005, (caso Ramírez García – Regional-Infundado).

STC N° 2730-2006-PA/TC 21/7/2006 (caso Arturo Castillo Chirinos – Municipal- Fundada).

b) Casos de candidatos en procesos electorales:

STC N° 2366-2003-AA/TC.6/4/2004, (Caso Espino Espino -candidato municipal- Improcedente-denuncia penal), inicio de amparo electoral.

STC N.º 05448-2011-PA/TC, 13/6/ 2012 (Percy Rogelio Zevallos Fretel- Elecciones Regional – Fundado).

A ello se agrega que el Colegio de Abogados del Callao que demandó inconstitucionalidad de la Ley 26842 que establecía que las resoluciones del JNE en materia electoral no son revisables en sede judicial, por sentencia STC N° 00007-2007-PI/TC de fecha 19 de junio de 2007, el TC declaró fundada la demanda, precisando que ninguna demanda de Amparo podrá paralizar el calendario electoral.

4. ¿Es materia electoral solo la afectación de derechos políticos en elecciones?

4.1 Materia electoral

Cabe precisar que el JNE, debido a su peculiar naturaleza de ser un organismo jurisdiccional y administrativo, simultáneamente, no solo emite resoluciones jurisdiccionales en materia electoral, sino también resoluciones administrativas, referidas a asuntos que no constituyen materia electoral. De allí que no resulte vana la precisión realizada por las normas citadas al establecer como irrevisables, únicamente, sus resoluciones en materia electoral.

Carlo Magno Salcedo Cuadros (2006)¹⁷ señala que:

“Dentro del proceso electoral ocurren una serie de actos administrativos, todos los cuales tienen por objeto permitir que los ciudadanos ejerzan el derecho de sufragio y que los votos de estos permitan la elección de las autoridades o determinen el resultado sobre una decisión sometida a consulta ciudadana, traduciendo la voluntad ciudadana de manera exacta y oportuna. Entre estos actos destacan la elaboración del padrón electoral, la determinación de las circunscripciones administrativas, la conformación de las mesas de sufragio, la inscripción de las fórmulas o listas de candidatos, el diseño del material electoral (cédulas de

¹⁷ SALCEDO CUADROS, Carlo Magno (2006). *La inconstitucionalidad de las normas sobre vacancia de autoridades regionales y municipales. Apuntes a propósito de la vacancia del alcalde Castillo Chirinos. Actualidad Jurídica*. N° 15, oct. 2006, pp. 277 y ss.

sufragio, actas electorales, carteles de candidatos, listas de electores, etcétera), la votación propiamente dicha, el escrutinio y el cómputo de los resultados (...). La vacancia de las autoridades regionales o municipales no se encuentra regulada en ley electoral alguna (como la Ley Orgánica de Elecciones, la Ley de Elecciones Regionales o la Ley de Elecciones Municipales), sino en la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales (LOGR) y en la Ley Orgánica de Municipalidades (LOM), respectivamente. Y no está regulada en ley electoral alguna porque no es un tema electoral, por ningún lado por donde se lo mire”.

La Dra. Elva Greta Minaya Calle (2012)¹⁸ refiere:

“El Código Electoral debe definir qué se entiende por materia electoral, la cual comprende el conjunto de actos, actuaciones, trámites y resoluciones propiamente referidos al proceso electoral o que se originen en él, realizados por organismos electorales, organizaciones políticas, los candidatos, los electores, los medios de comunicación, las empresas publicitarias y encuestadoras”.

El Jurado Nacional de Elecciones en su proyecto de Código Electoral señala:

“Artículo I.- Alcances

El presente Código regula los mecanismos, a través de los cuales, los ciudadanos ejercen su derecho a la participación política en los procesos y procedimientos que este determina, así como el funcionamiento de los distintos organismos y órganos electorales.

Artículo VI.- Tipos de proceso electoral

El presente Código y el Código Procesal Electoral regulan los siguientes procesos electorales

- 1) Elección de autoridades (...)*
- 2) Procesos de ejercicio de los derechos de participación y control ciudadano (...)*

Los procedimientos vinculados a la vacancia y suspensión de autoridades municipales y regionales tienen naturaleza especial distinta a los procesos electorales antes señalados”.

Queda claro que la materia electoral tiene relación directamente con el sufragio que se realiza dentro de un proceso electoral, ya sea directa o indirectamente. Situaciones como la vacancia o suspensión de autoridades edilés o regionales no son temas de sufragio, ya que obedecen a incumplimientos legales para seguir el cargo para el que fueron elegidos, pero totalmente ajenos al acto de sufragio que los llevó a ostentar el cargo.

¹⁸ MINAYA CALLE, Elva Greta. *La jurisdicción electoral. Mi opinión singular y en discordia*. Editorial Adrus, Lima, 2012, p. 11.

4.2 Derechos políticos de afiliados a Partidos Políticos: democracia interna

Los partidos o agrupaciones políticas canalizan el derecho del ciudadano de participación política; problema complejo es desarrollarse en democracia sin partidos u organizaciones políticas, consideramos que es el medio idóneo para que el ciudadano ejerza sus derechos políticos.

Para Flavia Freidenberg refiere que la democracia interna de los partidos políticos debe comprender 3 dimensiones¹⁹. Las dimensiones a tener en cuenta eran tres: a) selección de candidatos a cargos de elección popular y de autoridades partidistas; b) participación de minorías y sectores sociales subrepresentados (mujeres, jóvenes, grupos étnicos) en el proceso de toma de decisiones y en la definición programática del partido, y c) rendición de cuentas de los candidatos, cargos públicos y autoridades del partido a la militancia.

La Constitución de 1993 establece:

Artículo 35°

Los ciudadanos pueden ejercer sus derechos individualmente o a través de organizaciones políticas como partidos, movimientos o alianzas, conforme a ley. Tales organizaciones concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular. Su inscripción en el registro correspondiente les concede personalidad jurídica. La ley establece normas orientadas a asegurar el funcionamiento democrático de los partidos políticos, y la transparencia en cuanto al origen de sus recursos económicos y el acceso gratuito a los medios de comunicación social de propiedad del Estado en forma proporcional al último resultado electoral general.

Ley de Partidos Políticos N° 28094 y modificatorias

Artículo 19°.-Democracia interna

La elección de autoridades y candidatos de los partidos políticos y movimientos de alcance regional o departamental debe regirse por las normas de democracia interna establecidas en la presente Ley, el estatuto y el reglamento electoral de la agrupación política, el cual no puede ser modificado una vez que el proceso ha sido convocado.

Artículo 20°.-Del órgano electoral

La elección de autoridades y de los candidatos a cargos públicos de elección popular se realiza por un órgano electoral central conformado por un mínimo de tres (3) miembros. Dicho órgano electoral tiene autonomía respecto de los demás órganos

¹⁹ FREIDENBERG, Flavia. *Democracia interna en los partidos políticos*, en Nohlen, Dieter, "Tratado de derecho electoral comparado de América Latina", 2a. ed., México y San José, Fondo de Cultura Económica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, IFE e IDEA International, cap. XXV, pp. 627-678.

internos y cuenta con órganos descentralizados también colegiados, que funcionan en los comités partidarios.

Toda agrupación política debe garantizar la pluralidad de instancias y el respeto al debido proceso electoral. El órgano electoral central tiene a su cargo la realización de todas las etapas de los procesos electorales del partido, incluidas la convocatoria, la inscripción de los candidatos, el cómputo de votos o la verificación del quórum estatutario, la proclamación de los resultados y la resolución de las impugnaciones a que hubiere lugar. Para tal efecto, debe establecer las normas internas que correspondan, con arreglo al reglamento electoral de la agrupación política.

El Dr. Virgilio Hurtado Cruz²⁰ señala: “Existe en la LPP un vacío normativo por omisión legislativa, en la medida que este *corpus iuris* no desarrolla acciones concretas para que el JNE cumpla con el mandato que le confiere el inciso 3) del artículo 178° de la CP en el proceso de democracia interna que es donde se inicia el ejercicio del derecho a ser elegido”.

Consideramos que si ahora no se encuentra regulado un proceso de Amparo contra afectación de derechos políticos al interior de los Partidos Políticos, ello no debería implicar que vía jurisprudencias se habilite, ya que se trata de derechos fundamentales que tienen que repararse oportunamente.

Los caminos pueden ser los siguientes:

- El JNE conozca en grado de apelación contra la afectaciones de derechos políticos de los afiliados a las organizaciones políticas, para ello tendría que acudir a una modificación legal de la Ley de Partidos Políticos.
- Proceda Amparo Electoral por afectación de derechos políticos de los partidarios por parte de la agrupación política que forman parte, con trámite diferenciado al Amparo ordinario.

4.3 Materia electoral y derechos políticos

Materia electoral comprende todos los actos referidos al proceso eleccionario, que se inician con la convocatoria a elecciones hasta la proclamación y entrega de credenciales a los electos, sean actos o decisiones administrativos y jurisdiccionales. Ahora ello no impide que por configuración legal se amplíe las facultades para resolver conflictos de las autoridades ya elegidas para acreditar al reemplazante, nos estamos refiriendo a casos de suspensión y/o vacancia de autoridades ediles y regionales ya elegidas, o en caso de vacancia de Congresistas para acreditar al reemplazante.

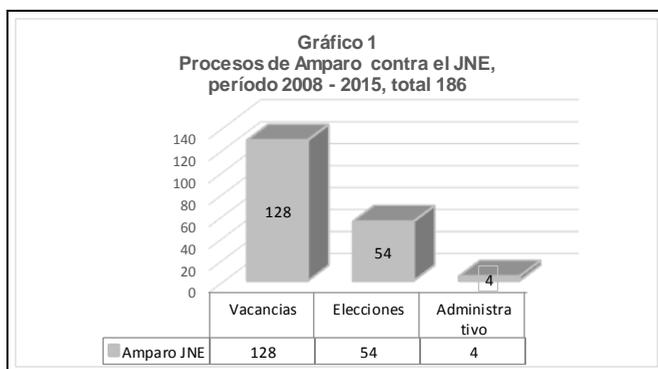
²⁰ HURTADO CRUZ, Virgilio. *El derecho a ser elegido candidato en elecciones internas: un derecho que debe tutelarse en la jurisdicción electoral*, en <http://aceproject.org/regions-en/countries-and-territories/PE/case-studies/el-derecho-a-ser-elegido-candidato-en-elecciones>, consultada: 13 de mayo del 2015.

Ahora apreciamos que todos los mecanismos implementados o proyectos se dirigen a proteger derechos políticos de candidatos de agrupaciones políticas, más no los derechos de los candidatos dentro del partido o agrupación política, situación que debe apreciarse, cuando se observe los procesos de Amparo que se han presentado.

5. Procesos de amparo contra decisiones del JNE 2008 - 2015

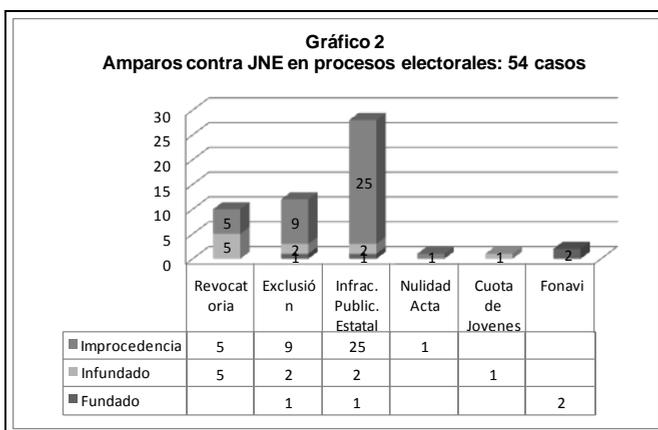
Veamos algunos datos estadísticos sobre los procesos de Amparo interpuestos contra resoluciones del JNE, que fueron en el orden de 186 expedientes, discriminados en las siguientes materias: afectaciones durante procesos electorales, vulneraciones post electorales y temas administrativos como entidad empleadora.

a. 186 Procesos de Amparo presentados contra el JNE.



Fuente: Procuraduría Pública del JNE.

b. Proceso electoral: 54 demandas contra resoluciones del JNE en elecciones



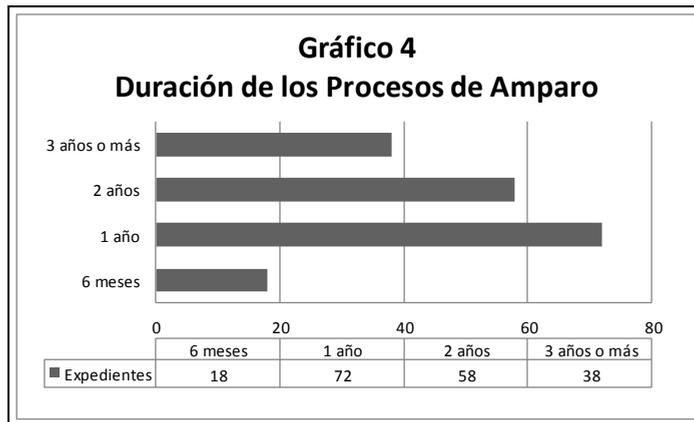
Fuente: Procuraduría Pública del JNE.

c. Procesos de Amparo en procesos electorales: Derecho afectado



Fuente: Procuraduría del JNE y elaboración de la investigación.

d. Plazo de duración de los Procesos de Amparo contra el JNE: 186 demandas



Fuente: Procuraduría del JNE y elaboración de la investigación.

6. Tesis de amparo electoral

En las tesis de implementación del Amparo Electoral es necesario evaluar 2 conceptos indesligable: Juridicidad el ordenamiento jurídico electoral, así como las actuaciones de órganos electorales y terceros; y, la gobernabilidad de la administración pública (ejecutiva, regional o municipal).

6.1 Tesis permisiva

Permite la revisión de las resoluciones de los órganos o tribunales electorales, países como: Argentina las decisiones de la Cámara Nacional Electoral son revisables vía recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia; España permite el amparo electoral contra las limitaciones a candidaturas como proclamación de autoridades ante el Tribunal Constitucional; Colombia ha establecido vía jurisprudencial por el Tribunal Constitucional que procede acción de tutela (Amparo) contra las resoluciones del Consejo Nacional Electoral; y, Costa Rica, entre otros.

La tesis permisiva permite la revisión de la resolución electoral ante Tribunales Judiciales que no forman parte de los órganos electorales, mediante los procesos de Amparo u otro análogo. No obstante, puede presentarse que dentro de los propios órganos electorales exista un mecanismo de protección frente a las vulneraciones de derechos políticos, una especie de Amparo Electoral.

a. Amparo electoral ante Tribunal Constitucional, instancia final

A nivel del Perú los juristas nacionales Domingo García Belaúnde²¹, Samuel Abad Yupanqui²², Jhonny Tupayachi Sotomayor²³, Christian Donayre Montesinos²⁴, César Landa Arroyo²⁵, Pedro A. Hernández Chávez²⁶, Gerardo Eto Cruz²⁷, Javier Alva Orlandini, Eloy Espinoza – Saldaña Barrera²⁸ y Omar Sar²⁹, entre otros, coinciden que las resoluciones del JNE en materia electoral de tutela de los derechos políticos sean revisadas ante el Tribunal Constitucional, mediante el Amparo Electoral con un trámite diferente al Amparo clásico, donde el TC como instancia única o final ante Tribunal Constitucional, siendo la primera instancia la Sala Constitucional y Social de

²¹ GARCÍA BELAÚNDE, Domingo (2009). *El Amparo electoral en su laberinto. Sus vicisitudes en el ordenamiento peruano*. El Derecho Procesal Constitucional en Perspectiva. – Lima: Idemsa.

²² ABAD YUPANQUI, Samuel (2002). *El proceso de amparo en materia electoral: Un instrumento para la tutela de los derechos fundamentales*. Revista Elecciones de la ONPE, año 1, núm. 1, noviembre del 2002, pp. 189 y ss.

²³ TUPAYACHI SOTOMAYOR, Jhonny (2008). *La Reforma del Sistema Electoral y la Procedencia del Amparo Electoral en el Perú: Análisis y Crítica*. Revista de la Gaceta Constitucional N° 8, agosto 2008, pp. 113 y ss.

²⁴ DONAYRE MONTESINOS, Christian (2010). *En Defensa del Amparo Electoral*. Editorial Palestra, Lima, pp. 99 y ss.

²⁵ LANDA ARROYO, César (2011). *Organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional*. Palestra Editores, Lima.

²⁶ HERNÁNDEZ CHÁVEZ, Pedro A. (2012). *El amparo electoral y la reposición de una autoridad elegida excluida por el Jurado Nacional de Elecciones*. Gaceta Constitucional N° 57, Lima setiembre 2012, p. 34.

²⁷ ETO CRUZ, Gerardo (2014). *El proceso constitucional de amparo en la Constitución de 1993 y su desarrollo*. Pensamiento Constitucional, Volumen 18, N° 18, pp.145-174.

²⁸ ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy (2005). *Apuntes sobre la revisabilidad de las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones Peruano en materia electoral*. En: Revista Jurídica del Perú, Año LV N° 65. Lima, Noviembre-Diciembre 2005, pp. 14-15.

²⁹ SAR, Omar (2010). *Amparo Electoral, Derechos Fundamentales y Conflicto institucional*. Para optar el grado de doctor en Derecho en la Pontificia Universidad Católica Perú, en http://www.researchgate.net/publication/259472140_Amparo_electoral_Derechos_Fundamentales_y_conflicto_institucional, consultada: el 26 de febrero del 2015.

la Corte Suprema, aunque como es propio con diversos matices, algunos solo revisión del debido proceso, otros sobre aspectos materiales y formales.

b. Amparo electoral ante el JNE

Los destacados juristas Henry Pease³⁰ y Julio Ortecho Villena³¹ consideran que se puede flexibilizar una fórmula del Amparo Electoral que dentro del JNE se constituyan instancias para tratar sobre la denuncia de afectación de derechos políticos en el desarrollo de los procesos electorales. Asimismo, el profesor Carlo Magno Salcedo Cuadros³² considera que el control puede estar dentro del propio Tribunal Electoral o el Poder Judicial.

6.2 Tesis negativa

Niega la posibilidad de cualquier recurso o mecanismo de cuestionamiento de las decisiones electorales. El país que tiene este modelo es México la Ley de Amparo en su Artículo 73 apartado “VII. El juicio de amparo es improcedente: contra las resoluciones o declaraciones de los organismos y autoridades en materia electoral”.

Los juristas nacionales Juan Falconí Gálvez³³, Enrique Bernalles y Alberto Otárola³⁴, Marcial Rubio Correa³⁵, Enrique Javier Mendoza Ramírez³⁶, Félix Enrique Ramírez Sánchez³⁷, entre otros.

7. Agenda pendiente: Proyectos propuestos

Tenemos un tema zanjado sobre la revisión de las resoluciones del JNE cuando vulnerar derechos fundamentales, y ya a nivel supranacional se nos ha recomendado implementar un recurso rápido y sencillo para proteger derechos políticos; tengamos en cuenta que dichas las decisiones supranacionales que nos vinculan son la del caso

³⁰ PEASE, Henry (2005). Sesión de la Comisión de Constitución y Reglamento del 17 de octubre del 2005, primera legislatura ordinaria, en [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/ApoyComisiones/comision2005.nsf/1ActasComisiones/A48EBE48345F6174052570AF00617EF2/\\$FILE/ACTACONST17-10-2005.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/ApoyComisiones/comision2005.nsf/1ActasComisiones/A48EBE48345F6174052570AF00617EF2/$FILE/ACTACONST17-10-2005.pdf), consultada: 5 de mayo del 2015.

³¹ ORTECHO VILLENA, Julio (2008). *Jurisdicción ordinaria y jurisdicciones especiales*. En <http://www.geocities.ws/tdpcunmsm/proconstl.html>, consultada: 23 de marzo del 2015.

³² SALCEDO CUADROS, Carlo Magno (2008). *La procedencia e improcedencia del amparo electoral en el ordenamiento jurídico peruano*. Gaceta Constitucional N° 12, Diciembre 2008, pp. 77 - 93.

³³ FALCONÍ GÁLVEZ, Juan (2006). *Las contradicciones del “supremo intérprete constitucional”, cuando conoce la materia electoral. Sobre la necesidad de precisar constitucionalmente el contenido conceptual del término “justicia electoral”*. Revista Ita Ius Esto. Revista de los Estudiantes de Derecho, 28 de noviembre del 2012.

³⁴ BERNALLES, Enrique y Alberto OTÁROLA (1999). *La Constitución de 1993. Análisis Comparado*. Lima: Constitución y Sociedad (ICS). p. 672.

³⁵ RUBIO, Marcial (1999). *Estudio de la Constitución de 1993*. Tomo V. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 167-170.

³⁶ MENDOZA RAMÍREZ, Enrique Javier (2007). *Sobre la autonomía del Jurado Nacional de Elecciones*. Revista Oficial del Poder Judicial 1/1, p. 74 y ss.

³⁷ RAMÍREZ SÁNCHEZ, Félix Enrique (2006). *La irrevocabilidad de los fallos del Jurado Nacional de Elecciones vs. Control Constitucional: Una polémica que no cesa*. En Revista Jurídica del Perú Año LVI N° 66, pp. 243-244.

¿Es necesario el amparo electoral para proteger derechos políticos en procesos electorales?

Yatama vs Nicaragua tramitado ante la CIDH y Susana Higuchi tramitado ante la CIDH; ambas decisiones por candidaturas a elecciones populares.

Veamos a nivel de propuestas cómo se implementa este recurso sencillo y rápido, que dentro del derecho comparado se le llama “Amparo Electoral”, cuáles son las propuestas a nivel del Congreso de la República, a su vez, las acciones que ha tomado el Estado peruano, a través del JNE.

- a) **Proyecto de Ley N° 1579/2012-CR.** Presentado por el congresista Marco Tulio Falconí Picardo presento el siguiente proyecto de ley que establece la modificatoria de la Ley N° 28237 e incorpora los Artículos 4-A y 59-A al Código Procesal Constitucional, Ley que regula el Amparo Electoral Artículo el artículo 4-A a la Ley N° 28237.

“Artículo 4-A Amparo Electoral

El amparo procede respecto de las resoluciones emitidas en última instancia por el Jurado Nacional de Elecciones que resuelvan tachas y vacancias, dictadas con directa y manifiesta afectación de derechos constitucionales.

Artículo 59-A.- Trámite del Amparo Electoral

El amparo contra resoluciones de última instancia emitidas por el Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, a que se refiere el artículo 4-A, se sujeta a las siguientes reglas:

La demanda debe presentarse dentro de los cinco días de notificada la resolución cuestionada ante la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República (...).

Contra las resoluciones denegatorias de la pretensión cabe Recurso de Agravio Constitucional que se interpone en el plazo de tres días contados a partir del día siguiente de notificada la impugnada: Concedido el recurso la causa es elevada en el día al Tribunal Constitucional, que resuelve sin mayor trámite dentro de los tres días siguientes”.

- b) **Proyecto de Ley N° 13648-2005.** Presentado por el congresista Yonhy Lescano A.

Artículo 1.- Modifícase los artículos 51 y 107 del Código Procesal Constitucional, con el siguiente texto.

Artículo 51°. Jueces competentes y plazo de resolución

(...)

Si la afectación de derechos se origina en una resolución judicial, o en una resolución del Consejo Nacional de la Magistratura, o una resolución del Jurado Nacional de

Elecciones, a demanda se interpondrá ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema que dictará sentencia en el plazo que no exceda de 5 días.

Contra la resolución que declara infundada o improcedente la demanda, procede recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional, dentro del plazo de 5 días contados desde el día siguiente de notificada la resolución. Concedido el recurso, el Presidente de la Sala remite el expediente, de inmediato, al Tribunal Constitucional; el cual se pronuncia dentro del plazo de 5 días. (...)

- c) Proyecto en minoría del congresista Natale Amprimo Pla.** Ley que modifica los Artículos 15º, 18º, 19º, 20º 44º y 51º de la Ley 28237, Código Procesal Constitucional.

Artículo 4º.- Incorpórese como último párrafo del artículo 18º de la Ley 28237, Código Procesal Constitucional, el siguiente texto:

“Artículo 18.- Recurso de agravio constitucional.

(...)

Tratándose del proceso de amparo iniciado cuando la afectación de derechos se origina en una resolución del Consejo Nacional de la Magistratura o en una resolución del Jurado Nacional de Elecciones, contra la resolución de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República que declara infundado o improcedente la demanda, procede recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional, dentro del plazo de dos días hábiles contados desde el día siguiente de notificada la resolución. Concedido el recurso, el Presidente de la Sala remite al Tribunal Constitucional el expediente dentro del plazo máximo de un día hábil, bajo responsabilidad.”

- d) El Tribunal Constitucional y su propuesta de Amparo.** EXP. N.º 5854-2005-PA/TC (Caso Pedro Andrés Lizana Puelles). En tal sentido, de conformidad con lo establecido en el artículo 107º de la Constitución, este Tribunal propone al Congreso de República introducir en el CPC, en el más breve plazo posible, las modificaciones conducentes a:

- Reducir el plazo de prescripción para interponer una demanda de amparo contra una resolución del JNE en materia electoral.
- Las demandas de amparo contra una decisión del JNE en materia electoral sean presentadas ante la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema; y en segunda instancia ante el Tribunal Constitucional, mediante la interposición de un recurso de agravio constitucional.
- Que jueces constitucionales presten preferencia a los procesos de Amparo en materia electoral.
- Los plazos deben ser perentorios.

8. El JNE y la implementación de mecanismos de protección de derechos

8.1 Recurso extraordinario por afectación al debido proceso del JNE

Resolución N° 044-2002-JNE se aprueba el Texto Único de Procedimientos Administrativos que en el ítem N° 40, establece el denominado “pedido atípico de nulidad” de resoluciones expedidas por el Pleno del JNE u otro recurso con distinta denominación con la finalidad que el JNE revise sus resoluciones, estableciendo la tasa equivalente al 10% de la UIT más el costo de la publicidad de la resolución.

Resolución N° 306-2005-JNE, su fecha 22 de octubre del 2005, se establece en materia electoral el “recurso extraordinario por afectación al debido proceso y a la tutela procesal efectiva” (...)

SE RESUELVE:

Artículo Único.- Establecer en materia electoral el “Recurso Extraordinario por afectación al debido proceso y a la tutela procesal efectiva” el cual deberá ser presentado debidamente fundamentado dentro del tercer día de notificado con la resolución del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones, y será resuelto en el plazo de 3 días.

8.2 Resolución N.º 0333-2015-JNE - Definición de Jurados Electorales Especiales, sedes y competencia material para el proceso de Elecciones Generales y de Representantes Peruanos ante el Parlamento Andino 2016.

Artículo Segundo: ESTABLECER la competencia material de los Jurados Electorales Especiales correspondientes al proceso de Elecciones Generales y de Representantes Peruanos ante el Parlamento Andino 2016, y la respectiva fecha de instalación, conforme al siguiente detalle:

1. El Jurado Electoral Especial de Lima Centro 1 se instalará el 1 de diciembre de 2015, y tendrá competencia para recibir, calificar, resolver tachas, conocer expedientes de exclusión e inscribir las solicitudes de inscripción de fórmulas de candidatos a la Presidencia y Vicepresidencias de la República, las solicitudes de inscripción de listas de candidatos a representantes peruanos ante el Parlamento Andino y las solicitudes de inscripción de listas de candidatos a congresistas de la República del distrito electoral de Lima y residentes en el extranjero. Asimismo, resolverá, en primera instancia, los pedidos de nulidad total de elecciones que se formulen respecto de las elecciones antes referidas.

3. Los Jurados Electorales Especiales de Chachapoyas, Huaraz, Abancay, Arequipa 1, Huamanga, Cajamarca, Callao, Cusco, Huancavelica, Huánuco, Ica, Huancayo, Trujillo, Chiclayo, Huaura, Maynas, Tambopata, Mariscal Nieto, Pasco, Piura 1, Puno, Moyobamba, Tacna, Tumbes y Coronel Portillo se instalarán el 15 de enero de 2016 y tendrán competencia para recibir, calificar, resolver tachas, conocer expedientes de

exclusión e inscribir las solicitudes de inscripción de listas de candidatos a congresistas de la República del distrito electoral respectivo. Asimismo, resolverán, en primera instancia, los pedidos de nulidad total de elecciones congresales de sus respectivas circunscripciones.

8.3 Proyecto de Código Electoral presentado por el JNE al Congreso de la República el 2 de diciembre del 2011

Artículo 12.- Jurados Electorales Descentralizados

12.1 Los Jurados Electorales Descentralizados son órganos que tienen competencia jurisdiccional dentro de la circunscripción electoral correspondiente.

12.2 Se encuentran conformados por tres (3) miembros:

- a. Un Presidente, que es designado por la Corte Superior de la circunscripción donde se encuentra la ciudad que es sede del JED, entre los jueces superiores titulares en actividad;
- b. Un miembro designado por el Ministerio Público entre los Fiscales Superiores titulares en actividad de la circunscripción donde se encuentra la ciudad que es sede del JED;
- c. Un miembro designado por Concurso Público por el JNE, quien debe cumplir los requisitos que se exigen para la postulación a juez superior del Poder Judicial, conforme al reglamento que apruebe el Pleno del JNE, pudiendo ser designados trabajadores o funcionarios al servicio del Estado, siempre que soliciten previamente la licencia correspondiente.

12.3 Los miembros a que se refiere el numeral anterior serán designados por un período de dos (02) años, pudiendo ser ratificados por la correspondiente institución que los designó solo por un período adicional de dos (02) años. Para efectos de la ratificación, el JNE emitirá un informe respecto de la actuación de los miembros en el ejercicio de sus funciones, el cual será remitido a la institución que los designó.

12.4 En el instrumento de designación de los miembros de los Jurados Electorales Descentralizados, deberá señalarse el accesitario del miembro designado. Ante la ausencia del Miembro Titular, temporal o permanente, corresponde asumir funciones al miembro accesitario; en caso que este último no asuma funciones, la institución que designó a los miembros, deberá designar a un nuevo titular y su correspondiente accesitario.

12.5 Sus funciones, atribuciones, régimen laboral y remunerativo, así como otras regulaciones respecto del ejercicio de sus funciones son los establecidos

en el presente Código, el Código Procesal Electoral y la Ley Orgánica del JNE.

12.6 Los Jurados Electorales Descentralizados se rigen, en lo aplicable, por las normas del Pleno del JNE, respecto de sus obligaciones, impedimentos, quórum, sesiones, acuerdos, fallos, deliberaciones, nulidades y votaciones.

12.7 Existen Jurados Electorales Descentralizados permanentes, constituidos de acuerdo a la densidad de electores, así como la cercanía y facilidad de acceso de las poblaciones. El JNE deberá definir las circunscripciones sobre las cuales se constituirán Jurados Electorales Descentralizados permanentes.

12.8 Una vez convocados los procesos electorales, el JNE podrá redefinir las circunscripciones, sedes y ámbitos de competencia y convocar a Jurados Electorales Descentralizados temporales. Para tal efecto, deberá notificar a las instituciones encargadas de la designación de sus miembros a fin que designen a sus representantes, dentro de un plazo no mayor de diez (10) días de efectuada la respectiva convocatoria. Asimismo, las circunscripciones electorales, sus respectivas sedes y ámbitos de competencia podrán ser modificados por razones técnicas, a solicitud de la ONPE.

Artículo 13.- Pluralidad de instancias de la jurisdicción electoral

13.1 Los Jurados Electorales Descentralizados, permanentes o temporales, constituirán la primera instancia de la jurisdicción electoral, que incluye los procesos de elección de autoridades y de ejercicio de los derechos de participación y control ciudadano, cuestionamientos de decisiones administrativas vinculadas a la materia electoral.

13.2 Los procedimientos sobre cuestionamientos contra decisiones del ROP y las resoluciones de la ONPE y el RENIEC que agotan la vía administrativa, son conocidos, en primera instancia jurisdiccional, por el Jurado Electoral Descentralizados de Lima. En caso que exista más de un JED en Lima, corresponde al JNE señalar cuál es el que conocerá estos cuestionamientos, en el instrumento que constituye los Jurados Electorales Descentralizados.

13.3 Los procedimientos sobre vacancia y suspensión de autoridades regionales y municipales son conocidos, en primera instancia jurisdiccional, por los Jurados Electorales Descentralizados permanentes.

13.4 Los procedimientos tramitados ante los Jurados Electorales Descentralizados temporales que no cuenten con pronunciamiento de primera instancia jurisdiccional hasta el cierre del proceso electoral serán

asumidos por el JED permanente que asume competencias en dicha circunscripción.

13.5 La segunda y definitiva instancia de la jurisdicción electoral, así como en materia de vacancia y suspensión de autoridades regionales y municipales, es el Pleno del JNE.

9. Conclusiones de las razones para un amparo electoral

- a) El Perú es un Estado Social y Democrático de Derechos cuya Constitución protege y respeta los derechos fundamentales; que considera sus normas de aplicación inmediata. El Tribunal Constitucional ha interpretado que no hay zonas exentas de control constitucional, de ahí que las resoluciones del JNE cuando vulneran derechos fundamentales es posible de ser revisadas mediante el proceso de Amparo.
- b) El JNE desde diciembre del año 2011 presento 2 proyectos: Código Electoral y Código Procesal Electoral. Es necesario integrar en un solo cuerpo jurídico la dispersa normatividad jurídica para que haya coherencia. El proyecto de Código Electoral establece en sus Arts. 12 y 13 la posibilidad de tener Jurado Electorales Permanentes Descentralizados que funcionarían como 1ra. Instancia, y el JNE sería la 2da. Instancia, ello es acertado por 2 razones: i) Está creando una justicia electoral especializada (actualmente los JEE son temporales y funcionan solo unos meses previos a la fecha de elecciones); y, ii) Crea instancias jurisdiccionales. Dichos proyectos están configurando que se entienda por materia electoral y atribuyen otras competencias al JNE, más allá del proceso electoral concluido.
- c) El JNE ha hecho esfuerzos denodados para garantizar el respeto de derechos fundamentales y la transparencia del proceso eleccionario, recientemente en la Elecciones Generales del 2016 tuvo que establecer que para ver los temas de inscripción y demás actos se constituyera el JEE Lima Centro 1, quién ha conocido el tema de listas presidenciales y congresales para Lima; y para luego constituirse el JNE en segunda instancia.
- d) En los últimos comicios electorales no se ha interpuesto proceso de Amparo alguno; no obstante, hay un caso de un candidato cuya agrupación política no logró su inscripción y que ha recurrido en forma directa a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, obviamente, en razón de la demora por podría tener de acudir al Amparo regulado en nuestras leyes.
- e) Nuestra investigación realizada ha demostrado que de los 186 procesos de Amparo interpuestos durante los períodos 2008 - 2015, solo 54 fueron referidos a procesos electorales; 128 en materia vacancia de autoridades ya elegidas y 4 administrativos en reconocimiento de derechos de trabajadores

del JNE solo un (01) caso fue declarado fundado y se ordenó entregar la credencial al candidato elegido; y, otro único caso de reponer a la autoridad edil vacada, lo que terminó con la quema de un local municipal, es decir no se pudo cumplir. En análisis no lleva a concluir que la principal causa fue la demora en la tramitación del Amparo, pues los términos electorales son perentorios y sus etapas preclusivas, contexto que impide resolver con prontitud la violación alegada y con ello la ineficacia en la protección de derechos políticos.

- f) Es evidente que sí es necesario la implementación de un proceso de Amparo Electoral con un procedimiento más rápido que el Amparo clásico y con otras instancias, lo que permitirá una mayor garantía. Ahora este nuevo proceso Amparo Electoral tiene que ver con materia electoral, pero limitadamente en casos de vulneración de derechos políticos de candidatos, afectaciones de derechos de unión, información y conexos; además de reclamaciones de candidatos en elecciones internas de agrupaciones políticas; más no proceder en el tema de escrutinios; a ello ha de agregarse que el Amparo Electoral proteja derechos de autoridades políticas elegidas y que sean separadas de su cargo, como el caso de vacancia y/o suspensión. Es también ya un requerimiento supranacional para que implementemos un mecanismo de protección que sería el Amparo Electoral.
- g) Es un notable avance que ya el JNE en las Elecciones Generales del 2016 haya procurado que hayan 2 instancias, tanto en lo que se refiere a fórmulas presidenciales, congresales y del Parlamento Andino; sin duda ha permitido un mejor análisis; sin embargo, no ha sido de mucha ayuda los plazos, ya que se aprecia que aún después de ya realizadas las elecciones el 10 de abril del 2016 continúan publicándose resoluciones de exclusión y otras en las que el JNE anula todo y dispone se emita una nueva resolución, lo cual no es adecuado; obviamente ello se debe a las normas que establecen los plazos.
- h) Nos falta especialización de jueces en materia electoral, ello se logrará con JEEs permanente; actualmente la composición de los mismos es adecuada, como ello se dará desde el inicio una seguridad en las decisiones y resoluciones adoptadas. También urge la aprobación del proyecto de Código Electoral y el Código Procesal Electoral, instrumentos jurídicos que darán mayor organicidad a las elecciones, ello brindará seguridad jurídica y garantizará la gobernabilidad del país. La implementación de éstos aspectos conllevará a garantizar los derechos fundamentales en el desarrollo de procesos electorales, y quizá el poco uso del Amparo Electoral que podrá ser utilizado en otros campos aún no previstos como los derechos de los afiliados a una organización política, pero debemos cumplir con la agenda pendiente dispuesta por la jurisdicción supranacional.

JUECES CONSTITUCIONALES

EDWIN FIGUEROA GUTARRA*

Resumen

El presente estudio desarrolla la importancia de una justicia constitucional del Poder Judicial a dedicación exclusiva, en atención a que el derecho es evolución y por tanto, exige especialización. Más aún, el tratamiento jurisdiccional de los derechos fundamentales exige determinadas competencias que los órganos de gobierno del Poder Judicial están en la necesidad de identificar, impulsar y consolidar. La defensa de los principios, valores y directrices que inspiran el Estado constitucional es también tarea de los jueces y es un imperativo categórico para éstos sumarse a esa tarea material.

Palabras clave: Jueces constitucionales, derechos fundamentales, justicia constitucional especializada, Tribunal Constitucional, órganos de gobierno.

Abstract

This study develops the importance of constitutional justice of the Judiciary as an exclusive task, considering that law is evolving and therefore requires expertise. Furthermore, the jurisdictional treatment of fundamental rights requires certain skills that the governing bodies of the Judiciary are in the need to identify, promote and consolidate. The defense of the principles, values and guidelines underlying the constitutional State is also the task of judges and is a categorical imperative for these ones to join such material duties.

Keywords: Constitutional judges, fundamental rights, specialized constitutional justice, Constitutional Court, governing bodies.

Sumario

1.- Introducción. 2.- Un esbozo de la noción de juez constitucional. 3.- Razones para una justicia constitucional especializada. 4.- Jueces constitucionales y órganos de gobierno. 5.- Jueces constitucionales y Tribunal Constitucional: una relación de equilibrio. 6.- ¿Todos los jueces son constitucionales? 7.- Rol relevante del Poder Judicial en la justicia constitucional especializada. 8.- Efectos de la ausencia de jueces constitucionales. 9.- Casos especiales de justicia constitucional especializada. 10.- Una visión de los jueces constitucionales en el Derecho Comparado. 11.- A modo de conclusión. 12.-Referencias bibliográficas.

* Doctor en Derecho, juez superior titular de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque - Perú. Profesor asociado de la Academia de la Magistratura del Perú. Docente área constitucional de la Universidad San Martín de Porres, filial Chiclayo, Lambayeque - Perú.

1. Introducción

En su famoso mito de la caverna, Platón hacía importante referencia al mundo de las ideas y del conocimiento y planteaba sacudirse del yugo de las sombras para optar por la luz del conocimiento, la reflexión y el análisis. La labor judicial presenta algunos caracteres similares con la alegoría platónica. La principal tarea del Poder Judicial- impartir justicia en condiciones de igualdad y en el marco de respeto por la ley y la Constitución- es despejar las sombras de interpretación jurídica que caracterizan los procesos judiciales, siempre atendiendo a que dos partes en conflicto sostienen posiciones contrarias, y reafirmar la existencia del Estado de Derecho impartiendo la luz de la interpretación más ajustada a nuestra Carta Fundamental en defensa de sus principios.

En ese mismo sentido, la labor de los jueces constitucionales representa un plus de exigencia, pues no solo les compete el deber de protección de los derechos que prima como valor representativo en la justicia ordinaria, sino les atañe un deber especial de protección, es decir, un deber reforzado de tutela de los derechos fundamentales. Embarcarnos en la naturaleza especial de esa compleja tarea es un deber parecido al del juez Hércules de Dworkin, pues se encuentra de por medio una tarea calificada de protección de los derechos fundamentales y esto denota exigencias de competencia, conocimiento y formación especiales.

Construimos así la tesis de este breve estudio en el sentido de la importancia, exigencia y necesidad de construir una justicia constitucional especializada, con jueces del Poder Judicial a dedicación exclusiva para la resolución de controversias constitucionales, al tratarse de un imperativo categórico que fijan los valores constitucionales. Esta tarea demanda de la propia Administración, igualmente, en propiedad de los órganos de gobierno del Poder Judicial, una labor de examen trascendente para definir una justicia constitucional especializada, pues el rol que le compete a estos órganos de dirección del *corpus iuris*, precisamente involucra que la creación de una justicia constitucional a tiempo completo se materializa en la existencia de un Estado constitucional que fija la tareas, obligaciones y deberes que demandan igualmente una visión de conjunto de los problemas del ordenamiento jurídico y no una labor solo nominal de dirección de la problemática judicial.

Es importante anotar que la dedicación a exclusividad en el ámbito constitucional existe en nuestro país: a nivel de los magistrados del Tribunal Constitucional, de un lado, y en forma parcial, a nivel del Poder Judicial. Existen algunos juzgados constitucionales en nuestro país y su impulso se dio desde 2006, avanzándose en el camino con la creación de nuevos órganos jurisdiccionales a dedicación exclusiva, pero las políticas públicas del año 2014 en los órganos de gobierno del Poder Judicial, arrojaron un balance de restricción vía la reconversión de órganos constitucionales a

laborales, con lo cual se restringió severamente la expansión de la justicia constitucional especializada.

Este estudio plantea la restitución de los órganos constitucionales desactivados, resaltando antes la importancia de una justicia constitucional a dedicación exclusiva en los jueces del Poder Judicial y que los avances generados, no sean dejados sin efecto, o más aún, que se restrinja aún más la justicia constitucional hasta ahora en parte consolidada en pocos juzgados constitucionales. Por el contrario, los beneficios de una justicia iusfundamental a dedicación exclusiva, pueden reportar efectos colateralmente positivos si su práctica se extiende a la justicia ordinaria, y con ello nos referimos a varias de las figuras que identifican la lógica de los procesos constitucionales, las cuales se traducen en celeridad procesal, tutela de urgencia, racionalidad de los procesos, entre otros temas puntuales que identifican la impartición de justicia constitucional.

2. Un esbozo de la noción de juez constitucional

Confrontar los conceptos de jurisdicción y competencia resulta siempre una tarea apasionante pues a pesar de la cercanía conceptual de ambos significados, existen notorias diferencias que anotar, lo cual implica una aproximación a su contenido semántico. Todos los jueces tienen jurisdicción pero no todos competencia y en ese aspecto, nuestra fuente normativa nacional ha consolidado la existencia de jueces constitucionales, competentes para conocer los procesos de la libertad.

Solemos decir, a modo de parafraseo, que todos los jueces son constitucionales y que por tanto, no existe la necesidad de una especialización de los mismos, y sin embargo, la experiencia de campo en el caso nacional refleja la necesidad de desarrollar competencias constitucionales propias y a este efecto, la experiencia peruana exhibe, aunque con idas y venidas y en forma parcial, un desarrollo singular, importante y de especialización en materia constitucional, aunque caracterizada, como anotamos, por marchas y contramarchas¹.

La jurisdicción constitucional peruana, como señalamos *supra*, bifurca sus contenidos en dos grandes áreas: de un lado, la competencia propia de los jueces del Poder Judicial, los cuales asumen la responsabilidad de constituirse en los primeros bastiones de defensa de los derechos fundamentales, en primer y segundo nivel, tarea que se delega actualmente a juzgados y Salas, civiles y penales;² y de otro lado, la

¹ Acotamos esta característica pues nuestros órganos de gobierno en el Poder Judicial optaron, en una primera etapa, por la creación de juzgados y Salas Constitucionales, a dedicación exclusiva, y luego en propiedad, vía reconversión de competencias, se desactivaron gran parte de los órganos creados, principalmente en los últimos años.

² Esto sucede en casi todas las Cortes de Justicia del país, salvo en Lima, que alberga 11 juzgados constitucionales. El resto del país delega las competencias constitucionales a jueces y Salas Civiles. No

competencia asignada al propio Tribunal Constitucional, órgano que revisa en última instancia los procesos constitucionales de la libertad denegatorios, y a su vez, conoce los procesos de control normativo en instancia única, en rigor los procesos de inconstitucionalidad y competencial.

La figura descrita, sin embargo, presenta un punto de quiebre sustantivo: los jueces del Poder Judicial que revisan procesos constitucionales son, en su mayoría, de la especialidad civil, quienes en adición a sus funciones, conocen también procesos constitucionales. Son 11 juzgados constitucionales los que existen en la ciudad capital³, los cuales se dedican exclusivamente a conocer estos procesos de la libertad, y lo hacen solo circunscritos a los procesos de amparo, cumplimiento y habeas data, en tanto que solo los jueces penales son competentes para conocer los procesos de habeas corpus. En el resto del país, casi no existen juzgados constitucionales ni Salas Constitucionales, quedando encomendada la tarea de resolver estos casos a la justicia civil.

Frente a este escenario, nuestro Código Procesal Constitucional esboza ya una aproximación a la noción de juez constitucional⁴, y parte de la tesis de una labor especializada para el conocimiento de las controversias constitucionales. Este perfil es necesario, a juicio nuestro, pues las controversias que atañen a derechos fundamentales, demandan competencias especializadas para discernir cuando un acto supuestamente lesivo agravia o no en forma ilegítima los derechos tutelados por la Carta Fundamental.

Más aún, el juez constitucional "mira más allá", en acertada expresión de Gustavo Zagrebelsky,⁵ para hacer valer los derechos fundamentales sobre la senda de las convenciones, declaraciones y documentos de matriz internacional en relación con la persona humana como tal. Por tanto, recae sobre los hombros del juez constitucional definir el contenido de moralidad de los derechos en pugna, y también para determinar la restitución propia del caso ante una agresión manifiesta a un derecho fundamental.

obstante su importancia, es especialidad constitucional es solo una competencia más de la justicia civil en casi todo el país.

³ Por Res. Adm. N° 206-2012-CE/PJ, de fecha 24 de octubre de 2014, se creó el 11 Juzgado Constitucional con subespecialidad en temas tributarios y aduaneros en la Corte Superior de Justicia de Lima.

⁴ Código Procesal Constitucional Perú (2004) Tercera disposición final. Jueces Especializados
Los procesos de competencia del Poder Judicial a que se refiere el presente Código se iniciarán ante los jueces especializados que correspondan en aquellos distritos judiciales que cuenten con ellos, con la sola excepción del proceso de hábeas corpus que podrá iniciarse ante cualquier juez penal.

⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. *¿Qué es ser juez constitucional?*, en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2292042.pdf>, consulta: 07 de abril de 2016.

3. Razones para una justicia constitucional especializada

La premisa de la cual parte el enfoque de este estudio, es la necesidad de consolidar una justicia constitucional especializada, que otorgue competencias específicas a los jueces en materia constitucional y que puedan asignarles el conocimiento exclusivo de los procesos constitucionales de la libertad. Si bien esta premisa ya se cumple parcialmente en el país, creemos que es necesaria su consolidación como política pública respecto al *corpus iuris*, y no su restricción.

Las razones para la viabilidad de este planteamiento son varias: en un primer plano, la especialidad constitucional sí es necesaria pues los jueces civiles parten, usualmente, de patrones de interpretación distintos, en relación a los de la justicia ordinaria, y no necesariamente aplican cánones de interpretación constitucional, la cual se caracteriza por el influjo propio que emana de los procesos constitucionales de la libertad. En principio, no hemos de dudar de las calidades de un juez civil para dirimir una colisión entre derechos fundamentales y sin embargo, es exigible una especialización de rigor en el esclarecimiento de controversias iusfundamentales.

Otra razón que corrobora este aserto es que, en propiedad, se justifica una justicia constitucional especializada, pues de igual forma a como existen jueces penales, civiles, laborales y de otras especialidades, es necesario, también, que existan jueces constitucionales a dedicación exclusiva. La razón de esta segunda justificación de peso es que el conocimiento de los procesos constitucionales de la libertad, demanda competencias especiales como el manejo directo de la vulneración misma, su extensión y significado, o discernir respecto a la omisión gravosa, a fin de determinar su legitimidad o ilegitimidad, prescindiéndose, por tanto, de la necesaria etapa probatoria⁶, de la cual sí gozan los procesos ordinarios. Por tanto, es necesario discernir con las solas pruebas documentarias aportadas por las partes si se agravó o no ostensiblemente un derecho fundamental, no existiendo un rigor una formal etapa probatoria.

Notemos acá una diferencia sustantiva y de rango extraordinario entre los procesos ordinarios y los procesos constitucionales, en tanto los procesos iusfundamentales no presentan un examen riguroso de tránsito de diversos tipos de medios probatorios, en razón de que le conceden a la prueba documentaria y no a otro tipo de pruebas, la excepcional tarea de probar por sí misma la agresión constitucional que se denuncia. Por tanto, es importante manejar un conjunto de competencias especiales para manejar un activismo judicial que no podrá ser desmedido, sino por el contrario,

⁶ Código Procesal Constitucional. Artículo 9.- Ausencia de etapa probatoria

En los procesos constitucionales no existe etapa probatoria. solo son procedentes los medios probatorios que no requieren actuación, lo que no impide la realización de las actuaciones probatorias que el Juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso. En este último caso no se requerirá notificación previa.

cauto, ponderado y equilibrado, y más cercano ciertamente de las tendencias interpretativas que caracterizan a los derechos fundamentales.

Más aún, mientras el enfoque básico central de la justicia ordinaria es sustantiva aunque no exclusivamente local, pues debe partir prevalentemente de bases normativas de rango nacional, el examen de las controversias iusfundamentales suele aterrizar, muchas veces, en las posiciones de examen de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual fija estándares que vinculan a los Estados parte, así como es importante apreciar en este campo la evolución de derechos especialísimos en órganos jurisdiccionales de relevancia como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional español, elementos que conceden un marco de referencia que a pesar del margen de apreciación que algunas veces esas altas Cortes admiten en su interpretación, en buena cuenta implican una determinación en el sentido que no pueden soslayarse sus estándares en la valoración de una causa que atañe a derechos fundamentales.

Una tercera razón de peso para una justicia constitucional especializada está representada, igualmente, por el conjunto de exigencias que plantea el mismo concepto de Estado constitucional, bajo la siguiente reflexión: para la defensa de los derechos fundamentales en el Estado constitucional, es exigible, razonable y ponderado que existan jueces constitucionales a dedicación exclusiva, cuya tarea se oriente a un profundo conocimiento de las condiciones, exigencias y estándares que plantea el desarrollo de los derechos fundamentales. Es así que podemos construir el razonamiento de que no hay Estado constitucional sin jueces constitucionales, pues a estos está asignada la labor de constituir baluartes de la defensa del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales.

En cuarto lugar, la justicia constitucional ostenta caracteres muy especiales, diferentes a los de la justicia ordinaria, justificando así la existencia de una justicia de los derechos fundamentales. Siguiendo a Zagrebelsky,⁷ podemos entender su aserto de que "la razón de ser de la justicia constitucional es su función antimayoría (...) por eso podemos afirmar que la justicia constitucional no forma parte de la democracia pero sirve a la democracia".

En efecto, desde el Federalista 78,⁸ de Hamilton, Jay y Madison, asumimos ciertamente el carácter antimayoritario de las decisiones de los jueces, pues existe una labor correctora de las decisiones de los demás poderes, entre ellos el Poder Legislativo, un ente que representa la decisión de las mayorías. Por consiguiente, es necesario que el juez constitucional asuma la perspectiva de que forma parte del

⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. (2008) *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*. Traducción de Manuel Martínez Neira. España. Mínima Trotta, p. 102.

⁸ GARGARELLA, Roberto (1997). *La dificultad de defender el control constitucional de las leyes*. Isonomía. No. 6, abril, p.55.

Estado de Derecho, mas sus decisiones no siguen un patrón estrictamente democrático, pues no proviene su elección de mandato popular, y sin perjuicio de ello, sirve a la democracia y sus principios. Por tanto, esa calidad de juez constitucional implica un acatamiento a la Constitución pero cual *oxymoron*, no proviene ese nombramiento de las propias mayorías, sino en rigor ejerce ese juez constitucional una función de legitimación de la Constitución.

¿Quién puede desarrollar esa labor compleja con mejores posibilidades de discernir razonablemente entre las tendencias antimayoritarias? Creemos que un juez constitucional a dedicación exclusiva.

En esa misma línea de ideas, se justifica la existencia de un "derecho constitucional abierto",⁹ reflexión aportada por Zagrebelsky, en oposición igualmente a la impotencia de un Derecho Constitucional cerrado, precisamente porque se trata de dos variantes relevantes de la interpretación. Bajo las pautas de un Derecho Constitucional abierto se ciñe una interpretación de principios, valores y directrices, aquello que denominamos un ámbito material de la interpretación, en tanto que involucra un Derecho Constitucional cerrado aquel cuya campo de acción es un ámbito más formal, de subsunciones y silogismos. En consecuencia, demanda una tarea más rigurosa atender a los sentidos interpretativos de la norma, buscando el necesario examen de compatibilidad con la Constitución, antes que quedarnos a medio camino en una simple lectura del enunciado lingüístico de la disposición.

No queremos atribuir aquí, nuevamente, que un ámbito sea atribución de la justicia ordinaria y el otro de la justicia constitucional. Superan los jueces ordinarios, por cierto, y muchas veces, el mero examen de formalidad de las reglas. Esta es una premisa que viene trabajando, con intensidad el *corpus iuris* judicial en todos sus ámbitos, pero volvemos en toda su extensión al mismo concepto: los jueces constitucionales a dedicación exclusiva desarrollan, en mejor posición, ese ámbito de moralidad de los derechos fundamentales, cuyo valor axiológico no es enunciado con sencillez, y muchas veces tampoco aceptado, por la justicia ordinaria.

Y son así los jueces constitucionales quienes desde Evans Hughes, magistrado de la Corte Suprema de EE.UU., logran expresar aquello que significa la Constitución. Por eso es válida la afirmación de Hughes quien expresa: "Nos regimos por una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es".¹⁰ La figura es clara: son los jueces, del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial, quienes dicen

⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. (2008). *El juez constitucional en el siglo XXI*. Ponencia presentada en el I Congreso Internacional de Justicia Constitucional y V Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, celebrado en Cancún, México, del 14 al 17 de mayo de 2008. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* núm. 10, julio-diciembre 2008, pp. 249-268. p. 255.

¹⁰ HARO, Ricardo. *El control de constitucionalidad comparado y el rol paradigmático de las cortes y tribunales constitucionales*. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, n.º 20041, 2004, pág. 62.

cuál es el contenido material de la propia Constitución. Las interpretaciones de arraigo, vinculación y prevalencia, por consiguiente, van a estar del lado de jueces constitucionales antes que de jueces de la jurisdicción ordinaria.

4. Jueces constitucionales y órganos de gobierno

¿Qué deben hacer los órganos de gobierno judicial frente a la relevancia de la justicia constitucional y sus exigencias? A juicio nuestro, identificar, en primer lugar, la importancia de la dimensión de una justicia especial constitucionalizada propia del Poder Judicial, que construya estándares de protección de los derechos fundamentales, y proceder, como ya se ha hecho de modo parcial, aunque con idas y venidas, a crear, extender y reforzar la existencia de jueces constitucionales especializados, y Salas Constitucionales igualmente especializadas, pues esta es la premisa de orden más equilibrada dentro del concepto de elaboración de un verdadero esquema de vigencia efectiva de los derechos fundamentales en el Estado constitucional.

En adición a ello y como un problema propio de nuestra realidad y su ingente carga procesal, ¿qué hacer si el crecimiento de las exigencias de la justicia ordinaria obliga a que se dedique todo el esfuerzo posible de los jueces a pretender reducir esta carga procesal abrumadora? Pues no reconvertir en propiedad órganos constitucionales existentes, o de otra naturaleza análoga,¹¹ sino precisamente reforzar competencias constitucionales para que desde la necesaria simbiosis que implica el trabajo de los jueces constitucionales y las exigencias de la impartición pronta, clara y residual de justicia especializada, se creen las *condiciones especiales* del caso para una reducción de la carga procesal. Propiamente sostenemos aquí que la práctica constitucional precisamente aporta estándares muy *sui géneris* que justifican plenamente su existencia y más aún, desde una cultura judicial de refuerzos, las prácticas positivas de los jueces constitucionales, bien pueden trasladarse, con las variantes del caso, a la justicia ordinaria.

La afirmación nuestra que antecede no es abstracta y por el contrario, es meridianamente contributiva de contextos más complejos, entre los cuales destaca la

¹¹ En los últimos años un importante número de órganos jurisdiccionales han sido reconvertidos de sus diversas especialidades para atender la carga procesal de los juzgados y Salas Laborales, en respuesta a la exigencia de resolución de una cantidad importante de procesos, principalmente por la congestión de procesos en materia laboral. La reflexión a este respecto es si se da solución a un problema material o a un problema nominal. La numerosa cantidad de procesos laborales es ante todo un problema nominal, a juicio nuestro, pues muchas controversias resultan muy similares en materia laboral, con soluciones muy parecidas, aspecto que no justifica, como medida de fondo, la reconversión de otros órganos jurisdiccionales no laborales. Por el contrario, exige una política pública de mayor alcance como un tratamiento más estratégico de la carga procesal: cerrar el acceso de casos muy similares a la Corte Suprema si ya hubo doble instancia, conceder facultad de cierre de las controversias laborales a órganos de segunda instancia, declarar el estado de cosas inconstitucional para reducir el número de procesos, entre otras alternativas, etcétera.

exigencia de una justicia constitucional especializada y sus prácticas relevantes en la tutela de urgencia, lo mismo que se traduce en un conjunto de criterios para una pronta impartición de justicia de los derechos fundamentales. Si eventualmente existe una buena práctica constitucional especializada, no apreciamos inconveniente alguno en que esas buenas prácticas se trasladen, con los ajustes del caso, a la justicia ordinaria.

De esta forma, es una primera característica especial de la justicia constitucional especializada la tesis de *la sentencia estimatoria de segunda instancia como medio de fin del conflicto*, constituyendo una regla relevante. En efecto, si una sentencia de segunda instancia en un proceso constitucional es declarada fundada, el proceso propiamente dicho ya concluyó, siempre que nos refiramos a la materia constitucional¹², dado que el Tribunal Constitucional solo conoce fallos denegatorios.

El debate, en el caso arriba expuesto, llega a su término pues ya la parte afectada logró una decisión que le favorece y esto traduce una regla de racionalidad y razonabilidad, pues la discusión ya no se extiende más en otra instancia¹³. Esto no necesariamente sucede en la justicia ordinaria pues de distintas formas, al ser viable un recurso de casación y por ende que el caso pueda acceder a la Corte Suprema, lo que se produce es una congestión de causas ante la Corte misma, y por lo tanto, se desprende de ello la necesidad de ir creando más órganos jurisdiccionales, respuesta a juicio nuestro lineal y no de orden material, es decir, no es propia de un contexto material de trascendencia, esto es, se soluciona parcialmente los efectos del problema mas no el problema propiamente dicho.

Otra segunda característica especial es en definitiva la posibilidad de que el *estado de cosas inconstitucional*¹⁴ constituya una figura propia de expansión de efectos de la sentencia. Veámoslo a través de un ejemplo muy sencillo. Si tenemos 100 casos concluidos muy similares, es natural, racional y consecuentemente lógico que tengamos 100 demandas, 100 contestaciones, 100 sentencias, 100 apelaciones, 100 fallos de segunda instancia, 100 recursos de casación cuando corresponda, y 100 decisiones distintas de la Corte Suprema.

¹² El artículo 202 de la Constitución señala que el Tribunal Constitucional conoce solo sentencias denegatorias en procesos de la libertad. En vía de referencia, las sentencias estimatorias en segunda instancia en materia constitucional, implican la conclusión de la controversia, sin posibilidad de acceso del caso al Tribunal Constitucional, salvo las habidas excepciones de casos vinculados al narcotráfico, lavado de activos y terrorismo. Vid SIC 01711-2014-PHC/TC, caso Víctor Polay Campos, fundamento jurídico 7.

¹³ Excepción habida del amparo contra amparo según los alcances de la SIC 4853-2004-AA/TC, caso Dirección Regional de Pesquería de La Libertad, fundamento jurídico 39.

¹⁴ Figura creada por la Corte Constitucional de Colombia en 1997, noción que a su vez puede ser entendida como expansión de los efectos de la sentencia. Vid en Perú la SIC 2579-2003-HD/TC caso Julia Arellano, fundamentos jurídicos 18-23.

¿Qué pasa si invertimos la figura, siempre en el supuesto de 100 pretensiones similares., en desarrollo de la figura del *estado de cosas inconstitucional*, y por el contrario, tenemos solo un caso paradigmático en el cual se definen las condiciones especiales del caso y al mismo concurren las restantes 99 pretensiones, en ejecución de sentencia, solo para solicitar se haga efectiva su prestación demandada, sin transitar por las demás etapas del proceso?

La justificación de esta posición, desde la perspectiva de la Corte Constitucional de Colombia, ente que generó este concepto procesal constitucional en 1997, obedecía a la idea de que no se produjera un innecesario debate de causas sustantivamente similares y por el contrario, se racionalizara de algún modo el acceso a la justicia.

En el mismo caso en comento, 99 peticiones de ejecución directa de la prestación podrían concurrir al caso paradigmático, y previa valoración del juez constitucional respecto a la naturaleza de la pretensión y sobre todo de su viabilidad por similitud con el caso paradigmático, este despacharía ejecución sobre la base de que la pretensión es sustantivamente similar a la del caso base. El principio de pluralidad de instancias quedaría plenamente garantizado pues si la parte emplazada considerara que su derecho se ve afectado, puede recurrir vía apelación, sin efecto suspensivo, es decir, sin suspender la marcha del proceso respecto a la nueva pretensión incoada, ante la Sala Superior, para que esta defina lo que corresponde de acuerdo a ley y derecho. Por cierto, de darse esta figura, ya podríamos apreciar una reducción considerable de la carga procesal potencialmente alta del actual sistema de justicia no solo constitucional, vía la adopción de mecanismos innovadores, sino también a nivel de la justicia ordinaria.

Salas Superiores y Salas Supremas tendrían la opción de declarar el *estado de cosas inconstitucional* y vía parámetros trabajados ante los órganos de control y con la necesaria difusión de la figura ante los Colegios de Abogados del país, se darían las condiciones óptimas del caso para pretender una reducción sustantiva de la carga procesal que hoy abrumba los órganos jurisdiccionales del país, y que en verdad demanda de los órganos de dirección del Poder Judicial, adoptar ideas efectivamente directrices de políticas de reducción del número de procesos que hoy debe manejar el *corpus iuris*.

Por tanto, adoptada esta figura en diversos casos de la realidad constitucional peruana¹⁵, su mayor difusión a nivel de órganos jurisdiccionales constitucionales,

¹⁵ Vid SIC 05561-2007-PA/TC, caso ONP, sobre participación temeraria, obstructiva y contraria a la jurisprudencia y precedentes de este Tribunal de la ONP en los procesos judiciales relacionados a los derechos pensionarios que administra; y SIC 3426-2008.PHC/TC, caso Pedro Marroquín, sobre la falta de una política de tratamiento y rehabilitación de la salud mental de personas que se encuentran sujetas a medidas de seguridad de internación por padecer de una enfermedad mental.

indudablemente tendría un efecto de sana réplica a nivel de la justicia ordinaria. ¿Es posible visualizar un Poder Judicial con menor carga procesal? Creemos que sí.

También se manifiesta otra característica especial, propia de los órganos constitucionales, en una estrategia propia de sede constitucional cual es la figura de *represión de actos homogéneos*,¹⁶ medio de defensa que permite que ante una nueva agresión similar a aquella que se produjo en las sentencias que restituye el derecho afectado, ya no haya necesidad de recurrir a otro y nuevo proceso judicial, sino que sea en el mismo proceso constitucional donde, en ejecución de sentencia, se determine que existe una nueva agresión iusfundamental y que por tanto, se inste a respetar el derecho que es materia de afectación.

¿Cuál es el beneficio potencial? Pues evitar un nuevo proceso y restituir igualmente el derecho conculcado. Notemos aquí algo objetivo: se trata de herramientas procedimentales que explican una justicia más célere, más pronta y más acorde con la tesis de un recurso sencillo y rápido para el esclarecimiento de controversia que afectan derechos fundamentales, conforme fluye de la noción de protección judicial que enuncia el artículo 25¹⁷ de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Hemos referido, solo a grandes rasgos, algunas de estas características especiales de los procesos constitucionales, las mismas que representan un punto de quiebre en relación a la noción formal de justicia ordinaria, la cual tiende, creemos, a ser respetuosa de las reglas que ordenan los procesos judiciales pero que no siempre identifican, salvo casos muy especiales,¹⁸ la necesidad de discernir entre lo urgente y lo que muchas veces entendemos como una observancia escrupulosa de las formas procesales, no siendo relevante si ello crea condiciones de afectación material. Estas características especiales justifican, de suyo, la existencia de un juez constitucional

¹⁶ Código Procesal Constitucional. Artículo 60. Procedimiento para represión de actos homogéneos

Si sobreviniera un acto sustancialmente homogéneo al declarado lesivo en un proceso de amparo, podrá ser denunciado por la parte interesada ante el juez de ejecución. Efectuado el reclamo, el Juez resolverá este con previo traslado a la otra parte por el plazo de tres días. La resolución es apelable sin efecto suspensivo. La decisión que declara la homogeneidad amplía el ámbito de protección del amparo, incorporando y ordenando la represión del acto represivo sobreviniente.

¹⁷ Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 25. Protección Judicial

1. *Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.(...)*

¹⁸ La tutela de derechos es un mecanismo que prevé una respuesta intraproceso respecto a la afectación de un derecho fundamental. El Código Procesal Penal de Perú prevé en su artículo 71.4 lo siguiente:

4. *Cuando el imputado considere que durante las Diligencias Preliminares o en la Investigación Preparatoria no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones, o que sus derechos no son respetados, o que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas o de requerimientos ilegales, puede acudir en vía de tutela al Juez de la Investigación Preparatoria para que subsane la omisión o dicte las medidas de corrección o de protección que correspondan. La solicitud del imputado se resolverá inmediatamente, previa constatación de los hechos y realización de una audiencia con intervención de las partes.*

especializado, cuyas prácticas de defensa de los derechos fundamentales, deben lograr un nivel de consolidación en el mismo Poder Judicial para de ahí trasladar esas buenas prácticas en el modo que corresponda a la justicia ordinaria.

El establecimiento de órganos constitucionales especializados en definitiva apunta, también, a la consolidación de una nueva cultura judicial, a la formación de nuevos patrones de dirección y resolución del proceso y a una respuesta más celerante ante las afectaciones sustantivas a los derechos fundamentales. Por tanto, es una exigencia material la existencia de jueces constitucionales a dedicación exclusiva y es tarea de los órganos de gobierno del Poder Judicial determinar su promoción y no su exclusión.

5. Jueces constitucionales y Tribunal Constitucional: una relación de equilibrio

En el ejercicio de defensa de la Constitución, la existencia de jueces constitucionales especializados se orienta a mantener una buena relación de coordinación, de tendido de puentes y de conciliación, con la labor interpretativa del Tribunal Constitucional, antes que de separación estricta de las potestades de interpretación de estos estamentos constitucionales.

La justificación es sencilla: los jueces constitucionales identifican, muchas veces, bolsones de afectación de sus facultades de interpretación de la ley ordinaria y la Constitución, siendo la labor interpretativa del Tribunal prevalentemente correctora. Y ciertamente algunas veces parecen los jueces haberse convertido en la boca del Tribunal Constitucional cuando antes fueron, en los albores de la Revolución Francesa, la boca de la ley. Es pertinente anotar, por tanto, que estas nociones marcan una tarea de exclusión y caminos divergentes antes que de conciliación de materias de interpretación. Sin embargo, ello no debe ser así.

El camino interpretativo de los jueces del Poder Judicial ante las potestades de definición de los sentidos interpretativos que asigna el Tribunal Constitucional a las reglas, normas y hechos, se caracteriza por la asignación de una condición de prevalencia a los fallos constitucionales, la misma que no solo es reconocida por la Constitución de 1993 y la Ley Orgánica del propio Tribunal, sino por una jurisprudencia propia y comparada cuyo camino se desbroza por asignar a los jueces una vigencia de su interpretación siempre que no contradiga los estándares propios que fija el guardián de la Constitución, en este caso, el propio Tribunal.

Fijada esa condición, no habrá de ocurrir que la creación de órganos jurisdiccionales especializados en materia constitucional haya de significar espacios de interpretación que vaya ganando el Tribunal Constitucional para sí mismo, ni que pueda este alto Tribunal quizá identificar órganos jurisdiccionales afines a su tarea de impartición de justicia constitucional, o bien que el Poder Judicial se "constitucionalice" en desmedro

de la autonomía e independencia del propio Poder Judicial, sino que habrá que ceñirnos a una perspectiva de legitimación de la Constitución en el ejercicio de esa labor correctora del Tribunal Constitucional cuando este enmienda decisiones del Poder Judicial, incluidas sentencias de la misma Corte Suprema.

Por tanto, sí creemos que el aserto más razonable al respecto no se dirige a poner a un poder por encima de otro, sino de asumir que una labor de interpretación de la Constitución implica aceptar una labor correctora, la cual exige estándares de unidad, concordancia práctica, corrección funcional, función integradora y primacía normativa de la Constitución. Estos aspectos no son pues sino elementos coadyuvantes que comparten jueces del Poder Judicial y Tribunal Constitucional en la dilucidación de los casos sometidos a su conocimiento.

6. ¿Todos los jueces son constitucionales?

¿Por qué deben existir jueces constitucionales a dedicación exclusiva si un aserto famoso nos dice que todos los jueces son constitucionales?¹⁹ En efecto, bien podríamos decir que por ser todos los jueces defensores de la Constitución, entonces ya no deviene necesaria una justicia constitucional especializada.

La frase que aludimos parte de una reflexión en realidad sostenidamente simple. Es cierto que todos los jueces son defensores de la Constitución antes que de las disciplinas propias del Derecho. Así, un juez penal es ciertamente un juez que debe estar imbuido de los principios y valores que emanan de la Norma de Normas, antes que los lineamientos formales y materiales que impone el propio Derecho Penal.

Más aún, no puede resolver ese juez penal una controversia propia de su materia sin antes prever las máximas constitucionales que identifican el proceso penal, y sin embargo, es cierto también que el diseño de la justicia constitucional demanda calidades, competencias y un acuerdo de procedimientos propios para resolver un tipo de procesos que no sigue necesariamente los patrones de la justicia ordinaria, sino que por el contrario, induce a consolidar un conjunto de principios, formales y materiales, para el esclarecimiento de controversias constitucionales.

De otro lado, la existencia de una justicia constitucional especializada no hace sino seguir una lógica de desarrollo contextual del Derecho, como disciplina que aspira a nuevos estándares de comprensión en el ordenamiento jurídico contemporáneo. Así como ha ocurrido que el Derecho Penal, Civil y Laboral se han convertido en

¹⁹ La Corte Constitucional de Colombia señala en el auto 145/06, de fecha 09 de mayo de 2006, caso conflicto de competencia entre la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín y el Juzgado Civil del Circuito de Envigado, Antioquia, lo siguiente:

3. (...) *Bajo el orden constitucional vigente, reitera la Corte, todos los jueces de la República son jueces constitucionales; las especialidades de cada funcionario judicial, propias de la jurisdicción ordinaria, no son relevantes para establecer la competencia en materia de tutela.*

disciplinas autónomas, que a su vez han dado lugar a jueces autónomos en las áreas que son propias de estas disciplinas, de igual forma la exigencia de razonabilidad de existencia de jueces constitucionales especializados, cae por su propio peso cuando observamos escenarios de afectación de los derechos fundamentales.

7. Rol relevante del Poder Judicial en la justicia constitucional especializada

Tiene significado material una tarea de concordancia de la interpretación constitucional de los jueces del Poder Judicial con aquella que perfila el Tribunal Constitucional. Si ello es así y el Poder Judicial asume una posición activista en su interpretación, creemos que ha de ser menor la labor correctora del propia Tribunal Constitucional respecto a decisiones en materia constitucional y de justicia ordinaria del Poder Judicial.

Reiteremos la idea: una competencia estructural de los jueces constitucionales a dedicación exclusiva evitará incluso una mayor carga al Tribunal Constitucional. En efecto, si observamos que la carga del Tribunal Constitucional se ha ido incrementando, aunque con intermitencias, en los últimos años,²⁰ hay dos posibles consecuencias: de un lado, una mayor población exige una mayor infraestructura de los órganos jurisdiccionales; y en un segundo plano, si la cultura de litigiosidad de nuestra sociedad sigue un camino *in crescendo*, entonces se ha de producir lógicamente un mayor número de procesos.

Las dos justificaciones que presentamos pueden concurrir en forma conjunta en tanto constituyen explicaciones fiables respecto del problema que presentamos. Mas en este escenario destaca un tercer ángulo: si los jueces constitucionales manejan mejor los patrones de interpretación constitucional que les deben ser propios en su tarea de impartir justicia, es más altamente probable que han de generarse sentencias estimatorias en los casos en que corresponda, por cierto en mayor número, y por tanto, disminuya la carga de procesos a conocer por parte del Tribunal Constitucional, asumiendo, claro está, que en la justicia constitucional los procesos constitucionales concluyen si existe sentencia estimatoria de segunda instancia.

Veámoslo con cifras aproximadas: si de un total de 100 procesos constitucionales ante el Poder Judicial, y nos referimos a estándares genéricos, 30 de ellos merecen sentencia estimatoria y 70, pronunciamiento denegatorio, ello quiere decir que un 70% de la carga del Poder Judicial en materia constitucional llega al alto Tribunal. A su vez, si de esos 70 procesos, igualmente un 30% de procesos logra pronunciamiento estimatorio (es decir 21 procesos más) ante el Tribunal Constitucional, siempre en cifras aproximadas, ello querrá decir que 49 procesos habrán de seguir mereciendo decisión denegatoria por parte del Tribunal, frente a 51 procesos ya concluidos ante el

²⁰ Según Memoria del Tribunal Constitucional, 2014, p. 83, la carga del Tribunal en el año 2012 fue de 5286 expedientes ingresados; en el año 2013, de 8863 expedientes; y en el año 2014, de 6432 expedientes.

Poder Judicial. Los números son claros: a mayor involucramiento de la interpretación constitucional de los jueces del Poder Judicial, menos procesos han de llegar al Tribunal Constitucional.

Nuestro planteamiento solo pretende referir, en resumen, que si disponemos de una justicia constitucional especializada, es altamente probable que más procesos constitucionales concluyan en el Poder Judicial y así se reduzca la carga del Tribunal Constitucional. ¿Por qué? Porque en el ejemplo que ponemos *supra*, es altamente probable que si sumamos como sentencias estimatorias esos 21 procesos más arriba referidos (aquellos que hayan subido al Tribunal y hayan merecido sentencia estimatoria), suba la media de acierto aproximada del Poder Judicial respecto a los procesos constitucionales, a un total de 51 procesos, con lo cual una carga aún menor podrá ser la que conozca el Tribunal Constitucional.

Ciertamente nuestras cifras son tentativas pero no dejan de lado una realidad muy aproximada: el Poder Judicial maneja un estimado de 30% de carga estimatoria de procesos constitucionales y de aquello que llega al Tribunal Constitucional, la carga de sentencia estimatoria, en un esquema de razonabilidad, igualmente camina en línea similar a estos estándares, es decir, un 30% de casos merecen decisiones estimatorias por parte del alto Tribunal. En consecuencia, sí se justifica una justicia constitucional especializada que a su vez pueda significar una desconcentración de la carga procesal, en parte, ante el Tribunal Constitucional.

8. Efectos de la ausencia de jueces constitucionales

Si no existen jueces constitucionales, jueces ordinarios, en adición a su funciones, seguirán conociendo procesos constitucionales, cuyos patrones demandan un plus de interpretación atendiendo a contenidos de moralidad, tan caros frente a simples contenidos de juridicidad.

Si no optamos por ninguna alternativa de justicia constitucional especializada, solamente jueces civiles, en adición a sus funciones, y jueces penales, de igual forma y en modo adicional a sus funciones especializadas, seguirán resolviendo cuestiones constitucionales de singular relevancia en procesos de amparo y habeas corpus, respectivamente. En la misma forma, Salas Civiles y Penales cuya naturaleza de conocimiento es distinta, seguirán resolviendo, en adición a sus recargadas tareas, casos propios de la justicia constitucional.

No es propio negar que estos jueces puedan dilucidar estas controversias constitucionales, de seguro el nivel de competencias del juez civil o penal puede verse reforzado a través de un conocimiento más profundo de los derechos fundamentales conforme cada caso vaya demandando exigencias específicas de redimensionamiento de los derechos fundamentales, mas es categórico afirmar que

es una exigencia material y contemporánea construir un conjunto de preceptos necesarios para el manejo de una judicatura constitucional especializada.

Pautas como el manejo de procesos sin etapa probatoria, o bien la actuación solo de pruebas documentarias para acreditar la grave vulneración de un derecho fundamental, o bien el papeo de constatación de la ilegitimidad del acto lesivo, o de las omisiones que este involucra, exigen por cierto un *modus operandi* que puede ser resuelto en mejor forma bajo la dirección de jueces constitucionales con competencias propias.

Dejar de lado la creación o reinstalación de estos órganos especializados conlleva, igualmente, la percepción del justiciable respecto a que un juez con otra especialidad en el Derecho resuelve su caso. Ello en principio no es propiamente negativo en tanto ocurre en numerosas localidades a nivel nacional con los jueces mixtos, quienes resuelven todas las materias dado la reducida circunscripción geográfica que les corresponde. Y sin embargo, como antes hemos anotado, el Derecho es evolución, el Derecho es perfeccionamiento, el Derecho es la consolidación de las especialidades y a estas tareas deben orientarse las políticas públicas de los órganos de gobierno.

De igual forma, la carencia de estos órganos jurisdiccionales especializados en materia constitucional origina que nuestro país pierda una oportunidad extraordinaria de afianzamiento en el Derecho Constitucional en el ámbito latinoamericano. Si bien Colombia tiene un bien ganado prestigio por la fortaleza académica de los magistrados de su Corte Constitucional desde la Carta de 1991 de ese país, Perú sin embargo se consolidó con la dación de un Código Procesal Constitucional a nivel país desde 2004. Y a su turno, la existencia de jueces constitucionales, desde la perspectiva de este Código, significó una importante proyección de Perú en el escenario comparado de los derechos fundamentales. A pesar de ello, poco se ha avanzado a nivel de órganos de gobierno en esta tarea de consolidar órganos especializados en materia constitucional.

Creemos pues que no se debe perder esa oportunidad de ampliar las dimensiones en positivo de una defensa procedimental adecuada de los derechos fundamentales. Con un Código Procesal especializado y determinados órganos estadales para la defensa de los derechos fundamentales, Perú puede posicionarse en el más alto lugar de defensa del Estado constitucional y esa es una tarea de retos, que exige ser retomada.

9. Casos especiales de justicia constitucional especializada

El Juzgado Constitucional en Ayacucho y la Sala Constitucional de Lambayeque,²¹ el primero en el sur andino, y el segundo órgano en la costa norte del país, representaron una primera experiencia interesante de especialización en competencias constitucionales propiamente dichas.

Con facultad para conocer procesos constitucionales de la libertad- habeas corpus, amparo, habeas data y cumplimiento- dichos órganos funcionaron hasta el año 2014, cuando por una decisión del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial,²² se optó por reconvertir dichas unidades a despachos en materia laboral.

Si bien la justificación fue la de necesidades de servicio, ciertamente se paralizó un importante trabajo de campo y de especialización en dichas materias, bajo la justificación de atender la importante carga del Poder Judicial en materia laboral.

Aunque no es el objetivo de nuestro estudio, la existencia de carga laboral considerable exige más un replanteamiento de políticas públicas antes que atender cuestiones de emergencia con la creación de nuevos órganos jurisdiccionales, o bajo el segundo esquema aún más complejo de la reconversión. En efecto, este último camino, bastante frecuente en los últimos años, ha significado desatender una especialidad para atender otra, y ello ha sucedido bajo la sola justificación de una carga procesal ingente en materia laboral.

A juicio nuestro, no ha constituido la decisión de reconvertir órganos jurisdiccionales del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, la alternativa más ponderada, pues deja sin efecto el camino inicialmente trazado por la especialidad constitucional para atender contextos de emergencia. A este respecto, nuestra realidad nacional arroja una definición nominal de carga procesal, dado el número de procesos similares, de criterios homogenizados y de necesidad de regular normas de descongestión. Por ello, las opciones de reconversión de órganos jurisdiccionales no han ayudado a la consolidación de especialidades, y de suyo, la materia constitucional exige competencias específicas pues atañen al valor axiológico de los derechos tutelados por la Carta Fundamental.

10. Una visión de los jueces constitucionales en el Derecho Comparado

La tendencia prevalente en el Derecho Comparado es la de consolidación de Cortes Constitucionales autónomas y Tribunales constitucionales independientes. Entre

²¹ La Sala Constitucional de Lambayeque inició sus funciones el 12 de abril de 2006, a mérito de la Resolución 009-2006-CE-PJ, de fecha 26 de enero de 2006. La misma resolución crea un Juzgado Especializado en Derecho Constitucional, en la sede de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho.

²² A través de la Res. Adm. N° 415-2014-CEPJ del 10 de diciembre de 2014, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial de Perú desactiva la Sala Constitucional de Lambayeque, y la reconvierte en una Sala Laboral a partir del 1 de enero de 2015, dejando de lado una especialidad en el servicio de impartición de justicia.

estos órganos jurisdiccionales destacan el Tribunal Constitucional Federal alemán,²³ ciertamente una de las Cortes más activas desde 1951, año de su instalación, en consolidar los conceptos materiales de contenido esencial de los derechos fundamentales y de Estado Democrático y Social de Derecho.

De la misma forma, el Tribunal Constitucional español²⁴ ha sentado importante jurisprudencia desde la Carta española de 1978, marcando la tendencia evolutiva de los derechos fundamentales. España constituye referencia necesaria en temas constitucionales por la cercanía a nuestro idioma y porque constituye un bastión de construcción conceptual desde la Academia.

Por otro lado, la Corte Constitucional italiana²⁵ y el Consejo Constitucional de Francia²⁶ representan, igualmente, aunque bajo distintos rasgos en relación a los patrones de nuestra jurisprudencia, arquetipos de justicia constitucional autónoma como ejemplos de Cortes ajenas al Poder Judicial.

En el lado sur de nuestro continente, la Corte Constitucional de Colombia²⁷ representa un ejemplo de consolidación en la interpretación constitucional desde 1991.

La nota distintiva en todos estos casos es, en propiedad, un ejercicio de defensa de los derechos fundamentales, en instancia de cierre, por parte de estas Cortes Constitucionales, reservándose en esos mismos ordenamientos, al igual que en el caso peruano, la protección inicial de los derechos constitucionales al Poder Judicial.

Es aquí entonces donde nuestra propuesta adquiere contenido material pues se trata precisamente de que esos bastiones de defensa de los derechos iusfundamentales, no

²³ El Tribunal Constitucional Federal alemán se denomina también *Bundesverfassungsgericht*, con sede en Karlsruhe, Baden Wurtemberg. Tiene la función de control de constitucionalidad de las leyes en la República Federal Alemana. Está compuesto por dos senados, cada uno de los cuales tiene ocho miembros, de los que cuatro son elegidos por un comité del Bundestag y otros cuatro por el Bundesrat, siempre con mayoría de dos tercios.

²⁴ Creado por la Constitución Española del 27 de diciembre de 1978. Se compone de 12 miembros.

²⁵ La Corte Constitucional Italiana tiene la función de control de constitucionalidad de las leyes en Italia. Se compone de quince jueces, nombrados por terceras partes: por el Presidente de la República, por el Parlamento en sesión conjunta de ambas Cámaras, y por las supremas magistraturas ordinarias y administrativas. O sea, intervienen en su generación los órganos de los tres poderes del Estado.

²⁶ La Constitución Francesa de 1958 creó el Consejo Constitucional, órgano jurisdiccional cuya función esencial es verificar la constitucionalidad de las leyes. El art. 56 de la Constitución de la 5ª República Francesa dice que "el Consejo Constitucional comprenderá nueve miembros, cuyo mandato durará nueve años y no será renovable", o sea, que no tienen derecho a reelección. Asimismo, estos consejeros se renuevan por tercios cada tres años.

²⁷ Con una representatividad importante en América del Sur, la Corte Constitucional de Colombia vela por la integridad y la supremacía de la Constitución. Fue creada por la Constitución de Colombia de 1991 e instalada por primera vez el 17 de febrero de 1992. En la actualidad, cuenta con nueve magistrados, que son elegidos para periodos de ocho años por el Senado, a partir de las temas enviadas por el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

solo sea tarea de los órganos de cierre, en su mayoría Tribunales de alto rango, sino que en propiedad se vean ampliadas las competencias de los jueces de los Poderes Judiciales, para dar respuesta, con facultades reforzadas, a las pretensiones que demanden restitución por la afectación grave de los derechos en pugna.

Bajo esta pauta, la labor de los jueces constitucionales del Poder Judicial cumplirá la función de complementar las líneas directrices de los altos Tribunales. Es pertinente precisar la atingencia antes enunciada: el desarrollo de los contenidos de moralidad de los derechos fundamentales, demandan una visión mucho más amplia, que sin afectar los contenidos de juridicidad de los derechos, puedan reducir el margen de indeterminación de los derechos fundamentales, reducir su rango de conceptos jurídicos indeterminados, y asignarles contenidos no solo vigentes sino también válidos, es decir de compatibilidad con la Norma de Normas, a estos derechos.

¿Pueden desarrollar esta compleja tarea los jueces de otras especialidades? En principio sí, pero de la misma forma, es razonable el aserto de que la especialidad del juez constitucional a dedicación exclusiva, redundan en una posibilidad de mejor respuesta frente a las vulneraciones ilegítimas de los derechos fundamentales.

11. A modo de conclusión

- a) Creemos que es posible un replanteamiento de la actual política judicial en materia de jueces constitucionales y es viable la reinstalación de órganos constitucionales a dedicación exclusiva: el Derecho asume una tendencia de especialización cada vez más creciente y ésa es una justificación de fondo para este estudio.
- b) El desarrollo natural del Derecho Procesal asume una simbiosis estrecha entre Derecho y especialización. El juez debe apuntar a dejar de ser todista para convertirse en un especialista de la materia. De ser así, el resultado ha de ser apreciable en la respuesta técnica que es la sentencia especializada, la cual exige un juez profundamente conocedor de la materia sometida a su examen.
- c) No ha parecido, de esa forma, un ejercicio de lo más acertado el número considerable de reconversiones de órganos jurisdiccionales producidas en nuestro país. Desde una fría perspectiva de evaluación, constituye solo una respuesta de emergencia frente al contexto de alta carga procesal, y de paso, representa un serio retroceso en los esfuerzos de especialización de los jueces. No resulta el mejor escenario que atender especialidades por cuestiones de emergencia, deje sin efecto el camino de formación profesional de los jueces en el desarrollo de sus competencias.
- d) De esa forma, un replanteamiento de política pública de creación de órganos jurisdiccionales constitucionales, se condice con la exigencia del deber

especial de protección de los derechos fundamentales, que perfila la doctrina constitucional. Es un imperativo categórico que los órganos de dirección del Poder Judicial no pueden soslayar.

12. Referencias bibliográficas

Libros

ZAGREBELSKY, Gustavo. (2008) *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*. Traducción de Manuel Martínez Neira. España. Mínima Trotta.

Artículos en revistas

GARGARELLA, Roberto (1997). "La dificultad de defender el control constitucional de las leyes." *Isonomía*. No. 6. Abril.

HARO, Ricardo. "El control de constitucionalidad comparado y el rol paradigmático de las cortes y tribunales constitucionales". En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, n.º 20041, 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo. (2008) "El juez constitucional en el siglo XXI". Ponencia presentada en el I Congreso Internacional de Justicia Constitucional y V Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, celebrado en Cancún, México, del 14 al 17 de mayo de 2008. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* núm. 10, julio-diciembre 2008.

ZAGREBELSKY, Gustavo. "¿Qué es ser juez constitucional?". Discurso pronunciado por Gustavo Zagrebelsky, el 22 de abril de 2006 en Roma, con motivo del 50 aniversario de la Corte Constitucional italiana. Traducción de Miguel Carbonell. Universidad Nacional Autónoma de México UNAM. Consulta: 07 de abril de 2016. Disponible en [file:///C:/Users/usuario/Downloads/Dialnet-QueEsSerJuezConstitucional-2292042%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/usuario/Downloads/Dialnet-QueEsSerJuezConstitucional-2292042%20(1).pdf)

CONSTITUCIONALIDAD DEL NUEVO PROCESO INMEDIATO

ALFREDO G. ARAYA VEGA*

Resumen

El nuevo proceso inmediato pretende dar una solución normativa a los problemas de inseguridad ciudadana percibidos en el Perú. Se propone una atención diferenciada y expedita para los delitos cometidos en flagrancia y las delincuencias de mayor incidencia: omisión de asistencia familiar y conducción en estado de ebriedad. El estudio de este nuevo procedimiento debe abarcar las principales críticas, hasta una ponderación de constitucionalidad.

Palabras clave: Seguridad ciudadana, plan piloto, flagrancia, proceso inmediato, constitucionalidad.

Abstract

The new process aims to provide an immediate solution to regulatory problems of citizen insecurity perceived in Perú. A differentiated and prompt attention for crimes committed in flagrancy and the increase of the delinquencies incidence, omission of family support and drunk driving is proposed.

* Juez superior del Tribunal Penal de Flagrancias de San José - Costa Rica. Profesor universitario en materia penal y procesal penal. Doctor Honoris Causa, Universidad de Ciencias Jurídicas, México. Amicus Curiae II Pleno Jurisdiccional en Materia Procesal Penal - Discusión proceso inmediato y otros-, Lima 2016. Bachiller, licenciado y magíster en Derecho de la Universidad de Costa Rica. Doctorando en Derecho Penal de la Escuela Libre de Derecho. Doctorando en Estudios de la Sociedad y la Cultura de la Universidad de Costa Rica. Más de cincuenta conferencias internacionales en diferentes países de Latinoamérica. Más de cien cursos de capacitación nacional e internacional, Autor de más de cincuenta artículos en materia penal en revistas especializadas. Autor del libro: La prisión preventiva desde la perspectiva constitucional, dogmática y del control de convencionalidad, Lima, 2014; libro presentado en el Colegio de Abogados del Callao-Lima; libro presentado en el Colegio de Abogados de Morelos-México. Autor del libro: El delito en flagrancia. Análisis y propuesta de nuevo proceso especial. Lima, 2014, presentado en la Corte Suprema de Justicia. Lima, noviembre de 2014; presentado en la Fiscalía General de la República, Tegucigalpa, Honduras, Noviembre de 2014, Reconocimientos: Miembro honorario del Colegio de Abogados Tacna, Lima, Ica, Cusco, Callao en Perú. Miembro honorario del Colegio de Abogados y de la Asociación de Abogados Penalistas en Morelos-México. Profesor universitario en Costa Rica en las universidades Hispanoamericana, Nacional, Internacional de las Américas y Autónoma de Monterrey. Profesor honorario de las universidades Sergio Bernal, César Vallejo y Peruana de los Andes en Perú y del Instituto de Enseñanza de Ciencias Jurídicas, Criminológicas, Sociales y Políticas ITESIS. Profesor agregado a la Revista Digital Pensamiento Penal Argentino, encargado de capacitaciones virtuales de temas varios en materia penal. Visitante ilustre de las ciudades de Tacna, Cusco, Ica y Lima en Perú.

The study of this new procedure should cover the main criticism, to a weighting of constitutionality.

Keywords: Citizen security, pilot plan, flagrancia, immediate process, constitutionality.

Sumario

1.- Introducción. 2.- Plan Piloto y Decreto 1194. 2.1- Constitucionalidad.

1. Introducción

La justicia, como valor supremo, concibe la obligación del Estado de brindarla con los más altos estándares de calidad, es decir, en un plazo razonable y de manera cercana al hecho. Debe superarse el adagio popular de que la justicia es lenta pero segura, por cuanto se ha demostrado que la ineficiencia y la ineficacia estatales han generado una alarma social de inseguridad y reacciones populares de ejercicio desmedido de violencia no institucional mediante los llamados linchamientos públicos de justicia callejera, propiciados por la irresponsable campaña de redes sociales y medios de comunicación de *Chapa tu choro*. Los estándares de la justicia democrática se fundan en un sistema eficiente, eficaz, responsable, conforme a la ley, de justicia pronta y cumplida y dentro de un plazo razonable.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que el plazo razonable de juzgamientos está correlacionado, entre otros aspectos, con la complejidad del asunto. Por ello, desde ya conviene establecer que deben efectuarse abordajes distintos para delitos de mayor y menor gravedad y actos investigativos.

No han sido pocos los Estados que han impulsado desde el Ministerio Público la creación de oficinas especializadas según los tipos de delincuencia¹ o, incluso, el nivel de complejidad investigativa, para diferenciar entre delitos complejos y delitos de pronta respuesta. El establecimiento de fiscalías especializadas en delitos comunes, tradicionales o de trámite rápido potencia la eficiencia y eficacia estatal desde el órgano persecutor (Ministerio Público), el cual, mediante políticas de persecución criminal, optimiza los recursos humanos, técnicos, tecnológicos y materiales con que cuenta para responder de inmediato ante las delincuencias.

Sin embargo, la experiencia latinoamericana nos ha mostrado algo distinto en el ámbito jurisdiccional: una justicia lenta, retardada, desigual, altamente burocrática, formalista. La mora judicial bajo esos estándares de ineficiencia e ineficacia ha empezado a

¹ Delitos contra la propiedad, delitos económicos, corrupción, tributarios, ambientales, fraudes etc.

carcomer la institucionalidad y, con ello, se produce un aumento sostenido de la delincuencia y la desconfianza social.

En nuestro criterio, la primera gran respuesta que debe brindarse es un tratamiento judicial diverso a las delincuencias, como lo realiza el Ministerio Público, con el fin de no entremezclar asuntos, sino atenderlos de manera diferenciada y preferente. En resumen, la primera respuesta a la tardanza judicial y a los altos porcentajes de presos sin condena es contar con despachos y jueces especializados, de modo que se puedan atender de forma urgente y expedita los asuntos. En esta línea de pensamiento surge el proceso expedito para delitos en flagrancia, el cual incluye: primero, responder a una criminalidad llamada tradicional², que afecta gravemente a la sociedad en su día a día, compuesta en su mayoría por asuntos de simple y sencilla resolución en virtud de la poca o ninguna actuación investigativa; segundo: razón, eliminando prácticas dilatorias o realización de diligencias innecesarias; tercero: logrando una vinculación importante con los procesos de todos los intervinientes, sean víctimas, testigos o imputados; cuarto: suprimiendo la llamada puerta giratoria, mecanismo en el cual la persona investigada ingresa al sistema pero sale de inmediato sin lograrse de manera suficiente su vinculación con el proceso; quinto: mediante la optimización de los recursos con que se cuenta, tanto humanos como tecnológicos, favoreciendo el uso de las plataformas de notificaciones electrónicas, audiencias videograbadas, resoluciones orales en audiencia y las llamadas audiencias versátiles o multipropósitos.

Dentro de las modalidades de comisión de hechos delictivos, la flagrancia concibe, desde su propia naturaleza jurídica, el hallazgo en el acto de elementos de prueba importantes sobre la participación criminal, con los cuales las investigaciones del hecho se tornan reducidas o nulas. Así, es probable que se cuente con la víctima, testigos, evidencia, instrumentos e imputado. Si se lograra presentar de inmediato ante el Ministerio Público, nos encontraríamos ante una investigación terminada o altamente adelantada.

Por eso se ha escogido la flagrancia delictiva y delitos de mayor incidencia criminal en el Perú como especial para establecer un procedimiento expedito, pues, al contar con ese acervo probatorio desde el primer momento, la resolución se prevé como inmediata. Si, conjuntamente con ello, tuviéramos una fiscalía especializada para estas delincuencias, de modo que exista una reacción inmediata al hecho y una atención privilegiada a policías, víctimas e imputado, los tiempos de espera se reducirían en gran medida.

Ahora bien, el proceso, visto desde el punto de vista sistemático, sería óptimo si, además de un protocolo policial de flagrancia de entrega inmediata al Ministerio Público,

² Delitos contra la propiedad, contra la seguridad común, o infracciones a leyes especiales como violencia de género, entre otros muchos.

contáramos con un defensor especializado en delitos en flagrancia y juzgadores abocados de forma exclusiva, o al menos especializada, en las distintas etapas del proceso penal. Este es, precisamente, el modelo creado en diversos sitios y digno de seguir.

En la tradición europeo-continental, se ha optado por crear un proceso especial, diferente al ordinario, por lo cual el Ministerio Público puede escoger y atender de manera diferenciada y expedita los asuntos. En algunos sobresale la existencia del *saltum* procesal, por lo que se suprime la etapa intermedia y se realiza el juicio luego de superada la etapa mínima de investigación. En latitudes latinoamericanas, la experiencia ha sido diversa; países como Argentina, Chile, Ecuador, Costa Rica, El Salvador, Honduras, pese a tener una influencia romano-germánica y contar con esos procesos especiales, se ha introducido un nuevo procedimiento especial, se ha modificado el proceso originario y se ha elegido un proceso sistemático de conexión entre instituciones. Se han potenciado procesos especiales con una duración máxima de un mes y, mediante la atención privilegiada de estos asuntos sencillos de fácil resolución, se ha logrado dar una respuesta social ante las delincuencias de mayor lesión social.

De acuerdo con algunos estudios latinoamericanos, la constante demuestra que los delitos contra la propiedad representan un 60% de los casos tramitados, y el 80% de estos se atiende de forma expedita, mismas estadísticas como veremos que ocurre con el proceso inmediato peruano.

De este modo, la introducción del Decreto Legislativo N° 1194, el cual modifica el proceso especial inmediato, no solo no resulta novedoso en el ámbito latinoamericano, sino que es una coherencia y actualización normativa frente a problemas comunes y nominativos de las sociedades.

2. Plan Piloto y Decreto Legislativo N° 1194

Existen dos mecanismos para atender los delitos en flagrancia: el primero mediante el establecimiento de un proceso ordinario y el segundo incoando un proceso especial inmediato. Mediante publicación del diario oficial El Peruano de fecha 15 de julio de 2015, se estableció a partir del 1 de agosto de 2015 entraría en vigencia un plan piloto para la implementación de órganos jurisdiccionales de flagrancia delictiva en el distrito judicial de Tumbes, Resolución Administrativa N° 231-2015-CE-PJ. Este nuevo proceso sería cumplido conforme a la misma normativa procesal vigente del proceso inmediato, su finalidad está basada en brindar una respuesta más eficiente y eficaz de la justicia, mediante el establecimiento de despachos judiciales dedicados a la tramitación especial de delitos en flagrancia delictiva en sus diferentes etapas.

Este plan piloto tuvo una vigencia sumamente reducida, pues en el Decreto Legislativo N°1194, publicado en el diario El Peruano del 30 de agosto de 2015, se modificó el proceso inmediato y se crea un nuevo procedimiento para delitos en flagrancia y se le adjuntan las delincuencias de conducción en estado de ebriedad y omisión al deber alimentario, el cual entró en vigencia para todo el Perú desde el 1 de diciembre de 2015. Según las estadísticas de funcionamiento del plan piloto en el distrito judicial de Tumbes, no tuvo los efectos esperados, ya que el Ministerio Público hizo poco uso de los instrumentos creados³, y justificó su falta de incoación en la ausencia de laboratorios de criminalística. Finalmente el proceso inmediato dio inicio en todo el país y al cabo de cien días se han atendido casi diez mil causas con resultados exitosos. Conforme se advirtió en el Decreto Legislativo N° 1194, se da vigencia a un nuevo procedimiento establecido en los artículos 446 a 448 del Código Procesal Penal.

2.1 Constitucionalidad

Al establecimiento de un plan piloto y nuevo proceso inmediato se le pueden endilgar varias críticas y cuestionamientos sobre su constitucionalidad para considerarla contraria a un Estado de derecho, a las garantías de los procesados. Aspectos que procedemos a dar respuesta.

a) Ampliación de la flagrancia a 24 horas

En el año 2007 (22 de julio del 2007) el Poder Ejecutivo autorizado mediante delegación de la Ley N° 29009 emitió los Decretos Legislativos N° 983 y N° 989 (Fortalecimiento lucha contra el crimen organizado), que modificó la Ley N° 27934 y el artículo 259 del NCPPP; estableciendo en su artículo 4 una nueva definición de hecho flagrante, de esta forma: *“Detención en flagrancia: A los efectos de la presente Ley, se considera que existe flagrancia cuando el sujeto agente es descubierto en la realización del hecho punible o acaba de cometerlo o cuando: a) Ha huído y ha sido identificado inmediatamente después de la perpetración del hecho punible, sea por el agraviado, o por otra persona que haya presenciado el hecho, o por medio audiovisual o análogo que haya registrado imágenes de este y, es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas de producido el hecho punible. b) Es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas, después de la perpetración del hecho punible con efectos o instrumentos procedentes de aquel, o que hubieran sido empleados para cometerlo, o con señales en sí mismo o en su vestido que indiquen su probable autoría o participación en ese hecho delictuoso”*.

³ En un mes y medio, solo se atendieron ocho causas penales, de las cuales dos fueron conducciones en estado de ebriedad, tres robos, dos hurtos y una tenencia de armas.

Cómo vemos se realizó a través de esta reforma una ampliación del presupuesto de la flagrancia sobre la actualidad del hecho delictivo y el requerimiento de inmediatez sostenido por el Tribunal Constitucional del 2006 (TC. 2617-2006); motivo por el cual resultó cuestionada su aplicación y se determinó que hubo sustracción en la materia (TC. 1958-2008 y 1871-2009).

De igual forma mediante Ley N° 29569 Ley que modifica el artículo 259 del Código Procesal Penal: se establece en el artículo primero la reforma "*Artículo 259.- Detención Policial: La Policía Nacional del Perú detiene, sin mandato judicial, a quien sorprenda en flagrante delito. Existe flagrancia cuándo: 1. El agente es descubierto en la realización del hecho punible 2. El agente acaba de cometer el hecho punible y es descubierto 3. El agente ha huído y ha sido identificado durante o inmediatamente después de la perpetración del hecho punible, sea por el agraviado o por otra persona que haya presenciado el hecho, o por medio audiovisual, dispositivos o equipos con cuya tecnología se haya registrado su imagen, y es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas de producido el hecho punible. 4. El agente es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas después de la perpetración del delito con efectos o instrumentos procedentes de aquel o que hubieren sido empleados para cometerlo o con señales en sí mismo o en su vestido que indiquen su probable autoría o participación en el hecho delictuoso.* Como vemos se vuelve nuevamente a lo descrito en los decretos y la ampliación de los supuestos de flagrancia (Decretos Legislativos N° 983 y N° 989), sin embargo, estos no contemplan de modo suficiente y adecuado los requisitos de percepción directa de la comisión del delito, inmediatez temporal e inmediatez personal requeridos por el Tribunal Constitucional en otrora. Esta indebida ampliación de los supuestos fácticos de flagrancia supone nuevas condiciones mediante las cuales se vulnera el derecho fundamental de la libertad y de detención sin previa orden judicial.

Será hasta el 2010; cuando se conoce la sentencia STC 12-2008 donde el máximo órgano constitucional sostuvo que hubo sustracción por la materia; sin embargo, para ese momento ya se encontraba en vigencia la Ley N° 29372 del año 2009 que había vuelto a la definición dogmática de flagrancia.

Es por ello que mediante la Ley N° 29372, publicada el 9 de junio de 2009, se modificó nuevamente el artículo 259 del Código Procesal Penal del 2004, estableciendo: "*Existe flagrancia cuando la realización de un hecho punible es actual y en esa circunstancia, el autor es descubierto o cuando es perseguido y capturado inmediatamente después de haber realizado el acto punible o cuando es sorprendido con objetos o huellas que revelan que acaba de ejecutarlo*".

Esta norma que fue validada como constitucional y conforme a su propia jurisprudencia al sostener el Tribunal Constitucional en la sentencia STC 12-

2008. *“En relación al artículo 3º del Decreto Legislativo N° 983 que modifica el artículo 259 del Nuevo Código Procesal Penal, que regulaba la flagrancia, se ha producido la sustracción de la materia porque la Ley N° 29372 ha definido la flagrancia en términos, ahora sí, acordes con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (sentencias N° 1958-2008-PHC; N° 5423-2008-PHC y N° 1871-2009-PHC), y no como se proponía en la legislación modificada, extendiendo dicha situación a las 24 horas posteriores a la comisión del delito”*.

Ya en el año 2010 se da una nueva reforma de ley al artículo 259 del Código Procesal penal, Ley N° 20569, momento en el cual se vuelve a la descripción sostenida en los Decretos Legislativos N° 983 y N° 989 (mismo que el Tribunal Constitucional había determinado como contrario a su jurisprudencia STC 12-2008).

De este modo, esta nueva ley y aún vigente impone: *Artículo 1º de la Ley N° 29569 del 25 de agosto del 2010 «Artículo 259º Detención policial: La Policía Nacional del Perú, detiene, sin mandato judicial, a quien sorprenda en flagrante delito. Existe flagrancia cuando: 1. El agente es descubierto en la realización del hecho punible. 2. El agente acaba de cometer el hecho punible y es descubierto. 3. El agente ha huido y ha sido identificado durante o inmediatamente después de la perpetración del hecho punible, sea por el agraviado o por otra persona que haya presenciado el hecho, o por medio audiovisual, dispositivos o equipos con cuya tecnología se haya registrado su imagen, y es encontrado dentro de las veinticuatro horas de producido el hecho punible. 4- El agente es encontrado dentro de las veinticuatro horas después de la perpetración del delito con efectos o instrumentos procedentes de aquel o que hubieren sido empleados para cometerlo o con señales en sí mismo o en su vestido que indiquen su probable autoría o participación en el hecho delictuoso»*.

A la fecha esa es la definición vigente y no ha existido cuestionamiento constitucional sobre el particular. A nuestro criterio, la determinación del presupuesto flagrante de los hechos resulta de suma importancia en el ordenamiento jurídico, sobre todo de cara al respeto de los derechos humanos y el principio base pro libértate. Es claro que para la construcción normativa de un hecho flagrante se requiere de una inmediatez personal que supone que el delincuente se encuentre en el lugar de los hechos o muy próximo a ellos, así como la temporal, entendida como el momento de detención versus el hecho delictivo. De esta forma, la naturaleza procesal de la flagrancia actual en los supuestos de flagrancia clásica, cuasiflagrancia y flagrancia presunta resulta más acorde con la línea teórica dogmática del instituto. Figuras que se caracterizan, como ya se dijo, por la presencia de inmediatez temporal, personal o espacial y proporcionalidad, así como urgencia.

Consideramos que debe volverse a la postura doctrinal de flagrancia en sentido estricto, cuasiflagrancia y flagrancia presunta. La definición amplificada de flagrancia establecida no es correspondiente con los supuestos de inmediatez necesaria para su establecimiento y establece presupuestos amplificados a la excepción constitucional restrictiva dada de detención sin orden previa judicial, lo cual sin duda resulta improcedente en un Estado Democrático de Derecho y resulta insatisfactorio con los lineamientos base de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta misma línea de pensamiento parece que es la seguida por el Tribunal Constitucional 1757-2011-PHC/TC, al requerir nuevamente la existencia de los factores de inmediatez personal y temporal para la configuración delictual flagrante.

- b) Tribunales y jueces especiales Los tribunales de flagrancia se instituyeron sin marco legal ni mediante un procedimiento constitucional, por lo cual resultan contrarios a la Constitución y lesionan el debido proceso y el derecho internacional de los derechos humanos (art. 8.1. del Pacto de San José)**

El artículo 104 de la Constitución Política señala: El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo establecidos en la ley autoritativa.

El proceso inmediato se estableció mediante la delegación realizada por el Poder Legislativo al Ejecutivo en la Ley N° 30336 que le permitió legislar en temas de seguridad ciudadana y crimen organizado por el plazo de noventa días. De este modo, el 30 de agosto del 2015 mediante el Decreto Legislativo N° 1194 se modificó la Sección I del Libro V del Código Procesal Penal.

La democracia se rige bajo el eje de la división de poderes, sistema de frenos y contrapesos. Las potestades legislativas en un sistema democrático son dadas a los diputados o congresistas, quienes en virtud de las decisiones dadas por el pueblo en las urnas los han investido de la autoridad suficiente para imponer las reglas de comportamiento y normas de cumplimiento. Por ello cualquier injerencia entre poderes o componendas resultan lesivos a las democracias.

El procedimiento de delegación es una muestra inequívoca de incapacidad del legislador de resolver los temas de inseguridad ciudadana, desconoció los mecanismos legales ordinarios de legislación como lo son: conocer de iniciativas populares mediante referendums, recomendaciones del Poder Judicial que pueden ser tomados por legisladores para construir propuestas de proyectos de ley o incluso las potestades del gobernante que a través de

proyectos del Ley; vincula al Poder Ejecutivo al legislativo para conocer de propuestas de modo extraordinario.

En ese contexto, la delegación dada mediante la Ley N° 30336, si encuentra sustento constitucional en el artículo 104 de la Constitución Política Peruana, promocionado por la excepcionalidad y urgencia dada en el momento histórico que ocurría de linchamientos públicos y desprestigio institucional (*chapa tu choro y déjalo paralítico*).

c) Violación al principio de autonomía del Ministerio Público al establecerse la incoación del proceso inmediato como obligación y no como potestad.

Se critica que a través de este nuevo procedimiento, se pretende obligar al Ministerio Público a instaurar el procedimiento inmediato en la totalidad de las detenciones en flagrancia, en los delitos de omisión de asistencia familiar y en conducciones en estado de ebriedad. El que medien criterios de racionalidad, eficiencia, eficacia o incluso decisiones institucionales producto de prácticas culturales forenses; no hacen per se que el proceso sea constitucional en sentido estricto; sino que debe tamizarse a través de los principios constitucionales y normas supraconstitucionales su legitimidad.

Visto el artículo 446 del CPP de forma aislada, cuando se modifica el puede, por el debe, hace que esa norma sea inconstitucional por violación al principio de autonomía del Ministerio Público (artículos 60 CPP y 158 y 159 de la Constitución Política), por cuanto hay una interferencia indebida y nociva para el ejercicio de la acción penal, estrategias investigativas y resultados de los procesos penales.

Sin embargo, si se observa con atención toda la reforma establecida, vemos que el proceso inmediato no es inconstitucional ni tampoco lesivo para el Ministerio Público en el ejercicio de su acción penal, ya que el artículo 446.2 establece la excepción en virtud de la complejidad de los casos. Esta excepción no es ociosa, sino que responde a la lógica de un proceso respetuoso de las garantías y los derechos de defensa de todas las partes procesales. De este modo, en la medida que los casos no sean de simple y sencilla tramitación o resolución -simplicidad procesal-, será el proceso común la vía adecuada para que los casos sean resueltos.

La pregunta necesaria a formularse es qué debemos entender por complejidad. La solución es variada.

Número de intervinientes: Puede estar referida a la multiplicidad de personas intervinientes en el proceso como lo son imputados, ofendidos, abogados u

hechos delictuosos atribuidos. En el caso de los imputados debe recordarse que se requiere una imputación suficiente para cada uno de ellos y prueba que lo acredite. Igual puede suceder que se acuse a una sola persona de varios hechos criminales. Por ejemplo una persona que en recorrido ha cometido varias delincuencias, es perseguido y detenido en el último de ellos.

Obtención fuentes, medios y datos de prueba: Referido a las diferentes gestiones del Ministerio Público o incluso de la propia defensa tendientes a la obtención de prueba; desde su ubicación, fijación, recolección, preservación y presentación; así como también la ponderación de las dificultades que puedan presentarse sea por el tiempo como a la realización de pruebas sobre estas. También estaría cubierto supuestos de grupos delictuales organizados o cuya delincuencia requiere de multiplicidad de actividades investigativas o que se deduzca razonablemente de estas nuevas diligencias, por ejemplo en delitos de varias escenas del delito.

Sometimiento otros responsables: Se trata de supuestos dónde se requieren mayor cantidad de actos investigativos tendientes a la ubicación de corresponsables en la acción delictiva y de los cuales se este realizando actos de investigación directos a su detención producto de su individualización indubitable, personas que no fueron detenidas en flagrancia y cuya conducta no puede permanecer en la impunidad.

Gravedad del hecho imputado: Los delitos graves exigen una mayor rigurosidad probatoria y analítica de la prueba, por esto su esclarecimiento, actividad probatoria, delimitación conforme a la teoría del delito y juicio de reproche es más exigente. El acerbo probatorio es mayor a efecto de cumplir con los principios constitucionales de quebrantamiento de inocencia y proporcionalidad. Dicho esto, el órgano requirente deberá presentar los delitos graves ante el proceso común, esto por cuanto la exigencia probatoria y de motivación es mucho mayor, desde la demostración del hecho, como el análisis pormenorizado de las eximentes, agravantes, atenuantes del hecho y de la pena. Para determinar la gravedad debe acudirse necesariamente a los extremos punitivos legislativamente creados, importancia o afectación al bien jurídico tutelado, gravedad de los hechos, número de víctimas. En resumen, de acuerdo con la dosimetría penal de cada país, debe establecerse que asuntos deben y no presentarse mediante este procedimiento simplificado.

Actividad procesal del interesado: Si bien ya hemos señalado con anterioridad que la obtención de la prueba es un factor esencial, merece especial consideración la actividad procesal propuesta y admitida por pertinencia,

utilidad, necesidad y conducencia ofrecida por la defensa del imputado o la propia víctima. Este proceso no puede menoscabar las garantías individuales y colectivas previstas en la norma procesal y la Constitución Política.

- d) **Violación al principio de igualdad: La persona detenida en flagrancia es atendida en un proceso distinto al ordinario, con lo cual se violenta el debido proceso legal y la igualdad de armas respecto a los plazos (el art. 8.1 del Pacto de San José da derecho a ser oído con las debidas garantías).**

La existencia de un procedimiento especial no es *per se* una cuestión discriminatoria y desigual, siempre y cuando exista una base objetiva que requiera efectuar la diferenciación.

El Código Procesal Penal tiene ocho diversos procedimientos especiales (ver Libro V). La atención de delitos en flagrancia pretende atender con más agilidad los asuntos al disminuir los plazos de resolución. Esto se realiza partiendo del presupuesto objetivo de que, desde la propia detención en flagrancia, el ente acusador cuenta con la existencia de elementos de prueba necesarios para su resolución (la existencia de una víctima del hecho, testigos presenciales, decomiso de bienes e instrumentos, etc.).

Cabe resaltar que el plan piloto y ya con la vigencia del Decreto Legislativo N° 1194 se procura dar vigencia a un proceso especial en desuso y no es un proceso novísimo. En ese procedimiento, las partes cuentan con todos los tiempos de preparación de la defensa y el ejercicio de garantías judiciales. Contrario a lo criticado, el imputado mantiene intactas sus garantías, pues, lejos de retardarse de manera injustificada el proceso penal (pena de banquillo muchas veces, incluso privado de su libertad), el proceso se resuelve en los plazos legalmente establecidos, con una justicia oportuna. Por último, es falso y contrario a los principios constitucionales que el imputado adquiera un derecho al retraso judicial que genere su impunidad (sea por desinterés de la víctima, por prescripción u otros motivos).

En resumen, el establecimiento de procesos especiales distintos al común no solo son legales sino que además protectores ambos del debido proceso legal y el derecho de defensa. Eso sí, debe mantenerse la vigilancia de suprimir prácticas inconstitucionales que pretendan vulnerarlo, cómo pueden ser invertir principios de inocencia, carga probatoria, legalidad etc.; así como también políticas institucionales del Ministerio Público que pretendan hacer imponer medidas extorsivas para la aceptación de cargos sin que existan la totalidad de elementos de prueba y una imputación concreta determinada. Por último, los jueces al jurar el cumplimiento de la ley y la Constitución son

garantes del cumplimiento y rigurosidad del derecho de defensa, no debe admitirse prácticas tendenciosas a una justicia express sin contener los medios adecuados, suficientes, acordes y prudentes de una justicia democrática.

- e) **Derecho de defensa: Se critica que conculca el derecho del imputado a contar con el tiempo y medios adecuados para preparar la defensa (art. 8.1.c. del Pacto de San José).**

El derecho de defensa, tanto material como técnica, se encuentra resguardado en el plan piloto y en el Decreto Legislativo N° 1194. Al imputado se le brindan todas las garantías legales y procesales: se le nombra un defensor, cuenta con los derechos de conocer los cargos, ser oído ante juez, ofrecer pruebas y declarar si es su intención, así como recurrir la sentencia. De igual modo, al respetarse claramente todos los plazos contenidos en el Código Procesal Penal para las distintas etapas, el imputado mantiene incólumes todas las garantías y los tiempos de preparación para ofrecer prueba y constituir su teoría del caso (derecho de defensa técnica y material). Resulta obvio que si los abogados no se prepararan y cumplen con sus deberes, podría generarse deficiencias en la defensa, empero esta es distante al propio procedimiento.

- f) **Violación del principio de inocencia: Se critica que la sola definición de delincuente en estado de flagrancia violenta el principio de inocencia y se tiene como una presunción de culpabilidad.**

La declaratoria de flagrancia se refiere a la consecuente detención por la comisión del hecho criminal, pero no es una referencia a su culpabilidad ni un adelanto de responsabilidad, sino que esta la decreta un tribunal de justicia luego de escuchar toda la prueba en juicio oral y público. Por lo tanto, no pueden confundirse ambos supuestos.

- g) **Contrario a un Estado de derecho: Se atribuye al procedimiento de flagrancia la disminución de garantías procesales y sustantivas de los imputados.**

En nuestro criterio, las nociones de eficacia-eficiencia, por un lado, y las garantías, por el otro, no deben presentarse como dos fuerzas antagónicas o irreconciliables en la investigación criminal. Eficiencia y garantía son dos principios básicos del sistema jurídico que pueden y deben convivir. El desafío consiste en lograr su armonía, y no la prioridad de un modelo en detrimento del otro.

Desde luego, esa búsqueda de eficiencia y eficacia de la Administración de Justicia no puede desbordar el marco de las garantías fundamentales y la

mejor tradición jurídica asentada en el país. La celeridad procesal debe respetar el debido proceso (incluido el derecho de defensa) y las garantías judiciales reconocidas por nuestro país mediante la Convención Americana de Derechos Humanos⁴. El derecho de todo ciudadano a ser juzgado en un plazo razonable (artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos ya citado), que constituye un deber del Estado, contiene una doble preocupación: por una parte para el imputado, de conocer con la seguridad jurídica necesaria la resolución del proceso en su contra, con mayor razón si se encuentra privado de su libertad de modo preventivo; pero, además, el ciudadano víctima de un suceso tiene derecho a que el Estado le resuelva de un modo ágil y oportuno el conflicto planteado. Ahora bien, la determinación de los parámetros de razonabilidad para determinar los plazos de resolución no ha sido una labor sencilla. La jurisprudencia ha señalado que determinar la duración de un proceso judicial es facultad del juez, quien debe definir, conforme al *caso concreto*, cuál es el tiempo razonable, proporcional y necesario para su resolución. Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵, el derecho a ser juzgado en un plazo razonable tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación, asegurar que esta se decida prontamente, así como establecer un

⁴ Convención Americana de Derechos Humanos, art. 8, Garantías Judiciales: 1. Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. 3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a un nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

⁵ Ver, en ese sentido, Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Genie Lacayo vs. Nicaragua* (29 de enero de 1997, considerando 77); caso *Suárez Rosero vs. Ecuador* (12 de noviembre de 1997), punto 70 y 72.; caso *López Álvarez vs. Honduras*. Debe recordarse que este mismo principio está contenido en el artículo 6 del Convenio Europeo sobre Salvaguarda de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales (suscrito en Roma en 1950), reproducido literalmente por la Convención Americana de Derechos Humanos (suscrita en San José, Costa Rica, en 1969).

lapso preciso que constituya el límite entre la duración razonable y la prolongación indebida e innecesaria de un proceso. Al respecto, estableció que, para fijar el plazo razonable mencionado en el artículo 8.1, se deben ponderar las circunstancias concretas de los asuntos: a) complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado y c) conducta de las autoridades judiciales.

Por eso estimamos viable, necesaria y oportuna la fijación de un plazo legal objetivo, taxativo e improrrogable, según las circunstancias objetivas de los hechos. Como ya se ha dicho, los procesos penales donde la detención se realiza en flagrancia y en los supuestos legales establecidos permiten al órgano requirente valorar la pertinencia y utilidad de elementos de prueba, sobre todo para acreditar la autoría de los hechos del imputado. Con ello, el proceso de tramitación y resolución se reduce notablemente respecto a otras sumarias de trámite complejo, donde no se cuenta con detenidos ni circunstancias objetivas de realización del hecho criminal.

La complejidad del asunto fue el factor objetivo considerado para limitar el plazo de resolución de la causa penal, valorando factores de hecho y derecho. La celeridad en la resolución del proceso, sin dilaciones indebidas, es un derecho que importa tanto a la víctima del delito como al imputado. El derecho a un juicio rápido contiene el respeto a los principios de seguridad jurídica, justicia rápida, progresividad y preclusión de etapas, todos los cuales obedecen a la existencia constitucional de respeto a la dignidad humana⁶. El derecho a un juicio rápido, sin dilaciones indebidas o injustificadas, se halla consagrado en el artículo XXV de la Declaración Americana de Derechos Humanos (Bogotá, 1948), 14.3 c del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y en la Sexta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica. La desmedida duración del proceso no es un problema menor. No solo debe tratarse por medio de una política criminal integradora, sino que también debe ser abordado y resuelto por el proceso penal, con una respuesta oportuna a los conflictos planteados, de acuerdo con los principios de servicio público y de justicia oportuna.

Coincidimos del todo en cuanto a las funciones del derecho procesal penal (debido proceso legal, respecto de garantías judiciales de partes) y del derecho penal sustancial (subsidiariedad, fragmentariedad, legalidad,

⁶ La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *López Álvarez vs. Honduras* (párrafo 128), señaló: “El derecho de acceso a la justicia implica que la solución a la controversia se produzca en tiempo razonable; una demora prolongada puede llegar a constituir, por sí misma, una violación de garantías judiciales”.

derecho penal de acto, lesividad, culpabilidad, proporcionalidad, dignidad humana, entre otras) como parte de un sistema. Ahora bien, las funciones del derecho penal no son solo esas: también debe cumplir una función preventiva general, con el fin de asegurar la paz social y el funcionamiento del derecho como mecanismo resolutorio de conflictos. Esa función debe brindarse oportuna y eficientemente, pues su duración prolongada la hace inoperante y desproporcionada.

Consideramos que solo de esta forma el derecho penal se modernizará de modo adecuado, respetando los principios rectores que originaron su funcionamiento. Recordemos el viejo aforismo: "Justicia retardada es justicia denegada". El debido proceso legal exige respetar las garantías legales y procesales a quien vaya a ser juzgado. Conviene aclarar que, si bien se suprimió la fase intermedia, esta se vio sustituida por la audiencia inicial, donde el imputado cuenta con todos los derechos que antes tenía con la etapa intermedia: conocer de la acusación, objetarla, ofrecer prueba, acogerse a salidas alternas o someterse a un procedimiento especial abreviado.

El principio de imparcialidad y objetividad del juez no se lesiona al decretar la *competencia de un proceso especial*, pues solo pondera si los hechos investigados por el Ministerio Público cumplen los presupuestos de los artículos 259 y 446 del Código Procesal Penal. Tampoco se lesiona al advertir *correcciones* en la acusación, porque es un contralor del cumplimiento del principio de legalidad y debido proceso en general y no corrige la acusación. Sobre la publicidad, se señala que la Constitución Política no garantiza al imputado el no ser expuesto públicamente, sino que prohíbe presentarlo como culpable antes de que un juez lo haya declarado como tal. Por último, sobre el derecho a un recurso contra la competencia y medidas cautelares, no existe un derecho irrestricto a la doble instancia. El hecho de establecer o no la posibilidad de plantear recurso de apelación, no violenta el debido proceso, pues el derecho a recurrir, de conformidad con el artículo 2.8 h de la Convención Americana de Derechos Humanos, está previsto en relación con la sentencia condenatoria y no en relación con todas las resoluciones del proceso, empero la propia ley la tiene prevista. Además, debe ponderarse si el procedimiento expedito resulta lesivo del debido proceso, propiamente en sus principios de intimación, imputación, derecho de audiencia y derecho de defensa en sí. El principio de intimación, como se refirió, proviene del artículo 446 del Código Procesal Penal, cuando se señala al Ministerio Público su deber de instruir al imputado de sus cargos mediante una relación oportuna, expresa, clara y circunstanciada de los hechos y sus consecuencias legales.

El principio de imputación no se lesiona, porque el Ministerio Público, una vez agotada la fase investigativa, solicitará una audiencia sin formalidades y formulará la acusación conforme al artículo 447 en relación con el artículo 336 del Código Procesal Penal. En esta audiencia, debe describir de manera clara, detallada y precisa el hecho que se acusa, hacer una calificación legal, indicar los fundamentos de derecho de la acusación y concretar la pretensión punitiva, así como ofrecer prueba pertinente para demostrar los hechos acusados.

El derecho de audiencia se refiere al derecho del imputado y su defensor de conocer los actos relevantes del proceso, intervenir en él, en particular hacerse oír por el juez, traer al proceso toda la prueba que consideren oportuna para respaldar su defensa, controlar la actividad de la parte o las partes contrarias y combatir los argumentos y pruebas de cargo. Estos aspectos puede desarrollarlos la defensa del imputado a lo largo del procedimiento expedito, tanto en la fase investigativa como en la audiencia inicial y en la fase de juicio.

Con esto se garantiza el debido proceso, al otorgar a la defensa técnica y material el acceso irrestricto a las pruebas de cargo y la posibilidad de combatirlas, en especial ante el juez en caso de ser citado, además del derecho a un proceso público y el derecho a no ser obligado a declarar en contra de sí mismo.

- h) Ausencia de solución ante la seguridad ciudadana Se califica como una ley inconstitucional (ley de emergencia) violatoria de garantías. Se critica que el procedimiento de flagrancia concentra esfuerzos en los mismos casos que el sistema penal procesa en la actualidad, orientados hacia los sectores más vulnerables de la población, que son quienes pueblan las cárceles.**

Se señala que, si bien es positivo intentar agilizar el sistema de justicia, las medidas dispuestas no resolverán el problema de fondo en materia de seguridad, porque se apunta solo a algunos delitos y no se dispone nada para atacar otros de mayor gravedad. De igual modo, se indica que sigue ausente una política criminal dirigida a poner freno a los delitos complejos, precisamente los que deberían preocupar a las autoridades y al sistema judicial.

Una de las críticas más fuertes al procedimiento expedito para la atención de los delitos en flagrancia es que *per se* no determina una disminución de la criminalidad y, por ende, no generará una mayor seguridad ciudadana.

Estos procedimientos (como el de flagrancias) no deben tener como objetivo único la mejora de la seguridad ciudadana (de modo principal), por tratarse de un aspecto multifactorial, que debe ser resuelto mediante medidas integrales de justicia social (salud, deporte, económicas, financieras, educativas, entre otras) y no solo represivas.

El Estado debe diseñar e implementar políticas nacionales de seguridad para los ciudadanos, basadas en la vigencia institucional (políticas de control social formal) y medios de prevención de la delincuencia (control social informal), acciones que a todas luces son multidimensionales. Debe crear políticas nacionales tendientes a dar preponderancia a los derechos humanos, lo cual se logra por medio de una participación de los ciudadanos en la toma de acciones (visión democrática).

En una sociedad cuyos índices de desigualdad social son marcados, se percibe públicamente que los problemas de seguridad ciudadana provocan un deterioro de la calidad de vida de las personas.

En el *Informe nacional sobre desarrollo humano*⁷, elaborado por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), se indica en torno a la inseguridad:

“1. La inseguridad ciudadana no es causada por un solo factor, sino por la convergencia de muchos (...). 2. La inseguridad ciudadana es un obstáculo para el desarrollo humano por cuanto limita las posibilidades individuales de concebir y concretar un proyecto de vida, y erosiona la cooperación social y la vida cívica necesarias para el efecto. 3. Es posible construir una sociedad más segura si se atienden las formas de vulnerabilidad social en que proliferan la violencia y el despojo, y se fortalecen los mecanismos colectivos de protección y la capacidad de las personas para activarlos”.

Pero, más allá de la seguridad ciudadana, el Estado debe proporcionar seguridad humana, entendida esta como el conjunto de condiciones básicas y garantías mínimas para el desarrollo humano, o sea, la vigencia de los derechos humanos.

Se afirma que la seguridad ciudadana es una parte vital de la noción, mucho más amplia, de la seguridad humana. Si esta última atiende a formas de vulnerabilidad que comprometen el disfrute de los derechos humanos en general, la seguridad ciudadana se refiere a modalidades específicas de

⁷ PNUD-Costa Rica, *Venciendo el temor, inseguridad ciudadana y desarrollo humano en Costa Rica*, Informe Nacional de Desarrollo Humano, 2005, p. 2.

vulnerabilidad –las ocasionadas por la violencia y el despojo– y a la protección de un núcleo esencial de derechos fundamentales de las personas. Seguridad ciudadana se entiende como la condición personal, objetiva (acaecimiento real de los hechos de violencia o despojo) y subjetiva (percepción de inseguridad –amenaza subjetiva–) de encontrarse libre de violencia o despojo intencional por parte de otros.

En general, los estudios de seguridad y deterioro se basan en la tasa de homicidios dolosos (delitos contra la vida) y de robos de viviendas (delito contra la propiedad), y esos índices pretenden medir el grado de violencia.

Estos índices de criminalidad han aumentado en nuestro país a lo largo de los últimos quince años. No obstante, estos factores deben ponerse en proporción, por considerarse que están debajo del resto de Latinoamérica.

No compartimos esa conclusión, pues el país ha cambiado. Existe una mayor cantidad de hechos delictivos graves como producto de la ausencia de medidas preventivas del Estado para solventarlos y del fracaso del Poder Judicial como ente represivo.

Una sociedad donde no se dé vigencia a la institucionalidad y donde los índices de desigualdad social se amplían, tiene como consecuencia inmediata el aumento de la criminalidad, con problemáticas de inseguridad ciudadana, como: delitos patrimoniales (sobre todo en lugares públicos y casas de habitación), cantidad de homicidios dolosos, violencia intrafamiliar, formas violentas de resolución de conflictos por acción privada (sicariato, amenazas, etc.), secuestros express, pandillas juveniles, control territorial en drogas, abusos policiales. Todas estas manifestaciones son potenciadas por la pobreza, exclusión social, desigualdad, marginación y, por supuesto, la incapacidad del Estado para brindar soluciones sociales oportunas.

No pretendemos extendernos más allá de lo necesario en este tema, pero conviene señalar cuáles han sido los factores de inseguridad:

- i. Preventivos: se ha fracasado en políticas sociales y no se han instituido estrategias para la prevención del delito cometido por menores de edad. Se han aumentado las brechas de exclusión y desigualdad social.
- ii. Represivos: no se han implementado políticas públicas para lograr la modernización y profesionalización de la policía (tanto administrativa como represiva).

Por lo anterior, creemos que la respuesta a la seguridad humana y, por ende, a la seguridad ciudadana debe ser tratada integral y coordinadamente por el Estado (todos los ministerios: Educación, Salud, Deporte, Vivienda, Seguridad), con el fin de lograr la inclusión y la igualdad de oportunidades para los ciudadanos. Con ese propósito, es necesario posibilitar la participación de todos los actores sociales en la democracia, con vigencia de los derechos humanos e, incluso, reforzando los medios de control social informal, donde se fomenten los valores sociales y morales.

Sobre la eficacia policial en la prevención del delito, Waller plantea que el solo aumentar el número de policías asignados a labores policiales tradicionales incrementa el gasto y no reduce el delito, pero esto sí se consigue con la función policial orientada a los factores de riesgo (armas, por ejemplo), mediante una respuesta inteligente y eficaz en la prevención del delito. Por ello, como medio para reducir la criminalidad, este autor propone la debida gestión municipal, dirigida a determinar factores de riesgo, con una adecuada planificación para la prevención del delito, incrementando la inversión en programas de juventud en riesgo, talleres de violencia familiar, prevención de delincuencia en robos de vivienda en áreas críticas identificadas, con presencia policial y compromiso ciudadano. Según el mismo autor, esto podría lograrse por medio de la coalición entre la Policía, el gobierno local, los ministerios de Educación y Salud, grupos activos ciudadanos, etc.⁸.

Ahora bien, el problema de inseguridad no debe enfocarse solo en el nivel preventivo, sino también desde el ámbito represivo. Así, la seguridad debe potenciarse con el fortalecimiento de la policía administrativa y judicial (profesionalización), además de una respuesta judicial oportuna, en cumplimiento del principio constitucional de tutela judicial efectiva⁹ y de justicia pronta y cumplida.

⁸ Así deducido del libro de WALLER (Irvin), *Menos represión. Más seguridad*, México D. F., Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2007 (español).

⁹ “En la base de todo orden procesal está el principio y, con él, el derecho fundamental a la justicia, entendida como la existencia y disponibilidad de un sistema de administración de la justicia, valga decir, de un conjunto de mecanismos idóneos para el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado —declarar el derecho controvertido o restablecer el violado, interpretándolo y aplicando imparcialmente en los casos concretos— lo cual comprende, a su vez, un conjunto de órganos judiciales independientes especializados en ese ejercicio, la disponibilidad de ese aparato para resolver los conflictos y corregir los entuertos que origina la vida social, en forma civilizada y eficaz, y el acceso garantizado a esa justicia para todas las personas, en condiciones de igualdad y sin discriminación”. Lo anterior significa, en primer lugar, que el debido proceso exige la existencia, suficiencia y eficacia de un sistema judicial y procesal idóneo para

La aplicación de un procedimiento expedito (respetuoso de las garantías constitucionales y legales, de conformidad con los derechos humanos), con el cual se resuelvan los conflictos por medio de un juicio justo, posibilita la confianza ciudadana en la Administración de Justicia.

La ciudadanía tiene una doble garantía con el procedimiento expedito: por una parte, la confianza ciudadana de un proceso ágil y oportuno al conflicto social; y por otro lado, la confianza de la persona acusada de recibir una respuesta estatal pronta y no someterse a un proceso criminal lento y desgastante.

Debemos recordar que el principio de tutela judicial efectiva forma parte de las garantías procesales de los sujetos. En palabras de Caro Coria, la tutela judicial efectiva se compone del libre acceso a la jurisdicción (entendido como el derecho que garantiza al individuo la posibilidad de acceder al proceso jurisdiccional), el libre acceso a las instancias (contar con recursos efectivos), una resolución fundada (motivada) y el derecho de efectividad (derecho de ejecución)¹⁰.

Por último, debe señalarse que no es cierto que en los procesos en flagrancia se juzgue la pobreza. Si bien un alto índice de individuos procesados por los delitos son personas con escasos recursos económicos, cualquier ciudadano puede ser acusado y juzgado mediante este mecanismo, en el tanto su detención sea flagrante. Pero, además, con el descongestionamiento de los tribunales de trámite ordinario se favorece una reacción estatal ágil y oportuna a delitos complejos o de difícil resolución.

garantizar el derecho fundamental a la justicia, que es la más importante manifestación del derecho de petición consagrado en la Constitución.

¹⁰ CARO CORIA, Dino Carlos. *Las garantías constitucionales*, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, año 12, tomo II, Programa Estado de Derecho para Sudamérica, 2006, pp. 1029-1032.

RACIONALIDAD CONSTITUCIONAL Y GARANTÍAS DEL PROCESO^(*)

SERGIO CHIARLONI^(**)

Resumen

La racionalidad constitucional impone que las garantías procesales tengan en consideración de forma equilibrada los intereses de ambas partes que se ven contrapuestas en una controversia. El concepto de racionalidad es analizado por el autor como un valor que va más allá del ámbito del derecho, es decir como un elemento constitutivo del homo sapiens; motivo por el que entre constitucionalistas y filósofos del derecho se difunde la convicción de que el principio de racionalidad práctica ha asumido el rango de valor constitucional gracias a la constitucionalización de los derechos humanos. Todo ello es explicado en la perspectiva del proceso civil, donde el constituyente ha instituido la garantía del recurso con el objetivo de garantizar la igualdad en el tratamiento para las partes procesales.

Palabras clave: Racionalidad, constitución, proceso civil, garantías procesales, recursos.

Abstract

The Constitutional rationality dictates that procedural safeguards will be balanced in order to consider the interests of both parts that in this case are opposed in a controversy. The concept of rationality is analyzed by the author as a value that goes beyond the scope of the legal right, it means like a constitutive element of the Homo sapiens that is

^(*) Este ensayo reproduce, con sucesivas aclaraciones y la añadidura de notas, una lección magistral realizada en el 2011 en la facultad de derecho de la universidad Sor Úrsula Benincasa de Nápoles destinado a los Estudios en homenaje a Diego Corapi.

Título original en italiano: *Ragionevolezza costituzionale e garanzie del processo*. Traducido al español por Yuri Tomero Cruzatt. Yuri Tomero es traductor del Centro de Estudios sobre América Latina de la Universidad de Bolonia. Miembro desde el 2013 de la "Associazione Italiana di Diritto Comparato". Cursó estudios de doctorado en Comparación Jurídica e Histórico Jurídica por la Università di Ferrara (Italia). Titulado de abogado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Ha realizado una estancia en el Max Planck Institute for European Legal History (MPIeR) - Alemania.

^(**) Sergio Chiarloni. Profesor ordinario de Derecho Procesal Civil de la Universidad de Turín, además de profesor de Derecho Italiano en la Facultad de Derecho Jean Moulin, de la Université de Lyon 3 (Francia). Pertenece a la National Bar Association desde 1964. Es coeditor de diversas revistas: la "Nuova Giurisprudenza civile commentata", "Giurisprudenza italiana", "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", 1995 -present- Coeditor of the "Questione giustizia", Coeditor of the "Biblioteca di Diritto Processuale Civile".

the reason why between constitutionalists and philosophers of the law spread the conviction that the principle of practical rationality assumes the rank of constitutional value because of the Constitutionalization.

Keywords: Rationality, constitution, civil process, procesal guarantees, resources.

Sumario

1.- Introducción. 2.- Equilibrio como adecuación del instrumento respecto a su objetivo. La garantía constitucional del recurso en casación que se ha vuelto irrazonable por la variedad de los fines perseguidos. 3.- El principio de "justo proceso regulado por la ley": una cláusula general que resume las garantías formales previstas en el art. 111 del nuevo texto constitucional y al mismo tiempo "racionalmente" orientada a la justicia de la decisión. 4.- El irrazonable ejercicio de "justo proceso" y la inexistencia de un deber de verdad de las partes, como también de una eficaz sanción por negación de obedecer a la orden de exhibición. 5.- Equilibrio entre el derecho de acción y derecho de defensa en la disciplina de las notificaciones. 6.- El formalismo de las garantías. 7.- Una reconstrucción irrazonablemente desequilibrada en las relaciones entre principio de razonabilidad duradera del proceso y derecho de acción. 8.- La sanción de nulidad irrazonablemente aplicada a las sentencias de la tercera vía a causa de una errónea aplicación del principio del contradictorio.

1. Introducción.

Si pensamos en el uso del término racionalidad en el lenguaje común, definida como "la cualidad del actuar con equilibrio" vemos enseguida que la cantidad de especificaciones en el lenguaje técnico mantienen intacta la idea de base en los distintos ámbitos en la cual se aplica: Tanto en las respectivas particularidades como en el contexto de grandes dificultades reconstructivas debidas al hecho de que estamos ante la presencia de una técnica argumentativa basada en un concepto furtivo, ambiguo, polisémico¹ cuando se trata de buscar en él un encuadramiento sistemático en un determinado sector.

Por lo tanto, para la filosofía política, la racionalidad está orientada en hacer coexistir la igualdad con la equidad en los sistemas democráticos pluralistas²; para la jurisprudencia Constitucional está destinada a delimitar los roles desempeñados entre un legislador elegido democráticamente y el garante de la Constitución, que es un órgano ajeno al circuito democrático³, para el derecho

¹ Así, SPADARO, *Conclusioni*, en *La Ragionevolezza nel Diritto*, Turín 2002, 415.

² Cfr. VIOLA, *La ragionevolezza politica secondo Rawls*, en *Vigna, Etiche e politiche della posmodernità*, Milán 2003, 163 sgtes.

³ Sobre la racionalidad como técnica argumentativa reenvío al *Archivio e Storia costituzionali*, a cargo de M. Dogliani y M.G. Losano, de donde bien emergen complejidades y complicaciones

(www.dircost.unico.it/SentNet1.01/def/sn_descrizione_argomenti.shtml), del cual he extraído el siguiente esquema:

- A. Técnicas utilizadas para producir la norma parámetro a través de la atribución – mediante ponderación/concretización – de significados específicos a enunciados constitucionales contentientes de principios

Ponderación como individualización del contenido mínimo esencial – (B1).
Ponderación como individualización de la óptima proporción – (B2).

El procedimiento hermenéutico en el que consiste la ponderación entre principios constitucionales puede ser resumido en el siguiente modo:

- a) Existe un conflicto entre el principio – entendido en forma genérica – en el cual puede ser reconducida la disposición X (es decir, la combinación entre las disposiciones A, B y C) y el principio – generalmente entendido – en el que puede ser reconducida la disposición Y (o bien, la combinación de las disposiciones E, F y G);
- b) Tal conflicto puede ser resuelto de dos formas: **1)** individualizando la mejor proporción posible entre los dos principios; o bien **2)** individualizando los límites desde los cuales la comprensión de uno de los dos principios no puede ir;
- c) En el primer caso la Corte definirá el punto de óptimo equilibrio, en el segundo caso definirá el contenido mínimo esencial de los principios en conflicto (o de aquel “agredido”);
- d) Pero la individualización de estos puntos (de equilibrio) o de estas líneas (delimitantes) deriva en la aceptación de la Corte:

De uno entre los tantos posibles criterios de justicia, los cuales, como Kelsen ha demostrado, encauzan todos – a excepción de la caridad – a ordenamientos de valores y de preferencias cuya existencia está presupuesta y aceptada por aquel que utiliza el criterio;

De un significado específico atribuido, frente al caso concreto, hacia aquel principio; y

- e) Sobre la base de este específico significado atribuido a un particular principio de justicia – es decir, sobre la base de una “doble lectura” que individúa el criterio de justicia idóneo para resolver el conflicto – el tribunal atribuye a las disposiciones constitucionales que constituyen los polos del conflicto en cuestión, los significados idóneos para resolverlo. En caso hubiera una óptima proporción se declararían inconstitucionales todos los significados de las disposiciones que no coincidan con aquello que exprime tal puntual equilibrio. En el caso de un significado mínimo esencial se declararán inconstitucionales solo los significados que se encuentren más allá del “confín”.

En la hipótesis formulada precedentemente la Corte a través de la interpretación de las disposiciones en conflicto individúa una norma parámetro (que define o el óptimo equilibrio o bien el confín inabarcable). Se podría pensar – en contrariedad con lo dicho en esta reconstrucción – la ponderación no derive de la aplicación de una norma, sino más bien que sea una técnica aplicativa que resuelva un dilema que no puede ser resuelto a través de una ulterior actividad interpretativa de las disposiciones en conflicto. Entonces, es necesario constatar que la Corte, cuando recurre a la técnica de la ponderación, opera la ponderación en sí, como si consistiera en la aplicación de una norma parámetro individuada a través de la interpretación de las disposiciones en conflicto.

Otros reconstruyen el procedimiento hermenéutico comúnmente definido de la ponderación entre principios constitucionales en términos diversos.

Considerando la ponderación no como un modo para aplicar los principios, sino más bien como un modo de elegir el principio aplicable en caso de conflicto, la ponderación misma es considerada actividad precedente a la aplicación (de uno u otro principio) y por tanto, cosa distinta a dicho principio. La aplicación del principio identificado consiste, desde esta óptica, en la “concretización” de dicho principio, es decir en la individualización de una regla hasta aquel

administrativo está destinada a integrar el interés público con el interés de los privados involucrados en la actividad de la administración pública; para el

momento inexpressa – de configuración cerrada, indefectible, no genérica – que consienta la subsunción en otros casos imposible, dada la naturaleza genérica del principio.

Esta última reconstrucción no produce resultados tan distantes de aquella anteriormente descrita si se considera que la regla no expresada, que resulta de la concretización del principio, desarrolla la misma función respecto de aquellos que han sido definidos como el punto de óptimo equilibrio y el contenido mínimo esencial de los principios en conflicto.

B. Técnicas utilizadas para producir la norma parámetro a través de juicios de racionalidad que no sirven después para seleccionar posibles significados de enunciados constitucionales.

Justicia como conveniencia: Racionalidad instrumental (juicio de racionalidad formulada en términos de idoneidad, eficacia, proporcionalidad)- (G1)

Justicia como conveniencia: Racionalidad intersubjetiva (juicio de racionalidad que se puede formular en términos de igualdad) – (G2)

Justicia como conveniencia: Aplicaciones residuales del principio de racionalidad – (G3)

Existen frecuentes hipótesis en el parámetro de la Corte para decidir la inconstitucionalidad de una norma ordinaria, no consiste en un significado atribuido a una disposición constitucional: casos en los que el vínculo entre el parámetro del juicio y el enunciado del texto de la Constitución está interrumpido.

La utilización de tal tipo de parámetro puede darse:

- a) Cuando una norma resulta ser contradictoria en relación al fin que el legislador, implícita o explícitamente, declara querer perseguir (incoherencia teleológica);
- b) Cuando una norma resulta íntimamente contradictoria (incoherencia interna) o irreducible al sistema legislativo en el que debería inserirse, siendo por tanto irremediadamente no armonizable respecto de este (incoherencia sistémica); y
- c) Cuando –más allá del campo de aplicación del principio de igualdad, es decir, allí donde la discrecionalidad legislativa no está vinculada por normas constitucionales– una relación jurídica aparece disciplinado en modo de poder sacrificar irracionalmente los intereses de una de las partes.

Este elenco no es y no puede ser taxativo porque la Corte hace valer, donde lo considere, criterios de racionalidad que considera presupuestos de la Constitución en su conjunto, pero que no pueden ser derivados por alguna disposición específica.

En todos estos casos la Corte aplica – más allá del modo con el que esgrime sus argumentaciones– el criterio de la justicia como conveniencia, como adecuación de la norma al caso concreto. Utiliza como parámetro la norma justa que debería ser pero que no es: Aquella norma que el sentimiento de justicia del intérprete, de frente al caso concreto, percibe como ausente. Se trata de parámetros, por definición, ajenos a los enunciados del derecho escrito.

En las hipótesis consideradas lo que cuenta no es, en sí, el recurso a una regla de justicia, sino el hecho que tal regla no venga utilizada para seleccionar uno de los significados posibles de un enunciado. Si así fuere se trataría de un simple uso del criterio equitativo, criterio de contenido. Indefinible, pero que, utilizado para atribuir a un enunciado uno de sus significados posibles y para argumentar la preferencia por estos, realiza un rol idéntico al de los otros argumentos hermenéuticos. Aquello que diferencia las hipótesis examinadas ahora del uso del criterio equitativo estriba en que aquí el principio de justicia opera no como una regla sobre la interpretación del derecho, sino como una regla sobre su producción.

derecho privado está orientada a integrar la autonomía negocial con la buena fe⁴.

Entonces, debido a que por convicción metodológica desde hace largo tiempo soy hostil al conceptualismo dogmático, y estoy convencido que cualquier lenguaje especializado no tiene sentido si no es traducible (sea bien a través de los largos y complicados pasajes) en los términos del lenguaje común, trataré de racionalidad y de las garantías procesales bajo la orientación de aquel “actuar con equilibrio” que he encontrado en la definición de un vocabulario.

Naturalmente, me doy cuenta de partir, incluso yo, con el nada ligero peso de un concepto vago y mal definido. Pero asimismo, estoy convencido que aquí la intuición juega un papel fundamental para poner en marcha el entendimiento, diciéndonos algo de gran valor: que la racionalidad es un valor que va más allá del ámbito del derecho: es un elemento constitutivo del *homo sapiens*, que lo contrapone al *Hubris* irracional del *homo demens* en una contraposición infinita de resultado incierto. Creo que a causa de este sobreentendido motivo que entre constitucionalistas y filósofos del derecho se difunde la convicción que el principio de racionalidad práctica ha asumido el rango de valor constitucional⁵, gracias a la constitucionalización de los derechos humanos⁶.

Sin embargo, no nos debe asustar: asimismo en las ciencias de la naturaleza conceptos vagos y mal definidos –y a veces con un fuerte sentido metafórico (debido esto último a la transferencia de una rama científica a otra)– han constituido pilares fundamentales para la construcción (o la descripción) de teorías importantes. Algunas veces gracias a una *fertilización cruzada*⁷.

2. Equilibrio como adecuación del instrumento respecto a su objetivo. La garantía constitucional del recurso en casación que se ha vuelto irrazonable por la variedad de los fines perseguidos.

Creo poder decir que un instrumento está en equilibrio con las finalidades para las cuales ha sido pensado si es adecuado para conseguirlas. Ahora, hay garantías procesales previstas en la Constitución que no son valores en sí mismos en virtud a los principios, pero poseen mencionada característica

⁴ Cfr. ZORZETTO, *Ragionevolezza, politica del diritto e semiótica giuridica. Considerazioni in margine al libro Ragionevolezza e autonomia negoziale*, in *Diritto e questioni pubbliche* 2010, 602 sgtes.

⁵ Cfr. RUGGERI, *Ragionevolezza e valori, attraverso il prisma della giustizia costituzionale*, in *Diritto e società* 2000, 567 sgtes.

⁶ VIOLA, *Ragionevolezza, cooperazione e regola d'ora*, en *Ars interpretandi* 2002, 110.

⁷ Basta pensar el “software” en la neurobiología o la “memoria” en la informática.

instrumental y deben por tanto ser valoradas como razonables si son capaces de alcanzar los resultados para la cual han sido instituidas.

Esta característica va atribuida a la garantía del recurso de casación por violación de la ley en contra de todas las sentencias, prevista del artículo 111 de la Constitución italiana. Un órgano único y centralizado de suprema justicia tiene como función principal asegurar la uniforme interpretación de la ley como dice el artículo 65 del ordenamiento judicial del 1942, respecto a las divergencias que se verifican frecuentemente en los “jueces de mérito”⁸. En la prospectiva del proceso civil, el constituyente ha instituido la garantía del recurso para los sujetos implicados en una controversia con el objetivo de garantizar la igualdad en el tratamiento, que de no ser asegurada conllevaría a la degradación del principio fundamental enunciado en el artículo 3.1 de la Constitución italiana.

Si bien la protección constitucional del recurso de casación ha fracasado en la obtención de la igualdad a través de la uniformidad de la jurisprudencia. Es la falta de filtros a los recursos, como sí está previsto en otros ordenamientos jurídicos, no solo en los del *common law*, aquello que ha hecho que los productos jurisprudenciales del Tribunal Supremo sean similares a los de un supermercado⁹, donde la parte que sucumbe encuentra frecuentemente, junto a aquellos contrarios, incluso precedentes favorables que pueden inducir a probar suerte. Nos encontramos aquí frente a uno de los casos más eminentes y heterogéneos de los fines que persigue una norma procesal¹⁰. En particular,

⁸ El término original es “giudice di merito”: aquellos jueces que conocen tanto los hechos como el derecho, estos pueden ser de primer grado como de segundo grado. En cambio a los jueces de la casación que solo conocen la correcta aplicación de la norma, a estos últimos se les denomina “giudice di legittimità”. (N. del T.)

⁹ La eficaz comparación es de Taruffo, *Il vertice ambiguo*, Boloña 1991, 103.

¹⁰ Puede ser interesante recordar que la heterogénesis de los fines ha asumido importancia en la jurisprudencia de la Corte, pero con resultados muy diversos: entendida como mutación - sustitución en el tiempo de la *ratio legis* en relación a la originaria que no es compatible. Ha consentido rechazar cuestiones de inconstitucionalidad, gracias a una interpretación de adecuación basada en las nuevas finalidades de la norma, que consiente superar el análisis de racionalidad. Cfr. Morrone, *Corte costituzionale e principio generale di ragionevolezza*, en *La ragionevolezza nella ricerca scientifica e il suo ruolo specifico nel sapere giuridico, cuaderno monográfico 2007 de Nova juris interpretatio in odierna gentium communiione*, 239 ss., donde se recuerda la sentencia de la Corte Constitucional número 5/62, que declara la ilegitimidad de la prohibición de la venta y almacenamiento del conocido arroz integral, establecido en la posguerra en función a las exigencias generales de la alimentación nacional, a raíz de la violación del principio de reserva de ley en materia de libertad de empresa. Esta decisión es muy importante y de gran relevancia porque por vez primera se toma en consideración el problema de la heterogénesis de los fines en sede constitucional. La Corte Constitucional, efectivamente, reconoce al legislador la posibilidad

la garantía del recurso contra todas las sentencias ha determinado la imposibilidad para la Corte de Casación asegurar la uniforme interpretación y aplicación de la ley. La razón es simple y puede estar contenida en un dicho popular: “*tot capita to sententiae*”¹¹. Desde hace muchos años se da un aumento progresivo y numeroso de recursos, redoblados incluso en relación a los años cincuenta del siglo pasado, tanto así numerosos y en progresiva vía de aumento son los jueces llamados a decidirlos.

La consecuencia es evidente ante los ojos de todos. Añadiendo el desorden jurisprudencial al desorden que caracteriza la actividad de los parlamentos modernos, nuestra Corte Suprema presenta un panorama de pronunciamientos contrastantes entre “sección” y “sección”, entre “Sezione semplice” y “sezione Unite” y a menudo, incluso al interior de la *sezione*, compresas las mismas “sezione Unite”, sobre el hilo de ámbitos de (casi) contemporaneidad, que nada tienen que ver con las exigencias de una maduración consciente y de una evolución natural de la jurisprudencia, incluso porque se trata de contrastes relacionados con la interpretación y la aplicación de normas nada recientes. Bastará recordar el conjunto de contrastes realizados en artículos y así como en grandes volúmenes por un gran estudioso¹². En relación al procesal civil existen casos recientes de contrastes en materia de admisibilidad del “recurso incidental condicionado” y de “cláusula abusiva” que regula la competencia territorial en los contratos del consumidor¹³.

de valorar (siempre y cuando no sea en modo arbitrario) si subsisten razones de interés general para la conservación en el ordenamiento jurídico, de institutos en este presentes, con independencia de los motivos que dieron sus orígenes. Este punto específico dio origen a una polémica entre Verzio Crisafulli y Carlo Esposito estribando en la cuestión de si es importante o no en sede de control constitucional, la sucesiva pérdida de la *ratio legis* de una ley. Cfr. Crisafulli, *Osservazione*, en *Giur. Cost* 1962, 43 ss. (favorable a una lectura de la *ratio legis* en el cuadro del ordenamiento objetivo y, por tanto, implícitamente favorable a la heterogénesis de los fines, Esposito, *Gli art. 3, 41 e 43 della costituzione e le misure legislative e amministrative in materia economica*, *ivi*, 48 ss. (defensor de la exigencia que la ley mantuviera una misma *Ratio Legis* siempre en línea con la constitución).

¹¹ Traducción del latín. En italiano viene traducido como “Quante (sono) le teste, altrettanti (sono) i giudizi”, en castellano vendría a ser “Mientras tantas sean las cabezas, tanto así serán los juicios de valor”. (N. del T.)

¹² MONETA, *La cassazione civile e i suoi contrasti di giurisprudenza del 1990*, en *Contratto impr.* 1992, 1245 ss.; *Id*, *Mutamenti nella giurisprudenza della Cassazione Civile. Ottocentosessantasette casi di contrasto nel quinquennio 1988 - 1992*, Padova 1993; *Id*.; *Conflitti giurisprudenziali in Cassazione. I contrasti della Cassazione civile dal settembre 1993 al dicembre 1994*, Padova 1995.

¹³ Limitándome al último caso, recuerdo que a través de una primera disposición, que ha recogido un reglamento contrario a una sentencia del tribunal de Boloña (*Cass. 24 de Julio de 2001, n. 10086*,

Nos encontramos frente a un círculo vicioso: cuanto más aumentan los recursos, más aumentan los contrastes: Bien por la dificultad para los jueces llamados a conocer los precedentes más recientes, debido a la elefantiasis de la corte y de su desorden organizativo interno, o bien por las recientes señaladas intolerables divergencias sobre valores sometidos a la interpretación jurídica, que se verifican en la valoración de los diferentes colegas que rotan dentro de las "secciones"¹⁴. Pero cuanto más aumentan los contrastes, consintiendo a aquel que pierde en el "juicio de mérito" encontrar precedentes favorables, mientras más aumenten los recursos.

La garantía constitucional en el recurso de casación ha devenido en irracional porque se ha desintegrado la adecuación del instrumento respecto a su fin. Sería necesario abolirla, incluso porque esta se contrapone al principio del razonable tiempo del proceso frente a la Corte Suprema, a pesar de los ingentes recursos empleados, sobre todo para cuestiones orgánicas. Pero el tema es difícil, por razones que es inútil profundizar, aún más en un contexto de propósitos de reforma de nuestra Carta fundamental justamente en materia de justicia¹⁵. En relación a los intentos realizados por el legislador ordinario desde el 2006, destinados a deflacionar los recursos, desde el vínculo de las "secciones simples" a las precedentes "secciones unidas"¹⁶, a la duda de derecho y a la

en Corriere giur. 2001, 1435), sería adecuado dar una lectura sustancialmente abrogativa del número 19 del artículo 1469 bis c.c.; la cláusula general que reserve la competencia al domicilio o a la sede del profesional no sería restrictiva ya que reproduce una disposición de ley, el artículo 20 c.p.c. cuando, como generalmente sucede, se verifiquen los presupuestos. Pero una sentencia inmediatamente sucesiva (*Cass.* 28 Agosto 2001, N° 11282 *en Corriere giur.* 2002, 215, *con comentarios de Conti, La cassazione ripensa al ruolo esclusivo del consumatore e abusività della deroga convenzionale alla competenza per territorio: mai più in giudizio lontano da casa*) recibiendo una orientación emitida ya por la doctrina (*cf.*; *para todos, Dalmotto, Un nuovo foro esclusivo per il consumatore?*, *en giur. it.* 1997, IV, 161 ss., que pone oportunamente en consideración las aporías y círculos viciosos que dan lugar a las distintas interpretaciones) considera que, debiéndose evitar un resultado hermenéutico que transforme en inútil la disposición de la tutela del consumidor, incluso en interpretación conjunta con el artículo 1469 *quater* c.c., donde en caso de duda debe prevalecer la interpretación que le sea favorable, el n. 19 del artículo 1469 bis c.c. Se ha reconstruido como una disposición de carácter procesal que ha innovado la disciplina de la competencia introduciendo un nuevo foro exclusivo (pero derogable), que vuelve no aplicable el artículo 20 c.p.c. para las causas de los consumidores.

¹⁴ La organización en Secciones de la Corte, es similar a nuestra organización en Perú de la Corte en las Salas. Hay secciones de Civil, penal, etcétera y asimismo, las "secciones unidas" que serían las salas plenas. (*N. del T.*)

¹⁵ En el texto base sobre el sistema de garantías elaborado por la comisión bicameral para la reforma constitucional del 2002, se encuentra la propuesta de una norma sustitutiva del actual artículo 111 inciso 7, que admite el recurso en casación de sentencias únicamente en los casos previstos por la ley.

¹⁶ Es semejante a la Sala Plena. (*N. del T.*)

sucesiva sustitución en el 2009 con un filtro de admisibilidad se está pronto para poder decir que hemos tenido éxito.

3. El principio de “justo proceso regulado por la ley”: una cláusula general que resume las garantías formales previstas en el artículo 111 del nuevo texto constitucional y al mismo tiempo “racionalmente” orientada a la justicia de la decisión.

Sucede de vez en cuando que la astucia del sistema va mucho más allá de las intenciones del legislador. En 1999, la ley de leyes ha sido modificada con una respuesta *ab irato* del Parlamento a una singular sentencia del Tribunal Constitucional que, invocando el principio de no dispersión de la prueba, había declarado ilegítimo el artículo 513.2 del Código Procesal Penal en la parte en la cual sancionaba la inutilidad de declaraciones de personas imputadas con un “reato connesso”¹⁷ recogido en sede de indagaciones preliminares si a la disputa falta el acuerdo de todas las partes para su uso.

La ley constitucional, aprobada con amplia mayoría, tenía su punto de apoyo en una serie de normas sobre el procedimiento penal que, sin conformarse con enunciar el principio del contradictorio en la formación de la prueba –que habría sido susceptible de razonables excepciones por parte del legislador ordinario–, preveía analíticamente, con un incisivo proceder más de un código de ritualista que de carta fundamental, la imposibilidad de probar la culpabilidad del imputado sobre la base de las declaraciones de quien por libre elección ha renunciado al interrogatorio por parte del imputado o de su defensor, estableciendo también las relativas excepciones, taxativamente enunciadas.

Al mismo tiempo la ley ponía de manifiesto en su modificación del artículo 111 dos párrafos aplicables a todos los procesos. Se trata de un clásico ejemplo de dar un paliativo a un problema más complejo, con el evidente objetivo de insertar en un contexto más basto (y también más digno) la más específica revisión deseada por el Parlamento. El primero proclama que “la jurisdicción se aplica con el justo proceso regulado por la ley”. El segundo que “cada proceso se desarrolla en el contradictorio entre las partes, en condiciones de igualdad, delante a un juez imparcial. La ley asegura el tiempo racionalmente debido.

¹⁷ La palabra “reato” no comprende solo el significado de delito, además comprende sanciones administrativas. Dicha palabra tampoco se limita no se reduce al ámbito administrativo, es decir, un reato no es sinónimo de falta. El “reato connesso” se asemeja al delito conexo. (N. del T.)

Probablemente debido a la variación del preliminar que la intención del legislador debiera ser decisiva en el acto de reconstruir una nueva disciplina y porque persuadido de que la modificación del artículo 111 fuese un síntoma poco honorable del contraste que desde 1992 opone la política a la justicia en nuestro país, representando el epitafio simbólico a la situación conocida como “*mani pulite*”, que había mostrado a la Fiscalía General de Milán procesar por corrupción y financiación ilícita a ciertas partes de sectores relevantes de la clase dirigente, había en un primer momento considerado que estas dos disposiciones tendrían el valor de las palabras llevadas al viento, al menos en lo referido al proceso civil¹⁸. Más precisamente estaba convencido que de la fundamental norma de comparación para las disciplinas procesales representadas por el artículo 24 de la Constitución y su conexión con el artículo 3 fueran recabables todas las garantías enunciadas por el artículo 111 inciso 2 según las cadencias más analíticas (incluso más allá, en cuanto enfáticas y por esta razón epicentro de inútiles complicaciones para el intérprete)¹⁹.

En suma, junto a otros escritores²⁰, pensaba que no estuviesen en presencia de una refundación de los principios constitucionales del proceso y que por lo tanto no existieran normas en el proceso civil legítimas antes de la entrada en vigor de la ley constitucional N° 2 del 23 de noviembre de 1999, e ilegítimas después. Llega a la misma conclusión poco después la Corte Constitucional²¹.

¹⁸ Cfr. *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il processo civile*, en *Riv. Dir. Proc.* 200, 1010 ss.; *Giusto processo e fallimento*, en *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.* 2003, 453.

¹⁹ Es interesante evidenciar que, ocupándose del proceso penal *Ferrua*, *Il processo penale dopo la riforma dell' art. 111 della costituzione*, en *Quest. Giust.* 2000, 30 admite de un lado, la necesidad de introducción de la garantía referida a la parte contraria en la formación de la prueba (que no se aplica al proceso civil) y de otro lado, la superfluidad de las otras reglas “confusamente acumuladas” en el artículo 111 Const. y destinadas a llamar la atención más que a resolver problemas.

²⁰ DIDONE, *Appunti sul giusto processo di fallimento*, en *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo in materia civile*, al cuidado de B. Capponi e V. Verde, *Atti del convegno di Campobasso (26 Febrero 2000) Napoli* 2002, 105; *Monteleone*, *Il processo civile alla luce dell' articolo 111 Cost*, en *Giust. Civ.* 2001, que considera que el nuevo artículo 111 de la Constitución tenga una eficacia declarativa y no constitutiva, estableciendo en modo explícito e incontrovertido aquello que ya constituía el presupuesto implícito de nuestro sistema judicial; parcialmente en este sentido lo trata también *Bove*, *Art.111 Cost e giusto processo civile*, en *Riv. dir. proc.* 2002, 482, el cual afirma que “con la reforma constitucional a colación se han explicitado o aclarado mejor las garantías del proceso ya precedentemente recabables como implícito en el sistema constitucional”; y *Cecchetti*, *Giusto processo*, en *Enc. dir. aggiornamento*, vol. V, *Milán* 2001, 618 quien sostiene que las únicas normas auténticamente nuevas introducidas en el artículo 111 son aquellas contenidas en los incisos N° 4° y 5°, relativas al proceso penal.

²¹ *Corte cost. 28 Maggio 2001, n. 167 (ordenanza)*, en *Giur. It* 2001, 2233, con comentarios de Didone, *Giusto processo, imparzialità del giudice e opposizione allo stato passivo: la Consulta non ci ripensa: Cote cost.*

Pero entonces, no había reflexionado suficientemente sobre el hecho que la inserción en el sistema provoca efectos que trascienden la *intentio legis*. *Re melius perpensa*, me he dado cuenta que un efecto de tal tipo se ha verificado en nuestro caso. He sentido así el deber de la autocrítica, justamente sobre la base de interrogantes basadas en la idea de racionalidad en profundizar el significado del justo proceso. Me he preguntado: ¿Es posible, que al introducir el nuevo principio la modificación de la Constitución continúe disciplinando un mecanismo para producir resultados, sin ocuparse de la bondad de estos últimos? Por ello que gracias al trabajo de una joven estudiosa²² he sentido el estímulo de ocuparme de las teorías anglosajonas sobre la justicia procesal con el objetivo de desarrollar las escasas intuiciones contenidas en la doctrina²³ de sostener que el proceso es justo en la medida en que sea estructurado de modo que se oriente a producir resultados precisos, es decir, protocolos correctos desde el punto de vista de la solución –sea por una cuestión de hecho o bien de derecho– obviamente dentro de los límites consentidos en este mundo y en el respeto de las garantías. En el ámbito de una concepción cognitivista y no decisional del proceso jurisdiccional, donde la comprobación realística de los

31 maggio 2001, n. 176 (ordenanza) ivi.2001, 2014, con comentarios de Didone, *La terziarietà del giudice nell'articolo 146 l.f.*

²² BERTOLINO, *Giusto processo civile e giusta decisione. Riflessioni sul concetto di giustizia procedurale in reazione al valore della accuratezza delle decisioni giudiziarie nel processo civile*, tesis doctoral discutida en la universidad de Bolonia el 12 de Junio de 2007. *Y v como Giusto processo civile e verità. Contributo allo studio della relazione tra garanzie processuali e accertamento dei fatti nel processo civile*, Turin 2010.

²³ Cfr. con particular fuerza Taruffo, *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, en *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ* 2006, 476 ss: “la idea según la cual el proceso debe tender a concluir con decisiones justas parece coherente con una interpretación no formal y no meramente repetitiva de la cláusula constitucional del justo proceso”. Braccialini, *Spunti tardivi sul giusto processo*, en *Questione giustizia* 2005, 1208: “¿cuando decimos proceso justo, nos referimos solo a las reglas procesales que garantizan la parte contraria, o bien tenemos en mente objetivos sustanciales del proceso y nos lleva a que eso sea un instrumento real de realización de derechos y no solo un instrumento sistemático para que sean ineficaces? ¿Y el juez es solo el árbitro de esta partida a armas normalmente desiguales, o no debería ser el garante de su justo resultado, es decir, la realización en concreto del derecho vulnerado? Yo creo que es ésta contribución conceptual el aspecto más significativo de todo el articulado, su estímulo más fecundo, ésta es la pregunta no evitable que todavía debería responder la doctrina procesal civil”, Proetti, *Nardin. Un processo civile per il cittadino (Lineamenti di una proposta di riforma della procedura civile)* en www.magistraturademocratica.it, en diciembre del 2005: “sucede también que el proceso se desarrolle en tal modo de tender hacia una decisión justa más allá de lo solicitado. “Justo proceso”, efectivamente, no significa exclusivamente proceso de conformidad a las otras reglas específicas y a los otros principios expresamente consagrados por el nuevo artículo 111 o en otras normas constitucionales que implican al proceso”. Es necesario revisar a Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Vol II, Milán 2001, 7: Carrotta, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile giusto e ragionevole*, en *Il nuovo art. 111 della costituzione e il giusto processo civile*, cit 63. Remito a la conexión entre el Justo proceso y el deber de veracidad de las partes cfr. Comoglio, *Etica e tecnica del “giusto processo”*, Turin, 2004, 276.

hechos constituya un ideal fundamental regulativo. Asimismo, las mismas garantías procesales mencionadas en el segundo párrafo del artículo 111 están estrechamente conectadas con la justicia de la decisión. Contradictorio e igualdad de las armas están pensadas también²⁴ con el objetivo de crear, gracias a la dialéctica procesal, la solución justa de las cuestiones de hecho y de derecho deducidas a partir de la controversia²⁵. Sobre la “terceridad”²⁶ y la imparcialidad como garantías, sobre todo, dirigidas a evitar decisiones desiguales, al respecto no es necesario recalcarlo en vano. No solo con el surgir de la injusticia que contamina la sentencia justa, siendo incluso una sentencia firme por decirlo de alguna forma fuera del tiempo máximo, quizás lustros después del episodio que ha dado origen a la controversia. Pero también porque, si pasa mucho tiempo entre la instrucción probatoria y la decisional, disminuyen las probabilidades de valoración correcta de la pruebas²⁷.

Desde la interpretación ahora discutida se esgrime que el fin de justicia es el objetivo superior que la Constitución indica al enunciar que el proceso ha de ser justo en el primo párrafo del artículo 111 de la Constitución. La garantía de una tendencial decisión justa enerva un principio constitucional fundamental en materia de jurisdicción, junto a las garantías internas al proceso, contradictorio, igualdad de armas, la existencia de un tercero imparcial, el tiempo racionalmente debido del proceso contenidos en el segundo párrafo del artículo 111.

4. El irrazonable ejercicio de “justo proceso” y la inexistencia de un deber de verdad de las partes, como también de una eficaz sanción po negación a obedecer a la orden de exhibición.

El intérprete tiene entonces el deber de preguntarse si la disciplina positiva no pueda ser denostada por lagunas irracionales por la falta de instrumentos

²⁴ Sin querer negar fundamento a la tesis de estos teóricos anglosajones de la justicia procesal que ponen un énfasis también sobre la valoración interna de las garantías procesales, sea desde el punto de vista de la satisfacción de los participantes por la corrección del tratamiento recibido. Para indicaciones bibliográficas cito *cf. Bertolino, Guisto processo civile e guista decisione, cit., 62 sgtes.*

²⁵ De fuerza epistémica del contradictorio trata Ferrua, *Il guisto processo, 2ª ed.; Bologna 2007, 91 sgtes.*

²⁶ Dicha palabra se refiere a la capacidad de ser tercero. (*N. del T.*)

²⁷ Vale la pena recordar que Solum, *Procedural Justice, en Southern California law rev, 2004, 78, 251 ss.*, Distinguiendo entre *systemic accuracy* (la general corrección estática de los resultados de la actividad jurisdiccional) y *case accuracy* (la corrección de la solución del caso singular) hace un razonamiento análogo en relación a la disciplina de la prescripción, remarcando como la regla que obliga, con pena de extinción del derecho exaltado en juicio, a iniciar la controversia en un determinado tiempo es de gran ayuda para la primera, mientras la segunda viene salvaguardada por la oportuna difusión en el público de los contenidos de la subsiguiente disciplina.

dirigidos a obtener una decisión justa. Naturalmente, es inútil proseguir, en un marco de respeto a las garantías internas del proceso.

La sentencia es justa cuando pasa la valoración de un criterio doble de verdad. Cuando esto es el fruto de una interpretación correcta de las normas y de una exacta reconstrucción de los hechos. Naturalmente, es el caso de remarcarlo si se quiere apartar la acusación de positivismo ingenuo, no se trata aquí de verdades absolutas, solo de un razonamiento matemático deductivo. Los criterios que entran en juego son criterios de aproximación por ambos sectores. Precisamente por esta razón la justicia procesal del proceso jurisdiccional es una justicia imperfecta, señalando al mismo tiempo la conexión con el perfeccionamiento del resultado y la imposibilidad de tener la absoluta certeza de alcanzarla²⁸.

La certeza del racionamiento interpretativo depende de la bondad de la formación profesional asegurada a los jueces y de los controles en sede de impugnación, hasta la Corte de Casación, órgano de la nomofilaquia. Aquí no me parece que exista una relación que valga la pena que sea profundizada entre reglamentación del proceso y la certeza del *decisum*.

Las cosas cambian si miramos la disciplina del “juicio sobre el hecho”. El justo proceso exige que la disciplina de las pruebas sea dirigida no tanto a asegurar la certeza de una exacta reconstrucción del hecho, cosa imposible; sino en cuanto a eliminar las fuentes de incertidumbre relativas a la reconstrucción, obviamente aquellas que son eliminables sin poner en riesgo las garantías constitucionales “internas”: contradictorio, igualdad de las armas, imparcialidad del juez.

No corresponde a esta reconstrucción del concepto del justo proceso, ni la facultad consolidada de las partes de mentir tanto en sede de interrogatorio formal como en el interrogatorio libre, ni la disciplina de exhibición, que no prevé algún medio coercitivo para adquirir para el proceso los documentos en la disponibilidad de la parte que no pretende producirlos. A diferencia de cuanto sucede en los ordenamientos de *common law*, comenzando desde el norteamericano, a pesar de que está provisto de una constitución rígida que prevé las garantías obtenidas del principio del *due process*²⁹. Ordenamientos

²⁸ Cfr., Ferrua, *Il giusto processo*, cit, 67.

²⁹ Pero también algunos ordenamientos del *civil law* se van orientando a esta dirección. Por ejemplo el *code de procédure civile* francés en el artículo 11 inciso 1º dice que “*Les parties sont tenues d’apporter leur concours aux mesures d’instruction sauf au juge à tirer toute conséquence d’une abstention ou d’un refus*” y el inciso 2 dice “*si une partie détient un élément de preuve, le juge peut, à la requête de l’autre*

donde la parte puede ser llamada a testimoniar y la disciplina de la *Discovery* prevé duras sanciones, que llegan hasta la privación de libertad por *contempt of court*, en el caso que la parte no haga obtener al adversario toda la documentación relevante³⁰.

Al respecto, la inexistencia de una obligación de la parte de decir la verdad³¹, bien en sede de alegación de los hechos, bien en sede instructiva es ya evidencia de la debilidad de la referencia a la onerosidad de la prueba, la inutilidad del principio *nemo testis in causa propria* históricamente condicionado a tiempos remotos y la inconsistencia del tradicional reclamo justificatorio al principio *nemo tenetur edere contra se*, cuya presentación va limitada al proceso penal³², como fundamento del *privilege against self incrimination*³³, sin necesidad de extenderla a los derechos de los privados, como señalan justamente los juristas anglosajones³⁴. En relación a la ineficacia

partie, lui enjoindre de le produire, au besoin à peine d'astreinte. Il peut, à la requête d'une des parties, demander ou ordonner, au besoin sous la même peine, la production de tous documents détenus par de tiers, s'il n'existe pas d'empêchement légitime".

³⁰ Para una reciente comparación entre ordenamiento italiano y el ordenamiento inglés cfr. Chiarloni, *Riflessioni microcomparative su ideologie processuali e accertamento della verità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2009, número especial *Due iceberg a confronto: le derive di common law e civil law*, 101 ss. Para un análisis de la actual disciplina de la *discovery* inglesa, donde son evidenciadas las características de la *disclosure*, con la atención dirigida a supuestos problemas de reconocimiento y ejecución que los relativos procedimientos podrían encontrar en los ordenamientos continentales, cfr. Zuffi, *La disclosure inglese: aspetti comparatistici e transnazionali*, en *Corriere giur.* 2007, 35 sgtes.

³¹ En un ensayo de gran importancia, *L'avvocato e la verità, attualmente in Il processo civile nello Stato democratico*, Nápoles 2006, 131 ss.

³² Por un gran número de razones, examinadas atentamente por Bertolino, *Giusto processo civile e giusta decisione*, cit., 162 ss. Va olvidado que en la quinta enmienda la Constitución norteamericana limita al proceso penal el alcance del principio.

³³ CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*. Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile, Vol. II, Milán 1969, 236 e 380.

³⁴ Cfr., por ejemplo, Langbein, *The Historical Origins of the Privilege Against Self Incrimination at Common Law*, en *Mich. Law rev.* 1994, 1047 ss., citado por Bertolino. Op. ult. Cit., 166, nota 87. Para no correr el riesgo de caer en la falacia naturalística, no es necesario ser contrario a que no habría sentido en hablar de una "peculiaridad penalística" del principio *nemo tenetur*, en cuanto constituiría "solo una faceta de una más que general garantía de la parte de cada fenómeno procesal. De esta forma Consolo, en *Postilla... sed (e quando) magis amica veritas?*, en *Corriere giur.* 2007, 45. Va recordado que también según Consolo, esta "garantía" es insistente, aunque con prudencia, por ejemplo introduciendo el deber de la verdad a cargo de determinadas partes: "sociedad que atrae el mercado de capitales y orientada hacia la transparencia informativa, ente público sujeto al acceso; productor de bienes de largo consumo; asociaciones *pro bono* actoras en procesos de relevancia colectiva, protección concursal". Una discreta tipología, no hay lugar a dudas. Faltan sin embargo indicaciones sobre las sanciones adecuadas por violación de la obligación. No creo que la responsabilidad agravada sobre la que se basa sea suficiente. Vista la recurrente aceptación de su aplicación para los casos donde está actualmente prevista.

del orden de exhibición, no ejecutable forzosamente y sin previsión de las medidas coercitivas debido a la falta de ejecución espontánea, parece notorio el contraste con el derecho de defenderse probando, al menos todas las veces que la parte interesada no disponga de otros medios de prueba. Aquí deviene difícil imaginar que cualquier garantía interna al proceso se interponga a una disciplina que asegure con sanciones adecuadas el cumplimiento del relativo procedimiento del juez. Sin contar la gran importancia –y diría urgencia de introducir la coercibilidad del orden de exhibición– en relación a la reciente introducción de la denominada “acción de clase” donde muy frecuente son los citados en el juicio, demandados (si piensas en los bancos y a los seguros) quienes tienen la disponibilidad de gran parte de la documentación relevante.

Para concluir, sobre todo respecto al tema de exhibición, pero quizás también por las obligaciones de las partes, la irracional tendencia a la existencia de lagunas de la disciplina positiva debería llevar a una intervención del Corte Constitucional, con un procedimiento de acogimiento conocido como manipulativo, que declare aquella disciplina considera ilegítimo, en cuanto no dispone la coercibilidad del orden de exhibición y no dispone del testimonio de las partes, además de una obligación de verdad en las alegaciones y en las declaraciones hechas en sede de interrogatorio.

5. Equilibrio entre derecho de acción y derecho de defensa en la disciplina de las notificaciones.

La racionalidad constitucional impone que las garantías procesales tengan en consideración de forma equilibrada los intereses de ambas partes que se ven contrapuestas en una controversia. Bajo este perfil es fundamental que los actos dirigidos a ponerlos en contacto sean regulados para asegurar en los límites de lo posible el conocimiento del acto introductorio del proceso por parte del demandado. Con este objetivo actúan las disposiciones del código de rito que disciplinan los requisitos de las notificaciones y los vicios relevantes por su ausencia. Naturalmente, también en presencia de estos vicios, la racionalidad quiere que estos devengan irrelevantes si el demandado se constituye así, reequilibrando las recíprocas posiciones. Esta, la *ratio* de la norma en materia de saneamiento³⁵ de las nulidades por obtención del objetivo. Probablemente por una influencia del clima autoritario en el cual la disposición fue emanada, el artículo 11 párrafo 1º del R.D. 30 octubre de 1933, n. 1611, según la consolidada interpretación de la Casación, excluía la del saneamiento por

³⁵ Institución jurídica italiana que se encarga de sanar un acto administrativo ilegítimo porque está privado de requisitos esenciales previsto por el ordenamiento. (*N. del T.*)

haber conseguido el objetivo las nulidades de las notificaciones a la administración pública. El desequilibrio que de esta forma se determinaba ha sido cancelado por la Corte Constitucional con la sentencia n. 97 de 1967, que con el conquistado clima democrático no podía considerar razonable el trato desigual en este sector entre administración pública y común ciudadano.

Siempre respecto al tema de las notificaciones, el “óptimo equilibrio” de los contrapuestos intereses de notificante y notificado, esta vez sobre la base de un análisis de las consecuencias en el caso concreto, ha sido recientemente realizado por la Corte Constitucional con la sentencia del 26 de enero de 2010, n. 3. La declaración de ilegitimidad constitucional del artículo 140 c.p.c, por violación del artículo 3 Const., inc. 1º, y del artículo 24 Const., inc. 2º, en la parte en la cual se prevea que la notificación se perfecciona, para el destinatario, con la expedición del correo certificado informativo, en vez que con su recepción, o de todas formas, transcurridos diez días de la relativa expedición, viene motivada remarcando que la disposición, haciendo discurrir para el destinatario del acto notificado los términos para actuar a su defensa desde un momento anterior al concreto conocimiento del acto, daba lugar a un “irracional equilibrio entre los intereses del notificante (...) y aquellos del destinatario, en una materia donde las garantías de defensa y de tutela de la contraparte deben ser impresos con cánones de efectividad e igualdad”.

6. El formalismo de las garantías.

Desde hace mucho tiempo escribo sobre “formalismo de las garantías”. Con esta fórmula pretendo connotar que los casos donde el formalismo procesal, un mal que puede convertirse en instrumento del daño causado según las palabras de Hegel³⁶, se camufla detrás de la santidad de los principios sancionados por la Constitución desde el 1948 en el artículo 24 y recientemente más analíticamente articulados por el nuevo texto del artículo 111 bajo la noción del justo proceso. Con la consecuencia de arruinar las garantías, de sede de justicia por causa de injusticia o de injusta dilación en la decisión. Entre los casos tratados en el pasado³⁷ cito dos, que considero de gran interés.

7. Una reconstrucción irrazonablemente desequilibrada en las relaciones entre principio de razonabilidad duradera del proceso y derecho de acción.

³⁶ Cfr. *Lineamenti di filosofia del diritto*, trad. it. 4ª ed. Bari 1971, 193.

³⁷ Cfr. *Formalismo e garanzie. Studi sul processo civile*, Turín.

Como el segundo inciso del artículo 111 Constitución Proclama que “la ley asegura la racional duración del proceso” tendremos que esperar una disciplina gracias a la cual: si un ordenamiento procesal pone a disposición más medios para obtener el mismo resultado útil, entonces, se debe recurrir al medio más simple, es decir aquello que comporta un menor empleo de tiempo, además de un menor uso de recursos.

Por ejemplo, podemos imaginar que se tenga que usar el procedimiento por “decreto ingiuntivo”³⁸ en vez que el procedimiento ordinario si existen los relativos presupuestos; y que se tenga que iniciar directamente el procedimiento de ejecución forzada, en lugar de recurrir al “decreto ingiuntivo” o iniciar un proceso ordinario si el acreedor posee un título ejecutivo.

Obviamente, no sería oportuno impedir directamente a la parte el uso del medio más costoso en término de tiempo y de uso de los recursos a través de alguna sanción como la no procesalidad. Se verificaría un conjunto de complicaciones superiores de aquellas que se desean evitar.

Bastaría introducir medios indirectos de persuasión: determinar que, si la parte quiere usar un medio, que ocasiona un mayor dispendio de los recursos jurisdiccionales respecto a aquellos menos dispendiosos a su disposición, lo hará a expensa propia.

El legislador había ya intentado algo similar con la ley del 10 de mayo de 1976, n. 180, que, modificando el artículo 641 en el último párrafo del c.p.c. había determinado que en el “decreto ingiuntivo” emanado sobre la base de los títulos ya cargados de eficacia ejecutiva no vengán liquidados los gastos y los honorarios, solo liquidable en el caso del rechazo de la sucesiva eventual oposición.

Pero el problema es que, con la sentencia n. 303 del 1986 de la Corte Constitucional ha declarado inconstitucional la norma sobre la base de una motivación en pocas líneas, donde encontramos escrito que la ilegitimidad por violación de los artículos 3 y 24 de la Const. “deriva de aquello que la ejecutoriedad provisoria del decreto justificada por ser el acreedor munido de título ejecutivo no deja de ser legitimada por el acogimiento de la demanda, de la cual es normal complemento la liquidación de los gastos y de las competencias en defecto de la cual el derecho de actuar en juicio, por una vieja

³⁸ Se trata de una orden dada por el juez con la finalidad de constreñir a un sujeto de cumplir su obligación inmediatamente. (N. del T.)

enseñanza sería en un modo incompleto garantizado (aquí me parece evidente la referencia al viejo, pero no así vetusto discurso de Chiovenda, donde el demandante que tiene razón debería hacer valer su derecho en el juicio “este, propio este y por completo” que habría obtenido gracias al cumplimiento espontáneo del deudor).

Estas pocas pero autorizadas palabras no han provocado la reacción que se esperaba.

Pero si reflexionamos un poco sobre lo citado, deberíamos ser capaces de darnos cuenta de que estamos en presencia de un eminente caso de formalismo de las garantías.

Dejo en relieve que en este modo se propone una interpretación del derecho de acción tal de encerrar en sí mismo el “principio de soccombenza”³⁹, cuestión ya per sé discutible, visto que existen ordenamientos con constituciones rígidas atentas a las garantías procesales como el caso norteamericano que no dispone la condena a los gastos a favor de la parte vencedora⁴⁰.

Me limito a observar que el derecho de acción en sede de cognición no merece protección constitucional cuando ya se es ya titular del derecho a actuar para la ejecución forzada. Esto por obvia instrumentalidad del primero al segundo derecho, desde la visión de la utilidad que afectar al acreedor. Y no serviría objetar que con la acción de cognición, se obtendría resultados como la “definibilidad” del control que deriva de lo enjuiciado o la verificación de la hipoteca judicial, que no se obtiene actuando *in executivis*.

Se trataría de objeciones que denuncian la mentalidad abstracta que a veces aflige a nuestra doctrina.

De lo enjuiciado al acreedor no se ve aventajado si obtiene el bien de la vida perseguido con ejecución forzosa. En caso contrario podrá perseguirlo frente a cualquier sucesiva reacción procesal del deudor, por ejemplo si fuese propuesta la oposición a la ejecución.

En referencia a la hipoteca judicial, me parece justo que el acreedor, que puede proceder al embargo inmobiliario con su título, pague los gastos por el plus de

³⁹ Es el principio según el cual corresponde a la parte que pierde en el juicio (“soccombente”) y a favor de la parte que ha vencido la responsabilidad por los costos y costas del proceso. (*N. del T.*)

⁴⁰ También en los Estados Unidos se discute sobre la oportunidad de introducir el principio de sucumbir, operativo en Tejas en materia de responsabilidad civil, en vista al objetivo de la deflación de los casos de *medical malpractice*. Cfr. *Tort reform, en The economist* 10 – 16 de Diciembre de 2011, 43.

ventaja que puede resarcirse de la hipoteca, que no representa seguramente un derecho de acción, sino de un efecto secundario.

8. La sanción de nulidad irrazonablemente aplicada a las sentencias de la tercera vía a causa de una errónea aplicación del principio del contradictorio

En las elaboraciones frecuentes de la doctrina, hechas recientemente como propias por el legislador procesal, encontramos un segundo caso de formalismo de las garantías y por tanto de irracionalidad que ha suscitado la disciplina. Aludo al segundo inciso del artículo 101 c.p.c. introducido por la ley 69/2009, que fulmina con la conminación de la nulidad las sentencias de la tercera vía. La nueva norma dice que “se considera que pone como fundamento a las decisiones una cuestión considerada de oficio, el juez se reserva la decisión, asignando a las partes, bajo pena de nulidad, un plazo, no inferior a 20 y no superior a 40 días, para el depósito en la secretaria judicial de memorias que contengan observaciones sobre la misma cuestión”.

La norma ahora introducida tiene detrás de sí una larga historia, que haría exclamar con satisfacción a Rodolfo Sacco que aquí nos encontramos frente a un ejemplo eminente de una doctrina que se transforma en “fuente de derecho”⁴¹.

Desde 1968 un autorizado escritor, Vittorio Denti⁴², acompañado en los años sucesivos por un equipo bastante sólido (entre otros Ferri, que al problema ha dedicado una entera monografía, Tarzia, Comoglio, Lanfranchi, Cavallini, Luiso, Civitini, Fabiai, Proto Pisani, e Consolo) sostenía la tesis de la nulidad de la sentencia emanada por el juez sobre cuestiones anteriores al juicio relacionadas al proceso o cuestiones preliminares de mérito de oficio susceptible de ser relevante, no susceptibles a la discusión de las partes. La nulidad puede darse en cualquiera en modo intuitivo, por violación de la parte contraria, garantía constitucional fundamental en el proceso, aunque en aquellos tiempos no codificada de forma expresa, como había sucedido en el 1999 con la reforma del proceso justo, pero afirmada de manera consolidada en la jurisprudencia del Corte Constitucional en sede de interpretación del artículo 24.

⁴¹ Cfr. *La dottrina fonte del diritto*, en *Studi in memoria di Tarello, II*, Milán 1990, 449 ss. *I principi generali nei sistemi giuridici europei*, en *Atti del convegno sui principi generali del diritto organizzato dall' Accademia nazionale del Lincei*, Roma 1992, 170. *Algunas anotaciones críticas mías en La doctrina fonte del Diritto? En Riv. trim. dir. proc. civ* 1993, 439 sptes.

⁴² En *Questioni rilevabili d' ufficio, diritto di difesa e "formalismo delle garanzie"* en *Riv. Trimestrale Diritto processuale civile* 1987.

Con algún retraso, creo que desde el 2001, la jurisprudencia de la Casación lo ratifica, con alguna modesta oscilación.

Por más de veinte años hube de ocuparme de esta tesis porque me parecía que a causa de su carácter absoluto con que venía entonces enunciada era un caso típico de formalismo de las garantías. Ciertamente, es innegable la existencia de un deber preciso del juez de someter a la discusión entre las partes las cuestiones que entendiera considerar de oficio. Sancionable en vía *disciplinar*, según las indicaciones que nos vienen del artículo 124 c.p.c., segura expresión de un principio general del universo procesal, donde dice que “los magistrados están obligados a observar las normas de este código como también la no observancia no conlleva nulidad u otra sanción procesal” y “los dirigentes de las oficinas vigilan sobre la observancia de las normas también por responsabilidad disciplinar”.

Pero no llegaba a ser capaz de ver una violación del principio del contradictorio en la emanación de una sentencia de la tercera vía, considerada en sí y para sí. La cuestión relevada de oficio, decía entonces, no es cuestión de oficio, perteneciente a un misterioso patrimonio de sus conocimientos esotéricos. Es una cuestión siempre resoluble en base a nociones, jurídicas o de hecho, que pertenecen a un patrimonio de conocimientos comunes al juez y a las partes, mejor dicho a sus abogados. Deriva de esto que, por no tener el juez indicado la cuestión no constituye la causa de la ausencia de contradictorio sobre ésta, de revisar más que considerar una insuficiente atención de los defensores, y en particular modo del defensor de la parte contraria respecto a las consecuencias de su importancia. Por esta razón, cuando los defensores saben hacer bien su trabajo, las cuestiones relevadas de oficio, antes de que el oficio las reconozca, son dejadas al margen de las partes, tanto que la doctrina ha sentido la necesidad de diseñar una categoría conceptual para esta actividad, instituyendo la *species* de las excepciones en sentido impropio o *exceptiones facti*.

De manera contraria respecto de aquello que podría parecer, la no observancia del deber del juez de estimular la parte contraria sobre cuestiones relevadas de oficio no pone en juego, por sí mismo, (es decir excepto los casos, raros, estoy convencido, donde el reconocimiento oficioso ha impedido la posibilidad de concretos y ulteriores desarrollos de las alegaciones de las partes) el principio del contradictorio y la correlativa nulidad que sanciona su falta de respeto. Tratándose del deber de solicitar la previa discusión sobre cuestiones que pertenecen al patrimonio del común conocimiento de todos los sujetos del proceso, el principio que viene en consideración es otro, cuya transgresión no

comporta (y sería irrazonable que comportase) la nulidad de la sentencia. Se trata del principio de recíproca colaboración del juez con las partes con el fin de garantizar la leal conducción del proceso y la justicia del procedimiento, un principio que la doctrina desde hace tiempo ha individualizado como un componente inspirador importante de las modernas disciplinas procesales.

La precisión de esta conclusión se ve mejor si tomamos en consideración cuál fuese el real significado de las tesis favorables en absoluto a la nulidad en el ámbito de los juicios de impugnación.

Suponemos que la sentencia sea de lejos injusta porque el juez ha errado en resolver la cuestión relevada de oficio; en tales casos es posible, y quizás probable, que el no haber abierto el espacio al ejercicio del derecho de defensa de las partes; por consiguiente, haya contribuido en modo determinante a la comisión del error. Pero, evidentemente, aquello que en primer lugar se ha de considerar es solo este error, que se intentará subsanar en el sucesivo grado de impugnación. También desde el punto de vista el interés de las partes, la pretendida violación del contradictorio queda como cuestión de fondo, pierde absolutamente relevancia. La parte no pensará ni tan siquiera objetarla por motivos de gravamen, porque el orden lógico de las cuestiones impondría antes de relevarla, quizás con alguna consecuencia desagradable de frente a la Casación.

La verdad es que el problema de una autónoma valoración del vicio que estoy analizando es susceptible de ser puesto en el caso en el cual el juez no ha presentado a previa discusión de las partes la cuestión elevada de oficio, y sin embargo, al mismo tiempo, la ha resuelto correctamente.

Sobre el plano de la apelación, se releva que la censura relativa a la falta de activación del contradictorio no puede ser de ninguna utilidad para la parte sucumbiente, siempre y cuando no tenga motivos para lamentar la sustancial injusticia de la sentencia impugnada. El apelante no podrá obtener entonces, en tal caso ni la remisión en primer grado, indicada la taxatividad de las hipótesis previstas por los artículos 353 y 354 c.p.c, ni la renovación de actos sobre la base de lo dispuesto tanto en los artículos 354 inciso 4, como en concordancia con el 356.

Obtendrá esta renovación, particularmente importante por lo que refiere a la remisión en términos por las instancias instructoras, si y solamente podrá lamentar que el acto de elevación oficio sin una previa estimulación del contradictorio ha impedido ulteriores alegaciones necesitadas de prueba que habrían sido capaces de orientar la sentencia de primer grado hacia un

resultado para él favorable, a pesar de la corrección de la solución de oficio (he reivindicado la propiedad sobre la base de un contrato que es nulo y entonces hago valer la usucapión). Sobre el plano de la Casación las cosas deberían ser de forma distinta, debido a que es una paradoja de la actual disciplina de nuestro juicio de legitimidad con escisión orgánica entre la fase *rescindente* y la fase rescisoria la necesidad de acoger la impugnación en toda una serie de casos (cuando no sea posible la decisión sobre la base del anterior Art. 284, párrafo 2º c.p.c.) donde los mismos motivos puesto como base de esta, no obtendrán ningún resultado útil si son propuestos delante de un juez de un gravamen sustitutivo como la apelación.

Sin embargo, incluso con referencia a la Casación es posible ver algún argumento para contestar una reconstrucción de la disciplina por la cual la falta del contradictorio preventivo sobre las cuestiones relevadas de oficio vicia, sin necesidad de otra consideración, el proceso y la sentencia.

Es necesario ejercitar el *ars distinguendi*. De esta forma nos encontraremos frente a cuatro alternativas:

a) La sentencia impugnada en Casación es justa bajo cualquier imaginable perfil, y entonces predicar de esta la nulidad con necesario consideración con reenvío del recurso del sucumbiente. Que la llegue hacer valer parece como fruto de un comportamiento formal que acaba, como dice Hegel, convertido en el instrumento de injusticia, porque serían premiados los intentos dilatorios de la parte que ha estado en error. A este propósito basta pensar en el caso donde el juez que revisa la apelación declara correctamente de oficio, pero sin el contradictorio, el defecto de jurisdicción (me parece, como a muchos, errada la reciente jurisprudencia que ha realizado una interpretación abrogativa del artículo 37 c.p.c.). Tendremos la paradoja de una Corte de Casación, órgano superior regulatorio de la jurisdicción, investida por la nulidad en el sentido del artículo 101 párrafo 2 y por consiguiente, obligada en acoger mediante el reenvío el recurso, no teniendo la Corte ningún poder de sustitución de las sentencias inválidas.

b) La sentencia impugnada delante del Supremo es injusta por haber resuelto el juez de mérito erróneamente la cuestión realizada de oficio, y entonces existirá de todas formas el espacio para obtener la anulación abstrayendo de la pretendida violación del contradictorio, convertida irrelevante y proponiendo el medio de recurso orientado a denunciar el vicio existente.

c) La sentencia impugnada en Casación es injusta per errada resolución de la cuestión relevada de oficio, pero la injusticia puede avenir solamente después de nuevas alegaciones de parte, impedidas por la faltante previa de estimulación del contradictorio. Caso típico, recordado por Francesco Luiso, aquel de la elevación de oficio de nulidad de una cláusula abusiva, que podría haber sido superada demostrando la advenida tratativa individual especificada por el artículo 34 inciso 4^a del Código del Consumo. Aquí las consecuencias serán análogas a aquellas indicadas aquí abajo.

d) La sentencia impugnada en casación es injusta, a pesar que la cuestión alzada de oficio sea resuelta correctamente sobre la frecuencia estadística de un caso de esta naturaleza que debiera tratarse de casos de extrema rareza. Consideramos que, como en el caso anterior, puede solamente referir la solución exacta de una cuestión preliminar de mérito, pero jamás la exacta solución de una cuestión preliminar respecto del proceso. Se trata de los casos donde la cuestión realizada de oficio ha sido correctamente resuelta, pero la sentencia es igualmente injusta, porque, no habiendo el juez estimulado al contradictorio sobre la sentencia, ha impedido a la parte la modificación de la demanda consentida que habría obtenido de todas formas con un resultado favorable. Junto a aquel precedente, este será el segundo caso donde se tendrá una valoración autónoma por la falta de estimulación del contradictorio sobre la cuestión realizada de oficio, en este caso resuelta correctamente: y también aquí se ha de concluir para acoger el recurso dirigido a la anulación de la sentencia impugnada, a condición de que articule con precisión la amputación de la historia procesual causada por la valoración solitaria de la cuestión. Y en esta dirección restrictiva se ha orientado de manera oportuna el “juez de legitimidad” en sus más recientes pronunciamientos.

Podemos pues sintetizar el argumento de esta manera: la previsión de nulidad de la citada sentencia de la tercera vía necesita una interpretación correctiva que sigue las líneas de interpretación de las más recientes sentencias de la Corte de Casación antes de esta intervención del legislador que, en el querer codificar una dirección jurisprudencial, lo ha hecho más rígido, sin hacer ninguna mención de las citaciones apenas recordadas. Hasta que el vicio sea declarable en sede de gravamen, no basta la solución solitaria de una cuestión obrada por el juez. Es necesario, como siempre, el intereses a impugnar. Que en nuestro caso asume una connotación particular cuando en juez haya resuelto

correctamente la cuestión (o bien, si ha errado, cuando la injusticia pueda surgir a raíz de ulteriores alegaciones de parte, impedidas por el “relieve oficioso”⁴³ *ex abrupto*). La violación del contradictorio debe ser tal de haber impedido a la parte de recurrir a la controversia, con sucesivas alegaciones, un camino alternativo que consiente de alcanzar la deseada victoria. El nuevo texto del artículo 360 bis número 2 del Código Procesal Penal puede contribuir quizás a esta solución, en la medida en la que exige que el vicio de la sentencia impugnada por razones procesales determine una violación de los principios reguladores del proceso justo.

Sin embargo, no estoy seguro que esta interpretación correctiva u otra, aún más ingeniosa, recientemente esgrimida por Claudio Consolo que individua una curiosa forma de saneamiento (procedimiento donde el juez o jueces renuncia o renuncian a actuar legalmente en contra de los responsables de acciones ilegales o normalicen situaciones precarias o irregulares) *ex post* de la nulidad, serán unánimemente compartidas. Se podrá siempre encontrar algún intérprete o juez capaz de objetar, con base en la colocación sistemática del artículo 101 inciso 2, que la violación del principio del contradictorio, por haber el juez de segundo grado decidido en cuestiones de oficio sin ponerlo de manifiesto a discusión de las partes, debe ser siempre sancionada por el juez de legitimidad, con absoluta indiferencia al hecho de que la violación haya o no influido sobre la justicia de la sentencia. Más allá de la sentencia de tercera vía, no solo en campo penal, donde son legiones, sino también en campo civil la fantástica casuística de los recurrentes que han encontrado audiencia de la Corte Suprema nos muestra ejemplos.

⁴³ Che cosa significa "Rilievo d'ufficio"? ¿Qué cosa es el “relieve de oficio”? Se trata de una capacidad que corresponde al juez que tiene a cargo la causa que consiste en el poder de efectuar las elecciones necesarias sea en el plano procesal como en el plano sustancial (por ejemplo respecto al defecto de jurisdicción y la nulidad del contrato) incluso sin que haya sido evidenciada alguna excepción, corresponde al art. 1297 del C.C. italiano. <http://www.brocardi.it/dizionario/3446.html>. En el texto es también traducido como valoración [del juez]. (N. del T.).

LA JUSTICIA COMUNAL: UNA PERSPECTIVA COMPARATIVA DE SU TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL EN LOS PAÍSES DE LA REGIÓN ANDINA

CÉSAR ALBERTO ARCE VILLAR*

Resumen

Se analiza la justicia comunal peruana y de la región, como países que reconocen constitucionalmente el pluralismo jurídico, y otorgan similar tratamiento normativo a la denominada jurisdicción especial.

Palabras clave: Justicia comunal, pluralismo jurídico, Constitución, Región Andina.

Abstract

Peruvian community justice is analyzed and also of the region, like countries which recognize constitutionality the legal pluralism, and provide similar standard treatment to the so-called special jurisdiction.

Keywords: Community justice, legal pluralism, Constitution, Andean Region.

Sumario

1.- Introducción. 2.- Los convenios internacionales de la OIT. 2.1.- El Convenio 107 de la OIT (1957). 2.2.- El Convenio 169 de la OIT (1989). 3.- La justicia comunal en el Perú. 3.1.- Pluralismo Jurídico y Derecho Consuetudinario. 3.2.- Sistema de Autoridades Rurales y Resolución de Conflictos. 3.3.- El artículo 149 de la Constitución del Perú (1993). 4.- La justicia comunal en los países de la región andina. 4.1.- Consideraciones Generales. 4.2.- Colombia. 4.3.- Bolivia. 4.4.- Ecuador. 4.5.- Venezuela. 5.- Conclusiones. 6.- Bibliografía

* Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional San Cristóbal de Huamanga (UNSCH); juez superior titular, presidente de la Segunda Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho; jefe de la Oficina de Desconcentrada de Control de la Magistratura - Ayacucho (2011 - 2012); expresidente del Jurado Electoral Especial de Huamanga (Elecciones Regionales y Municipales 2014); miembro del Consejo Directivo de la Asociación de Jueces para la Justicia y Democracia (JUSDEM); conciliador y exconsultor de proyectos relacionados a temas de acceso a la justicia, justicia de paz, justicia rural y resolución de conflictos para APENAC, Comisión Andina de Juristas, IPAZ y PROPAZ; ha concluido estudios de diplomado en Tutela Jurisdiccional y Debido Proceso Civil en la PUCP y en Alta Gerencia para el Sector Justicia en la Escuela de Dirección (PAD) de la Universidad de Piura; con estudios concluidos de Maestría en Derecho con mención en Política Jurisdiccional - especialidad en Gestión y Política Judicial en la PUCP (Convenio PUCP - PMSJ - Banco Mundial). Correo electrónico: cesararcevillar@yahoo.es

1. Introducción

La administración de justicia en el Perú tiende a ser homogeneizante a pesar de la diversidad cultural de su población. La centralización de la justicia impide que amplios sectores de ciudadanos tengan libre acceso a ella. En esa perspectiva, el artículo 149 de la Constitución Política del Perú¹ (1993), reconoce formalmente el pluralismo jurídico, dando categoría de “*jurisdicción especial*” a la justicia comunal basada en el derecho consuetudinario e impartida por sus propias autoridades “*con el apoyo de las rondas campesinas*”. Dicha norma está pendiente de ser plenamente implementada, especialmente en lo relativo a la coordinación que debe existir entre la justicia comunal y la justicia formal.

El texto del referido artículo de nuestra Constitución Política contempla los tres elementos que componen un sistema jurídico:

- i) Órganos especializados y autónomos, en su primera enunciación: “Las autoridades de las comunidades campesinas y nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas”;
- ii) Normas Sustantivas, cuando admite la aplicación del derecho consuetudinario en la resolución de conflictos;
- iii) Procedimientos o Normas Adjetivas, en cuánto señala la competencia territorial y el respeto de los derechos fundamentales como límites de la función jurisdiccional.

El mencionado precepto constitucional reconoce formalmente la vigencia de la jurisdicción especial, justicia comunal o justicia consuetudinaria. Sin embargo, dicha jurisdicción especial no es novedad en el Perú, si no más bien es una corriente latinoamericana que se inicia con el artículo 246 de la Constitución Política de Colombia (1991), la comparte la Constitución Política de Bolivia (1994) en el artículo 171.III, hacen eco Ecuador en su Constitución Política (1998) a través del artículo 191 y Venezuela con el artículo 260 de su Constitución (1999); es decir, es un hecho social existente y factor común que paulatinamente ha sido incorporado en los textos constitucionales de los países andinos, en aplicación de los artículos 8.1, 8.2 y 9.1 del Convenio número 169

¹ Dicho artículo constitucional establece lo siguiente: “*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*”.

de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), “Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes” (1989)².

La hipótesis que planteamos es que en los países de la región andina, particularmente en Colombia, Bolivia, Ecuador y Venezuela existe similitud en el tratamiento normativo a nivel constitucional con relación a la jurisdicción especial regulada por el artículo 149 de la Constitución Política del Perú, con excepción de sus límites, pues en nuestro país adquiere connotación particular el respeto de los derechos fundamentales de la persona.

2. Los Convenios Internacionales de la OIT

2.1 El Convenio 107 de la OIT (1957)

El 5 de junio de 1957 se firmó en el seno de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el Convenio N° 107 relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes, en cuyo artículo 8 se establece lo siguiente:

“En la medida compatible con los intereses de la colectividad nacional y con el ordenamiento jurídico del país: a) los métodos de control social propios de las poblaciones en cuestión deberán ser utilizados, en todo lo posible, para la represión de los delitos cometidos por miembros de dichas poblaciones; b) cuando la utilización de tales métodos de control no sea posible, las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse deberán tener en cuenta las costumbres de dichas poblaciones en materia penal”.

El instrumento normativo arriba citado ya en el año 1957 daba reconocimiento, aunque incipiente, a la posibilidad de que las poblaciones indígenas recurran a sus propias costumbres para la represión de los delitos.

2.2 El Convenio 169 de la OIT (1989)

El 27 de junio de 1989 se firmó en Ginebra y en el seno de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el Convenio N° 189 relativo a los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes³, el cual introdujo una serie de aspectos importantes para el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas.

² El Convenio número 107 de la OIT (1957) ya regulaba de manera mínima tales derechos.

³ El Convenio No 169 de la OIT fue aprobado e incorporado a la legislación nacional mediante Resolución Legislativa No 26253, publicado el 2 de diciembre de 1993.

Dicho convenio a través de su artículo 8 establece lo siguiente:

“8.1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

8.2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos que puedan surgir en la aplicación de este principio”.

Del tenor de dicho artículo se extrae que se protege las costumbres e instituciones propias de las poblaciones indígenas, siempre que no contravengan los derechos fundamentales ni los derechos humanos.

Por su parte el artículo 9.1 del referido Convenio prescribe:

“En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”.

Dicho dispositivo dispone que debe respetarse los métodos mediante los cuales las poblaciones indígenas administran justicia en materia penal, lo que guarda similitud con lo previsto en el artículo 8 del Convenio N° 107 de la OIT, el cual dispone que “los métodos de control social propios de las poblaciones en cuestión deberán ser utilizados, en todo lo posible, para la represión de los delitos cometidos por miembros de dichas poblaciones”⁴.

⁴ “Hasta finales de los ochenta solo existía un ordenamiento legal (que además era un tratado internacional) destinado explícitamente para las poblaciones indias: el Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). En 1989 se aprobó en el seno de la OIT el convenio que revisó al 107, entrando en vigor el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Este nuevo cuerpo legal garantizó varios derechos importantes a las etnias, como el reconocimiento y respecto de sus valores, instituciones y prácticas culturales”. ARAGÓN ANDRADE, Orlando. *Los sistemas jurídicos indígenas frente al derecho estatal en México: Una defensa del pluralismo jurídico*. En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. Nueva Serie. Año XL. Número 118, p. 11.

3. La justicia comunal en el Perú

3.1 Pluralismo jurídico y Derecho Consuetudinario

Una de las principales demandas que han realizado las comunidades campesinas y nativas en el Perú, es el de contar con la capacidad de auto administrar su propia justicia. La existencia de normas y un aparato judicial de vigencia general a todos los habitantes de un determinado país, parte del presupuesto que todos tienen iguales patrones culturales, de conducta y de regulación social, lo cual en realidades como la nuestra no es tan real, dado que nuestro país es tiene una connotación de carácter pluricultural.

Se concibe al pluralismo jurídico como la coexistencia de varios sistemas jurídicos o formas de administrar justicia en un determinado país, respetando la pluriculturalidad étnica existente. En nuestro sistema, se inicia un camino hacia el pluralismo jurídico cuando en la Constitución Política de 1993 (artículo 149), se plasma el ejercicio de funciones jurisdiccionales a cargo de las autoridades comunales con apoyo de las rondas, basadas en sus propias costumbres (derecho consuetudinario).

Se incorpora con mucha audacia el derecho consuetudinario para una justicia eminentemente unidimensional como la peruana. Como es sabido en nuestro ordenamiento legal el uso del derecho consuetudinario es permitido solamente como fuente accesoria de aplicación, y el paso que da la Constitución en el sentido de permitir a ciertas organizaciones comunales ejercer funciones jurisdiccionales, es innovador. No obstante, ello es el reconocimiento a una modalidad de justicia que en muchos aspectos ha funcionado bien en las comunidades campesinas y nativas del Perú.

3.2 Sistema de autoridades rurales y resolución de conflictos

En las zonas rurales de nuestro país se detecta la presencia de diversas autoridades que cumplen de alguna manera funciones jurisdiccionales y de resolución de conflictos, entre ellos tenemos la siguiente tipología de autoridades:

- a) Autoridades con jurisdicción comunal.- Son aquellas elegidas por la propia comunidad, encabezados por el Presidente de la comunidad y su junta directiva, y los comités especializados (Comité de crédito, de forestación, asociación de mujeres, etc.).
- b) Autoridades Políticas.- Designadas por el Ministerio del Interior y que representan al presidente de la República, en los distritos se

cuentan con los Gobernadores y en las comunidades campesinas se tiene a los Tenientes Gobernadores.

c) Autoridades Judiciales.- Constituidos por los Jueces de Paz, básicamente a nivel de distritos y comunidades.

d) Autoridades Edilicias.- Elegidas por la población encabezados por los Alcaldes y regidores a nivel distrital y de concejo menor, agentes municipales a nivel de las comunidades;

e) Nuevas formas organizativas surgidas a consecuencia de la violencia política, como reacción frente a la criminalidad, etc. (rondas campesinas, comités de autodefensa y asociaciones de mujeres).

La tipología de conflictos que estas autoridades resuelven se puede clasificar en tres ámbitos: familiar, comunal e intercomunal. En el ámbito de la familia nuclear y extensa los temas recurrentes son el de la violencia familiar, los conflictos de pareja (reconocimiento de hijos, alimentos, separación, etc.) y los temas de "herencia" de parcelas de tierra. Las autoridades o mediadores competentes para conocer los conflictos intrafamiliares son los tenientes gobernadores y los jueces de paz, sin embargo también intervienen como mediadores el presidente de la comunidad o la asamblea comunal, además de los comités de autodefensa; y, en un plano inicial los padres y padrinos.

A nivel comunal los conflictos detectados son en su mayoría los relativos a la seguridad y el orden público (agresiones, robos, daños, usurpación de tierras, abusos, incumplimiento de turnos de vigilancia y patrulla, etc.), y en menor medida lo relacionado a temas patrimoniales (deudas). Generalmente, las autoridades competentes para resolver casos vinculados a la seguridad ciudadana son los tenientes gobernadores y los comités de autodefensa, además de los jueces de paz cuando se trata de casos complejos. Intervienen también el presidente de la comunidad y la asamblea comunal. Los delitos graves como homicidios, violaciones y otros son transferidos a la fiscalía de la capital provincial.

En el espacio intercomunal, se detecta la incidencia de robo de ganado en banda y violaciones de derechos humanos (reclutamientos arbitrarios, persecuciones, detenciones arbitrarias, allanamientos ilegales, limitaciones al ejercicio de las libertades de información, opinión, expresión, reunión y organización). En menor medida disputas de límites territoriales entre

comunidades colindantes. Las instancias competentes para dirimir estos conflictos es la justicia formal⁵.

El sistema de resolución de conflictos impartida por el escenario diverso de autoridades rurales puede caracterizarse del siguiente modo:

- Permite el acceso a una justicia eficiente e inmediata;
- Promueve la solución armoniosa del conflicto mediante la conciliación directa;
- Es una justicia “cara a cara”, dado que los juzgadores por su cercanía al problema verifican directamente los hechos;
- Tiene legitimidad social al mostrarse conocedora de las particularidades y costumbres del lugar;
- Se basa en el sentido común, es intuitiva y concibe el conflicto dentro de un marco comunitario y no individual;
- Es una justicia que no encarcela por su carácter preventivo, disuasivo y reparador;
- Pone atención a la víctima y es integral en su protección;
- Hace seguimiento del caso resuelto y vigila el cumplimiento del acuerdo.
- Tiene un sistema propio de sanciones (desde la simple advertencia o llamada de atención hasta el castigo físico);
- La finalidad primordial de las sanciones es compensar el perjuicio o los daños ocasionados, pero a la vez es un medio disuasivo y preventivo.

3.3 El artículo 149 de la Constitución del Perú (1993)

La Constitución Política del Perú (1993) trajo consigo un notable cambio de perspectiva en cuanto a concebir al país como uno de carácter pluricultural y multiétnico, es decir, conformado por diferentes grupos que mantienen distintas características culturales y étnicas, características peculiares, como el derecho a la identidad étnica y cultural (artículo 2, inciso 19), a la educación bilingüe e intercultural (artículo 17), etc.

Es dentro del mencionado contexto normativo que cobra importancia el artículo 149 de la Constitución, el cual reconoce funciones jurisdiccionales a las autoridades de las comunidades campesinas y nativas dentro de su propio

⁵ ARCE VILLAR, César Alberto. *Creatividad y Administración de Justicia en Comunidades de Huanta*. Revista Ideele. No 106. Lima, abril de 1998, p. 48 - 51.

ámbito, y coloca al derecho consuetudinario como marco normativo de dicha jurisdicción especial con el límite de los derechos fundamentales.

Este precepto constitucional implica el reconocimiento de una serie de derechos importantes a estas comunidades: el respeto a su autogobierno, la validez de su derecho consuetudinario, la posibilidad de resolver conflictos a partir de su propio sistema de autoridades. Sin embargo, implica también una serie de relaciones con el Estado, especialmente con el sistema de administración de justicia formal o estatal.

El artículo 149 de la Constitución Política reconoce formalmente el pluralismo jurídico, dando categoría de “*jurisdicción especial*” a la justicia comunal basada en el derecho consuetudinario y administrada por sus propias autoridades “*con el apoyo de las rondas campesinas*”.

La referida jurisdicción “*especial*”, tendría en teoría igual jerarquía que la del poder judicial y la de los fueros militar y arbitral. La disposición no es una norma obligatoria, pues claramente la regula como atribución (“*pueden ejercer...*”), correspondiendo a las autoridades comunales decidir en qué conflictos ejercen tal atribución y en cuáles no. No existe límite alguno sobre las materias y casos que pueda conocer y resolver esta jurisdicción: el único límite impuesto es el respeto de “*...los derechos fundamentales de la persona*”⁶.

Dicha norma está pendiente de ser reglamentada en lo relativo a la coordinación que debe existir entre esta “*jurisdicción especial*” y la justicia de paz, la que debiera incidir especialmente en las *formas de coordinación* entre la llamada “*justicia comunal*” y los operadores e instituciones que tengan que ver con la justicia formal (poder judicial, ministerio público, policía nacional, fuerzas armadas, defensoría del pueblo, ministerios, gobiernos locales, etcétera)⁷.

⁶ “El artículo constitucional 149 no habla de derechos humanos sino de derechos fundamentales, es decir, de los derechos humanos que han sido recogidos en las constituciones políticas. En el caso del Perú, nos estamos refiriendo, en principio, a los derechos recogidos en el artículo 2 de la Constitución Política, en sus distintos numerales e incisos, y al conjunto de derechos humanos contenidos en las normas internacionales, habida cuenta de que el artículo 3 contiene una cláusula abierta” (*Manual del Sistema de Justicia*. Instituto de Defensa Legal – Departamento y Facultad de Derecho de la PUCP. Lima, Justicia Viva. p. 263).

⁷ Cabe señalar que el artículo 18 del nuevo Código procesal Penal (2004) establece los límites de la jurisdicción penal ordinaria, precisando que la jurisdicción penal ordinaria no es competente para conocer:

“1. De los delitos previstos en el artículo 173 de la Constitución.
2. De los hechos punibles cometidos por adolescentes.

El artículo 149° de la Constitución Política de 1993⁸, recoge esta orientación, y a partir de él se reconoce formalmente la vigencia de la justicia comunal. Sin embargo, la jurisdicción especial de las comunidades campesinas y nativas no es novedad en el Perú, si no más bien es una corriente latinoamericana que se inicia en el artículo 246° de la Constitución Política Colombiana de 1991. Mención aparte merece el tratamiento de la jurisdicción indígena en la Constitución Federal de México⁹.

4. La justicia comunal en los países de la Región Andina

4.1 Consideraciones generales

El texto del artículo 149 de la Constitución Política del Perú constituyó un paso importante en el reconocimiento de la jurisdicción especial o comunal al otorgar autonomía a las comunidades campesinas y nativas para resolver sus propios conflictos dentro de su territorio, aplicando sus normas consuetudinarias. Dicha atribución jurisdiccional contempla los tres elementos que componen un sistema jurídico:

- a) Órganos especializados y autónomos, en su primera enunciación: “Las autoridades de las comunidades campesinas y nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas”

3. De los hechos punibles en los casos previstos en el artículo 149 de la Constitución”. Ello constituye un notable avance con la finalidad de concretar en la realidad la vigencia efectiva de la jurisdicción especial o comunal.

⁸ El artículo 149 establece lo siguiente: “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”.

⁹ Una semejanza existente entre los sistemas jurídicos indígenas de México y Perú consiste en la existencia de diversidad de comunidades que podrían calificarse de culturas indígenas pero que a la vez admiten particularidades propias a partir de cada comunidad, es decir existe un patrón general de costumbres indígenas y a la vez costumbres particularizadas. En segundo lugar, el tratamiento normativo de la justicia indígena en México, a partir del artículo 2 inciso a fracción 2a de la Constitución Federal resulta limitado, toda vez que la justicia ordinaria tiene reservada la facultad de controlar dicha jurisdicción, que en realidad es una jurisdicción disminuida y limitada (es válida en cuanto no se oponga al derecho estatal); ello no ocurre en el tratamiento constitucional que el artículo 149 de la Constitución del Perú otorga a la jurisdicción comunal o especial, pues dicha jurisdicción en teoría no tiene límites de competencia y atribuciones, solamente se condiciona el respeto de los derechos fundamentales de la persona. En suma el tratamiento normativo de la Constitución peruana respecto a la jurisdicción comunal resulta mucho más amplia que la legislación mexicana.

- b) Normas Sustantivas, cuando admite la aplicación del derecho consuetudinario en la resolución de conflictos
- c) Procedimientos o Normas Adjetivas, en cuánto señala la competencia territorial y el respeto de los derechos fundamentales como límites de la función jurisdiccional.

El referido artículo constitucional en su párrafo final dispone que la ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.

Si bien, dicha innovación normativa a nivel constitucional data del año 1993, empero en el área de los países andinos se detecta que ha habido importantes avances en el reconocimiento de la jurisdicción comunal, entre ellos tenemos:

- Colombia, Art. 246, Constitución de 1991.
- Bolivia, Art. 171, Constitución de 1994.
- Ecuador, Art. 191, Constitución de 1998.
- Venezuela, Art. 260, Constitución de 1999.

En efecto, según Raquel Irigoyen Fajardo¹⁰ la década de 1990 ha sido testigo de reformas constitucionales muy importantes en los países andinos, particularmente Colombia (1991), Perú (1993), Bolivia (1994) y Ecuador (1998).

Los cambios que cabe resaltar son fundamentalmente los siguientes:

- a) El reconocimiento del carácter pluricultural de la Nación y el Estado
- b) El reconocimiento de los pueblos indígenas y la ampliación de sus derechos;
- c) El reconocimiento del derecho indígena o consuetudinario

La misma autora señala que junto con las nuevas cartas fundamentales, los países de la región también ratificaron el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, suponiendo ello un cambio trascendental en la doctrina jurídica tradicional que se basaba en el monismo jurídico y la identidad Estado – Derecho, para construir un nuevo modelo de juridicidad, en el marco de un Estado Pluricultural.

¹⁰ YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. *Reconocimiento Constitucional del derecho indígena y la jurisdicción especial en los países andinos (Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador)*. Publicado en la Revista Pena y Estado No 4. Buenos Aires. INECIP. Editorial El Puerto, en <http://www.alertanet.org/PENA-ESTADO.htm>, p.1.

Por su parte, Esther Sánchez Botero afirma que la Constitución de 1991, en Colombia, y la de 1998, en Ecuador, reflejan nuevos principios para guiar al estado a una política de reconocimiento hacia los pueblos indígenas de los respectivos países¹¹.

A continuación analizaremos el tratamiento jurídico que los respectivos artículos dan a la jurisdicción especial las Constituciones Políticas de Colombia, Bolivia, Ecuador y Venezuela, realizando a la vez una comparación con la regulación constitucional que la Constitución Política del Perú concede a la justicia comunal.

4.2 Colombia

En la Constitución Política de Colombia (1991), dentro del Título Octavo: De la Rama Judicial, se regula en el capítulo 5: De las Jurisdicciones Especiales, el artículo 246, el cual establece lo siguiente:

“Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”.

En primer lugar cabe destacar que a diferencia del caso peruano, la Constitución de Colombia denomina explícitamente como “jurisdicción especial” la atribución de funciones jurisdiccionales a las autoridades de los pueblos indígenas.

Otra diferencia sustancial es que mientras en el caso colombiano se pone como límite a la Constitución y las leyes, en el caso del Perú se impone como único límite el respeto de los derechos fundamentales, lo que resulta más acorde con una política de dar autonomía real a la justicia consuetudinaria.

En cuanto a las similitudes del tratamiento normativo tanto de la Constitución de Colombia como de la Constitución del Perú, podemos anotar:

- Ambas establecen dicha jurisdicción para su ejercicio facultativo
- Ambas mencionan el ámbito territorial
- Ambas señalan una ley de desarrollo constitucional que debe

¹¹ SÁNCHEZ BOTERO, Esther. *Los derechos indígenas en las constituciones de Colombia y Ecuador*, en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6273.pdf>, p. 8.

regular las formas de coordinación con el sistema de justicia formal

4.3 Bolivia

En la Constitución Política de Bolivia (1994)¹², dentro del Título Tercero denominando Régimen Agrario y Campesino, el artículo 171 establece lo siguiente:

“I. Se reconocen, respetan y protegen en el marco de la ley, los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas que habitan en el territorio nacional, especialmente los relativos a sus tierras comunitarias de origen garantizando del uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, a su identidad, valores, lenguas y costumbres e instituciones.

II. El Estado reconoce la personalidad jurídica de las comunidades indígenas y campesinas y de las asociaciones y sindicatos campesinos.

III. Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarias a esta Constitución y las leyes. La ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los poderes del Estado”.

En el caso de Bolivia el precepto constitucional relativo a la justicia comunal tiene mayores similitudes con el caso de Colombia, que con la de Perú. Por ejemplo, una similitud sustancial es que ambas Constituciones (Ecuador y

¹² “En el proyecto de la nueva Constitución Política del Estado (PNCPE) la Justicia Comunitaria se denominará Justicia Indígena Originaria Campesina (JIOC) y respetará el derecho a la vida, los derechos fundamentales y los derechos humanos. Asimismo, en el artículo 190 en su párrafo I) expresa que: “las naciones y pueblos indígena originario campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios”. Respecto a las decisiones de la JIOC, éstas serán de cumplimiento obligatorio y sus autoridades originarias podrán solicitar apoyo y cooperación de los órganos competentes del Estado para hacer cumplir dichas decisiones. En cuanto a la jurisdicción indígena originaria campesina, en el párrafo I) del art. 191 indica que ésta jurisdicción se fundamenta en un vínculo particular de las personas que son miembros de una nación o pueblo indígena y se ejerce en los ámbitos de vigencia ámbitos de vigencia personal, material y territorial. Esta jurisdicción conoce los asuntos indígenas originario campesinos de acuerdo a lo que se establecerá en la Ley de Deslinde Jurisdiccional, esta Ley determinará los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción originaria campesina con la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción agroambiental”. En http://www.justicia.gov.bo/noticia_vinculo_mostrar.php?valor=171.

Colombia) establecen como límites que dicho ejercicio jurisdiccional no sea contraria a la Constitución y las leyes.

Las similitudes del caso boliviano con las de Colombia y Perú están referidas a los siguientes aspectos:

- Establecen dicha jurisdicción para su ejercicio facultativo.
- Mencionan el ámbito territorial, excepto el caso de Bolivia.
- Señalan una ley de desarrollo constitucional que debe regular las formas de coordinación con el sistema de justicia formal. En el caso de Bolivia se precisa que dicha ley compatibilizará dichas funciones con las atribuciones de los poderes del Estado, lo que supone una jurisdicción especial disminuida.

Llama la atención que en el caso de Bolivia el artículo analizado se ubica dentro del Título Tercero denominando Régimen Agrario y Campesino, y no dentro del segmento dedicado al sistema de justicia¹³.

¹³ El Proyecto de la nueva Constitución de Bolivia (sometido a referéndum el 25 de enero de 2009) a través de sus artículos 190, 191 y 192 da un tratamiento normativo más ambicioso y polémico en relación a lo que denomina "justicia indígena originaria campesina". Artículo 190. I. Las naciones y pueblos indígena originario campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios. II. La jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución. Artículo 191. I. La jurisdicción indígena originario campesina se fundamenta en un vínculo particular de las personas que son miembros de la respectiva nación o pueblo indígena originario campesino. II. La jurisdicción indígena originario campesina se ejerce en los siguientes ámbitos de vigencia personal, material y territorial:
1. Están sujetos a esta jurisdicción los miembros de la nación o pueblo indígena originario campesino, sea que actúen como actores o demandado, denunciantes o querrelantes, denunciados o imputados, recurrentes o recurridos.
2. Esta jurisdicción conoce los asuntos indígena originario campesinos de conformidad a lo establecido en una Ley de Deslinde Jurisdiccional.
3. Esta jurisdicción se aplica a las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino.
Artículo 192. I. Toda autoridad pública o persona acatará las decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina. II. Para el cumplimiento de las decisiones de la jurisdicción indígena originario campesina, sus autoridades podrán solicitar el apoyo de los órganos competentes del Estado. III. El Estado promoverá y fortalecerá la justicia indígena originaria campesina. La Ley de Deslinde Jurisdiccional, determinará los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena originaria campesina con la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción agroambiental y todas las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas.

4.4. Ecuador

En la Constitución Política de Ecuador (1998), dentro del Título Octavo denominando De la Función Judicial – Capítulo 1 De los Principios Generales, el artículo 191 establece lo siguiente:

“El ejercicio de la potestad judicial corresponderá a los órganos de la Función Judicial. Se establecerá la unidad jurisdiccional.

De acuerdo con la ley habrá jueces de paz, encargados de resolver en equidad conflictos individuales, comunitarios o vecinales.

Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley.

Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional”.

Del análisis del tercer párrafo del artículo precedente se concluye que:

- Se atribuye funciones jurisdiccionales a las autoridades de los pueblos indígenas.
- No establece un ejercicio jurisdiccional facultativo, sino imperativo cuando utiliza el vocablo “ejercerán” funciones de justicia.
- Alude a la solución de conflictos internos.
- Reconoce el derecho consuetudinario.
- Establece como límite que dicho ejercicio jurisdiccional no sea contrarios a la Constitución y las leyes.
- Establece que la ley hará “compatibles” aquellas funciones con las del sistema judicial nacional.

4.5. Venezuela

En la Constitución Política de Venezuela (1999), dentro del Capítulo 3 Del Poder Judicial y el Sistema de Justicia, el artículo 260 establece lo siguiente:

“Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones

ancestrales y que solo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público. La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”.

En el caso de Venezuela se aprecia que el tratamiento de la justicia comunal tiene las siguientes características:

- Se concede atribución jurisdiccional a las autoridades legítimas de los pueblos indígenas
- Dicha atribución es facultativa
- Impone límite de competencia territorial (hábitat)
- Reconoce el derecho consuetudinario (tradiciones ancestrales)
- Establece que dicha jurisdicción no debe ser contraria a la Constitución, a la ley y al orden público (límites más acentuados que los que imponen las Constituciones de Colombia, Ecuador y Bolivia)
- Establece que la ley debe determinar la forma de coordinación con el sistema judicial estatal

5. Conclusiones

- a) Los Convenios 107 (1957) relativo a la Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas y de otras Poblaciones Tribales y Semitribales en los Países Independientes y 169 (1989) relativo a los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, este último aprobado e incorporado a la legislación peruana mediante Resolución Legislativa No 26253, publicado el 2 de diciembre de 1993, introdujo una serie de aspectos importantes para el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, entre ellos la potestad de administrar justicia.
- b) Dichos instrumentos normativos, ratificados por la mayoría de países andinos, ha permitido que se incorpore en las legislaciones nacionales, particularmente en la Constituciones Políticas, un tratamiento específico a la denominada jurisdicción especial o comunal, lo que constituye un cuestionamiento a la noción clásica de Estado - Nación y un reconocimiento al nuevo modelo de Estado Pluricultural, que sienta las bases del pluralismo jurídico.
- c) Es la Constitución Política de Colombia (1991), la que a través del artículo 246, reconoció en forma pionera la jurisdicción especial dando

atribuciones jurisdiccionales a las autoridades de los pueblos indígenas.

- d) Posteriormente, fueron las Constituciones Políticas de Perú (1993), Bolivia (1994), Ecuador (1998) y Venezuela (1999) las que continuaron el rumbo tomado por la Constitución de Colombia.
- e) Una principal conclusión que extraemos es que en los países de la región andina, particularmente en Colombia, Bolivia, Ecuador y Venezuela existe similitudes en el tratamiento normativo a nivel constitucional con relación a la jurisdicción especial regulada por el artículo 149 de la Constitución Política del Perú.
- f) Con excepción del caso ecuatoriano dicha jurisdicción es facultativa en los casos de Colombia, Bolivia, Ecuador y Perú. Por otro lado, en las cinco Constituciones de los mencionados países se reconoce las normas consuetudinarias y procedimentales propias, se delimita el ámbito territorial de aplicación de dichas normas y se remite a la ley las formas de coordinación y relación con la justicia ordinaria.
- g) Un aspecto que llama la atención es que en el caso del Perú el único límite que se impone a la jurisdicción especial es el respeto de los derechos fundamentales de la persona, a diferencia de los casos de Colombia, Bolivia, Ecuador y Venezuela en los que dichos límites se basan en que el ejercicio jurisdiccional comunal no sea contrario a la Constitución y la ley, lo que significa que la regulación constitucional peruana respecto de la jurisdicción especial es mucho más óptima, dado que le otorga mayor autonomía.

6. Bibliografía

- ARAGÓN ANDRADE, Orlando. "Los sistemas jurídicos indígenas frente al derecho estatal en México: Una defensa del pluralismo jurídico". En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. Nueva Serie. Año XL. Número 118. p. 9 – 26.
- ARCE VILLAR, César Alberto. "Creatividad y Administración de Justicia en Comunidades de Huanta". *Revista Ideele*. No 106. Lima, abril 1998. pp. 48-51.
- BUSTAMANTE, Alberto. *Justicia Alternativa*. IELM. Lima, 1993. pp. 118.
- COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. *Gente que hace justicia*. CAJ. Lima, 1999, pp. 233.

- INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL – Departamento y Facultad de Derecho de la PUCP. *Manual del Sistema de Justicia*. Lima, Justicia Viva. Capítulo XIII. La jurisdicción de las comunidades campesinas y nativas, p. 255 – 270.
- IPAZ. *Núcleos Rurales de Administración de Justicia. Sistematización de Experiencias*. Autores varios. Ayacucho, 2000.
- NÚÑEZ PALOMINO, Germán. “Derecho y Comunidades Campesinas en el Perú” Centro Bartolomé de las Casas. Cusco, 1996, pp. 209.
- SÁNCHEZ BOTERO, Esther. *Los derechos indígenas en las constituciones de Colombia y Ecuador*, (<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6273.pdf>).
- UNSCH. *La Otra Justicia: a propósito del Art. 149 de la Const.* Autores varios. CED&S. Ayacucho, 1997, pp. 22.
- URQUIETA, Débora “De Campesino a Ciudadano: Aproximación Jurídica”. CBC. Cusco, 1993, pp. 182.
- YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. “Marco constitucional para la pluralidad jurídica”. Revista *Desfaciendo Entuertos*. Año 3. No 1. Lima, 1996, pp. 21-27.
- YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. “Reconocimiento Constitucional del derecho indígena y la jurisdicción especial en los países andinos (Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador)”. Revista *Pena y Estado* No 4. Buenos Aires. INECIP. Editorial El Puerto. (<http://www.alertanet.org/PENA-ESTADO.htm>).

LA DUCTILIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

MANUEL ESTUARDO LUJÁN TÚPEZ*

“El secreto de la paz está en el respeto de los Derechos Humanos.”

San Juan Pablo II

Resumen

El vertiginoso avance del tiempo, la tecnología y la comunicación masiva en las redes informáticas, nos obliga a reconocer que el conocimiento es expansivo y cada vez más universal. Los Derechos Humanos, más allá de las diferencias que podamos tener sobre sus notas características, su genética e incluso sus efectos; y a diferencia de las legislaciones locales que tienen cada vez más a especializarse y volver exhaustiva y totalmente delimitada su competencia, aquéllos se convierten cada vez más en razones fundantes del Sistema jurídico provocando validez a los actos, a los procesos y a los efectos que aquellos causan, solo si se les entiende dúctiles, es decir, capaces de llenarse de contenido en cada caso.

Palabras clave: Derechos humanos, derecho dúctil, principios, legitimidad, neoconstitucionalismo.

Abstract

The rapid advancement of time, technology and mass communication in computer networks, forces us to recognize that knowledge is expanding and increasingly universal. Human Rights, beyond the differences we may have about their characteristic features, and even genetic effects; unlike local laws which have increasingly specialized and comprehensive and fully enclosed back competence, those are converted each again in founding reasons of legal system causing validity to acts, processes and effects than those caused those, only if they understand ductile, that is, able to be filled with content in each case.

Keywords: Human rights, ductility law, principles, legitimacy, neoconstitucionalism.

* Juez superior titular y jefe de la Oficina Desconcentrada de Control de la Magistratura de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, doctor en Derecho, doctor en Filosofía del Derecho y doctor en Administración de la Educación y maestro en Derecho Constitucional y Administrativo, docente universitario de postgrado; autor de libros: “El Razonamiento Judicial” (2005) Lima: Gaceta Jurídica; “Filosofía del Derecho”; “El positivismo jurídico” (2005) Buenos Aires: Ediciones jurídicas argentinas; “Diccionario penal y procesal penal” (2013) Lima: Gaceta Jurídica.

Sumario

1.- Introducción. 2.- La teoría del conflicto. 3.- La teoría de las expectativas sociales. 4.- El derecho dúctil y el neoconstitucionalismo. 5.- El imperativo categórico. 6.- La casuística peruana. 7.- Conclusión. 8.- Bibliografía.

1. Introducción

El gran maestro argentino Germán Bidart Campos sostenía en vida que los Convenios y Tratados internacionales sobre Derechos Humanos forman un sistema normativo anterior y superior incluso al sistema normativo constitucional de cada Estado, lo cual por cierto, no es solo una afirmación histórica. La Constitución Política del Perú de 1979 contenía una norma explícita de ese contenido en el artículo 105¹. La Constitución Política actual tomó otro camino, no una regulación explícita sino una implícita. Y aunque existe opiniones contrarias, el profesor César Landa Arroyo² ha sostenido la hipótesis que compartimos que no es necesaria tal redacción, pues la naturaleza de los Derechos Humanos impone un reconocimiento *per se*.

Son razones eminentes, sostiene el profesor Joaquín Jiménez fundados en la dignidad humana³, que incluso diría yo, si existiera una constitución – obligatoria e ineludible, bajo la tesis kelseniana - que elimine los Derechos en el texto constitucional o más aún, que prohíba su imperio, aún en ese extremo los Derechos Humanos valdrían, pues así como se han acortado distancias por la tecnología de redes, así la humanidad ha empezado a generar un sistema de libertades cuyo ejercicio democratizado en el internet nos obliga a admitir que el progreso ha evidenciado que los Derechos Humanos o mejor dicho los Derechos de la humanidad son un conjunto de máximas que sobrepasan los Estados y los pueblos, e incluso las diferencias de persona a persona, y desconocerlos solo es una cuestión que poco a poco desaparecerá, por la eliminación de las fronteras, por ahora borradas cibernéticamente, a pasos de gigante las del mercado, pronto serán las de los derechos civiles y tal vez, no tan lejos, todo lo demás.

¹ Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución.

² LANDA ARROYO, César (2002) La aplicación de los Tratados internacionales en el Derecho interno y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, México DF: UNAM, 319 a 347.

³ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Joaquín (1998) La fundamentación de los derechos humanos. Los derechos humanos como derechos morales, España - Granada: Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho. núm. 1, UGR.

Así pues, incluso sin admitir que la finalidad de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, a guisa el primer Tratado sobre Derechos aprobado en el hemisferio; es la de reconocer la existencia de un cúmulo de libertades y derechos anteriores y superiores al Estado (Artículo 1º). La sola existencia del Pacto es la prueba más tangible que la humanidad desde hace buen rato ha iniciado una contraofensiva a la barbarie, a la violencia, al abuso o a cualquier forma de degradación del humano como digno.

Como prueba de ello, el Perú aprobó la Convención mediante Decreto Ley Nº 22231, ello significa que hasta un gobierno militar peruano tuvo que aceptar la valencia del contenido de Derechos. Y aunque existen muchas explicaciones a este fenómeno, la que más me gusta es que somos imagen de Dios, y como decía San Agustín nuestro corazón estará inquieto hasta que no descanse en él, de cuya imagen existimos.

La ductilidad de los Derechos Humanos no ha sido sino su más reciente presentación, y aunque no la única, genera desde hace un buen rato, la posibilidad de convivencia y gobernabilidad dentro de las diferencias, si se quiere en palabras simples: lo mínimo que nos hace iguales a todos.

2. La teoría del conflicto

Hoy en día es casi pacífica la doctrina que entiende que la Ley Fundamental de un país, o la Constitución es no solo una norma política sino también una norma jurídica, y más aún una norma abierta; y por ello, dúctil. Tal reconocimiento proviene hoy, tanto de la Academia como de la jurisprudencia.

Así por ejemplo lo contiene la Sentencia del Expediente No. 05854-2005-PA/TC - PIURA, PRECEDENTE VINCULANTE, Caso Pedro Andrés Lizana Puelles, del 8 de noviembre de 2005, *“El Estado Constitucional de Derecho supone, entre otras cosas, abandonar lo tesis según la cual la Constitución no era más que una mera norma política, esto es, una norma carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos, para consolidar la doctrina conforme a la cual la Constitución es también una Norma jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto. (...) Conforme a lo anteriormente expuesto, afirmar que existen actos de alguna entidad estatal cuya validez constitucional no puede ser objeto de control constitucional, supone sostener, con el mismo énfasis, que en tales ámbitos la Constitución ha perdido su condición de norma jurídica, para volver a ser una mera carta política referencial, incapaz de vincular al poder.”*

En comunión como lo reconoce la doctrina de fines del siglo XX, en que un fenómeno recurrente aparece entre varios pensadores de la Europa continental: empezaron a ver a la Constitución, no solo “como el programa de un proyecto determinado de vida en común sino más bien como la garantía de legitimidad para realizar las condiciones de la vida en común”⁴.

Pero si esta ecuación es en este día casi perfecta, cómo es posible que en el Perú, varias instituciones constitucionales básicas no sean aceptadas en la dimensión democrática que se requiere: El poder es utilizado con fines particulares, por lo que se convierte en abuso; las decisiones judiciales no se respetan decayendo su eficacia constitucional y acrecentando la desconfianza social en la administración de justicia; el respeto democrático de las decisiones es casi ilusión; la autoridad no es respetada por lo que permite el decaimiento de las instituciones y la anomía social. Y podríamos seguir con un largo etcétera, por lo que es necesario, volver al comienzo de la sociedad.

3. La teoría de las expectativas sociales

Si hay un misterio que a cualquier abogado le debe sorprender más, ese es el fenómeno social. Un abogado debe trabajar para mantener el orden social establecido mediante la realización de la justicia en defensa del derecho y por sobre todo del ejercicio libertario del derecho que le es inherente a todo ser humano, por el solo hecho de serlo. Entonces si comprende bien su vocación significa que el abogado o la abogada, si quiere cumplir su trabajo a cabalidad, deben hacer que prime la libertad individual aunque suponga el sacrificio de la convivencia social que precisamente le impone una barrera a la libertad que defiende. Algo así como “*Fiat iustitia, pereat mundus*” o sea, que se haga justicia aunque perezca el mundo.

La vida en sociedad implica muchas contradicciones. El primer signo de contradicción es que los hombres buscan ser felices y al mismo tiempo necesitan ser libres pero ocurre que la convivencia social requiere para supervivir precisamente la limitación a la libertad y muchas veces el sacrificio de felicidades menores en procura de una mayor felicidad. Es decir, si queremos vivir en sociedad debemos aceptar renunciar a la libertad y a la felicidad plena. O si se prefiere, dicho más románticamente, debemos renunciar a la libertad para ser felices. Pero ¿cuál es la medida de la renuncia que se exige?

⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo (2008). *El derecho dúctil*, traducción Marina Gascón, 5a. ed., Madrid: Trotta, pp. 5 y siguientes.

Jean Jacobo Rousseau (ROUSSEAU, 1999, pp. 4 a 5) sostenía que el hombre renuncia a su libertad natural con la que nace a favor del Estado y este la devuelve convertida en libertad civil, que por la voluntad general – una especie de demiurgo que todo lo hace posible – resulta ser idéntica a la libertad natural de la cual se renuncia y por ello el pacto social es perfecto.

Y aunque reconozco que la religión civil es una de las explicaciones más aceptadas por siglos, me resulta difícil de comprender que el acto más sublime del hombre en cuanto tal, aun y especialmente contando con su miserable egoísmo, sea un simple acto de dirección exterior. Y me gustaría colocar las cosas en proporción. Es decir, permítanme encontrar una respuesta más lógica para explicar el acto de renuncia, pues tiene que haber algo más que admitir una fuerza ultraterrena – y por cierto no divina, ya que no se trata solo de un teísmo – llamada voluntad general que nos hace renunciar al ejercicio de la libertad máxima.

Y digo máxima, porque la libertad sin límites es imposible⁵. Veamos, existe una limitación física pues nadie podría hacer aquello que no puede, por ejemplo atravesar una pared, entonces el ejercicio de su libertad se encuentra limitado por la naturaleza. También está limitado por la voluntad, puesto que ninguna persona puede hacer dos cosas incompatibles entre sí, por ejemplo si quisiera viajar a dos lugares distantes con un presupuesto que solo le alcanza para uno, tendrá que elegir, y ello supone que el ejercicio de su libertad se limita por las posibilidades que su voluntad le imponga, incluso en el extremo que la elección sea un mero capricho. Así que la libertad puede ser ejercitada máximamente pero no ilimitadamente.

Y volviendo a la pregunta ¿qué podría explicar que el hombre sacrifique su libertad que le es tan esencial solo por vivir en sociedad? Claro que las antípodas de la explicación podemos encontrar tanto la resignación como la inexorable persistencia del demiurgo. Sin embargo, ambas posiciones, precisamente por ser extremas poseen objeciones radicales.

Primero la resignación, significa que el hombre por su racionalidad ha llegado a la convicción que sus limitadas potencialidades no le permiten hacerlo todo y solo, pero tomando "*mutatis mutandis*" la crítica a la posición original o el velo

⁵ Jurídicamente hablando, el Tribunal Constitucional ha sostenido tal postura en diversas sentencias, por todas podemos citar como ejemplo el STC EXP. No. 00019-2005-PI/TC-LIMA, Caso prisión preventiva – Ley No. 28568 que modifica artículo 47° del Código Penal, del 21 de julio de 2005, FJ. 12 (...) como es doctrina reiterada de este Colegiado, ningún derecho fundamental es ilimitado.

de la ignorancia de John Rawls⁶ quien proponía que un Parlamento perfecto para una sociedad justa exigía que todos los representantes sociales sean en cantidad igual por cada colectivo, a lo que se requiere como segundo elemento que todos los representantes pierdan la memoria, así ninguno podría tomar posturas absolutistas. Pero ¿qué si hay un terco, alguien que se las juegue todas por una decisión fascista? Y ¿qué si todos fuesen tercos? El velo de la ignorancia reposa en que todos los desmemoriados, cuando deban proponer alguna postura al no saber a qué colectivo representa solo propondría medidas que favorezcan a todos o a muchos, o al menos evitaría propuestas que sean discriminatorias o sectarias, pero con un terco o con todos tercos, a cualquiera no le importaría ser el único que sufra con una medida fascista, igual la aprobaría. Lo mismo pasaría con la resignación, ya que tal posición supone que el humano ha concluido que hacerlo todo solo supone un inmenso esfuerzo que admite limitar su libertad con la finalidad que viviendo en sociedad todo sea más fácil, entonces, si alguien en alguna parte propusiera no resignarse, y liberarse aunque el precio fuese llenarse de Robinsones Crusoe, bastaría que uno solo se lo proponga en serio, para que tal acción se propague mundialmente, pero ocurre que la historia está llena de insurrecciones, es más la mayoría de ellas han concluido en emancipación: digamos la máxima expresión que conocemos de libertad porque concluye en la independencia de los pueblos colonizados, pero solo para fundar una nueva sociedad, con mayor libertad, pero igual con miles o millones de sujetos resignados, lo cual no tiene lógica, en especial si pretendemos que la solución a la sujeción y a la convivencia social sea un acto de racionalidad que es la resignación. Por lo tanto por *reductio ad absurdum* la resignación no puede ser la respuesta.

Luego la inexorable persistencia del demiurgo. Con la misma convicción en la imposible existencia del universo sin Dios. También considero que un sistema de perfección creado es imposible si dotas al hombre de libertad solo para que renuncie a ella, si para Dios no fuera indispensable respetar tal libertad. Por lo tanto considerar que los hombres vivimos en sociedad, porque habiendo sido hechos para ello, por la voluntad del demiurgo, resulta inútil que no tenga la misma potencia como para hacerlos dóciles, sino que son hechos con libertad a la cual renuncian a favor del Estado, que les devuelve la misma libertad pero convertida en civilidad o ciudadanía que por voluntad del demiurgo es idéntica a la libertad natural con la que los hombres nacen. Entonces, el demiurgo mismo, atenta contra la navaja de Ockam: *essentia non sunt*

⁶ RAWLS, John. *La teoría de la justicia*, 6ta. Reimpresión, México: Fondo de Cultura Económica, 2006, pp. 171 a 176.

*multiplicanda praeter necessitatem.*⁷ Pues si aceptamos la existencia de un demiurgo que modela la sociedad, aunque le llamemos como Rousseau: voluntad general, resulta absurdo que haya dado libertad al hombre si lo iba a ser social, así que aunque es algo milagroso – y a priori no lo descarto – no resulta coherente. Puesto que si lo podía hacer social, a pesar de la libertad, no hubiera sido más simple hacerlo sin libertad. Por lo tanto, también por reducción al absurdo, esta respuesta tampoco es posible de admitir.

Descartadas las antípodas cualquier respuesta es posible entre ellas, no pretendo agotar estas páginas desarrollando las demás posibilidades. Así que abreviemos: una respuesta posible es la teoría de las expectativas sociales.

La hipótesis de las expectativas sociales nace hace mucho, no exactamente cómo se las explicaré pero encontramos mucho sobre ello en la psicología social⁸ que define la expectativa social de la siguiente forma:

“En todos los grupos sociales, la tradición cultural asigna normas de comportamiento a las que espera que se adapten sus miembros. Generalmente implícitas, estas normas imponen códigos de conducta que no es fácil rehuir, por ejemplo, el que una mujer deba tener gestos delicados o que si la familia de una persona es adinerada, entonces esa persona debe vivir en una casa lujosa. Lo que empieza como una imitación por parte de los hijos de lo que hacen sus padres se convierte en su propio modo de ser. Esto quiere decir que las personas adquieren un rol a partir de los demás, y acaban creyéndolo propio. Se puede decir entonces, que somos lo que los demás esperan que seamos.”

Partiendo de estos conocimientos mi propuesta nace en el milagro del primer venado. Pero antes me gustaría exponer la hipótesis como la entiendo. Los humanos son plena y totalmente libres, es decir los humanos pueden de hecho hacer todo aquello posible (dentro de los límites físicos y volitivos) y por ello pueden incluso dejar a un lado su libertad. Pero obviamente, debe existir una explicación igualmente racional para que los humanos que pueden ser libres, quieran dejar de serlo. Una renuncia tal, solo puede ser explicada por un bien mayor. Y ese bien mayor es la felicidad. Es decir, la fuerte convicción que viviendo en sociedad será posible alcanzar la máxima felicidad posible, incluso admitiendo que la felicidad plena – terrenalmente hablando es imposible – la máxima felicidad incumbe todas aquellas expectativas que su libertad le

⁷ Guillermo de Ockam sostenía que lo esencial no debe multiplicarse más allá de lo necesario.

⁸ IGLESIAS, Raúl, (2015). “El poder de las expectativas sociales: El efecto Pigmalión”, en *Curso de Psicología Social*, pp. 5 a siguientes, consultado el 06 de febrero de 2016 en http://www.psicologoescolar.com/ORIENTACIONES_GRATIS/114_lo_que_el_efecto_pigmalion_nos_enseña.htm

permitiría alcanzar, pero que en soledad o mejor aún con todos pretendiendo alcanzar la misma libertad, resulta inalcanzable. Por lo tanto reconociendo que todos tenemos las mismas expectativas, el humano racionalmente concluye lógicamente que renunciando a parte de su libertad que espera todos renuncien, permitiría que todos alcancen las expectativas deseadas, que solo pueden existir gracias a la mutua renuncia, generando una expectativa común que se conoce como expectativa social.

Para alcanzar este estado de eficiencia, requiere por cierto un acto de racionalidad, pero al mismo tiempo un acto de esperanza. La razón nos permite concluir que somos limitados que la libertad sin límite es imposible. Pero también nos permite inferir que todos somos igualmente limitados e igualmente expectantes de una libertad máxima. Esperamos que siendo todos iguales, en un punto determinado de ensayo y error los humanos podemos concluir igualmente en la misma respuesta: cedo para ganar. A partir de ese mutuo reconocimiento de la limitación y de la imposibilidad de la máxima libertad, es que logramos fundar el Estado, renunciando al poder absoluto. Por supuesto, este acto de generosidad que expresa la máxima humildad del humano, no puede ser un acto casual y menos un movimiento dirigido, porque entonces deja de ser humano.

Para llegar a alcanzarlo necesitamos remontarnos muchas centurias atrás al comienzo de la humanidad, no importa cuál sea la filosofía que domine tu vida, si quieres puedes pensar que evolucionamos al punto que fue el Cromagnonense el que venció en la cadena evolutiva, si prefieres que vinimos en alguna criogénica roca del espacio exterior, o sino acompáñame en admitir que solo un ser perfecto, vital, motor, esencia nos causó: Dios.

No quisiera discutir aquí como llegamos, ese es un tema más largo y necesita más vida para desarrollarlo. Partamos de lo que coincidimos, en un momento determinado la humanidad empezó. Pero ¿qué nos hizo renunciar al poder absoluto? Por cierto no ha sido una renuncia lineal, aún existe la esclavitud, la trata de personas, la soberbia, la pedantería, el chovinismo, la discriminación, la canallada de actuar mal y encima increparle al que está de la otra orilla y muchas otras enfermedades del alma que nos recuerdan que la renuncia primitiva debe ser actualizada, y requiere un acto de sublime armonía y por cierto un acto de agudeza intelectual algo así como lo que decía el psicoterapeuta argentino Jorge Bucay *"El verdadero amor no es otra cosa que el deseo inevitable de ayudar al otro para que sea quien es"*.

Para alcanzar este nivel de grandeza, necesitamos una dosis de imaginación y una doble dosis de lógica. Cuando el primer humano estuvo en la tierra, probablemente con otros humanos, es casi seguro que el primer apetito que haya tenido sea hambre. Entonces, no importa mucho como lo haya logrado, aunque colabora mucha en el razonamiento pensar que utilizó su intelecto para cazar. En ese momento mediados del Pleistoceno del cuaternario estaba a punto de extinguirse la megafauna del Pleistoceno, digamos para no ser exagerados que el ser humano logra cazar un becerro de venado. Para ponerlo en perspectiva antes de extinguirse – precisamente a causa nuestra – y escojo un cérvido, para no mencionar al Mamut que sería más difícil de cazar. Bien, antes de su extinción el Megaloceros Giganteus o si prefieren alce irlandés, media en promedio 3 metros de largo y 2,5 metros de ancho, pesaba 750 kilogramos, digamos que un hombre promedio parado podía acariciarle la panza.

En aquel entonces la comida no se cocía, por lo que la digestión de carne cruda era más lenta, así que si con buen apetito podemos pensar que comemos un kilo de carne cocida, si solo estuviera asada al fuego, tal vez no lleguemos ni a 500 gramos, en un día. Ahora pensemos en comer algo más de media tonelada, incluso sin los huesos ni el cuero, resulta imposible pensar que un solo humano haya podido acabar con un becerro de ciervo gigante.

Así que el cazador solitario tiene una de dos opciones, saciar su hambre lo más que puede y luego abandonar el resto de la presa o quedarse con la comida para consumirla de a pocos. La primera respuesta puede ser si pensamos que existe abundancia, pero ocurre que las glaciaciones están acabando con la megafauna y abandonar una presa no sería la respuesta más inteligente.

Pero quedarse con ella implica varios problemas, primero están los otros cazadores, y en ese tiempo no había muchos sitios para ocultar una presa tan grande, sin mencionar cómo trasladarla, segundo están los otros predadores naturales que al olor de la sangre llegarían pronto y por último está la capacidad de respuesta del hombre haciendo digestión, porque al igual que ahora tendría somnolencia. Es imposible pensar que el humano se quedará despierto y alerta todo el tiempo para cuidar su presa. Entonces, puede luchar con los otros cazadores con poco éxito en la batalla, o negociar una salida pacífica pero más eficiente. Compartir la presa, a cambio de poder (Autoridad), a cambio de una recompensa alternativa (Trueque), a cambio de organización (distribución de la riqueza). Entonces compartir “a cambio de”, permitió el nacimiento de la humanidad, si se prefiere de la sociedad humana, en ese acto de inteligencia de reconocer que la limitación solitaria no le permitiría la

sobrevivencia, pero la convivencia sí le permitiría la tranquilidad. El humano aprendió que la renuncia no tiene que ser entitativamente nociva sino que puede ser utilizada para alcanzar la seguridad que su limitada humanidad no le permitía. Ese primer venado le enseñó que todos tenemos la misma expectativa vital, pero que si todos la pretendemos actualizar, todos perdemos, solo renunciando todos a todo, podemos alcanzar todos colmar la misma expectativa que compartimos. Entonces la sociedad nace de un acto de esperanza. Pues todos esperamos que los demás se comporten de la misma manera que uno y que todos concluyan que la única manera de ser lo más felices posible, es renunciando a ser ilimitadamente libres, que por cierto, ni en el estado natural lo podríamos ser.

Y para no contradecir del todo al eminente Aristóteles y su "*homo zoopolitikos*". Incluso admitiendo que el primer paso gregario es natural. La persistencia en lo gregario, es decir el constante renovar el pacto social, tiene que ser un acto racional; pues, resulta imposible admitir que un ser pensante que recibe constantes mensajes para alejarse de la sociedad (inseguridad, discriminación, egoísmo, envidia, frescura, etc.) siga siendo gregario a pesar de todo. La única explicación lógica es que la caja de Pandora aún permanezca con el último bien no liberado por su curiosidad⁹ (HESIODO, 2003, 56 a 69) encerrado por la misericordia divina: La esperanza de alcanzar la expectativa de felicidad.

La suma de todas estas expectativas individuales genera las expectativas sociales, lo que finalmente nos permite ser Nación, al identificar que cada humano que le rodea, en especial los más cercanos comparten la misma expectativa. Entonces, la sociedad se revitaliza y nace cada día nueva, con la actualización de ese reconocimiento racional, y por ello si queremos seguir existiendo como grupo social organizado (o sea como Nación) lo que debe protegerse es la consecución real de la expectativa, y para ello, la sociedad ha inventado los roles sociales que van permitiendo alcanzar expectativas comunes que a la postre permiten la expectativa de felicidad.

⁹ Según el mito griego, Zeus hizo a Pandora como compañía para los hombres y en compasión por el castigo de la partición al haber sido cómplices de Prometeo para robar el fuego de Hefestio. Todos los dioses le dieron alguna gracia a Pandora, pero Hefestio que seguía molesto le dio la mentira y la falacea. Zeus entonces le dio una caja de cedro en la cual guardó todos los bienes y gracias y también todos los males y desventuras, y la dejó en la tierra con los hombres, con la expresa indicación que no abriera la caja por ningún motivo. Por supuesto, como una invitación, fue lo primero que hizo, y por eso todos los bienes y todos los males le ocurren a los hombres, pero justo antes que la caja quede vacía Zeus la cerró, dejando adentro al último bien: La esperanza.

Entonces, y no por venganza, se explica que toda conducta contraria a la expectativa (independiente del móvil) sea sancionable. El móvil intencional agrava la sanción pero su ausencia no la elimina. Y en esa proporción también aparece el grado de sanción que puede ser civil, religioso, administrativo, social, política o penal.

Es inevitable consentir que el Tribuno alemán Gerhard Leibholz tenía razón cuando dijo: *“La libertad genera inevitablemente desigualdad. Cuanto más libres son los hombres, tanto más desiguales”* (LIEBHOLZ, 1963, p.25) Por ello, con mayor fuerza afirmo que la convivencia social no puede ser sino un acto racional, por el cual se renuncia a la máxima libertad con el fin de alcanzar la expectativa de felicidad que todos compartimos. Aunque claro siendo un acto de esperanza, más que de fe racional como lo pretendía Rousseau, no existe la seguridad plena de su realización, sin embargo, está inversamente relacionada con aquella, mientras más renuncien al máximo ejercicio de libertad, más humanos potencialmente felices existen.

Este acto de racionalidad o mejor dicho – parafraseando al Profesor Joaquín Jiménez – este acto de razonabilidad pasa por cuatro estaciones, según el menester de aspiración que el humano alcance, y valga decir ello, no todos alcanzan el último grado de madurez pues está relacionado con la madurez emocional y no con la madurez racional. Vinculado esencialmente como lo sostenía el eminente Carlos Cossío en su “teoría egológica” al desarrollo del “yo”. El primer descubrimiento del hombre es precisamente “su yo”, es la madurez del niño, cuando nos descubrimos independientes del mundo, por eso es “mi mamá”, “mi pelota”, “mi perro”, “mi casa”. Aparece la primera expectativa que podemos llamar la *expectativa social primordial* en la que nos conducimos a vivir juntos como nación. Esta expectativa la comparten todos los colectivos primarios: regionalismos, fascismo, terrorismo, crimen organizado, etc. en este entorno la máxima aspiración del hombre es cumplir un rol social primordial consistente en vivir en paz, defender al grupo y mantener la cohesión, no se requiere aspirar demasiado, más que a conseguir las condiciones básicas para la subsistencia, admitiendo la mínima renuncia del ejercicio libertario que es la sujeción a la autoridad, por cierto, mientras esta mantenga la hegemonía del poder. Es precisamente en esta estación que aparece el *Estatuto social*, que es el Pacto social original: vivir en grupo, pues el grupo me permite la subsistencia, y por tanto, el proyecto vital se reduce a sobrevivir cada día.

Dígase de paso que la idea del Estatuto social, en contrario del Estatuto natural. Ese modo angélico de perfección y armonía en que todos – sin la carga de la

concupiscencia – lo podíamos todo porque lo teníamos todo, sea solo un punto escatológico de referencia. El estatuto social es el conjunto de reglas, prerrogativas, derechos y obligaciones que permiten la realización binaria, tanto del ser humano en su aspiración primordial como de la sociedad en su génesis. Como todo estatuto, marca los accesos y salidas, así como las sanciones por el incumplimiento de las reglas, fijando los límites para todos los que deben compartir dicho Estatuto. Así con mayores condiciones el Estatuto social se eleva, con mayores cargas, hasta consolidar el Estatuto funcional, como categoría o condición de actuación pública que recibe el personal al servicio del Estado, (Funcionario o servidor cualquiera sea su vínculo contractual) con la finalidad que su manifestación se convierta en voluntad pública, expresa, ficta o manifiesta. El estatuto funcional lo compone el acceso, los derechos, deberes, responsabilidades e impedimentos a que están sujetos, así como el personal que se encuentra excluido del estatuto: los trabajadores de empresas del estado y sociedades mixtas.

Las otras dos estaciones de la evolución psicológica del humano radican en el descubrimiento del “otro”, involucra la madurez del adolescente, que puede compararse a compartir el pan. Mientras en el primer descubrimiento “el yo” en que el pan se lo come enteramente el descubridor porque es “su pan”. En el descubrimiento del “otro” comparte el pan con él, es posible que inicialmente sea en un 90/10 o tal vez en el mejor de los casos 70/30 hasta alcanzar el Pareto eficiente de 50/50, que supone ya una madurez juvenil. En esta estación existen dos niveles, primero la *expectativa social básica o general* en la que fundamos la sociedad que crece como unidad familiar, luego institucional, y por último, política; la máxima aspiración en este nivel es cumplir el rol político básico realizando la expectativa de fundar una familia, transitar, educarse, expresarse, sufragar, por ello en este nivel se engendra la ciudadanía como parte del *Estatuto civil*, que desde luego comienza desde la familia, en donde la ciudadanía familiar se alcanza cuando los hijos son considerados para las decisiones básicas: dónde ir de viaje, dónde vivir, etc. hasta que la fuerza de la convivencia permite la aparición del grupo idiosincrático que evoluciona finalmente en el Estado, que posee el patrimonio exclusivo y excluyente del poder.

Luego aparece la *expectativa social especial* en la que no solo nos contentamos con vivir en grupo para lograr el 70% del pan, sino que la madurez racional impele a considerar que vivir juntos es la única manera de ser más feliz, por lo que se busca alcanzar la plenitud del desarrollo en el grupo, en este nivel superior cumplimos el rol social especial consistente en realizar una función social

colectiva con fines de riqueza: Trabajar, comerciar, transportar, fundar empresa, ya no solo el proyecto de vida consiste en vivir, sino en tener una vida mejor para lo cual es indispensable elemento: la riqueza, para lograrlo, el ejercicio de la libertad se renuncia a favor del imperio de la voluntad del otro, que para ser perfecta, tendría que ser por el bien del renunciante. Así por ejemplo, el pasajero renuncia a su libertad ambulatoria al subir al taxi, al bus, a la combi, a la mototaxi, pues es el conductor el que lleva al pasajero por caminos que no define, incluso poniendo en riesgo su seguridad si es más veloz, o se trata de un conductor con muchas infracciones, riesgos que el pasajero se permite porque es más rápido el motorizado que el camino pedestre. O el comensal renuncia al ejercicio libérrimo de su salud al ingresar a un restaurant o un bar, es el chef quien elige los ingredientes, aunque se pone en riesgo la salud, pues la despensa la elige el comerciante, mientras el comensal no tiene dominio de la frescura de los comestibles, o la salubridad de la cocina, menos del aseo de los utensilios. En ambos ejemplos, existe el riesgo vital, pero se admite a cambio de la riqueza, porque esta nos permite una mejor vida que solo la manutención. En contraprestación la sociedad organizada exige el tributo para el sostenimiento del Estado, apareciendo el *Estatuto público administrativo*, en el que el ciudadano del Estatuto civil posee obligaciones y límites para el ejercicio de su libertad como sujeto de la Administración Pública.

En el grado más alto, del descubrimiento humano en su evolución psicológica aparece “la humanidad” y para seguir con la metáfora del pan en la madurez del adulto, el humano llega a la capacidad de desprenderse totalmente del pan con la finalidad que los demás puedan comer. Este grado de generosidad o desprendimiento, solo entendible desde una visión Paulista del amor, comparable para no poner a Nuestro Señor Jesucristo, a la longanimidad, altitud, profundidad o amplitud del amor de madre. En este último nivel la *expectativa social especial* exige al humano contribuir al desarrollo grupal, realizando el rol político especial, es decir, la realización de la vocación pública, el grado de nobleza de las profesiones de servicio, en el que ocupa su centro la función pública con fines de satisfacer las necesidades de los demás, bajo la prerrogativa de concreción del bienestar de todos, en que se manifiestan los actos de Educar, gobernar, curar, servir. La aparición del *Estatuto funcional* es no solo la máxima expresión de la renuncia, también es la máxima aspiración de la expectativa, pues el humano espera una calidad de vida mayor. Aunque por cierto, como está directamente vinculada a la madurez emocional no siempre es fácil alcanzar la realización de esta última etapa de evolución.

Bajo esta comprensión final los Derechos Humanos son casi indispensables, sin embargo exige un largo camino por recorrer, en especial si pretendemos aplicarlos armónicamente, ello supone reconocer su ductilidad.

4. El derecho dúctil y el neoconstitucionalismo

Para el profesor italiano Gustavo Zagrebelsky¹⁰ la mejor característica que describe hoy el Derecho en especial el Constitucional es su “ductilidad”, pues facilita los fines de unidad e integridad al posibilitar la coexistencia de valores y principios diferentes en un mismo sistema jurídico. La ductilidad es la característica del Derecho que permite adecuar la norma jurídica a cada situación concreta, hallando la interpretación que fuera más compatible con la optimización de los derechos de todos, de tal manera que consigue evitar que la Constitución se haga incompatible con la base material pluralista de nuestras sociedades esencialmente democráticas, fijando los presupuestos de convivencia, los principios sustanciales de la vida en común y las reglas del ejercicio de poder.

Hablamos entonces de un Constitucionalismo de principios, más que un Constitucionalismo descriptivo o un Constitucionalismo reglado un auténtico “*Diritto mitte*”¹¹ o mejor un Derecho pluralista que está en constante hacerse. Ahora bien, hablar de un Constitucionalismo de principios, importa admitir que tras el legalismo jurídico y la codificación del decimonónico en el Estado de Derecho, a la que le acompañó el Constitucionalismo del vigésimo en el Estado Constitucional de Derecho; le sigue el “no positivismo principista” del siglo XXI en lo que llamaremos el Estado nomoárquico del Derecho en una visión neoconstitucionalista.

La doctrina de la Europa continental conocida como neo constitucionalismo que posee ahora varios defensores, y que tiene como su profufundador yo diría a Carl Schmitt con su “*Nomos de la tierra*”¹², nace como la necesidad básica de los pueblos europeos por unificarse en una nación y de alguna manera evitar el desangramiento fraticida alimentado durante siglos por la codicia de los

¹⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo (2008). *El derecho dúctil*, traducción Marina Gascón, 5a. ed., Madrid: Editorial Trotta, pp. 9 a 14, 122 a 124.

¹¹ La doctrina del *Diritto mitte* nace en Italia que considera al Derecho no como un dato (hecho) sino como un camino o un proyecto (por hacerse) donde convergen innumerables exigencias planteadas por principios a veces en las antípodas de la reflexión incluso con apariencia contradictoria, solo así, en una diferencia tan grande de nacionalidades permite la convivencia de una misma comunidad estatal.

¹² SCHMITT, Carl (2003). *El nomos de la tierra, en el Derecho de Gentes del Ius Publicum Europaeum*, Granada: Comares.

gobernantes o mejor aún de los poderosos, y eliminar el látigo de la guerra, en especial de las dos últimas guerras mundiales. Pero cómo puede ser posible, siendo Europa tan diversa con diferentes culturas, lenguas y razas – entiéndase pueblos. La respuesta próxima nace de la pluma de Luis Prieto Sanchís, Luigi Ferrajoli, Mauro Barberis, Mauro Cappelletti, Pietro Comanducci, *“haciendo que la norma jurídica sea interpretada antes de volverse condicionante y por tanto antes de aplicarse establecer las posibles consecuencias, eligiendo aquella que mejor proteja los Derechos Humanos, y si varios en juego aquel que en el caso concreto deba prevalecer”*; ello nos obliga a no descartar ningún postulado o principio a priori, así como a tolerar las diferencias que pueden convivir mientras respeten el imperativo categórico. Por cierto no es una doctrina fácil de admitir, menos aún en una cultura ultra positivista como la nuestra.

El neoconstitucionalismo posee algunos principios básicos: el alcance privilegiado y prevalente de los Derechos Humanos, la omnipresencia de los Derechos Humanos, la interpretación de la ley y la conversión de esta en condicionante de conducta a partir del constructivismo. Me gustaría solo enfatizar esto último, ya que todo los demás parece más obvio: en cualquier Estado existe un legislador o si se prefiere una fuente de disposiciones jurídicas, no obstante cualquiera sea su denominación (ley, acuerdo social, sentencia, dogmática, costumbre, jurisprudencia) todas ellas son finalmente informaciones, cuyo destinatario elige si las considera significativas o no, como en cualquier acto comunicativo¹³ por lo tanto para que alcance el carácter de condicionante de la conducta no es suficiente con que estén promulgadas sino que el destinatario tiene que aceptar su validez y mejor aún actuar conforme a ellas, solo entonces hablamos de la existencia de norma jurídica, mientras ello no ocurre podrá ser solo una fuente de norma jurídica, una referencia, una sugerencia de actuación, una sugerencia legal de actuación, pero no un imperativo.

Bajo esta comprensión de Derechos Humanos fundantes y privilegiados, además de plurales, nos obliga a reconocer en principio su naturaleza principista o nomoárquica, tal como lo dice Robert Alexy *“los derechos humanos tienen naturaleza de principios y los principios son mandatos de optimización que en su efectivo cumplimiento poseen grados de cumplimiento los cuales dependen de las posibilidades reales y jurídicas que evidencian su concreta existencia”*¹⁴. Pero al

¹³ HABERMAS, Jürgen (1987). *La teoría de la acción comunicativa*, Madrid: Taurus; (2002) *Verdad y justificación*, Madrid: Trotta.

¹⁴ ALEXY, Robert (2002). *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

mismo, tiempo en oposición a la doctrina alexyana del conflicto de principios o derechos, posee dos características en ellos y en los principios que los estructuran. Su dinamismo y la ausencia de jerarquía estática, ambas variables por cierto no son excluyentes sino convergentes entre sí. Así pues, abandonando la antigua tesis que los principios son estáticos con un contenido preestablecido en la Ley o mejor en la Constitución, y que poseen una jerarquía intrínseca consecuente, por ello bajo esta premisa es inevitable hablar de colisión de principios y por ende del obligado ejercicio de la ponderación. Sin embargo, entenderlos como dinámicos, la interpretación mejor tiene que ser "dúctil" es decir aquella que permita la pacífica existencia de todos los Derechos Humanos, aunque claro, el alcance de algunos puede ser privilegiado en algunos casos, mientras que en otros será recesivo, pero jamás se aniquilaría, como lo concebía el maestro argentino Germán Bidart Campos, (BIDART, 1989, pp. 365 a 372) en donde juegan un papel mediador los principios¹⁵.

Tal como lo expuso el Profesor Karl Larenz¹⁶ "...no se trata de enunciados cualesquiera, sino de prescripciones que han de obedecerse, de pautas de juicio prescritas, brevemente: de normas. El legislador que promulga una ley, o más exactamente que pretende regular un determinado sector de vida por medio de normas, se deja guiar al respecto por ciertas intenciones reguladoras y por consideraciones de justicia o de oportunidad... al "aplicar" la norma se trata siempre de una valoración es algo que ciertamente no se manifiesta como el supuesto de hecho de la norma está formulado en conceptos fácticos libres de valoración, bajo los cuales puede ser "subsumido" el hecho enjuiciable mediante un procedimiento lógico. Un tal procedimiento requiere la comprobación... que todas las notas distintivas que forman el concepto han de encontrarse en el hecho enjuiciable. Si esta comprobación puede lograrse, entonces se sigue de ello, conforme a las reglas de la Lógica, que el hecho cae dentro del concepto...".

Entender a los Derechos Humanos como dinámicos, plásticos, dúctiles, es afirmar que los principios y los Derechos Humanos mismos poseen solo una referencia, un anclaje en la Constitución o en los Tratados que sobre esas materias se han escrito, pero en modo alguno los limita, al punto que ni siquiera deben estar por escrito para ser exigidos, como el caso del derecho a la verdad, al agua potable, a la ejecución de la sentencia, a la proscripción del

¹⁵ BIDART CAMPOS, German (1989). *Teoría general de los Derechos Humanos*, México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.

¹⁶ LARENZ, Karl. (1994). *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona: Editorial Ariel S.A., pp. 203-205.

estado de cosas inconstitucionales; bajo ese sino su contenido y su posición en el caso concreto, depende de éste, del contexto, de las condiciones de su ejecución; y si forman una jerarquía será casuística y esta eventual como en el modelo de Rudolf Stammler¹⁷.

5. El imperativo categórico

Ahora bien, la mayor objeción a este modo de pensamiento es la arbitrariedad, la inseguridad, la pérdida de la soberanía y el temor al capricho del Juez. Ya que no teniendo un contenido estático los Derechos Humanos, puede encontrar cualquier argumentación para justificar el abuso, la ilimitada discrecionalidad y hasta la inseguridad. Para contestar esta objeción, debemos partir del reconocimiento que tal postura posee un axioma falso, que es la pretensión ontológica del derecho, que es considerar que los Derechos humanos escritos generan limitación y seguridad.

En segundo lugar, es desconocer que la posición ontológica del Derecho es huérfana si no se afina en el tomismo radical de la escolástica media, de la ley humana, escrita o positiva como reflejo de la ley divina o al menos de la ley natural. Posición que además resulta solo posible desde la revelación o el iluminismo casi diría panteísta. Pues para estar seguro que una determinante jurídica (digamos el Derecho Humano) es de tal manera y no de otra – dogmática absolutista – se debe tener la absoluta certeza de la identidad del Derecho Humano definido con la Ley divina o al menos con la Ley natural, y ese conocimiento solo es propio de Dios. Me temo que tal certeza desde una postura laica o mejor dicho, desde una textura plenamente humana, piénsese por ejemplo del Derecho Humano a la legítima defensa, de radical oposición a la Ley divina del amor, donde el perdonar a los que te odian e incluso no levantar la mano contra quien te ofende, no tendría argumento defensivo alguno.

Los Derechos Humanos primordiales o los principios fundantes del Estado, son – y es bueno que así sea – conceptos jurídicos indeterminados: como la dignidad, la persona humana, o la no discriminación. Precisamente, su condición de validez omnicomprendensiva radica que sean indeterminados. Precisamente como lo enfatiza Chaim Perelman¹⁸ si una ley pretende vocación universal debe ser general, de tal suerte que su longevidad está inversamente

¹⁷ STAMMLER, Rudolf (1970). *Teoría del Derecho justo*. Traducción de Enrique Martínez Paz, Madrid: Editorial Reus S.A., pp. 231 a 248.

¹⁸ PERELMAN, Chaim (1979). *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid: Editorial Civitas.

proporcional a la especificidad de sus términos, de esta forma las normas más generales tardan muchos años en modificarse o ser derogadas.

La misma Constitución reconoce que las leyes deben ser expedidas por la generalidad de las cosas y no por la diferencia de personas, el ejemplo del “perro doméstico de Perelman” baste como demostración. De otro lado, tampoco puede ser desconocido que la moral ha migrado hacia el interno, como lo reconocen Atienza o Habermas¹⁹, y más que eso que el principio pro hominem sea un paradigma constitucional.

Una relectura a Kant nos obliga a redefinir el imperativo categórico y sus cuatro formulaciones: a) Actúa siempre de tal manera que la máxima o el fin de tus actos pueda convertirse en principio de legislación universal; b) Actúa de tal forma como si la máxima de tu conducta debiera llegar a ser por medio de tu voluntad una ley natural general; c) Actúa siempre de tal modo que no trates la naturaleza humana, ni en ti ni en los demás, como un medio, sino como un fin en sí mismo; y d) No realices ninguna conducta con base a otra máxima, más que con la que pueda existir la posibilidad que pueda llegar a ser una ley general²⁰. Es decir, no como reglas de derecho en sí mismas, sino como normas principio, es decir, condiciones de existencia para que una regla de derecho pueda ser tal y aplicarla al caso concreto, o si se prefiere en palabras de Dworkin criterios de validez o mejor las condiciones de optimización en términos de Alexy.

Por lo tanto, el imperativo categórico nos exige mirar al Derecho como el condicionante necesario de la paz y la felicidad humana, siempre que funcione y se comporte como tal. Prefiriendo interpretaciones o aplicaciones que optimicen el ejercicio de la libertad, con fines humanistas o apreciables, descartando las posiciones que impongan condiciones formalistas, odiosas, maléficas o perversas, bajo la textura jurídica en cada caso concreto. Por supuesto, ello supone dejar de lado la postura positivista de un derecho “independiente de la moral”, hacia un derecho moralizado, en el cual las Constituciones y los Tratados sobre Derechos Humanos reconozcan una “moral universal” entendida como el mínimo común irrenunciable, no tanto la cultura idiosincrática grupal o las condiciones de buen humano que por cierto varían de grupo a grupo, sino principios de justicia ineludibles para la libertad,

¹⁹ ANGULO LÓPEZ, Geofredo (2014) La ductilidad como núcleo esencial del derecho: La reforma al Artículo 1º de la Constitución Mexicana, en Revista de estudios Jurídicos No. 14/2014 (Segunda época) ISSN 2340-5066, España: Universidad de Jaén, pp.3-6.

²⁰ KANT, Immanuel. (1974) Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Frankfurt/Main: Suhrkamp, p. 51-82.

al estilo de John Rawls “bajo el velo de la ignorancia, si un Parlamento ideal tuviera que decidir sobre leyes generales, si bien no sabremos estaremos seguros si se aprobarán todas las propuestas, podemos afirmar sin temor a error, que definitivamente las violentas, odiosas y discriminatorias no se aprobarán, pues ninguno sabría si éstas les van a afectar”²¹.

6. La casuística peruana

El Perú y concretamente el constitucionalismo y los Derechos Humanos exhiben varios casos de ductilidad, de modo expreso la Sentencia del Tribunal Constitucional STC 1776-2004-AA/TC-LIMA, Caso Víctor Augusto Morales Medina, del 26 de enero de 2007, en que resolviendo un caso de libre desafiliación del sistema privado de pensiones en el momento que no existía legalmente tal posibilidad, declara Fundada tal posibilidad, precisamente utilizando a los efectos un derecho a probar entendido de manera dúctil, apartándose del formalismo del onus probandi del artículo 196° del Código Procesal Civil y reconociendo la posibilidad de la carga probatoria dinámica, como aparece en el fundamento 50.b.

“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 esta arroja consecuencias manifestamente 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

²¹ RAWLS, John. *La teoría de la justicia*, 6ta. Reimpresión, México: Fondo de Cultura Económica, 2006.

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.º 26636) e impugnación de pago de tasa en tributación municipal (sentencias recaídas en el Expediente N.º 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).

En el caso concreto del retorno, serán el Estado y la AFP los que deberán probar que informaron correctamente a cada grupo de afiliados que se adscribieron al SPP. En el procedimiento será la AFP la que establecerá, en primer lugar, si informó bien o mal, aunque es muy difícil que ella misma acepte tal responsabilidad. Por su parte, la SBS, con mayor grado de independencia, por no participar del sistema pensionario directamente, sino únicamente a través de la supervisión, sí estará en capacidad de determinar la falta de quien corresponda. Pero por la naturaleza de sus funciones no estará en capacidad de fijar el grado de información existente en el ámbito pensionario, toda vez que la existencia de una información asimétrica requiere ser probada y analizada por un organismo especializado sobre la materia.”

Otras referencias expresas aparecen pero en los votos singulares del Magistrado César Álvarez Miranda fundamentando su voto en discordia en la Sentencia STC del Expediente No. 01711-2014-PHC/TC-LIMA, Caso Víctor Polay Campos, Peter Cárdenas Schulte, Óscar Ramírez Durand y Miguel Rincón Rincón, del 08 de abril de 2014 y del Magistrado César Landa Arroyo fundamentando su voto a favor en la Sentencia STC del Expediente No. 05027-2008-PC/TC-LIMA, Caso Asociación Aurora Vivar, el Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán, la Asociación Demus Estudio para la Defensa de los

Derechos de la Mujer, la Asociación Movimiento El Pozo, el Movimiento Manuela Ramos, doña Elva María Jara Salas y doña Betsey Cecilia Valdivia López, del 30 de junio de 2010.

Otras aplicaciones indirectas aparecen en varias sentencias, como la Sentencia STC 2488-2002-HC/TC – PIURA, Caso Genaro Villegas Namuche que protege el derecho a la verdad como Derecho Humano, del 18 de marzo de 2004, que en su fundamentos 8 a 20 justifican la existencia real del Derecho a la verdad aunque no tenga reconocimiento expreso en la Carta Fundamental escrita: *“el derecho a la verdad, aunque no tiene un reconocimiento expreso en nuestro texto constitucional, es un derecho plenamente protegido, derivado en primer lugar de la obligación estatal de proteger los derechos fundamentales y de la tutela jurisdiccional.”*

O la misma Constitución de 1993 repudiada por muchos pero finalmente cumplida y exigida como Norma Fundamental, al punto que el mismo Presidente Humala aunque juró por los principios de la Constitución de 1979 exige el tratamiento para su esposa Nadine Heredia o para sus Ministros bajo las reglas de la actual Constitución.

O las Sentencias STC 06546-2006-PA/TC – LAMBAYEQUE, Caso César Augusto Zúñiga López, del 7 de noviembre de 2007, Fundamentos Jurídicos 5 y 6, que reconoce el derecho al agua potable, que no se encuentra dentro del catálogo de Derechos escritos en la Constitución Política peruana de 1993.

“En el caso específico del derecho al agua potable,... aunque dicho atributo no se encuentra considerado a nivel positivo, existen no obstante una serie de razones que justifican su consideración o reconocimiento en calidad de derecho fundamental. Asumir dicha premisa supone, sin embargo, perfilar su individualización dentro del contexto que ofrecen algunas de las perspectivas anteriormente enunciadas. A tales efectos y en la medida en que no existe norma expresa que contenga dicho reconocimiento a nivel interno y que a nivel internacional aún se encuentran pendientes de desarrollo muchos de los ámbitos que comprendería dicho atributo, se hace permisible acudir, para tal efecto, principalmente a la opción valorativa o principialista y la cláusula de los derechos implícitos que le permite servir de referente. Así las cosas, la utilización de la fórmula de individualización antes descrita posibilitaría legitimar la existencia de un derecho al agua potable en calidad de atributo fundamental no enumerado. Su reconocimiento se encontraría ligado directamente a valores tan importantes como la dignidad del ser humano y el Estado Social y Democrático de Derecho.

El derecho al agua potable, a la luz del contexto descrito, supondría, primariamente, un derecho de naturaleza positiva o prestacional, cuya

concretización correspondería promover fundamentalmente al Estado. Su condición de recurso natural esencial lo convierte en un elemento básico para el mantenimiento y desarrollo no solo de la existencia y la calidad de vida del ser humano, sino de otros derechos tan elementales como la salud, el trabajo y el medio ambiente, resultando prácticamente imposible imaginar que sin la presencia del líquido elemento, el individuo pueda ver satisfechas sus necesidades elementales y aun aquellas otras que, sin serlo, permiten la mejora y aprovechamiento de sus condiciones de existencia.”

Mismo criterio y con idénticas frases aparece en la Sentencia en el Expediente STC 06534-2006-PA/TC - LIMA, Caso Santos Eresmina Távora Ceferino, del 15 de noviembre de 2007, cuyos fundamentos 17 y 18, contienen la misma redacción.

Finalmente, resulta indispensable citar que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido de un tiempo a esta parte, un derrotero de salvaguarda de los Derechos Humanos como obligación ineludible de todos los actores públicos, no solo los jueces, aunque especialmente ellos, que solo sería posible admitiendo la ductilidad de los Derechos Humanos. El Perú ya ha tenido un pronunciamiento de ida y vuelta, al respecto, en lo que concierne al denominado “control difuso administrativo”, partiendo de la Sentencia del caso Ramón Hernando Salazar Yarleque en el Expediente No. 3741-2004-AA/TC-LIMA, del 14 de noviembre de 2005, en que fijó como precedente vinculante que los órganos colegiados y tribunales administrativos estaban en la obligación de control de la constitucionalidad de las leyes y reglamentos que les corresponde aplicar. Sin embargo, posteriormente dicta la Sentencia en el caso Consorcio Requena en el Expediente No. 04293-2012-PA/TC-LORETO, del 18 de marzo de 2014, en que derogando el precedente Salazar Yarleque en lo que respecta al control constitucional, dictó el precedente indicando que el exclusivo contralor de la constitucionalidad es el Tribunal Constitucional, tarea en que – para el caso particular – le acompañan los jueces que pueden pronunciar un interdicto constitucional no aplicando una ley por motivos constitucionales, pero ningún otro órgano del Estado, eliminando la potencia conferida en el precedente vinculante derogado de 2005, por este nuevo precedente vinculante. Por cierto, estos vaivenes demuestran que la tesis de la ductilidad todavía no es admitida por completo ni para todas las áreas del Derecho peruano.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (o la Corte), por el contrario ha extendido el vigor de ductilidad a todas las esferas públicas, exigiendo obligatoriamente el control de convencionalidad por todos los que ejercen

cargos públicos. Y aunque no ha sido un criterio impostado plenamente desde el comienzo, en cambio podemos afirmar un “in crescendo” constante que comenzó hace ya varios años y que se ha ido consolidando con el paso del tiempo, a pesar de las diferente composición de los Ministros que han integrado la Corte.

El itinerario del Corte es identificable fácilmente, empezando por la Resolución No. 166 del Caso Almodacid Arellano Versus la República de Chile, Sentencia del 16 de setiembre de 2006, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Fundamento 124. En la cual establece la premisa fundamental del control de convencionalidad, obligando tal ejercicio a todos los jueces bajo la jurisdicción de la Corte, al manifestar:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”

Luego vendría una secuencia de resoluciones que amplifican esta obligación a los jueces a quienes les exige a “velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin.” En la Resolución No. 170 del Caso Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Versus la República de Perú, Sentencia del 24 de noviembre de 2006, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Fundamento 128. Más adelante, transfiere esa misma obligación a “todos los órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles”; en la Resolución No. 233 del Caso Gelman Versus la República de Uruguay, Sentencia del 24 de febrero de 2011, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Fundamento 193. En seguida a “todos sus órganos, incluido el poder judicial” como lo afirma en la Resolución No. 265 del Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) Versus la República de Guatemala, Sentencia

del 20 de noviembre de 2012, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Fundamento 330.

Y más recientemente, con la mayor amplitud, exige expresamente “*la obligación de ejercer un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana le compete a todos los órganos del Estado, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles*” en la Resolución No. 288 del Caso Liakat Ali Alibux Vs Suriname, Sentencia del 30 de enero de 2014, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Fundamento 124, obligación que en el Fundamento 151, establece debe ser “*ex officio*”. Esta disposición la vuelve a afirmar en la Resolución No. 294 del Caso Personas dominicanas y haitianas expulsadas Versus la República Dominicana, Sentencia del 28 de agosto de 2014, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Fundamento 310.

Este derrotero, a pesar de su polémica implicancia, como lo ha sido – según dijimos – para el mismo Tribunal Constitucional peruano, que no ve siquiera posible que los demás órganos que no sean el Poder Judicial o el Tribunal Constitucional, puedan dictar decisiones de control de la constitucionalidad. La Corte en distinta opinión en cambio señala que la obligación del respeto y valía de los Derechos Humanos, es una obligación de los estados no solo en acciones negativas (no violar dichos derechos) sino en acciones positivas (ser responsable que otros, incluyendo sus propios ciudadanos no los violen). Este alcance internacional, es una corriente, que en mi opinión ya es inevitable, por lo que cada vez cobra mayor sentido, que los Derechos Humanos sean vistos como razones superiores de convivencia armónica y ello supone verlos inevitablemente como dúctiles, para una sociedad tan plural y diversa como lo es la nuestra.

7. Conclusión

Entender a los Derechos Humanos como dúctiles supone en principio aceptar que el hecho, que estén escritos es secundario y relativo. Que se legislan porque son Derechos y no al revés, por lo tanto pueden aparecer de diversas fuentes, e incluso reconocerse no escritos. En segundo lugar, que solo una interpretación dúctil del derecho y concretamente de los Derechos Humanos permite su aplicación en igualdad a todos, sin menoscabo de las identidades y diversidades, ya que un contenido dinámico permite la convergencia de diferentes características. Y finalmente que esta condición de ductilidad permite la consolidación de la humanidad, como un valor ético superior y

anterior, por encima de las fronteras y de los regionalismos, que muchas veces son el germen de la guerra, la violencia y la discriminación. A.M.D.G.

8. Bibliografía

- AGUSTÍN, San. *La ciudad de Dios*, CLXIX, Madrid: BAC. (1957) Del libre albedrío, I - ML, Madrid: BAC, 1956.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ANGULO LÓPEZ, Geofredo. "La ductilidad como núcleo esencial del derecho: La reforma al Artículo 1° de la Constitución Mexicana", en *Revista de estudios Jurídicos* No. 14/2014 (Segunda época) ISSN 2340-5066, España: Universidad de Jaén, 2014.
- ARISTÓTELES. *Constitución de Atenas*. Edición, traducción y notas con estudio preliminar por Antonio Tovar (reimp. 1970). Madrid: Instituto de Estudios Políticos (en la actualidad, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 1948
- BIDART CAMPOS, Germán. *Teoría general de los Derechos Humanos*, México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.
- Habermas, Jürgen. *La teoría de la acción comunicativa*, Madrid: Taurus; (2002) Verdad y justificación, Madrid: Trotta, 1987.
- HESIODO. *Los trabajos y los días*, Ecuador: Omega, 2003.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Joaquín. *La fundamentación de los derechos humanos. Los derechos humanos como derechos morales*, España - Granada: Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho. núm. 1, UGR, 1998.
- KANT, Immanuel. (1974). *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Frankfurt/Main: Suhrkamp.
- LANDA ARROYO, César. *La aplicación de los Tratados internacionales en el Derecho interno y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México DF: UNAM, 2002.
- LARENZ, Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1994.
- LEIBHOLZ, Gerhard. *Igualdad ante la Ley*, Madrid: Librería Pérez Galdón - El Galeón, 1963.
- LUJÁN TUPEZ, Manuel Estuardo. "El certiorari decisum", en *Revista Jurídica del Colegio de Abogados de La Libertad*, No. 147, Trujillo: CALL, 2014.
- PERELMAN, Chaim. *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid: Editorial Civitas, 1979.
- RAWLS, John. *La teoría de la justicia*, 6ta. Reimpresión, México: Fondo de Cultura Económica, 2006.

- ROUSSEAU, Jean Jacques. *Du Contrat social; ou, principes du droit politique* [El contrato social; o los principios del derecho político] (en francés). Amsterdam: Marc Michel Rey. Traducción y edición, www.elaleph.com, 1762; consultado el 05 de febrero de 2016, página web que aparece <http://www.enxarxa.com/biblioteca/ROUSSEAU%20El%20Contrato%20Social.pdf>
- STAMMLER, Rudolf. *Teoría del Derecho justo*. Traducción de Enrique Martínez Paz, Madrid: Editorial Reus S.A, 1970.
- Schmitt, Carl. *El nomos de la tierra, en el Derecho de Gentes del Ius Publicum Europeum*, Granada: Comares, 2003.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *La democracia en América*, Trad. de Dolores Sánchez de Aleu. Madrid: Alianza Editorial, 2002.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Editorial Trotta, 4ª. Edición, 2002.

LA FLEXIBILIDAD EN EL CONTRATO DE TRABAJO, ¿RESPUESTA A LA CRISIS ECONÓMICA? REFERENCIA AL CASO PERUANO Y ESPAÑOL

MARIEM VICKY DE LA ROSA BEDRIÑANA*

Resumen

Esta investigación pretende mostrar, con un esfuerzo de síntesis, la evolución que ha tenido la Reforma laboral en materia de Contratación laboral, en países como España y Perú -que siendo diferentes social, política y económicamente-, registran de manera similar una evolución en el tratamiento legal de las relaciones laborales en épocas de crisis económica. Se explica los resultados de una flexibilización en el Contrato de Trabajo que trajo como novedad la implementación masiva de la contratación temporal, para reducir la tasa de desempleo, sin embargo lo que nació como una medida transitoria y coyuntural, se ha convertido en lo que ahora es: el contrato de uso permanente del empresariado, dejando de lado al contrato de plazo indeterminado y con él muchas otros derechos sociales.

Palabras clave: Crisis económica, derecho del trabajo, reforma laboral, contrato de trabajo.

Abstract

This research aims to explore, through an effort of synthesis, the evolution of the Reform of Labour on recruitment affairs in countries like Spain and Peru, which - in spite of remaining different socially, politically and economically- display in a similar way an evolution on the legal treatment of working relations in times of economic crisis. It explains the results of an adaptation of the Contract of Labour which brought as a new approach a massive deployment of the temporary recruitment policies to reduce the level of unemployment. However, what began as a provisional and temporary measure has become in what it is today: a contract on the permanent use of the management, leaving aside the contracting of indefinite period and with it many other social rights.

Keywords: Economic crisis, labour law, reform of labour, recruitment contract.

* Jueza suprema provisional de la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Juez superior titular de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Sumario

1.- Introducción. 2.- Crisis económica y Derecho del Trabajo. 3.- La respuesta neoliberal de salida de la crisis: la flexibilidad laboral. 3.1.- la dualidad en el mercado de trabajo. 4.- Los contratos de trabajo temporal en el marco de la crisis económica ¿Solución al desempleo? Referencia al caso peruano y español. 4.1.- El Contrato de trabajo en la Reforma laboral de Perú y España. 5.- Conclusiones. 6.- Bibliografía

1. Introducción

Las recientes reformas laborales llevadas a cabo por España, Grecia, Italia y Francia como consecuencia de la grave crisis económica por las que atraviesa la Eurozona, nos desafía a analizar si su aplicación ayudará a revertir los altos índices de desempleo que registran y si al fin de cuentas es una respuesta adecuada a la crisis.

Estamos en el siglo XXI y la palabra crisis económica es la expresión dominante en el mundo ya que muchos países especialmente los altamente industrializados la vienen padeciendo y las estrategias, modelos y reformas que vienen implementando para superar la crisis todavía no arrojan resultados positivos. Los ejes que se vienen usando para combatir la crisis son fundamentalmente la reducción del gasto público y la reforma laboral.

En el presente trabajo estructurado en cuatro capítulos, además de esta introducción y las conclusiones, comienzo por establecer la relación que existe entre crisis económica y Derecho del Trabajo, para luego enfocar la propuesta neoliberal de Flexibilizar las relaciones laborales para la salida de la crisis y finalmente tratamos de explicar que la flexibilización en la Contratación laboral no es la solución, haciendo una breve referencia a las reformas laborales que en materia de contratación laboral aplicaron Perú y España, países que se diferencian política, económica y socialmente, pero que, de manera coincidente, escogieron la propuesta neoliberal para combatir la crisis y el desempleo.

En relación a la reforma laboral, este trabajo se centra en analizar la flexibilización emprendida en las relaciones laborales, para hacer frente a la crisis; fenómeno que trata de adecuar las normas jurídicas positivas a la realidad socio-económica, constituyendo su orientación fundamental la creación de puestos de trabajo a fin de reducir la elevada tasa de desempleo, de ahí que la contratación y el despido sean su objeto de atención.

Sostenemos que la puesta en marcha de la flexibilidad en materia de contratación laboral, ha traído consigo la expansión masiva del contrato temporal con la consiguiente reducción del contrato a plazo indeterminado, provocando efectos negativos tales como la elevada tasa de rotación laboral, falta de compromiso empresa-trabajador, precariedad en el empleo, etc.. Con el uso de este tipo de contratos atípicos se pretende flexibilizar a las empresas para que se adapten a las circunstancias cambiantes de la demanda, sin embargo lo que era una medida temporal y coyuntural, se ha convertido en constante y permanente.

Coincidimos con muchos doctrinarios de la materia, en que la dinámica económica es lo que crea empleo y no la ley.

Fundamentamos nuestra posición en que cada vez que hay crisis, siempre se recurre a una reforma laboral para evitar la rigidez y abaratar lo caro (los salarios, las indemnizaciones, etc.), buscando cambios en el acceso al empleo, propiciando los contratos formativos, los contratos temporales, el contrato de trabajo parcial y últimamente el mini trabajo ("minijob"), sin embargo se advierte que tales reformas no reducen la tasa de desempleo, la precariedad en el empleo aumenta, se debilita cada vez más los derechos de los trabajadores y la incertidumbre se apodera de ellos, pues se sienten desprotegidos.

Consideramos que la respuesta neoliberal de flexibilizar las relaciones laborales no es la respuesta a la crisis ni en países ricos ni en países pobres.

Por otro lado, estamos conscientes de que la crisis económica no puede plantearse en idénticos términos en todos los países puesto que cuando se trata de países industrializados, la crisis que enfrentan tiene además consecuencias muy fuertes en los países con economía dependiente; y en el caso de los países tercermundistas, su economía dependiente les hace sufrir su propia crisis estructural y coyuntural pero además la consecuencia de la crisis del mundo desarrollado. Sin embargo, cuando la crisis se instaló en América Latina, algunos países - entre ellos el Perú - implementaron reformas en el ámbito laboral que se estaban ejecutando en Europa, las mismas que siendo ajenas a nuestra realidad social, política y económica, dio como resultado el descontento de la población y la natural profundización de la crisis.

El Perú la política flexibilizadora en las relaciones de trabajo se impuso contraviniendo la Constitución del Estado, respondiendo a la concepción liberal que se estaba imponiendo en Europa e inclusive en Estados Unidos, y

fue una de las más agresivas que se implantó en América Latina, sin embargo los resultados fueron nefastos para el país, pues no solo se incrementó los índices de desempleo y subempleo sino que se vulneró los derechos fundamentales de los trabajadores, ello no obstante que la Constitución Política del Estado de entonces recogía lo que a decir de Pérez Alencort era el *principio de "conservación a fortiori del empleo"* entendido como empleo garantizado, permanencia en una empresa dada y desempeño en un cierto puesto de trabajo, cediendo el paso a un principio opuesto: *el principio de la eventualización* que consistió en la flexibilización generalizada del sistema de contratación laboral¹.

También España no ha sido ajena a la crisis económica, y como consecuencia de la gravedad de la situación económica imperante a principios de los años 90 inició una profunda reforma de las relaciones laborales. El legislador sostenía que era imposible ignorar que para recuperar el crecimiento económico y mejorar la competitividad de las empresas era necesario abordar una reforma de las relaciones laborales, puesto que ello permitiría la adaptabilidad de los protagonistas sociales a los cambios producidos en los procesos productivos y a las innovaciones tecnológicas (exposición de motivos del RD-L18/93)², y el tema de la contratación laboral fue clave en la reforma laboral emprendida. En junio del año 2010 una vez más el gobierno Español aprueba una reforma laboral; sin embargo, el escenario de una grave crisis en la eurozona (la deuda soberana en Europa) la ha obligado a emprender una nueva reforma laboral en febrero del 2012 que unido a otras medidas -como el recorte presupuestario, alza de impuestos y plan contra el fraude fiscal, entre otros- buscan, según se dice, incentivar la creación de empleo y la recuperación económica. Como es natural los sindicatos españoles han demostrado su descontento y piensan que esta reforma va a profundizar más la crisis y el desempleo se incrementará más.

Es evidente que existe una estrecha relación entre la crisis económica y el Derecho del Trabajo, eso justifica una reforma laboral, empero no se debe soslayar el hecho de que las reformas laborales impuestas no han resuelto el problema del desempleo en América Latina, como creemos que tampoco lo han hecho en los países industrializados, e incluso la repercusión en la economía no ha sido significativa; antes bien es el derecho de los trabajadores

¹ PÉREZ ALENCORT, Alfredo. "Crisis y Derecho del Trabajo" Cuadernos laborales N° 43-ADEC-ATC-Lima, octubre 1987, pág. 8.

² PALOMEQUE LÓPEZ Manuel Carlos y Cabero MORÁN ENRIQUE: *Todo sobre las primeras normas de reformas de mercado de trabajo*. Editorial praxis S.A Barcelona, 1994, pág. 1.

el que se ha visto afectado al crearse diversas formas de contratación precaria (Alemania por ejemplo es la principal impulsora del “minijobs” o miniempleo) reduciendo la posibilidad del trabajador de acceder a una pensión y con ello sus esperanzas de vivir en un Estado de bienestar.

Sin duda el empresario es un instrumento indispensable de la vida social, es el otorgador de trabajo y por ello la sociedad está interesada en la conservación de la empresa y en su desarrollo, siendo comprensible también que en un contexto de crisis se vea obligado a reducir costos para mantener sus productos a niveles competitivos en las economías de mercado; embargo, no resulta atendible que se emprenda reformas laborales abaratando la fuerza de trabajo con la creación de contratos de trabajo precarios, vulnerando derechos que históricamente los trabajadores conquistaron a través de luchas y sacrificios. No creo por ello que el Derecho del Trabajo pueda afrontar, por sí, una solución a la crisis. La respuesta le corresponde a la economía y a la política.

2. Crisis económica y Derecho del Trabajo

Como bien lo señala el Profesor Palomeque, el Derecho del Trabajo es el soporte jurídico para el desarrollo de las relaciones de producción, luego entonces Derecho de Trabajo y Economía están destinados a entenderse en la medida de que el primero tiene que ver con el trabajo asalariado y el segundo con las relaciones productivas, los cuales están íntimamente ligados. Refiere el ilustre laboralista que la crisis económica es una realidad que ha acompañado al Derecho del Trabajo, para convertirse en un “compañero de viaje histórico”, ejerciendo su influencia en el cuadro institucional de este Derecho³.

La situación cambiante de la economía, el modelo económico globalizado que se traduce en una interacción económica entre los Estados, la dinamización de la oferta y la demanda, la descentralización de centros productivos y principalmente las reformas laborales que se emprenden en los países en situación de crisis económica, entre otros, ha generado que un sector de la doctrina se pregunte si acaso ya no debería mantenerse el Derecho de Trabajo o tal vez debería de cambiar el nombre por el de “Derecho del Empleo”. Rojo Torrecilla menciona por ejemplo que a finales de la década de los noventa, cierto sector de la doctrina se planteaba la

³ PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. *El presente y el previsible futuro del Derecho del Trabajo*, Responsa Iuris peritorum Digesta, Vol. III. Ediciones Universidad Salamanca, España 2002, pág. 136.

pregunta de si la realidad socio-económica imperante obligaba a “echar cierre” a ese carácter protector que distingue el Derecho del Trabajo⁴.

En respuesta a esa corriente doctrinaria, Rojo Torrecilla citando a Gonzales Ortega, refiere que puede predicarse al Derecho del Trabajo con su adaptación al nuevo marco socio-económico y el redescubrimiento permanente de cuáles son sus rasgos esenciales, amoldando éstos a las vicisitudes de la realidad social que regulan; lo que significaría plantear el debate entre tutela y flexibilidad en clave complementaria y no contradictoria⁵. Guillermo Barrios Baudor, también citando a Gonzales Ortega, refiere que el marco normativo laboral no puede ser considerado como causante principal de los defectos del sistema productivo, antes bien debía ser visto como una ayuda a la creación de empleo o a la mejora de la competitividad empresarial, y de manera optimista sostiene que el Derecho de Trabajo sigue manteniendo sus elementos esenciales, pero que atento a las transformaciones económicas y fluctuaciones del mercado debía esforzarse para que el trabajador esté fuerte y seguro de sí mismo en el mercado⁶.

García Blasco menciona por su parte, que la dimensión internacional de la crisis económica y su proyección global y general tiene una estrecha vinculación con el Derecho del Trabajo pues los efectos que la crisis proyecta sobre el empleo son devastadores. García menciona que el aspecto más relevante de la crisis es el crecimiento interno del desempleo pues las medidas que se aplican para combatirla están orientadas a la congelación de nuevas contrataciones laborales, y la extensión de la contratación temporal. A criterio del citado laboralista, esta situación de crisis económica, crisis de empleo y mercado de trabajo es propicia para analizar y debatir sobre el papel del Derecho del Trabajo, el ordenamiento laboral y los interlocutores sociales e incluso sin crisis, advierte la conveniencia de que este derecho sea modernizado, frente al modelo diseñado en la Unión Europea llamado “Flexiseguridad”⁷.

⁴ ROJO TORRECILLA, Eduardo. *Pasado, presente y futuro del Derecho del Trabajo*, en Derecho entre economía, política y cultura -Editores Curatori-Onati 1997, pág. 121.

⁵ ROJO TORRECILLA, Eduardo. Ob. Cit, pág. 121.

⁶ BARRIOS BAUDOR, Guillermo y otros. *Derecho del Trabajo: Una visión panorámica*. Ediciones Laborum, Murcia, España 2002, pág. 72.

⁷ GARCÍA BLASCO, Juan. *El Derecho Social del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*. Obra colectiva, Granada 2010-España, pág. 3.

Frente a esta postura flexibilizadora de las relaciones laborales, le sale al frente un sector de la doctrina que considera que se está utilizando a la crisis económica y la llamada “democratización de las relaciones laborales” para justificar el desmantelamiento y la reducción de la tutela y protección que debe ejercer el Derecho del Trabajo; resultando grave que esta tendencia a reducir los derechos de los trabajadores apunte claramente a obtener mayores restricciones, que de seguir prosperando, ocasione la desaparición de este Derecho como instrumento de regulación del Mercado de Trabajo⁸. Sostienen que la crisis económica no solo imposibilita un avance positivo de las conquistas laborales, sino, que además ni siquiera puede mantenerlas en el marco hasta ahora circunscrito, por lo que habría que considerar que el Derecho del Trabajo no tendría razón de ser⁹.

Sobre las predicciones de un posible final del Derecho del Trabajo, Barrios Baudor sostiene que no tienen sustento, que al contrario existe un auge de la disciplina que se traduce en importantes reformas legislativas, producción científica relevante, entre otros hechos¹⁰. Sin embargo, las reformas laborales que se han venido implementando desde hace ya muchos años cuando se ha tenido crisis económica tanto en los países altamente industrializados como en las sociedades en vías de desarrollo, han significado de alguna forma precariedad en el puesto de trabajo, permanente modificación en las condiciones de trabajo y una agresiva política remunerativa, lo que en buena cuenta viene a reducir la tutela y protección que debería ejercer el Derecho del Trabajo.

Mauricio Birgin, profesor universitario de Buenos Aires, señalaba en el marco de un Forum realizado en la Universidad de San Marcos en el año 1988, que la política flexibilizadora del Trabajo era impuesta por organismos financieros internacionales con el fin de destruir la economía e impedir el desarrollo de los países dependientes con el correlato de debilitar al movimiento obrero, puesto que sus recetas recesivas significaban inflación sin aumento de la producción, con la consecuencia de que los salarios de los trabajadores se deterioraran con el transcurso del tiempo. Mencionaba como

⁸ MONTOYA MELGAR, A. *Los sindicatos ante la crisis económica*. Revista Española de Derecho del Trabajo. Núm. 22. Abril-junio de 1985.

⁹ MARTÍN VALVERDE, A. *El impacto de la crisis en el Derecho del Trabajo* (debate) *Temas Laborales*. No. 1, 1984, pág. 78).

¹⁰ BARRIOS BAUDOR, Guillermo, y otros, ob. cit., pág. 90.

ejemplo al Fondo Monetario Internacional¹¹ y su papel decisivo en las economías de los países en vías de desarrollo.

Importante es recordar que en 1985, en el Coloquio sobre “los Derechos Sociales, la Crisis y la Democracia” llevado a cabo en París, ya se mencionaba la tendencia generalizada de los empleadores de los países industrializados para reducir los derechos sociales de los trabajadores como un estímulo- decían- para la generación de empleo. En este certamen se dijo también, en cuanto a la incidencia de la crisis sobre la democracia en función de los derechos sociales, que la democracia política y el llamado Estado de Derecho pueden ser afectados directamente si los empleadores dotados de un gran poder político entienden que los derechos sociales se vuelven un obstáculo para la competitividad de sus productos.

Así también, en el IX Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social llevada a cabo en Venezuela igualmente en el año 1985, en coincidente sentido que en el certamen de París, se percibió la tendencia de ciertos medios empresariales y doctrinarios de los países altamente industrializados de hacer frente a la crisis buscando la competitividad de la empresa, en base a reducir costos laborales.

Nos encontramos en el siglo XXI, y la tendencia advertida en el siglo pasado sigue siendo la misma: ante la crisis, reducción de costos laborales; reviviéndose la discusión de antaño acerca del posible final del Derecho del Trabajo.

3. La respuesta neoliberal de salida de la crisis: la flexibilidad laboral

Las estrategias neo- liberales implican dejar plena libertad para llegar a constituir un orden económico viable. Para Julio Cesar Neffa¹², estas estrategias implican esencialmente: 1) que el trabajador debe ser considerado como mercancía y como tal debe estar sumiso a las reglas de la competencia (salario ajustado a la productividad marginal, variar en función del mercado) y 2) que las inversiones se incrementarán en tanto existan perspectivas de obtener o de incrementar las tasas de ganancia, tanto en el ámbito productivo como monetario y financiero.

¹¹ Tomado de la Revista Cuadernos Laborales No. 47, Lima, junio 1988.

¹² NEFFA, Julio César. *Crisis y Emergencia de Nuevos Modelos Productivos*. En Colección Grupos de Trabajo de CLACSO-Buenos Aires 1999, págs. 91 y 92.

Ahora bien, el modelo productivo neo-liberal lo que busca entre otros aspectos, es reducir costos laborales y flexibilizar el uso de la fuerza de trabajo, tanto el hacer más fácil y barato el despido (lo que la doctrina denomina flexibilidad externa), como aumentar la movilidad de la mano de obra, adaptar las condiciones de trabajo en función de las necesidades de la empresa (que vendría a ser la flexibilidad interna).

Lo cierto es que los sistemas de relaciones de trabajo y sus marcos jurídicos influyen con su configuración y funcionamiento en el proceso económico, tanto como éste, influye en el sistema laboral, y la necesaria armonización entre ambos es lo que marca el debate sobre la flexibilidad o la rigidez en el concreto mercado de trabajo¹³.

En relación a la flexibilidad que constituye la manifestación del neo-liberalismo en materia laboral, Valdez Dal-Re señala que se trata de “una expresión susceptible de apropiarse de una diversidad de sentidos, no siempre homogéneos ni compatibles entre sí”¹⁴ y que implicaría suprimir rigideces o eliminar trabas y barreras¹⁵; mientras que para Martín Valverde en un sentido riguroso, esta expresión supondría la desregularización y liberalización del mercado de trabajo¹⁶.

Dice Urréa Geraldo que en la lectura de empresarios y tecnócratas, la flexibilidad laboral se asume como la mayor disposición posible del trabajador, en tiempo, lugar e intensidad del esfuerzo desplegado para llevar a cabo las tareas propias del contrato de trabajo según requerimientos de calidad¹⁷.

No hay uniformidad en la doctrina a la hora de definir a la flexibilidad, pero lo cierto es que su aplicación está dirigida a conseguir un mercado de trabajo más flexible.

De manera coincidente Miguel Rodríguez Piñero y Javillier, sostienen que el debate alrededor de la flexibilidad laboral es intenso y presenta tanto en Europa como en América del Norte y América latina, tanto sean

¹³ CARO FIGUEROA, Armando. Ob. cit., pág. 32.

¹⁴ VALDÉS DAL-RE, F. *Flexibilidad y Condiciones de Trabajo*, en CLARIDAD 17, Madrid 1987 pág. 52.

¹⁵ VALDÉS DAL-RE, F. *Flexibilidad en el Mercado de Trabajo y ordenamiento laboral*. Papeles de Economía Española N° 22, Madrid 1985, pág. 302.

¹⁶ MARTÍN VALVERDE, A. *El Derecho del Trabajo de la crisis de España*, Revista Española de Derecho del Trabajo N° 26, abril-junio 1986, pág. 171 y ss.

¹⁷ URRÉA GIRALDO, Fernando. *Un modelo de flexibilización laboral bajo el terror del mercado*. CLACSO, Buenos Aires 1999, pág. 187.

industrializado como en vías de desarrollo, y ello porque se contraponen las aspiraciones del empleador a la máxima libertad de actuación y los del trabajador a la mayor estabilidad y afianzamiento de sus derechos¹⁸.

Sobre las formas que adopta la flexibilidad, Pérez Alencort cita la opinión de Valverde, para quien las formas ideales de flexibilidad pueden reducirse a tres: a) La flexibilización defensora de una desregulación radical del mercado de trabajo, mediante la supresión de la legislación protectora de condiciones mínimas; b) La flexibilidad que supone la compensación de la pérdida de mínimos legales con el refuerzo de los instrumentos de representación colectiva de los trabajadores; y c) La flexibilización que supone “adaptación” o “ajuste” a la crisis, caracterizada por la introducción de reformas que aligeran el peso de la legislación laboral pero sin que ello signifique alterar ni sus fundamentos dogmáticos ni estructuras¹⁹.

Por su parte Rodríguez Piñero, identifica cuatro vías de flexibilización:

a) la generalización de los contratos atípicos, b) revalorización del contrato individual como fuente de derechos y obligaciones; c) la descentralización productiva y d) el auge del trabajo autónomo²⁰.

Al margen de la forma o vía de flexibilización que se hubiera adoptado, el resultado es que desde la década de los años 80, ha ido desapareciendo de la sociedad la idea del “pleno empleo” o “empleo de peor vida” tanto en los países capitalistas más desarrollados europeos como en los países de América latina y Asia, dando paso a nuevas políticas de gestión de la mano de obra: eliminación de personal en diferentes fases de los procesos productivos, reducción del personal estable y con contratos de trabajo a plazo indeterminado, etc. Es por eso que para Serrano Pascual detrás del discurso de flexibilidad laboral está el paradigma liberal que pareciera estar orientado a combatir el desempleo, pero que sin embargo está olvidando que la degradación de la condición trabajadora es un problema tan grave como el aumento del desempleo²¹.

¹⁸ CARO FIGUEROA, Carlos obra. Citada pág. 35.

¹⁹ Citado por Alfredo PÉREZ ALENCORT, en *Crisis y Derecho del Trabajo*. Ob. cit., pág. 9.

²⁰ Citado por Armando CARO FIGUEROA, en *La Flexibilidad laboral*. Edit. Biblos, 1993.

²¹ SERRANO PASCUAL, Amparo “Representación del Trabajo y Socialización Laboral” “Globalización de apertura Económica y Relaciones Industriales en América Latina”. Santa Fe de Bogotá. DC.CES. Universidad Nacional 1999, págs. 43 a 44.

En un tono pesimista, Bauman²² refiere que “Hoy se ejerce presión para deshacer los hábitos del trabajo permanente, cotidiano, constante y regular, ¿qué es, si no, el “trabajo flexibilizado”?(...).El trabajo verdaderamente “flexible” solo se concibe si los empleados actuales y del futuro próximo pierden sus arraigados hábitos de trabajar todos los días, por turnos, en un lugar y con los mismos compañeros de labor (...); la “flexibilidad del mercado laboral requieren la denegación de leyes “demasiado favorables” a la estabilidad y el salario...”.

En ese orden de ideas, los peligros de la aplicación de una flexibilización laboral utilizando la crisis económica como pretexto para liquidar derechos sociales y debilitar el movimiento sindical, han sido advertidos por un sector de la doctrina, en tanto que otro sector de la misma señala que la flexibilización laboral pretende introducir mayores dosis de adaptabilidad y elasticidad en las relaciones de trabajo, así como objetivos de eficacia social producto de los cambios económicos, tecnológicos y organizativos que constituyen no un pretexto sino una realidad.

3.1 La dualidad en el mercado de trabajo

Cuando se advirtió que en el mercado de trabajo existían dos sectores, uno integrado por los trabajadores con empleo permanente y otro compuesto por los desempleados, por los que están en situación precaria e informalidad laboral, el Grupo Europeo de Empleo²³ hizo un informe en el año 2003 dirigido al Consejo Europeo donde luego de un análisis profundo de mercado de trabajo propuso promover la flexibilidad combinada con la seguridad en el mercado laboral. Partiendo del Informe aludido en el año 2006, la Comisión Europea plantea un debate público sobre cómo modernizar el Derecho Laboral para afrontar los retos del siglo XXI luego del cual emite el documento llamado Libro Verde. El aludido Libro, parte de reconocer que en los mercados de trabajo europeos proliferan distintos tipos de contratos que se han venido celebrando sin que haya existido una adaptación más compacta del Derecho Laboral a la evolución de la organización del trabajo y de la sociedad; y de otro lado, señala que la buena gestión de la innovación y del cambio implica que los mercados de trabajo

²² BAUMAN, Zygmunt. *La globalización, consecuencias humanas*. Fondo de Cultura Económica. México DF-1999, págs. 146-147.

²³ Informe: *Jobs, Jobs, Jobs, Creating more employment in Europe*, Report of the Employment Taskforce chaired by Win Kok, Bruselas 2003. Informe Win Kok.

tengan en cuenta tres aspectos principales: flexibilidad, seguridad de empleo y segmentación²⁴.

La Comisión Europea señalaba en este documento, sobre las ventajas mutuas que significa para las empresas y los trabajadores el equilibrio entre los elementos “flexibilidad y seguridad”²⁵ y menciona el potencial de las nuevas formas de organización del Trabajo, así como la necesidad de que el mundo del trabajo esté organizado de manera que apoye y facilite los avances positivos, implementándose el marco legal y contractual adecuado para ofrecer a las empresas la flexibilidad necesaria a sus intereses y al mismo tiempo suficiente estabilidad en el empleo para los trabajadores; por otro lado sostenía de manera clara que las legislaciones de los Estados miembros no podrían responder enteramente a las necesidades de una producción de bienes y servicios basada en el conocimiento, con un modelo tradicional de trabajo a tiempo completo y empleo de duración indefinida, basado en un centro de trabajo (3.5 del Convenio); refiriendo más adelante que era necesario pensar más en la seguridad que dan la empleabilidad y el mercado, que en la seguridad del puesto de trabajo individual.

Luego del Libro Verde del 2006, la Comisión de las Comunidades Europeas emite un documento donde hace un enfoque sobre la “flexiseguridad” a la que define como una estrategia integrada para potenciar la flexibilidad y la seguridad en el mercado laboral. Sobre la flexibilidad señala que es característica de una organización de trabajo flexible, capaz de responder rápida y eficazmente nuevas necesidades; en cuanto a la seguridad, refiere que esta no alude a la seguridad de conservar el propio puesto de trabajo, antes bien, su intención es de equiparar a las personas con las capacidades que tienen a fin de que progresen en su vida laboral y accedan a un nuevo empleo. Lo que también hay que destacar de este documento, es que encontrando un reto común a los Estados miembros de la Unión Europea: la modernización y la adaptación a la globalización y al cambio, se plantea principios comunes de flexibilidad como referente²⁶.

²⁴ Comisión de las Comunidades Europeas. Libro Verde *Modernizar el Derecho Laboral para afrontar los retos del siglo XXI*, Bruselas 22 de noviembre del 2006.

²⁵ Comisión de las Comunidades Europeas, libro Verde *Vivir y trabajar en la sociedad de la información, prioridad para las personas*. Bruselas 24 de julio de 2006.

²⁶ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Congreso, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. *Hacia los principios comunes de la flexiseguridad; más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad*. Bruselas 26 de junio del 2007.

María Nieves Moreno nos refiere que tras la publicación del Libro Verde, otras instituciones europeas se pronunciaron sobre la necesaria modernización del Derecho del Trabajo pero expresaron sus discrepancias frente a este Libro, sosteniendo la necesidad de preservar el “Modelo Social Europeo”, fortalecer el papel de los interlocutores sociales en todo el proceso de flexibilidad, seguridad y objetivos de crecimiento sostenible²⁷ que siguen siendo validos los principios básicos del Derecho Laboral que han evolucionado en Europa, y que debe rechazarse la idea de que el Derecho del Trabajo clásico es culpable de la crisis del empleo en la Unión Europea; considera que debe reafirmarse el papel fundamentalmente protector del Derecho Laboral, garantizándose mejor su aplicación a fin de impedir que se ejerza presión sobre los trabajadores tomando en cuenta los nuevos desafíos de la globalización y el envejecimiento demográfico Europeo²⁸.

Es importante resaltar que en Dinamarca, máximo exponente de la flexiseguridad, el trabajador entiende que no existe una elevada seguridad en el empleo y que uno puede perderlo varias veces y a cambio se le ofrece seguridad a través de altos subsidios de desempleo y la seguridad de contar con un empleo gracias a políticas activas de empleo; sin embargo para un sector de la doctrina, tal idea de flexibilidad no está dando en dicho país los resultados esperados, por lo que entienden que debería replantearse esta figura.

Con lo dicho hasta el momento, se tiene que en el siglo XXI, la flexiseguridad es una política asumida por la Unión Europea siendo a partir de ahí que se han diseñado reformas instrumentalizadas jurídicamente, todas orientadas según se dice a nuevas relaciones entre flexibilidad en el mercado de trabajo y seguridad para los trabajadores afectados por dichas flexibilidad.

Es importante destacar que cuando se le preguntó a Sammera Al-Tuwajjiri, Directora del programa Safework de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los efectos de la crisis internacional en el empleo, refirió que aún antes de la actual crisis, la globalización había dado lugar a cambios importantes en los lugares de trabajo en todo el mundo: privatización, reestructuración, nuevas formas de organización del trabajo, fragmentación

²⁷ Parlamento Europeo: Resolución “reforma del Derecho Laboral ante los retos del siglo XXI” de 11-7-2007(2007/2023) (INI); Comité Económico y Social Europeo: Dictamen 2007/C 175/17. DO 27.7.2007 y Dictamen 2007/C 256/20. DO 27.10.2007.

²⁸ MORENO VIDA, María Nieves. *El debate sobre la flexiseguridad en Europa*. En “El Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social ante la Crisis Económica”, José Luis Monereo Pérez y otros. Granada 2010, pág. 31.

de empresas estatales y la proliferación de pequeñas empresas, que afectaron directamente el empleo y las relaciones laborales y que con la actual crisis financiera lo que enfrenta el trabajador es el temor y la tensión de perder el empleo, además de tener que sufrir el impacto negativo de los recortes en la producción, el cambio en la cantidad de horas de trabajo y/o el aumento de las exigencias para poder seguir a flote. Sostiene de manera categórica que la crisis no debe ser una excusa para reducir las condiciones decentes de trabajo, sino una oportunidad para promoverlas. Lamentablemente esta opinión no es compartida por los países que están involucrados en la crisis financiera quienes apuestan por profundas reformas laborales orientadas a flexibilizar más las relaciones laborales.

4. Los contratos de trabajo temporal en el marco de la crisis económica ¿Solución al desempleo? Referencia al caso peruano y español

La preferencia del ordenamiento jurídico por el Contrato de Trabajo Indefinido, tiene su sustento en el Principio de Continuidad, sin embargo, la doctrina y la legislación aceptan a los Contratos Temporales como excepción a la regla y siempre que exista una causa objetiva que la sustente.

No obstante la ausencia de una corriente de pensamiento que explique objetivamente que la solución al desempleo es la reducción del trabajo fijo o estable, se ha recurrido a la contratación temporal, pero no con el carácter transitorio o coyuntural que se predicaba, antes bien se esta imponiendo masivamente aún en economías sólidas. Quienes defienden esta postura flexibilizadora en la contratación laboral, afirman que una legislación laboral estrictamente protectora es perjudicial para el empleo al poner mayores obstáculos a los jóvenes, mujeres y desempleados que quieren acceder al mercado laboral.

En Europa se propuso dos tipos de contratación para acabar con la dualidad laboral y simplificar las figuras contractuales: a) un "*contrato indefinido no fijo*" para los trabajadores temporales y desempleados, para quienes durante los dos primeros años de vinculo laboral el empleador podría extinguir el vinculo laboral con un preaviso y el abono de ocho días de salario como indemnización, con la posibilidad de que pasado el plazo el empresario podría optar por extinguir la relación laboral con el pago de una indemnización o bien convertir el contrato en uno indefinido fijo; y b) un "*contrato único de trabajo*" donde la indemnización podría crecer por cada año

de servicio prestado²⁹. Estas propuestas no fueron acogidas por los países europeos.

Cuando en el año 2008 Francia lleva a cabo su reforma para la modernización del mercado de trabajo –optó entre otras medidas- por ampliar las modalidades contractuales de duración determinada³⁰, y ahora que la Eurozona está enfrentando una grave crisis financiera se plantea a los países de la comunidad –como solución al alto índice de desempleo- el llamado contrato “minijob” o mini empleo, modelo introducido en Alemania que significa el trabajo a tiempo parcial con una amplia reducción de derechos laborales y de seguridad social y que un sector de la doctrina lo viene a calificar como contratos “basura”. No obstante los recortes sustanciales de los derechos laborales, se piensa que la población lo aceptaría sin dudar por la única razón de que tener un “minijob” es mejor que no tener nada. Este novedoso contrato está pensado para trabajos relacionados a camareros, repartidores, dependientes, etc., de ahí que se sostenga que este tipo de contrato flexible es compatible con los estudios, vida familiar e incluso por su naturaleza podría ser posible de alentar dos mini empleos.³¹ Un ejemplo de aplicación de este contrato lo constituye Alemania que cuenta con 7 millones de minijobs y que a decir del profesor universitario Enrique Cabero solo sirve para maquillar las cifras de desempleados.

4.1 El contrato de trabajo en la reforma laboral de Perú y España

En su historia de crisis económica, el Perú ha aplicado propuestas que son propias de países desarrollados, profundizando el problema antes que superarlo, dando lugar a que se incremente la precariedad en el empleo, despojándose al trabajador de sus derechos fundamentales y aniquilando a los sindicatos.

Entre 1960 a 1980 se produjo en la mayoría de los países un significativo crecimiento del rol económico del Estado, de tal forma que en el Perú se registró un incremento de empresas estatales.³² De esta corriente predominante por las empresas estatales, de la que se esperaba una

²⁹ GARCÍA BLANCO, Juan. *El Derecho Social del Trabajo clásico ante la Crisis*. En “El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social antes la Crisis Económica” Editorial Comares, Granada 2010 págs. 5 y 6.

³⁰ Accord du 11 Janvier 2008. Sur la modernisation du marche du travail – Ley de 25 junio 2008.

³¹ CABERO, Enrique. *Minijobs, ¿una solución al paro?* Tribuna Universitaria 23 al 29 de Enero 2010. Universidad de Salamanca España, págs. 10 y 11.

³² ÁLVAREZ RODRICH, Augusto. *Los Objetivos de La Privatización de las Empresas Estatales*. En Revista de Derecho Themis N°23, Segunda época, Lima 1992, pág. 23.

formidable contribución al desarrollo económico, se produjo un giro en los años ochenta orientando a reducir el rol del Estado en la economía propiciando la privatización de estas empresas. Muchos son los argumentos que puede haber esgrimido para que los países en desarrollo en particular para emprender programas de privatización, pero indiscutiblemente los efectos que se produjeron en el campo laboral por este tipo de programa fueron negativos: despido masivo de los trabajadores y debilitamiento de los sindicatos del sector público. Con el gobierno de Fujimori se consolidó la privatización de casi la totalidad de empresas estatales provocando el despido de sus trabajadores.

Las situaciones de crisis económica más destacada en el Perú has sido realizada en 1977, 1978, 1982 y la de 1988 que se prolongó por largos años. Dentro de esta coyuntura en 1978 se expide el Decreto Ley N° 22342, el mismo que promueve la contratación temporal sin ninguna limitación, pudiendo renovarse de manera sucesiva. Resulta sorprendente que a la fecha continúe vigente esta ley, que garantiza a las empresas exportadoras personal eventual de manera permanente.

En setiembre de 1986 se crea el Programa Ocupacional de Emergencia - PROEM- (Decreto Supremo 018-86TR y 020-86TR) con el objeto de eventualizar la mano de obra, logrando que se celebren 20,830 contratos en ese año y 62,329 en el año 1987,³³ resultando notable que el plazo de mayor acogida haya sido el de 6 a 12 meses. ³⁴Estos contratos temporales comienzan a proliferar contradictoriamente al mandato constitucional de estabilidad absoluta en el empleo, provocando la reclamación de los trabajadores en sede judicial.

En el año 1991, el gobierno dictó una gran cantidad de normas que en su mayor parte vulneraban la Constitución Política de 1979, y llega a establecer el marco jurídico de los contratos de trabajo mediante el Decreto Legislativo 728 dando inicio a una profunda reforma del sistema de contratación laboral. Esta norma incluye nuevos contratos temporales de carácter causal, así como formas atípicas de trabajo eventual (trabajo en periodo de prueba y trabajo en tiempo parcial)³⁵.

³³ 'MITPS-DGE. En Boleta Mensual del Empleo N°15.

³⁴ MITPS-DGE. Extraído del diario El Comercio 27-09-87, pág.2.

³⁵ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo "La Contratación Temporal en la Ley de Fomento del Empleo" en Revista de Derecho Themis N°23. Segunda Epoca, Lima 1992, págs. 15 y 16.

Las reformas aplicadas tuvieron en un primer momento efectos recesivos sobre la economía, y luego la economía creció una tasa anual de 7%, en el periodo 1993-1997 y las exportaciones crecieron en una tasa del 13.3%³⁶, sin embargo estas reformas implicó la desaparición de muchos sectores industriales (industrias del calzado por ejemplo) y el fortalecimiento de otros (productos alimenticios por ejemplo), lo que significó una destrucción de puestos de trabajo o cierre de industrias (en 1993 se expidieron alrededor de 52 dispositivos legales en materia laboral que significó en lo más destacable la eliminación de la Comunidad Laboral, la modificación de la estabilidad laboral y el incremento de faltas graves, ellos no obstante que la Constitución de 1979 reconocía el derecho a la estabilidad absoluta.

Conforme a lo reseñado precedentemente, con la aplicación del modelo neoliberal en el ámbito laboral, el Estado se hizo a un lado, se instaló un modelo de libre juego de las leyes de la competencia, mediante el restablecimiento de la responsabilidad individual, dando lugar a una política intensiva de privatización de las empresas públicas con el consiguiente despido de sus trabajadores, austeridad salarial, paralización de las relaciones laborales, empleo temporal y, desregulación del mercado. Un modelo que para el autor nacional Gamarra Vílchez era incompatible con los derechos de segunda generación³⁷.

Entre el 2002 y el 2004 el Perú creció a tasas superiores al 4% con proyección al alza, sin embargo este desarrollo económico no trajo consigo todo el progreso social ni el laboral que se esperaba puesto que las empresas prefirieron basar la competencia en la flexibilización de las condiciones de trabajo, minimizando los costos y maximizando el beneficio de las inversiones. Es en este periodo que va tomando fuerza la idea de integrarse a las economías más desarrolladas y la búsqueda activa de un Tratado de Libre Comercio con los EE.UU. Previa a la firma de este Tratado, se hizo un diagnóstico sobre las condiciones de empleo en el Perú, lo que arrojó los siguientes datos: creciente informalización (85 de cada 100 puestos de trabajo se generaban fuera de todo tipo de regulación laboral o protección social), generalizada precarización de las condiciones de empleo, del despido sin causa, uso extensivo de contrataciones y servicios, reducción del ámbito de

³⁶ MORÓN, Eduardo; BERNEDO María; CHÁVEZ Jorge F.; CUSATO Antonio y Diego WINKELRIED "Tratado de libre Comercio con los Estados Unidos". Universidad del Pacífico, Instituto Peruano de Economía. Lima, 2005, pág. 152.

³⁷ GAMARRA VÍLCHEZ, Leopoldo y F. ALEMÁN PAÉZ. *La Reforma Laboral en el Perú*. Edial E.I.R.L.-Lima, 1998, pág. 25.

negociación colectiva, decaimiento de los índices de sindicalización en el sector privado y desaparición total de sindicalismo en el sector público (salvo tres excepciones) y uso indiscriminado del contrato civil en el sector público que encubría una verdadera relación laboral.

Luego de firmado el Tratado, y pese al compromiso del gobierno de mejorar las condiciones de empleo y acabar con la informalidad, se tiene un dato muy preocupante: al año 2008 por cada empresa formal habían dos que no lo eran lo que lleva a concluir que los trabajadores de estas últimas empresas no gozan de sus derechos sociales. En estos dos últimos años el Perú está registrando un crecimiento económico que lo coloca en las siete mejores economías de América Latina que de alguna forma ha incidido en la reducción de la tasa de desempleo, sin embargo existen datos que despiertan preocupación, uno de ellos es el referido a las Mypes que en el año 2008 registraba la cifra de 2' 263,801 empresas informales con un descenso poco significativo en relación al año 2004 que registró una informalidad del 77.9%.

La crisis económica y el problema del terrorismo han jugado en contra de los derechos de los trabajadores peruanos por muchos años, sin embargo ahora que los indicadores económicos son halagüeños, no existe la menor intención de parte del sector empresarial de que se debata en el Congreso la Ley General de Trabajo que ha sido presentada al Congreso desde el año 2002.

En relación a España, teniendo como telón de fondo a la crisis económica, las reformas que se introdujeron en el ámbito de la contratación laboral datan de finales de los años setenta. La RDL 18/1976 permitió la contratación de duración determinada sin causa, independientemente de la naturaleza del trabajo para el que fue contratado; los RD 3280 y 3281/1977 siguieron en esa misma línea.

El Estatuto de los Trabajadores de 1980 mantuvo con carácter general la presunción de que todo contrato de trabajo sería concertado por tiempo indefinido, admitiendo la posibilidad de celebrar contratos de duración determinada: Es con la RD 1362/1984 que se permite la contratación temporal como medida transitoria, lo que luego fue generalizado indiscriminadamente. Con la Reforma introducida por la Ley 32/1984 se permitió la contratación temporal excepcional sin restricción alguna. Vades Dal-Ré menciona que entre 1985 a 1994 España alcanzó las tasas de

temporalidad más altas de entre todos los países de la Unión Europea;³⁸ y Virginia Hernanz refiere que en la segunda mitad de la década de los años ochenta se perdieron casi 200 mil puestos indefinidos³⁹.

La Ley 63/1997 intenta reducir la elevada tasa de temporalidad existente en ese momento, pero no lo logra; en el año 2001 se emprende una nueva y urgente reforma laboral (RD-L 5/2001 y Ley 12/2001) introduciendo modificaciones en el marco jurídico del Contrato de Trabajo. La crisis financiera global provoca una recesión en la Unión Europea dando lugar poco después a que España dictara el DRL 10 /2010 que introdujo nuevas reformas a las relaciones laborales, sin conseguir que se corrija el abuso en las sub-contratas y en el encadenamientos de contratos, persistiendo el elevado número de los contratos temporales, con la precariedad y fraude a la ley que ello conlleva.

A poco tiempo de estrenarse una reforma laboral, (2010), España vuelve a considerar de necesidad extrema otra reforma. Y lo que reconoce la norma que inicia esta nueva reforma (RDL 3/2012 de 10 de febrero) no hace sino revelar lo ineficaz de estas medidas para enfrentar una crisis económica o financiera: “...la cifra de paro se sitúa en 5.273.600 personas, con un incremento de 295.300 en el cuarto trimestre de 2011 y de 577.000 respecto al cuarto trimestre de 2010. La tasa de paro sube en 1,33 puntos respecto al tercer trimestre y se sitúa en el 22,85%. La destrucción de empleo ha sido más intensa en ciertos colectivos, especialmente los jóvenes cuya tasa de paro entre los menores de 25 años alcanza casi el 50%. (...)El desempleo de larga duración en España es también más elevado que en otros países (...) Mantenemos una tasa de temporalidad de casi el 25%, mucho más elevada que el resto de nuestros socios europeos. La temporalidad media en la UE es del 14%, 11 puntos inferior a la española”.

Luego de 2 años de aplicada la reforma laboral aprobada el diez de febrero de dos mil doce no se logró revertir sustancialmente la crisis económica en España, antes bien los ha agudizado debido al incremento de los conflictos sociales ocasionado por la falta de empleo, rebaja de los salarios y la precariedad en el empleo. En efecto, no se creó empleos como aseguraron, ni se frenó los despidos.

³⁸ VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. *La Disciplina jurídica del mercado de Trabajo: el caso español*. En Ier Congreso de Castilla y León sobre relaciones laborales. 1ra Edición, Editorial Lex Nova Valladolid 1999, pág 44.

³⁹ HERNANZ Martín, Virginia. *El Marco Institucional y la Evolución de la Contratación*. En “El Trabajo Temporal y la Segmentación: un estudio de las transiciones laborales” Consejo Económico y Social. Madrid 2003, pág 61.

La Encuesta de Población Activa (EPA) del dos mil doce y dos mil trece revela que días antes de la reforma laboral introducida en el dos mil doce había 4, 599.829 desempleos registrados en las oficinas de los servicios públicos de empleo, pero luego de transcurridos dos años de la reforma se totaliza en 4, 814.435 parados lo que supone un aumento significativo en este sector; así mismo se experimentó un alto índice de desocupación y si bien registró un 8,1% de contratación este dato no es un alivio para la clase trabajadora, pues el aumento es en la contratación temporal (eventuales por obra y servicio) reduciendo los contratos por interinidad, sustitución por jubilación, de relevo y jubilación parcial, lo que ya significa una precarización en el mercado laboral.

En suma, con las reformas laborales introducidas por España para paliar las crisis económicas que afrontó desde su historia, lo que ha conseguido es la vigorización de la contratación temporal reduciendo los contratos a tiempo indeterminados, se ha elevado muy significativamente los despidos individuales y de otro lado, se consolida la posición del empresariado de afrontar las crisis financieras o económicas con el despido, la rebaja de costos laborales y la precarización del empleo.

Resulta importante resaltar lo que menciona el Instituto para las Relaciones Laborales y el Empleo (IRLE) de la Fundación Sagardoy en su VI Barómetro del Mercado de trabajo: la reforma no ha impedido de que la probabilidad de seguir desempleado suba a niveles superiores al 70% (antes de la crisis económica era del 40%) y que los parados con más de dos años de antigüedad hayan aumentado al dos mil trece en 30,6% (que era el mínimo de 12,6% en el primer trimestre del 2009)⁴⁰.

Todo el panorama descrito que es bastante similar a la sufrida por nuestro país en tiempo de crisis económica y de reformas laborales intensas, nos hace pensar que el recorte de los derechos laborales vía reformas flexibilizadoras no ayudan a superar la crisis económica; antes bien la agudizan con los conflictos sociales que aumentan por el descontento popular. Los trabajadores no se explican por qué sus ingresos o su empleo deben ser sacrificados por los errores y desaciertos del Gobierno en el manejo de la economía o peor aún, que asuman ellos el deplorable manejo del sistema financiero.

⁴⁰ VI Barómetro del Mercado de Trabajo - Fundación Sagardoy - IRL. www.centrosagardoy.com/files/docuemnto/pdf/sextobarometro_com_conclusiones.pdf visitado el 4/04/2016

Si esto es así, por qué los economistas persisten en reformas laborales flexibilizadoras si su aplicación no hace sino agudizar la crisis en el mercado de trabajo. Cómo entender que la rebaja de salarios, el desempleo, el subempleo puede ayudar a reactivar de la economía.

Habría que preguntarse ¿por qué en el año 2012 España lidera los índices negativos de desempleo, si durante su historia de crisis ha implementado serias reformas laborales orientadas todas a revertirlo? ¿No será que precisamente el liberalismo aplicado en dichas reformas es el causante de tan nefastos índices?

Pareciera que las situaciones de crisis económica o financiera siempre resultan favorables para el sector empresarial, puesto que cualquier reforma se emprende cuidando de que le sean favorables a fin de incentivar o reactivar la economía, siendo la clase trabajadora – sujeto de protección del Derecho del Trabajo – quien sufre los ajustes y limitaciones de sus derechos sociales, no obstante haber sido ajeno a las conductas y decisiones adoptadas en el sector privado y hasta el público que han propiciado la debacle económica en la zona euro.

Volvemos a insistir: es la dinámica económica lo que crea el empleo y no la Ley. La política neoliberal en las relaciones de trabajo no es la solución, antes bien, crea precariedad en el empleo, facilitando los despidos, flexibilizando el mercado de trabajo y sumiendo a las familias en la desesperación.

5. Conclusiones

- a) La crisis económica ha precipitado una serie de propuestas flexibilizadoras orientadas a abaratar la fuerza de trabajo.
- b) Los profundos cambios de que ha sido objeto el ordenamiento laboral en países tercer mundistas -como Perú- bajo el pretexto de enfrentar la crisis económica, solo ha servido para precarizar más el empleo. La flexibilidad puesta en marcha es para dar tranquilidad a las empresas a expensas de la clase trabajadora que ve mermado sus salarios y recortado sus derechos sociales que paradójicamente son reconocidos como derechos humanos tanto por la legislación interna como normas de carácter Internacional.
- c) En un contexto de crisis económica, los empresarios se ven obligados a reducir costos para mantener sus productos a niveles competitivos en el mercado; esto hace que los derechos laborales les signifiquen un gran costo de producción y entonces apuestan por

flexibilizar la contratación de mano de obra y prefieren la contratación de personal eventual, temporal.

- d) Los Contratos Temporales y las nuevas modalidades de contratación que se vienen imponiendo gracias a la política flexibilizadora, no es la solución al desempleo. Es necesario dinamizar la economía antes que ir dictando leyes modificando reformas laborales que en su momento se dijo que eliminaría el desempleo y reactivaría la economía. Esta sucesión normativa de continuas reformas y modificaciones a las reformas no ha hecho sino precarizar mas el desempleo tanto en los países ricos como en los pobres.
- e) España y Perú son países diferentes social, política y económicamente, sin embargo en ambos se ha aplicado una política neo-liberal en las relaciones laborales que no ha dado buenos resultados. El empleo se ha precarizado más y actualmente en ambos países la permanencia del trabajador en su empleo depende de la libre y universal decisión del empleador, de ahí que esté dispuesto a aceptar cualquier condición de trabajo y renunciar en la práctica a defender o promover sus derechos; y eso lo sabe muy bien el empresariado que siempre mirará con buenos ojos que se deje de lado principios como el de irrenunciabilidad de los derechos sociales o el principio protector que son pilares del Derecho del Trabajo y que han surgido por la relación asimétrica que existe entre patrono y trabajador.
- f) Coincidimos con muchos doctrinarios al sostener que no puede atribuirse a la estabilidad laboral la causa de la falta de absorción de la mano de obra desempleada o subempleada. Y corrobora esta afirmación el hecho de que la masiva contratación temporal no ha contribuido a evitar o frenan la crisis. Ahora, este dato significativo de la abundancia de contratación eventual, temporal en el mercado de trabajo, es de preocupación y en lugar de retomar las raíces de que lo que significa un Gobierno de Bienestar, se hecha mano de nuevos tipos de contratación (minijob) que según dice capturarán la mano de obra del sector juvenil. La historia dirá lo equivocado o no que están entrando por este rumbo.
- g) Finalmente coincidimos también con Néstor de Buen, cuando dice que en el fondo, la vieja idea del equilibrio sigue siendo el factor

fundamental que alimente a la paz social y la esperanza de que, en un mundo sin crisis, los trabajadores volverán a ser los protagonistas del Derecho del Trabajo.

6. Bibliografía

- ÁLVAREZ RODRICH, Augusto. "Los Objetivos de la Privatización de las Empresas Estatales", en *Revista de Derecho Themis*-Nº23 Segunda época, 1992.
- Anuario de las relaciones laborales en España, 1976 "*La Crisis, La Reforma y los Trabajadores*" Ediciones De la Torre, Madrid, 1977
- ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel "*La Construcción Jurídica del Contrato de Trabajo*". Editorial COMARES-Granada, 2011.
- BAUMAN, Zygmunt. *La globalización, consecuencias humanas*. Fondo de Cultura Económica. México DF- 1999.
- CABERO, Enrique. "Minijobs, ¿una solución al paro?" *Tribuna Universitaria* 23 al 29 de Enero 2010. Universidad de Salamanca, España.
- VICENTE PALACIO, Aranzazu "*La contratación temporal y otras modalidades de contratación*", en *Derecho del Trabajo*. Edit. Aranzadi, 2001.
- BARRIOS BAUDOR, Guillermo y otros. *Derecho del Trabajo: Una visión panorámica*". Ediciones Laborum, Murcia, España, 2002.
- BAUMAN, Z. *La globalización, consecuencias humanas*. Fondo de Cultura Económica. México DF, 1999.
- CARO FIGUEROA, Armando. *La Flexibilidad Laboral Fundamentos comparados para la Reforma del Mercado de Trabajo Argentino*. Editorial Biblos, Buenos Aires, 1993.
- COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Libro Verde. *Modernizar el Derecho Laboral para afrontar los retos del siglo XX*", Bruselas 22 de noviembre del 2006.
- COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Libro Verde "*Vivir y trabajar en la sociedad de la información, prioridad para las personas*". Bruselas 24 de julio de 2006.
- Derecho del Trabajo y Razón Crítica. Libro dedicado al Profesor Carlos Palomeque López en su 25º aniversario como catedrático Salamanca 2004.
- GARCÍA NINET, José (director) obra colectiva. *La Contratación Temporal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

- García Blasco Juan. *El Derecho Social del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*. Obra colectiva, Granada-España, 2010.
- GAMARRA VÍLCHEZ, Leopoldo y Alemán Paéz, F. *La Reforma Laboral en el Perú*. Edial E.I.R.L., Lima, 1998.
- HERNANZ MARTÍN, Virginia. "El Marco Institucional y la Evolución de la Contratación", en *El Trabajo Temporal y la Segmentación: un estudio de las transiciones laborales*. Consejo Económico y Social. Madrid, 2003.
- LÓPEZ, J. *Contrato de Trabajo y Figuras Afines*. Valencia, 1999.
- MARTÍN VALVERDE, A. "El Impacto de la crisis en el Derecho del Trabajo" (debate). *Temas Laborales*. No. 1.
- MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES. *Derechos fundamentales en el trabajo y normas internacionales del trabajo*. Madrid, 2003.
- MONTOYA MELGAR, A. "Los sindicatos ante la crisis económica". *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Núm. 22, 1985.
- MORENO VIDA, María Nieves. "El debate sobre la flexiseguridad en Europa", en *El Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social ante la Crisis Económica*, 2010.
- MORÓN, Eduardo; BERNEDO, María; CHÁVEZ, F.; CUSATO, A. y Diego WINKELRIED. *Tratado de libre Comercio con los Estados Unidos*. Universidad del Pacífico -Instituto Peruano de Economía", Lima, 2005.
- NEFFA, Julio César. "Crisis y Emergencia de Nuevos Modelos Productivos", en *Los Retos teóricos de los Estudios del Trabajo hacia el siglo XXI*. Obra compilada por Enrique De la Garza. Colección Grupos de Trabajo de CLACSO, Buenos Aires, 1999.
- PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel y E. CABERO MORÁN. *Todo sobre las primeras normas de reformas de mercado de trabajo*. Editorial praxis S.A Barcelona, 1994.
- PALOMEQUE L., M. "El Presente y el Previsible Futuro del Derecho del Trabajo", *Responsa Iurispritorum Digesta*, Vol. III, Ediciones Universidad Salamanca, España, 2002.
- PALOMEQUE L., M. *Derecho del trabajo*. Madrid, 2006.
- PÉREZ ALENCOR, Alfredo. "Crisis y derecho del trabajo", en *Cuadernos Laborales*, N.º 43, Lima 1987.
- ROJO TORRECILLA, Eduardo. "Pasado, presente y futuro del Derecho del Trabajo", en *Derecho entre economía, política y cultura*. Editores Curatori-Onati, 1997.
- RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge. *Manual de Derecho del Trabajo Individual*. Edit. Tarpuy, Lima, 1986.

- Report of the Employment Taskforce chaired by Win Kok, Bruselas (2003)
“Jobs, Jobs, Jobs, Creating more employment in Europe”. Informe Win Kok.
- SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. “La Contratación Temporal en la Ley de Fomento del Empleo”, en *Revista de Derecho Themis*, N°23. Segunda Época, Lima 1992.
- SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *Los Contratos de trabajo de duración determinada*. ARA Editores, Lima.
- SERRANO PASCUAL, Amparo. *Representación del Trabajo y Socialización Laboral. “Globalización de apertura Económica y Relaciones Industriales en América Latina”*. Santa Fe de Bogotá. DC.CES. Universidad Nacional, 1999.
- URRÉA GIRALDO, Fernando. *Un Modelo de Flexibilización Laboral bajo el Terror del Mercado*. CLASCO, Buenos Aires, 1999.
- VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. *Flexibilidad y Condiciones de Trabajo*, en *CLARIDAD* 17, Madrid, 1987.
- VALDÉS DAL-RÉ, F. “Flexibilidad en el Mercado de Trabajo y ordenamiento laboral”. *Papeles de Economía Española* N° 22, Madrid, 1985.
- VALDÉS DAL-RÉ, F. “La Disciplina jurídica del mercado de Trabajo: el caso español”, en *I Congreso de Castilla y León sobre Relaciones Laborales*. 1ra Edición, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1999.
- VALVERDE, M. “El Derecho del Trabajo de la crisis de España”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*. N° 26, abril-junio, 1986.
- VALVERDE, M. “El impacto de la crisis en el Derecho del Trabajo” (debate). *Temas Laborales*, No. 1, 1984.

EL PAGO DE INTERÉS EN EL SISTEMA FINANCIERO Y LA AFECTACIÓN A LA TUTELA JURÍDICA DE USUARIOS DE CRÉDITOS DE CONSUMO

CARLOS ESMITH MENDOZA GARCÍA*

Resumen

El presente artículo trata sobre el pago de intereses y su vinculación con la tutela de usuarios de créditos de consumo en Perú. La legislación peruana regula regímenes legales diferentes tanto para personas ajenas al sistema financiero, a las cuales establece límites en el pacto de intereses, como para las Empresas del Sistema Financiero Nacional, las que gozan de un tratamiento preferente, al estar facultadas para pactar intereses sin someterse a topes máximos. Este último régimen normativo no se condice con la tutela jurídica de los usuarios de los créditos de consumo, al no tomar en cuenta las evidentes asimetrías económicas, de información y de negociación existentes en el mercado financiero, que genera que los usuarios se encuentren en evidente desventaja frente a las empresas del Sistema Financiero, lo cual conlleva a la existencia de tasas de intereses excesivas, generando desequilibrio en las prestaciones derivadas de estos contratos y legitimando, de este modo, la mala fe en las prácticas comerciales del sistema financiero.

Palabras clave: Pago de intereses, tasas de interés, interés, créditos de consumo, mercado financiero.

Abstract

The present article deals with interest payment and its link with the consumption credits users guidance in Peru. The Peruvian legislation regulates different legal regimes, for people outside the financial system, establishing limits in the interest agreement and also for the National System Enterprises that have a preferential treatment; They are be empowered to negotiate interests without being subject to maxim top amounts. This last regulatory regime is in disagreement with the consumption credits users protection because they don't take into account the evident disadvantages in which are such users; the regimen mentioned above leads to excessive interest rates, generating imbalance in the benefits derived from the contracts and the legitimization of the bad faith in the financial system commercial practices.

* Maestro en Derecho y Ciencias Políticas, con mención en Derecho Civil y Comercial, por la Universidad Nacional de Trujillo. Actualmente ejerce funciones como juez titular del Juzgado Mixto de Corongo de la Corte Superior de Justicia del Santa.

Keywords: Interest payment, interest rate, interest, consumption credit, financial market.

Sumario

1.- Introducción. 2.- El pago de intereses. 2.1.- Noción de interés. 2.2.- Importancia del interés. 2.3.- Clases de interés. 2.4.- Las tasas de interés. 3.- El pago de intereses para personas ajenas al sistema financiero. 4.- El pago de intereses dentro del Sistema Financiero. 5.- El crédito de consumo. 5.1.- Definición. 5.2.- Principios que sustentan la tutela de los usuarios de créditos de consumo. 6.- Tasas de interés, transparencia y tutela de los usuarios de créditos de consumo. 7.- Libertad para fijar tasas de interés y tutela de los usuarios de créditos de consumo. 8.- Conclusiones. 9.- Bibliografía.

1. Introducción

El pago de intereses es una institución del derecho de obligaciones, con una gran trascendencia en la realidad económica actual, pues su estipulación forma parte de casi la totalidad de contratos de crédito celebrados en el ámbito civil y comercial, teniendo un papel importante en la contribución al crecimiento económico del país.

Por ello, su estudio no solo debe enfocarse desde el punto de vista de los economistas, sino también desde el punto de vista jurídico, por cuanto nuestra disciplina no puede ser ajena a las implicancias que derivan de tan trascendente institución. Nótese que el pago de intereses ha sido estudiado y regulado desde la antigüedad, como acotan MORALES, FLORES y YAÑEZ, los primeros antecedentes conocidos aparecen en la antigua India en el año 2000 AC, existiendo abundantes referencias entre las que destacan las alusiones condenatorias existentes en los libros sagrados (Antiguo Testamento y Corán), y en los discursos de filósofos clásicos como Aristóteles, Platón y San Agustín. En ellas, la posición doctrinaria dominante respecto al tema, es que debe haber un precio justo por el uso del dinero, y que es condenable cualquier cobro por encima de él¹.

¹ FLORES, Carolina; MORALES, Liliana y Álvaro YAÑEZ, (2005). *Interés Máximo Convencional. Origen Evolución y forma de cálculo*, en http://www.sbif.cl/sbifweb//internet/archivos/publicacion_4193.pdf, consulta: 15 de diciembre de 2015.

OSTERLING y CASTILLO², haciendo referencia al tratamiento del pago de intereses en el Derecho Romano, anotan lo siguiente:

El mutuo en un inicio fue gratuito, (...) no obstante la gratuidad del mutuo, fue posible establecer un pacto adicional para el cobro de intereses, al que se le llamó '*stipulatio usurarum*'. Dicho '*pactum*' fue admitido en los préstamos de grano y solo tiempo después en los préstamos de dinero hecho por los banqueros; esto último, como reconocimiento a la actividad bancaria. Además, se admitió que la cuantía de los intereses fuese fijada en razón del riesgo que la operación realizada pudiese importar. El cobro de intereses generó en Roma constantes reclamos, pues el monto de aquellos llegó a ser impresionante; por ello fueron diversas las normas dictadas. Estas disposiciones intentaron ordenar el devengamiento de los intereses y prohibir la capitalización de los mismos. Entre dichas normas se puede citar a las leyes *licinas sextias* del año 367, la *lex duilia menenia* del año 347, la *lex genucia* del año 342, la *lex procia* del año 118, la *lex Marcia* del año 104 y la *lex Cornelia pompeia unciaria* del año 88, todas ellas A.C.

Teniendo en cuenta estos antecedentes, debe atenderse a que el estudio y reflexión del Derecho se orienta a la búsqueda de la justicia en las relaciones jurídicas establecidas entre los ciudadanos; por tanto, el Derecho no puede permanecer indiferente ante la realidad económica.

Según índices económicos, el crédito de consumo viene registrando un considerable aumento en los últimos años, conforme lo señalan diversas notas informativas emitidas por el Banco Central de Reserva del Perú - adelante BCRP-. En una última nota informativa publicada en el portal web de esta Institución, se hace conocer que el crédito al sector privado en moneda nacional - que incluye el otorgado por la banca, financieras y cajas municipales y rurales - registro un aumento de 29,2 por ciento en noviembre de 2015, respecto a similar mes de 2014³. Es decir, se trata de un sector de gran dinamismo y que, por tanto, involucra a un gran número de personas que realizan operaciones y con ello coadyuvan al crecimiento de la economía. Sin embargo, no todo es color de rosa, pues al respecto se ha

² OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE (1996). *Tratado de las Obligaciones*. Volumen XVI (2ª Parte-Tomo V). Lima: Fondo Editorial PUCP, p. 260.

³ Banco Central de Reserva del Perú (2015, 27 de diciembre). Nota Informativa, en <http://www.bcrp.gob.pe/docs/Transparencia/Notas-Informativas/2015/nota-informativa-2015-12-27.pdf>, consulta: 22 de enero de 2016.

puesto en evidencia prácticas abusivas por parte de las Empresas del Sistema Financiero Nacional - en adelante ESFN -, que afectarían a los usuarios de créditos de consumo, debido a las elevadas tasas de interés que se cobran dentro del sistema financiero.

Así, en una nota periodística publicada por el diario "La República", el día 23 de noviembre de 2010, el especialista Miguel Ángel Martín, profesor de ESAN, sostiene que muchas veces se engaña a los clientes con la publicidad, pues se les plantea la tasa de interés, pero no la tasa de costo efectivo, que es lo que realmente pagan; asimismo indica que el problema de las altísimas tasas de interés que se cobran en el mercado peruano es la falta de competencia interbancaria y recordó que en el Perú el 75% del mercado crediticio se concentra en tres bancos. Agrega que somos el país de mayor concentración bancaria en toda Latinoamérica, lo cual genera conductas oligopólicas; es decir, altas tasa de interés, altas comisiones y poca competencia⁴.

Basta corroborar la información publicada en el portal web de la Superintendencia de Banca y Seguros - en adelante SBS -, para advertir la vigencia de tasas de interés considerablemente elevadas que las ESFN aplican a los créditos de consumo, apreciándose del reporte de tasa de interés promedio, la vigencia de tasas para créditos de consumo que, en algunos casos, superan el 200% anual.

Las prácticas antes descritas, se encuentran amparadas en una normatividad que permite a las ESFN fijar libremente y sin topes tasas de interés, comisiones y gastos que aplican a sus operaciones activas y pasivas. Es decir, las empresas del Sistema Financiero, al no tener límite alguno para señalar tasas de interés que cobran a sus usuarios, gozan de un tratamiento preferente; sin embargo, cabe preguntarse: ¿el tratamiento normativo que faculta el pago de intereses sin topes a favor de las ESFN, contraviene la tutela de los usuarios de créditos de consumo?

Justamente al tratar de responder esta pregunta nos avocaremos, para lo cual se estudiará los regímenes legales que regulan el pago de intereses y sus implicancias en el derecho de los consumidores y usuarios.

Precisamos que la intención del presente trabajo es coadyuvar a soluciones más justas en las relaciones de consumo y, de este modo, se busca

⁴ Cfr.: La República (2010, 23 de noviembre). *Advierten sobre tasas de interés*, p. 17.

contrapesar en las evidentes asimetrías existentes entre las partes celebrantes de este tipo de contratos.

2. El pago de intereses

2.1 Noción de interés

DÍAZ⁵ afirma que el Interés "se define como el rendimiento paulatino que devenga un capital, en función de su importe y al tiempo transcurrido, sea como retribución por el uso del dinero o como compensación por la demora en el pago." Destaca las siguientes características de los intereses:

- i) Son frutos o productos;
- ii) Se deben en virtud a una relación obligatoria, ya sea contractual o legal;
- iii) Constituyen una deuda de carácter pecuniario, es decir los intereses deben ser pagados en dinero;
- iv) Presuponen la existencia de una acreencia sujeta a rendimiento; este es un requisito inherente a todo supuesto, ya que si no hay acreencia no puede haber un interés;
- v) Son una obligación de carácter accesorio a la obligación principal de entrega o devolución de capital."

Para Díez Picazo, citado por FERNÁNDEZ⁶, el interés, en términos económicos, es el "precio o la remuneración que una persona ha de pagar por la utilización o disfrute de bienes de capital de pertenencia ajena. Como quiera que los bienes de capital constituyen factores de producción, su utilización o disfrute proporciona un beneficio, por el cual debe pagarse un precio. En términos jurídicos, sin embargo, el concepto de 'interés' es un concepto más estricto. Jurídicamente son intereses las cantidades de dinero que deben ser pagados por la utilización y disfrute de un capital, consistente también en dinero".

⁵ DÍAZ SILVA, Nathalie (2005). *Las tasas de interés aplicables a las operaciones no financieras ¿Cómo se regulan los intereses en el Perú?* Revista Actualidad Jurídica. Nº 136, Lima, p. 55.

⁶ FERNANDEZ FERNÁNDEZ, César (2007). *Interés compensatorio y moratorio*. En AA.VV. *Código Civil Comentado*. Tomo VI, Lima: Gaceta Jurídica, p. 407.

2.2 Importancia del interés

VILLEGAS y SCHUJMAN⁷, acotan que "la primera función de los intereses en una economía de mercado es la de establecer un equilibrio entre el consumo presente y el consumo futuro (ahorro).

Asimismo, el interés tiene diversas funciones en la economía, las mismas que pasamos a anotar:

- a) Los intereses establecen el equilibrio entre la oferta y la demanda de fondos prestables.
- b) Los intereses influyen en la política monetaria, incentivando o conteniendo el proceso económico.
- c) Los tipos de interés pueden influir en el volumen de ahorro y en particular puede observarse que con tipos de interés negativos se agudizan los procesos de desmonetización.
- d) Los intereses distribuyen los fondos prestables entre los distintos usuarios, de manera que los ahorros escasos se distribuyen entre aquellos proyectos de inversión cuya tasa de retorno no sea mayor a los niveles de interés".

2.3 Clases de interés

Para fines del presente trabajo tomaremos la clasificación según su finalidad, que se encuentra recogida expresamente en el Código Civil.

- a) **Interés compensatorio:** El interés es compensatorio cuando constituye la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien. Tiene como finalidad el de mantener el equilibrio patrimonial, evitando que una de las partes obtenga un enriquecimiento al no pagar el importe del rendimiento de un bien. Así, se permite cobrarle a quien se beneficia del dinero o cualquier otro bien, una retribución adecuada por el uso que haga de él⁸.
- b) **Interés moratorio:** Según el artículo 1242° del Código Civil, "tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago". Para

⁷ VILLEGAS, Carlos y Mario SCHUJMAN. *Intereses y Tasas*. Abeledo Perrot: Buenos Aires. Citado por OSIERLING PARODI, Felipe y CASILLO FREYRE, Mario. *Op. cit.*, p. 298.

⁸ Cfr. FERRERO COSTA, Raúl. *Curso de derecho de Las Obligaciones*. Lima: Grijley, 2001, p. 212.

DÍAZ⁹, "los intereses moratorios constituyen una sanción o penalidad que tiene por objeto resarcir al acreedor los daños y perjuicios que el deudor le causa con el incumplimiento tardío de su obligación". Precisa que "los daños y perjuicios causados al acreedor no requieren ser probados a fin de que opere la obligación de pagar intereses moratorios. Por el contrario, en la mora los daños y perjuicios se presumen *juris et de jure*. La razón es que todo capital sujeto a rendimiento, por su propia naturaleza, genera frutos por el transcurso del tiempo, por lo que el solo hecho del retardo en el pago del mismo importa la privación de réditos al acreedor, es decir un daño y perjuicio que debe ser resarcido. (...)". Agrega que "no basta con que el deudor simplemente incurra en un retraso para que los intereses moratorios se devenguen. Además del retraso *per se* (elemento objetivo), es necesario que el mismo sea imputable al obligado y sea también antijurídico, es decir, que obedezca a culpa, ya sea leve o grave, o dolo por parte de obligado (elemento subjetivo). (...) Adicionalmente el Código Civil exige la intimación (elemento formal) para que se configure la mora, la cual consiste en que el acreedor le haya requerido al deudor judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación, salvo en aquellos casos en que el código taxativamente señala que no se requiere intimación, y que, por lo tanto, la mora es automática."¹⁰

2.4 Las tasas de interés

Una tasa de interés es el precio del dinero. También es definido como el porcentaje que paga el prestatario por el capital tomado en calidad de préstamo¹¹.

Existe una diversidad de tasas de interés; pero, por ser didáctica, recogemos una clasificación elaborada por KEIL¹² quien refiere que las tasas de interés pueden ser:

⁹ DÍAZ SILVA, Nathalie. *Op. cit.* p. 55.

¹⁰ *Ibidem*, p.56.

¹¹ FALCONÍ PICARDO, Marco y Angelina FALCONÍ PICARDO. *Diccionario de Banca, Finanzas y Empresa*, Grijley, Lima, 2002, p. 262.

¹² *Cfr.* KEIL, Roberto. *Lecciones de Derecho Monetario*. Rentería Editores SAC, Lima, 2004, pp. 191-196.

- a) **Activas y pasivas.** Las primeras son las que los intermediarios financieros cobran por el dinero que prestan, las segundas se refieren a las que estas entidades pagan por los depósitos que reciben.

Usualmente los depósitos son remunerados con una tasa menor que aquellas aplicables a los créditos. La diferencia entre ambas constituye el "*spread*" o margen financiero, o utilidad financiera.

- b) **Tasa nominal y Tasa real.** Es nominal (o tasa ofertada) cuando el tipo lleva la tasa de inflación esperada. Entonces, si la tasa es del 10% al año, un nuevo sol se podría intercambiar por S/. 1,10 en el futuro.

Es real cuando a la tasa nominal se deduce la tasa de inflación esperada. En el ejemplo anterior, si el nivel de precios sube en igual porcentaje a la tasa de interés nominal 10%, entonces tendremos una tasa de interés real igual a "cero". Esta tasa se ajusta teniendo en consideración los incrementos del nivel de precios.

- c) **Tasa fija y Tasa variable.** Fija es cuando se establece desde el inicio y para todo el periodo de la operación. Se sustenta en la estabilidad del nivel general de precios.

Es variable porque, si bien se define desde el principio, se determina un mecanismo de ajuste en función de la variación de los precios, aplicable en cada periodo en que se divide el plazo de operación, (p. ej. semestral, mensual).

- d) **Tasa a rebatir.** La que se aplica sobre el saldo del principal; o sea, que conforme se amortiza (pagos parciales), el monto del capital va tornándose menor y las tasa se irán aplicando sobre una base más reducida. Usualmente en los créditos que se van cancelando en base a cuotas periódicas.

- e) **Tasa interbancaria.** Es aquella tasa pasiva promedio que las empresas bancarias y financieras se conceden entre sí, los llamados préstamos interbancarios. Constituyen un mecanismo importante, pues permite una circulación de liquidez entre las empresas del sistema y además, influye sobre las restantes tasas que se cobran o se pagan en determinadas plazas.

- f) **Tasas en función de los plazos.** Aplicable a las operaciones activas y pasivas. Es usual, por ejemplo en nuestro país como en otros, que los bancos ofrezcan variedad de tipos de interés: en colocaciones, se aprecian los créditos comerciales, créditos para Pymes, para consumo; y las tasas se aplican en rangos temporales: hasta 30 días, de 31 a 90 días, de 91 días a 180 días, de 181 días a 360 días y más de 360 días, etc. En todos los casos los criterios aplicables para determinar la tasa de interés en las operaciones activas son dos: uno en función del tiempo y otro el riesgo. En otras palabras, si el plazo es más corto, el riesgo será menor, por tanto, menor la tasa de interés, y viceversa.
- g) **Tasas en función de la moneda.** Son las aplicables a operaciones en moneda nacional y en moneda extranjera.

3. El pago de intereses para personas ajenas al sistema financiero

Las personas ajenas al sistema financiero pueden pactar intereses, hasta el límite máximo señalado por el BCRP. Es decir, no pueden exceder los topes máximos establecidos por esta entidad, conforme así lo estipula el artículo 1243° del Código Civil, que prescribe:

"La tasa máxima de interés compensatorio y moratorio es fijada por el Banco Central de Reserva del Perú.

Cualquier exceso sobre la tasa máxima da lugar a la devolución o a la imputación al capital, a voluntad del deudor"

Profundizando en el estudio del régimen legal de pago de intereses regulado en Código Civil, que hasta antes del 25 de abril de 1991 regía también al sistema financiero nacional, se puede señalar que cuando el Código Civil establece que la tasa máxima de interés convencional compensatorio o moratorio es fijada por el BCRP, ello quiere decir que las partes en un contrato pueden acordar libremente la tasa de interés compensatorio y moratorio, conforme al principio de autonomía privada de la voluntad de las partes, pero siempre dentro de los límites o topes señalados por la autoridad bancaria (BCRP). A partir de dichos topes se constituye la usura, que incluso se encuentra tipificada como delito en el Código Penal Peruano¹³.

¹³ Art. 214.- Usura

El que, con el fin de obtener una ventaja patrimonial, para sí o para otro, en la concesión de un crédito o en su otorgamiento, renovación, descuento o prórroga del plazo de pago, obliga o

RODRÍGUEZ¹⁴ al referirse a la limitación legal para el cobro de intereses, y a sus consecuencias en cada sistema jurídico, anota que se trata de una “sanción civil para la usura, o cobro excesivo de intereses por el préstamo de un capital, que tanto toca con el problema de soberanía monetaria como con principios de moralidad, porque se considera que en la relación mutua el deudor es la parte débil y no puede dejarse abierta la posibilidad de que el acreedor señale a su arbitrio y en forma excesiva una tasa de interés que, por su elevado monto, pueda resultar una carga inequitativa para aquel”.

Así, la finalidad perseguida al establecerse una limitación legal es evitar el abuso, el exceso y el cobro de intereses desproporcionados, usurarios, que torne a la relación jurídica en inequitativa e injusta, con lo cual se pretende salvaguardar los derechos del deudor en la consideración de que es la parte débil de la relación jurídica. En otras palabras, el derecho sale en defensa de los intereses de la parte más vulnerable de la relación contractual, de aquella parte con menor poder, de aquel de quien pueden aprovecharse ya sea por su fragilidad, por su necesidad, por su ignorancia o por su pobre condición económica.

En este sentido, el Código Civil ha establecido una serie de instituciones orientadas a defender patrimonialmente al deudor y a proporcionar reglas de equilibrio entre las partes que celebran un contrato, a fin de que no se permita que el contratante de mayor preponderancia pueda abusar o aprovecharse de aquel que, por distintas razones, está en situación desventajosa. Entre las instituciones que buscan tal finalidad, se pueden citar: El no abuso del derecho regulado en el artículo II del título preliminar; la nulidad del acto jurídico contrario a la ley y a las buenas costumbres señalada en el artículo V del Título Preliminar, la excesiva onerosidad de la prestación contemplada en los artículos 1440° a 1446°, la lesión regulada por los artículos 1447° a 1456°; entre otros distintos dispositivos que son consecuencia de la aplicación del principio *favor debitoris*. En este orden de ideas, la doctrina Civil se pronuncia siempre a favor del equilibrio y la equidad en las relaciones económicas, consecuentemente ha señalado límites a la fijación de tasas de interés a fin de evitar el cobro de intereses usurarios.

hace prometer pagar un interés superior al límite fijado por la Ley será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años y con veinte a treinta días-multa.

Si el agraviado es persona incapaz o se encuentra en estado de necesidad, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años.

¹⁴ RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio (2008). *Contratos Bancarios. Su significación en América Latina*. 4° reimpresión de la 2° ed., Colombia: LEGIS, p. 485.

Bajo lo establecido por el artículo 1243° del Código Civil, el BCRP, al amparo del artículo 51° de su Ley Orgánica, ha emitido una serie de circulares cuya finalidad ha sido fijar los topes máximos a las tasas de interés, que actualmente se encuentran regulados en la Circular 021-2007-BCRP, vigente a partir del 01 de octubre de 2007, la misma que dejó sin efecto las circulares N° 006-2003-EF/90 y N° 007-2003-EF/90. De la revisión de estas disposiciones normativas, se puede resumir el siguiente tratamiento:

A.- Para Operaciones en Moneda Nacional

- a) En el periodo comprendido entre abril de 1991 hasta el 30 de setiembre de 2007:

La tasa máxima de interés convencional compensatorio, dependerá del plazo de la operación.

Para operaciones de hasta 360 días, es equivalente a la Tasa Activa de Mercado Promedio Ponderado Efectiva en moneda nacional (TAMN).

Para créditos a plazo mayor a 360 y hasta 719 días es TAMN + 1; y para operaciones mayores a 720 días es TAMN + 2.

La Tasa máxima de interés convencional moratorio para el mismo periodo es 15% de la TAMN.

- b) En el periodo que inicia el 1 de octubre del 2007 en adelante:

La tasa máxima de interés convencional compensatorio es equivalente a la tasa promedio del sistema financiero para créditos a la microempresa.

La tasa máxima de interés convencional moratorio para el mismo periodo es 15% de la tasa promedio del sistema financiero para créditos a la microempresa.

B.- Para operaciones en Moneda Extranjera

- a) En el periodo comprendido entre abril de 1991 hasta el 30 de setiembre de 2007:

La tasa máxima de interés compensatorio y moratorio es equivalente a la Tasa Activa de Mercado Promedio Ponderado Efectiva en moneda Extranjera (TAMEX) independientemente del plazo de la operación.

La Tasa máxima de interés convencional moratorio es equivalente al 20 % de la TAMEX.

- b) En el periodo que inicia el 1 de octubre del 2007 en adelante:

La tasa máxima de interés convencional compensatorio es equivalente a la tasa promedio del sistema financiero para créditos a la microempresa.

La tasa máxima de interés convencional moratorio para el mismo periodo es 20% de la tasa promedio del sistema financiero para créditos a la microempresa.

4. El pago de intereses dentro del Sistema Financiero

Las ESFN no están sujetas a limitación alguna para señalar tasas de interés, pues esta limitación ha sido proscrita a partir de abril de 1991, con la liberalización de la economía y con ello de las tasas de interés del sistema financiero. Conforme al artículo 14° del Decreto Legislativo N° 637 (hoy derogado), los bancos y demás empresas del sistema financiero pueden fijar libremente sus tasas de interés activas y pasivas. La misma libertad se reproduce en el artículo 17° del derogado Decreto Legislativo N° 770 y también el artículo 9° de la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros - en adelante Ley General del Sistema Financiero-. Por tanto, las ESFN a partir de abril de 1991, no están sujetas a las tasas máximas fijadas por el BCRP¹⁵.

Esta regulación de las tasas de interés, se sustenta en la Doctrina que sostiene que la libre competencia en el mercado financiero es adecuada para determinar tasas de interés que mejor conviene a los actores económicos, eliminando así los topes a que se refiere el Código Civil. En este sentido, la circular N° 021-2007-BCRP señala que, en las operaciones activas y pasivas de las ESFN, en cualquiera de sus modalidades, la tasa de interés convencional compensatorio y moratorio se determina por la libre competencia en el mercado financiero y es expresada en términos efectivos anuales, lo cual conlleva a una ausencia total del Estado en la aplicación de

¹⁵ Cfr. AVELINO SÁNCHEZ, Esteban (2006). *Tasas de interés máximas contra la usura*. Revista Quipucamayoc. Lima, Volumen 13, N° 26. Consulta: 30 de enero de 2010, en <http://sisbib.unmsm.edu.pe/bivirtualdata/publicaciones/quipucamayoc/2006/segundo/a11.pdf>

topes máximos; dejando al mercado financiero su autorregulación y autocontrol de las tasas de interés.

Es decir, las tasas de interés que las ESFN aplican a los créditos de consumo se encuentran exentas de limitación alguna, y son fijadas por la libre competencia en el mercado financiero; esto significa que cada Banco o Entidad Financiera señalará libremente las tasas de interés que cobran en los créditos de consumo que otorguen. Desde este punto de vista, las ESFN deberán ofrecer las tasas de interés competitivas a efecto de que los usuarios las prefieran, respecto de otras empresas competidoras.

CASTELLARES¹⁶ explica que la libre competencia es uno de los principios que anima y sustenta a la legislación bancaria y financiera, "pues se trata de lograr un sistema financiero competitivo, con lo que se logrará una banca profesional que preste una excelencia en sus servicios. La empresa que no esté en condiciones de prestar esa clase de servicios sucumbirá ante sus competidores que ofrecen lo mismo, más barato y mejor. No hay más diferencias, ni privilegios y menos monopolios para un determinado sector o inversionista. La banca practicada sea por inversionistas nacionales o extranjeros, públicos o privados, operan dentro de las mismas reglas de juego en igualdad de condiciones. Igualmente, el acceso al crédito del sistema financiero no se limita según la existencia o no de inversiones extranjeras en el prestatario (cliente) como era antes; todos los sujetos de crédito, incluyendo a los no residentes, son tratados por igual. Los residentes o nacionales no tienen ninguna ventaja frente a los extranjeros. Los bancos pueden colocar libremente en el exterior los recursos que capten en el país y viceversa. Las tasas de interés y las comisiones por los servicios financieros, se fijan de acuerdo a la libre competencia y al mercado. Cada empresa bancaria o de seguros fija sus tarifas libremente. Tales fuerzas del mercado no estarán más regidas por decreto de la autoridad de turno. La autoridad intervendrá solo cuando haya alguna distorsión de tales fuerzas económicas, pudiendo fijar no solo tasas máximas de los intereses activos o pasivos, sino inclusive tasas mínimas".

Como se advierte, según esta doctrina, la libre competencia en el mercado financiero se constituye en la razón para permitir que las ESFN establezcan tasas de intereses compensatorios y moratorios sin topes; pues se considera que será la libre competencia la que establecerá tasas de interés en equilibrio

¹⁶ CASTELLARES AGUILAR, Rolando (1998). *Banca y Seguros. Compendio Legislativo*. T. I, Trujillo-Perú: Normas Legales, p. 4.

de acuerdo al mercado financiero; y, como consecuencia de ello, considera apropiado prescindir del Estado, negándole toda facultad de intervención en el establecimiento de límites o topes a las tasas de interés (Salvo excepcionalmente, excepción que no se ha presentado hasta la fecha).

REBOLLEDO y SOTO¹⁷, han señalado que en un mercado competitivo las entidades crediticias no tienen la capacidad para fijar sus tasas de interés, por lo que en el equilibrio, la tasa de interés de mercado es igual a su costo marginal. Sin embargo - agrega -, la existencia de imperfecciones en el mercado conlleva a que la situación competitiva ideal diste, en mayor o menor medida, de las estructuras de mercado existentes, permitiendo a los oferentes fijar tasas de interés más elevadas y así, obtener ganancias extraordinarias.

Más adelante veremos cómo la realidad ha rebatido la idea de un “mercado ideal”, sustento teórico para que se permita el cobro de intereses sin topes por las ESFN.

5. El crédito de consumo

5.1. Definición

Desde el punto de vista económico, el crédito es entendido como la utilización de fondos de otra persona a cambio de la promesa de devolverlos (normalmente con intereses) en fecha posterior. En realidad, la razón de ser del crédito son precisamente los intereses, es decir la renta por el uso del dinero prestado, el beneficio económico del prestamista. Sin esta ventaja, el crédito tal como lo conocemos actualmente, no existiría¹⁸.

El contrato de crédito deriva del contrato matriz denominado mutuo o préstamo. Para RODRÍGUEZ los créditos de consumo incluyen "préstamos cambiarios, créditos en cuenta, créditos para el consumo o la inversión, créditos a simple firma o con garantía, etc. modalidades todas ellas que, si bien pueden revestir una individualidad desde el punto de vista técnico, corresponden al mismo sustento conceptual, jurídicamente considerados: la celebración de un contrato de Mutuo. Esto es, que para todas las

¹⁷ REBOLLEDO ABANTO, Paúl y Robert SOTO CHÁVEZ. *Estructura del mercado de créditos y tasas de interés: una aproximación al segmento de las microfinanzas*. Perú: BCRP, 2004, Consulta: 30 de enero de 2009, en <http://www.bcrp/docs/publicaciones/documentos-de-trabajo/2004/documento-trabajo-7-2004.pdf>

¹⁸ GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter y Nelwin CASTRO (2007). *Definición de Mutuo*. En AA.VV. *Código Civil Comentado*. Tomo VIII, Lima: Gaceta Jurídica, p. 443.

modalidades los principios generales de entrega, restitución y plazo son aplicables indistintamente¹⁹". Al respecto, el Código Civil Peruano en su artículo 1648° señala que el contrato de mutuo "*es aquel por el cual el mutuante se obliga a entregar al mutuatario una determinada cantidad de dinero o de bienes consumibles, a cambio que se le devuelvan otros de la misma especie, calidad o cantidad*"²⁰.

Dentro del crédito al consumo, ha asumido gran trascendencia en los últimos tiempos el uso de las tarjetas de crédito, cuya facilidad y flexibilidad de uso suma gran cantidad de usuarios de este servicio. Como anota GHERSI²¹ "a través de la tarjeta de crédito, el consumidor simplifica notablemente sus operaciones, debido a la sustitución del dinero efectivo, pero principalmente tiene a su alcance un importante instrumento de crédito, toda vez que le es posible diferir el cumplimiento de sus obligaciones dinerarias mediante su presentación, y sin ser necesaria la previa provisión de fondos a la entidad que asume la deuda".

Consecuentemente, el crédito de consumo, es aquel por el cual un proveedor, normalmente una empresa del sistema financiero, transfiere un monto dinerario a favor del usuario, para que pueda obtener bienes o servicios destinados a su uso personal o familiar, cualquiera sea la técnica jurídica utilizada para realizar tal crédito.

5.2 Principios que sustentan la tutela de los usuarios de créditos de consumo

Un principio "abriga la idea de base, origen o razón fundamental o primera de una materia y sirve de punto de referencia para ulteriores desenvolvimientos. Esta característica de idea fundante - que, naturalmente, requiere ser precisada - confiere al principio una jerarquía y un peso primordial, pero debe conjugarse con el aspecto un tanto más dinámico de la

¹⁹ Ver RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. Op. cit, p. 477.

²⁰ Esta definición, a decir de MEZA, es antitécnica, al estar redactada en forma incorrecta y contener un pleonismo, por tanto propone la siguiente definición: "El mutuo es el contrato por el cual el mutuante se obliga a transferir la propiedad de bienes fungibles al mutuatario, correspondiéndole a este restituir en el plazo pactado o establecido en la ley. Cf. MEZA FINOCHEITI, Roberto. *El contrato de mutuo*. Normas legales. Legislación y doctrina, N° 275, Trujillo-Perú: Normas Legales, 1998, p. A49.

²¹ GHERSI, Carlos Alberto. *Contratos civiles y comerciales*. T.II. 4° Ed. ASTREA, Buenos Aires, 1998, p. 237.

orientación, del servir de '*rosa de los vientos*' en el difícil camino de la justicia"²².

Con la dación del Código de Protección y Defensa del Consumidor se han recogido de manera expresa una serie de principios que orientan la labor de tutela de los consumidores y usuarios, los cuales han sido estudiados por la doctrina. Para los fines del presente trabajo haremos referencia, básicamente, a cuatro de los principios enunciados en el artículo V del Título Preliminar del Código del Código de Protección y Defensa del Consumidor, que nos servirán para poder dar respuesta a nuestra interrogante. Entre estos tenemos:

Principio proconsumidor: Se trata de un enunciado de carácter general que orienta toda la regulación referida a la protección de los consumidores y usuarios. En virtud de este principio se señala que, en cualquier campo de su actuación, el Estado ejerce una acción tuitiva a favor de los consumidores, conforme así lo prescribe el Código de Protección y Defensa del Consumidor.

Ante la pregunta: ¿Por qué tutelar al consumidor (o usuario)? ALPA²³ nos responde y afirma que "hoy, en una sociedad pluralista en la que los derechos civiles están en fase de expansión, y los derechos de los trabajadores adecuadamente garantizados, uno de los límites que se pueden añadir al gobierno de la sociedad por parte de las reglas del mercado es aquel constituido por la tutela de los intereses de los destinatarios de los productos y servicios. Por consiguiente, no es una instancia hedonista aquella que sostiene el andamiaje de los derechos de los consumidores, cuando más bien la coordinación y la adaptación de intereses en conflicto y, por lo tanto, susceptibles de mediación. Esta última no se puede obtener de manera, por así decir, natural, dejando liberar y prosperar solamente las fuerzas económicas del mercado, porque los portadores de aquellos intereses están en una situación objetiva diversificada, con una desigual distribución del poder, de manera que una de las tareas de las instituciones consiste precisamente en introducir reglas de equilibrios de los intereses en juego. Las reglas en su momento

²² REZZÓNICO, Juan. *Principios fundamentales de los contratos*. ASTREA, Buenos Aires, 1999, p.10.

²³ ALPA, Guido (2004). *Derecho del consumidor*. Traducción de Espinoza Espinoza, Juan. Lima: Gaceta Jurídica, p. 43.

adecúan el 'peso' de los diversos intereses, teniendo en cuenta los diferentes sectores".

Principio de transparencia: El Código de Protección y Defensa del Consumidor, recogiendo este principio, señala que *"en la actuación en el mercado, los proveedores generan una plena accesibilidad a la información a los consumidores acerca de los productos y servicios que ofrecen. (...) La información brindada debe ser veraz y apropiada."*

Según HENRÍQUEZ²⁴ este principio "busca una relación más próxima y adecuada entre el proveedor y el consumidor. (...) Permite un enfoque directo concerniente a la verdadera intención de cada uno de ellos, en el sentido de que, de forma pura se instaure a plena satisfacción en la atención de los fines objetivados en la contratación: la provisión y la recepción del producto o servicio en el sentido de pleno conocimiento de condiciones." Este mismo autor agrega que "transparencia es claridad, es información adecuada y oportuna sobre los temas relevantes de la futura relación contractual. (...) El Principio de transparencia impone al proveedor el deber de la efectiva y directa información sobre todas las condiciones del negocio a ser realizado, comprendiendo tanto la oferta como el texto del propio compromiso cuando es escrito o la divulgación amplia de las condiciones cuando, por corresponder a un pequeño negocio, fuera verbal".

En materia de productos o servicios financieros el principio de transparencia ha sido regulado por el artículo 82° del Código de Protección y Defensa del Consumidor y desarrollado ampliamente por la Ley N° 28587, Ley Complementaria de Protección al Consumidor en Materia de Servicios Financieros.

Principio de corrección de la asimetría. Conforme al Código de Protección y defensa del consumidor: *"Las normas de protección al consumidor buscan corregir las distorsiones o malas prácticas generadas por la asimetría informativa o la situación de desequilibrio que se presente entre los proveedores y consumidores, sea en la contratación o en cualquier otra situación relevante, que coloquen a los segundos en una situación de desventaja respecto a los primeros al momento de actuar en el mercado. "*

²⁴ HENRÍQUEZ CRUZ, Guillermo (2002). *La relación contractual consumidor-empresa bancaria o financiera en Brasil*. Revista Bibliotecal. Año 3, N° 5, Lima: Colegio de Abogados de Lima, p. 203-204.

Al respecto, MERINO²⁵ señala que "el fundamento de la tutela del consumidor ha sido desarrollado desde distintos puntos de vista, el primero y más difundido es la asimetría informativa que existiría entre proveedor y consumidor, el segundo es la asimetría económica, y el tercero la asimetría de negociación." Indica que "la asimetría de la información se basa en una constatación objetiva de los intercambios del mercado. (...) en los intercambios económicos del mercado el proveedor ostenta mucha más información que el adquirente, información relativa al bien, a las circunstancias, al contrato, la misma que lo pondría en una situación de superioridad frente al consumidor." Además, agrega que, "un fundamento importante de la tutela del consumidor es (y debe ser también en el plano normativo) la asimetría en la negociación. El hecho de que en el consumidor no pueda intervenir en el contenido del contrato es fundamento suficiente para que tenga una especial protección." Finalmente anota que "la asimetría informativa y la asimetría económica - en la mayoría de casos - no sería más que los fundamentos de la asimetría de negociación, dado que la asimetría de la información, junto con las condiciones personales y económicas, pueden conducir a un poder de negociación inequitativo".

Este principio se relaciona con el de "equidad de las prestaciones", que "se caracteriza como el respeto al equilibrio entre deberes y derechos con la finalidad de encontrar la justicia contractual. Significa vedar en la utilización, por parte del proveedor, de cláusulas que aseguren ventajas desproporcionadas, (...) resultando también en conflicto con la buena fe que debe existir en torno de cualquier contrato, principalmente el de consumo"²⁶.

REZZÓNICO²⁷ lo llama *principio de equivalencia*, y afirma que este "procura que ninguno de los contratantes quede en situación de desmedro patrimonial frente al otro que sí aprovecha en mayor medida las ventajas de la relación, aunque de ninguna manera persigue una equivalencia matemática".

²⁵ MERINO ACUÑA, Roger (2007). *Las asimetrías entre proveedor y consumidor en el marco de la bifurcación de la autonomía contractual ¿de la parte al status?* Revista Jurídica del Perú, N° 77, Lima: Gaceta jurídica, p. 255-257.

²⁶ HENRÍQUEZ CRUZ, Guillermo. *Op. cit.*, p. 210-211.

²⁷ REZZÓNICO, Juan. *Op. cit.*, p. 283.

Principio de buena fe: La buena fe "constituye un concepto que excede ampliamente el marco jurídico, tiene un profundo contenido ético que importa un obrar conforme a la honestidad, la lealtad y la previsibilidad. La conducta ajustada a este principio, lógicamente, genera la tan ansiada confianza, que constituye el 'mejor clima' para el desarrollo de negocios jurídicos y es la base de la seguridad jurídica, valor tan arduamente perseguido en todos los tiempos"²⁸.

Se trata de un principio que irradia todo el Derecho, "en la actualidad, el concepto de buena fe no significa, simplemente, una actitud pasiva, no actuar de mala fe, importa una conducta activa, de cooperación con la otra parte, a los efectos que el contrato tenga para ambas partes, el mejor resultado posible, los mayores beneficios y, consecuentemente, los menores 'costos prestacionales', que no siempre resultan económicos, sino que también pueden ser psicológicos o emocionales. Esto establece un estándar de conducta social, basado en la solidaridad"²⁹.

Para DE LA PUENTE Y LAVALLE³⁰ "La buena fe es la base de la contratación: sin ella el vínculo jurídico no puede constituirse, sino aparentemente, ya que la ley fulmina la ineficacia de los contratos en que interviene dolo o fraude. Debe presidir también la ejecución del contrato o sea el cumplimiento de las obligaciones por él generadas. La buena fe consiste aquí en que cada interesado tenga en cuenta no solo su propio interés, sino el de la contraparte, pues ambos han servido como motivo determinante para el ajuste del convenio. La buena fe, en la ejecución de los contratos es antitética de toda especie de dolo o fraude en el cumplimiento de la obligación jurídica".

REZZÓNICO³¹ señala que la buena fe "es una expresión que puede adquirir distintos significados, dependiendo del círculo social en que sea utilizada la palabra. Por ello, en el lenguaje común sirve para designar una particular condición del espíritu de quien obra,

²⁸ ESTIGARRIBIA BIEBER, María (2005). *La buena fe. Implicaciones actuales en las relaciones negociales*. En ALBAN, Jorge y César CARRANZA (Comp.) *Estudios de Derecho Privado contemporáneo. Contratos - Teoría General, contratación predispuesta, de consumo y financiera*, Trujillo - Perú: Industria Gráfica Libertad SAC, p. 63.

²⁹ *Ibidem*, p. 64.

³⁰ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel (2000). *La fuerza de la buena fe*. En ALTERINI, Aníbal; DE LOS MOZOS, José y Carlos SOTO, (Comp.). *Contratación contemporánea. Teoría y Principios*, Bogotá: Palestra, p. 279.

³¹ REZZÓNICO, Juan. *Op. cit.*, p. 482.

mientras que, en otro ámbito, verifica condiciones como la honestidad, la probidad y la lealtad del comportamiento."

Por su parte, el Código de Protección y Defensa del Consumidor prescribe que "En la actuación del mercado y en el ámbito de vigencia del presente código, los consumidores, los proveedores, las asociaciones de consumidores y sus representantes, deben guiar su conducta acorde con el principio de la buena fe, de confianza y lealtad entre las partes."

6. Tasas de interés, transparencia y tutela de los usuarios de créditos de consumo

El siguiente cuadro presenta de modo referencial las tasas de interés promedio más altas que han sido pactadas por ESFN para créditos de consumo durante los dos primeros meses de 2016, mostrando una comparación por cada tipo de empresas en relación con la tasa máxima establecida por el BCRP para personas ajenas al sistema financiero que, como se ha visto, corresponde a la tasa promedio del sistema financiero para créditos a la microempresa³².

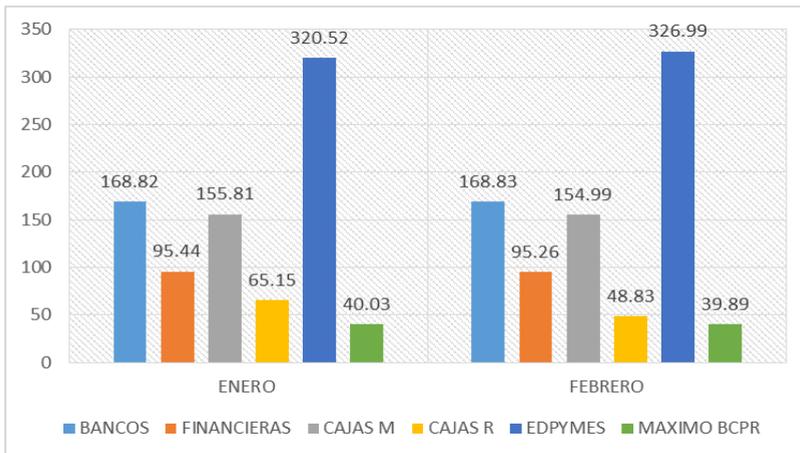


Gráfico N° 01: Gráfico comparativo entre las tasas de interés promedio más elevadas cobradas por las esfn para créditos de consumo y las tasas máximas establecidas por el bcr durante esos del año 2016 (moneda nacional)

Fuente: portal web SBS

Elaboración: el autor.

³² Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. *Tasas de interés promedio*, en <http://www.sbs.gob.pe/principal/categoria/tasa-de-interes-promedio/154/c-154>, consulta: 29 de febrero de 2016.

El gráfico N° 01 pone en evidencia que aún en un sistema de "libre competencia", en el cual existen empresas competidoras con tasas menores, se viene aplicando excesivas tasas de interés. Se colige así, que la doctrina que ha servido de justificación para permitir que las ESN fijen libremente y sin topes sus tasas de interés, dejando al mercado su autorregulación (por tanto sin intervención alguna del Estado en la determinación de topes máximos), no ha pasado del nivel teórico, pues ha sido desvirtuada en la realidad, en la cual no se ha visto reflejado aquellos "beneficios" de la libre competencia, observándose una diversificación en las tasa de interés y, lo que es grave, la existencia de tasas de interés excesivas y desproporcionadas que no es acorde con un sistema de libre competencia. Así, mientras las tasas máximas establecidas por el BCRP durante los dos primeros meses del año 2016 (enero y febrero) ha oscilado entre 40.3% y 39.89%, en el caso de los bancos la tasa promedio más alta ha sido de 168.82%, en caso de las financieras de 95.44, para las cajas municipales las tasas promedio más altas han llegado a 155.81%, las cajas rurales han mostrado tasa promedios que han llegado a 65.15% y las tasas promedios más elevadas se presentan en el caso de las EDPYMES que han mostrados tasa promedios que han llegado hasta 326.99%³³.

Bajo este contexto, se puede afirmar que a la fecha subsisten entidades del sistema financiero nacional que pactan en sus contratos tasas de interés desproporcionadas en relación a las tasas promedios del mismo sistema financiero. Estos intereses así pactados sin duda se los puede calificar de "usurarios", en el sentido amplio de la palabra, pues como anotan OSTERLING y CASTILLO³⁴, citando a Manuel Albaladejo, el interés usurario "es aquel que es notablemente superior al normal y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso". Igualmente, los mismos autores citando a Dario Corgatelli refieren que "la usura es sinónimo de alto interés, interés odioso, desproporcionado, excesivo en el precio de los prestamos de dinero que el prestamista cobre, exija o se haga dar o prometer por su dinero"³⁵. Es decir, las tasas de interés observadas son excesivas no solo porque son superiores a las tasas máximas fijadas por el BCRP, sino también porque no son ni cercanas a las tasas

³³ Debe precisarse que las tasas de interés promedio del sistema financiero se calculan sobre la base de la información reportada por las empresas del sistema financiero a través del Reporte N°6. Las tasas de interés tienen carácter referencial. Cfr. en: <http://www.sbs.gob.pe/principal/categoria/tasa-de-interes-promedio/154/c-154>

³⁴ Citado por OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Op. cit.* p. 502.

³⁵ Ídem.

promedio del sistema financiero, pues de fijan sin considerar el análisis de los riesgos de la operación crediticia; es decir, son fijadas, a todas luces, de modo arbitrario y con el fin de obtener una ventaja excesiva.

Entonces, cabe interrogarnos: ¿Cómo se explica la existencia de estas tasas de interés excesivas, cuando en teoría deberían ser fijadas por una sana competencia entre las entidades financieras? Se explica por la ausencia de una real competencia en el mercado financiero, lo cual se debe básicamente a problemas de falta de información adecuada y veraz a favor de los consumidores y usuarios; fenómeno al que los economistas denominan "Falla del mercado".

CORTEZ³⁶ ha resaltado que, "en un mercado ideal de competencia perfecta, es un requisito indispensable que los agentes tengan información sobre todas las condiciones de precios o calidades que afecten a los intercambios sin coste alguno. El conocimiento pleno de las condiciones generales del mercado implica ausencia de incertidumbre. Desde un análisis estrictamente dogmático podríamos asegurar que en un contexto de competencia perfecta se aseguraría cualquier inconveniente de elección por parte de los consumidores. La situación se presenta complicada cuando asumimos que este discurso teórico no se presente como tal en la realidad concurrencial en la que la asimetría de la información es el común denominador en las relaciones comerciales actuales, lo que ha originado la necesidad de establecer todo un sistema normativo orientado a corregir las fallas que el mercado en su cotidianeidad presenta".

Por tanto, la doctrina que inspira a la Ley General del Sistema Financiero y que pretende que la libre competencia cumpla la función de hacer que las tasas de interés se fijen en el justo valor que le otorga el mercado (orientándolas a disminuir y, de este modo, contribuir a lograr mejores servicios), tiene como presupuesto un mercado de competencia perfecta, que evidentemente, no existe en nuestro país. Así, en el ámbito de la realidad se aprecia que las ESFN no presentan tasas competitivas, pues mantienen elevadas y desalentadoras tasas de interés (como se aprecia en el gráfico N° 01), no obstante lo cual siguen operando y manteniéndolas sin mayor problema.

³⁶ CORTEZ TATAJE, Juan (2009). *El problema de la información asimétrica y la razonabilidad de la intervención estatal en el Derecho de los Consumidores*. Revista Jurídica del Perú, N° 95, Gaceta Jurídica, Lima, p. 488.

En este sentido, a pesar de que la legislación ha desarrollado una amplia normatividad a fin de cimentar el principio de Transparencia en el sistema financiero peruano, la realidad demuestra que dicho principio está lejos de consolidarse debido básicamente a las asimetrías existentes en este ámbito de la contratación.

Se ha visto que la transparencia en el sistema financiero es principio orientado a la protección de los usuarios, que obliga a las ESFN a difundir adecuadamente las tasas de interés que aplican a sus operaciones de crédito, ello en la lógica de que el suministrar la información necesaria al usuario constituye una garantía para que el mercado funcione correctamente. Sin embargo, los problemas de desinformación son comunes y reiterativos, lo que favorece que los usuarios celebren créditos de consumo sin el conocimiento suficiente que les permita decidir en base a una voluntad libre y sin vicios, pues si bien la mayoría de entidades financieras cuentan con paneles informativos de las tasas de interés y comisiones que cobran, dichos paneles se ubican en lugares poco visibles, no son claros ni entendibles para las personas de conocimiento promedio.

Ello es palpable cuando se aprecian estadísticas elaboradas por el Instituto de Defensa de la Competencia (INDECOPI) QUE en el último Reporte Estadístico publicado en su portal web³⁷, correspondiente al mes de abril de 2015, se constata lo siguiente:

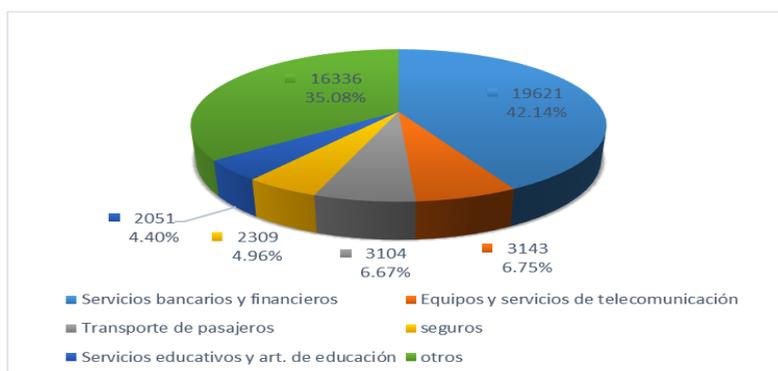


Gráfico N° 02: Reclamos recibidos ante indecopi a nivel nacional según actividad económica (mayo 2014 - abril 2015). Fuente: Servicio de Atención al Ciudadano (Sac) del INDECOPI. Elaboración: el autor.

³⁷ INDECOPI (2015). *Reporte de estadísticas Institucionales*. Año 15, N° 147, en <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/143803/Abril2015.pdf>, consulta: 22 de enero de 2016.

En el precitado gráfico advertimos la incidencia de reclamos presentados ante esta entidad pública, durante el periodo comprendido entre los meses de Mayo 2014 a Abril 2015, constatándose que de un total de 46 564 reclamos presentados en el Sistema de Atención al Ciudadano de la mencionada Institución, 19 621 corresponden a servicios bancarios y financieros, esto es, el 42,14% del total de los reclamos a nivel nacional corresponde a los mencionados servicios. Es decir, los servicios bancarios y financieros son los que tiene la mayor incidencia de reclamos por parte de los usuarios; ampliamente superior a la cantidad de reclamos respecto de las demás actividades económicas. Se deduce, por tanto, el mercado de créditos de consumo, no viene funcionando como teóricamente se espera, pues presenta fallas como la falta de transparencia.

En la realidad práctica, la tan esperada transparencia en el mercado financiero no se ha materializado, pues el común denominador es la desinformación de los usuarios respecto de las condiciones en las que contratan los créditos de consumo. Y ello es así, debido a que “la ‘sociedad de consumo’ en la que estamos inmersos desde hace algunas décadas coloca a los consumidores en una situación de debilidad y vulnerabilidad estructural en sus relaciones con los proveedores de bienes y servicios. Relaciones que, en muchos casos, se encaminan en un sendero de conculcación de derechos, incumplimientos, daños materiales e inmateriales, abusos y frustraciones, especialmente entre los consumidores de sectores menos favorecidos”³⁸.

Por tanto, creemos que, en el ámbito de los contratos de consumo, la libre competencia en el mercado financiero peruano no garantiza tasas de interés justas, que mantengan el equilibrio en las prestaciones que debe existir en toda relación comercial, debido a las características especiales de las relaciones de consumo, como explicaremos a continuación.

7. Libertad para fijar tasas de interés y tutela de los usuarios de créditos de consumo

Existe un marco constitucional de tutela del usuario y de sus derechos, que proviene desde el artículo 1° de la Constitución Política del Estado, que

³⁸ SEBASTIÁN BAROCELLI, Sergio (s.a.). *El concepto de Consumidor en el nuevo Código Civil y Comercial*, en <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/08/El-concepto-de-consumidor-en-el-nuevo-CCyC-por-Barocelli1.pdf>, consulta: 22 de enero de 2016.

establece que "la defensa de la persona y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado"; además el artículo 65° expresamente dispone que "El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población¹"; disposiciones que han sido desarrolladas por la legislación contenida en el Código de Defensa y Protección del Consumidor y otras normas a que se han hecho referencia en el presente trabajo.

Pese a este marco regulatorio que otorga a los consumidores y usuarios un régimen de tutela y un catálogo de derechos, que provienen desde la más alta jerarquía normativa, y que se sustenta, como hemos visto, en el desarrollo doctrinario del derecho civil y de la doctrina de los derechos de los consumidores y usuarios; el artículo 9° de la Ley General del Sistema Financiero (que nace de la Doctrina de la Liberalización de la Banca y se basa en la consagración de la libre competencia en el mercado), considera que las entidades del sistema financiero nacional pueden cobrar intereses compensatorios y moratorios de manera ilimitada y sin topes, con la única condición de "informar adecuadamente a los usuarios".

Como se ha señalado, en toda relación de consumo existen evidentes asimetrías, como la económica, la informativa y de negociación. Estas asimetrías son más evidentes en el ámbito de los contratos de créditos de consumo, donde los usuarios contratan en situación de notable desventaja, pues no cuentan con la información ni el conocimiento de las reales condiciones en las que contratan, incluyendo las tasas de interés que se aplican a sus créditos; y, en todo caso, aun conociendo con certeza estas condiciones, no pueden negociarlas por tratarse de contratos por adhesión.

La protección al consumidor y usuario, en este ámbito de contratación, no solo debe basarse en la obligación de transparencia o información, pues como se ha señalado "el derecho a la información no es suficiente para equilibrar las relaciones de consumo, pues el hecho de que yo esté informado del abuso o de la injusticia no la impide, ni la obstaculiza. No basta 'informar', es necesario impedir las injusticias, y para esto el derecho está obligado a intervenir y valorar negativamente las acciones o pactos que considere intolerables para la vida en relación o para la dignidad del hombre. Hoy el centro del sistema jurídico lo constituye el ser humano"³⁹.

³⁹ GONZALES BARRÓN, Günther (2010). *El mito del consumidor razonable*. Revista Actualidad Jurídica. Tomo N° 202, Gaceta Jurídica, Lima, p. 21.

Bajo este contexto, la libertad de las ESFN para fijar tasas de interés sin topes, genera que las relaciones jurídicas derivadas de los contratos de consumo, se torne en inequitativas, debido a las excesivas tasas de interés existentes; lo cual no promueve, en modo alguno, la corrección de las asimetrías existentes en este ámbito de contratación, pues no toma en cuenta las condiciones desventajosas en que contratan los usuarios; quienes en la práctica no toman pleno conocimiento de las condiciones de la contratación ni de las tasas de interés aplicables y por ende son fácilmente burlados.

Así, el régimen legal contenido en el artículo 9º de la Ley General del Sistema Financiero, que permite se celebren contratos de créditos de consumo con elevadas tasas de interés, sin duda alguna, contraviene el principio de corrección de la asimetría, pues legitima un tratamiento inequitativo en las prestaciones nacidas de estos contratos. Este principio está relacionado con el equilibrio y la equidad en las prestaciones, tiene que ver con un sentido de justicia en las relaciones de consumo.

Entonces, lejos de promover una conducta ajustada a las buenas prácticas comerciales, el artículo 9º de la Ley General del Sistema Financiero propicia que la ESFN puedan aprovecharse de su posición preferente; atentando contra el principio de buena fe en la contratación y legitimando que estas empresas muestren un comportamiento contrario a las reglas de la corrección, la confianza y lealtad.

Resulta necesario, por lo señalado, que el Derecho tome cartas en el asunto, pues pese a que a nivel normativo existe una amplia regulación orientada a dar cumplimiento a la transparencia en el sistema financiero, con lo cual se pretende que el usuario cuente con toda la información relevante para que pueda realizar una elección acorde con lo que le conviene; sin embargo, las condiciones concretas de disparidad contractual y problemas de desinformación en el mercado financiero, impide que esta finalidad se cumpla íntegramente. Es decir, el Derecho debe tener presente la realidad insoslayable, que evidencia la disparidad y abuso por parte de las ESFN en la contratación de créditos de consumo; consecuentemente, la tutela del usuario de créditos de consumo debe ir más allá que el brindarle información a los usuarios, para ser una tutela real, que genere un ambiente de confianza, corrija las asimetrías evidentes entre las partes y logre optimizar la transparencia y buena fe en las relaciones jurídicas derivadas de estos contratos.

En este sentido, el Estado debe brindar una tutela orientada a evitar que los usuarios sean víctimas de tratamientos perjudiciales; por cuanto, detrás de cada usuario o consumidor está un ser humano, que cuenta con dignidad y merece respeto a su condición de persona. Es decir, conforme acota ALPA⁴⁰: "el mercado no puede ser dejado a sí mismo: la *self regulation* no da garantías suficientes para la tutela de todos los intereses involucrados en las singulares situaciones, también aquellos que excluyen la 'falla de mercado', que proponen el libre intercambio sin vínculos, lazos y ataduras, se han dado cuenta que algunas reglas de base deben ser mantenidas, y que algunos controles deben ser conservados".

Por ello, podemos afirmar que la facultad de las ESFN para fijar libremente tasas de interés sin topes, bajo el contexto del mercado financiero peruano que se ha explicado, atenta contra la tutela de los usuarios y contra sus derechos, además contra la dignidad de la persona del usuario, resultando necesario realizar un replanteamiento a la luz del Derecho y de los principios generales que se han estudiado, a fin de poder favorecer objetivos, ahora sí, como el desarrollo económico equilibrado tanto de los usuarios y del sector financiero, en un ambiente de justicia donde exista la mayor equivalencia y equilibrio en las prestaciones derivadas de los contratos de créditos de consumo.

Existe pues, un fundamento de connotación superior para permitir al Estado intervenir en el sistema financiero que tiene que ver con valores como la solidaridad, la realización del bien común, el logro del bienestar general. "Aun dentro de la dogmática del radicalismo liberal se admite que el Estado está llamado a tutelar el buen suceso de la organización social, a partir del respeto de los intereses generales, para lo cual ordena las conductas ciudadanas a través de un sistema jurídico del cual las normas imperativas o de orden público se encargan de restringir la libre iniciativa en aras de la realización del bien común"⁴¹.

Escapa al objeto del presente trabajo desarrollar los fundamentos para una adecuada intervención estatal en la fijación de topes de las tasas de interés, tarea pendiente sin duda; sin embargo, debemos precisar que no se promueve que el Estado imponga las tasas de interés sino solamente señale límites a las mismas, dentro de un marco de libertad contractual y respeto de

⁴⁰ ALPA, Guido. *Op. cit.* p. 36.

⁴¹ MARTÍNEZ NEYRA, Néstor (1994). *Sistemas Financieros. Derecho financiero comparado*. Biblioteca Felabán, Bogotá, p. 231.

la autonomía privada, principios rectores y fundamentales que orientan la contratación civil, comercial y financiera. Es decir, se busca que la legislación reconozca una realidad irrefutable de desigualdad de información, económica y de negociación existente en el campo de la contratación de créditos de consumo, por lo que la función del Estado, en este contexto, es velar por restituir el equilibrio y la equidad en las relaciones contractuales para evitar el abuso y aprovechamiento de la parte más fuerte y proteger a los usuarios de créditos de consumo.

En todo caso, por ahora queremos terminar el presente trabajo, haciendo referencia a las expresiones de CÁRDENAS y MARTÍNEZ⁴², cuando señalan que "el contrato es un medio de cooperación social que está al servicio del hombre como un vehículo integrador, armonizador, cooperador de las relaciones sociales (...),y no como un mecanismo de explotación, de abuso de una parte sobre otra...para llegar a un tratamiento socialmente justo, dentro de un perfil humanista y solidario del ordenamiento jurídico". Con dicho propósito esperamos contribuir en algo.

8. Conclusiones

- a) La Libre competencia en el Sistema Financiero, no garantiza el equilibrio de las prestaciones, menos la justicia en las relaciones de consumo, al evidenciarse altas tasas de interés aplicadas a créditos de consumo, siendo estas desproporcionadas en relación con las tasas promedio del propio sistema financiero y las tasas máximas establecidas por el Banco Central de Reserva del Perú, lo que pone de manifiesto un aprovechamiento de esta facultad por parte de algunas ESFN para señalar excesivas tasas de interés, perjudicando a los usuarios de créditos de consumo.
- b) La Libertad para fijar tasas de interés regulada en el artículo 9º de la Ley 26702 - Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros - contraviene la tutela jurídica de los usuarios de créditos de consumo, pues no contribuye a corregir las asimetrías existentes en este ámbito de la contratación, y vulnera los principios de equilibrio de las prestaciones y buena fe, por lo que es necesario que el Estado establezca topes a las tasas de interés pactadas por ESFN, a fin de

⁴² Citados por ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max (1990). *La defensa patrimonial del deudor en el Código Civil Peruano de 1984*. En AA.VV. "Tendencias Actuales y perspectivas del Derecho Privado y el Sistema Jurídico Latinoamericano", Cultural Cuzco, Lima, p. 265.

tutelar de manera efectiva y real a los usuarios de créditos de consumo.

9. Bibliografía

- ALPA, Guido. *Derecho del consumidor*. Espinoza Espinoza, Juan. (Traductor), Lima: Gaceta Jurídica, 2004.
- AVELINO SÁNCHEZ, Esteban. "Tasas de interés máximas contra la usura". *Revista Quipucamayoc*. Lima, Volumen 13, N° 26, 2006. Consulta: 30 de enero de 2010, en <http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtualdata/publicaciones/quipukamayoc/2006/segundo/a11.pdf>
- ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. "La defensa patrimonial del deudor en el Código Civil Peruano de 1984". En AA.VV. *Tendencias Actuales y perspectivas del Derecho Privado y el Sistema Jurídico Latinoamericano* (pp. 257-265), Lima: Cultural Cuzco, 1990.
- CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. "El pago de intereses en el Código Civil de 1984". En AA.VV. *Libro Homenaje a Rómulo E. Lanatta Guilhem* (pp. 69-98). Lima: Cultural Cuzco, 1986.
- CASTELLARES AGUILAR, Rolando. *Banca y Seguros. Compendio Legislativo*. T.I, Trujillo-Perú: Normas Legales, 1998.
- CORTEZ TATAJE, Juan. "El problema de la información asimétrica y la razonabilidad de la intervención estatal en el derecho de los consumidores". *Revista Jurídica del Perú* (pp. 487-492), N° 95, Lima: Gaceta Jurídica, 2009.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. "La fuerza de la buena fe". En Alterini, Aníbal; De los Mozos, José; Soto, Carlos (Comp.). *Contratación contemporánea. Teoría y Principios* (pp. 273-285). Bogotá: Palestra, 2000.
- DÍAZ SILVA, Nathalie. "Las tasas de interés aplicables a las operaciones no financieras ¿Cómo se regulan los intereses en el Perú?" *Revista Actualidad Jurídica* (pp.55-58). N° 136, Lima: Actualidad Jurídica, 2005.
- ESTIGARRIBIA, María. "La buena fe. Implicaciones actuales en las relaciones negociales". En ALBAN, Jorge; CARRANZA, Cesar (Comp.) *Estudios de Derecho Privado contemporáneo. Contratos - Teoría General, contratación predispuesta, de consumo y financiera* (pp.61-81). Trujillo - Perú: Industria Gráfica Libertad SAC, 2005.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, César. Interés compensatorio y moratorio. En: AA.VV. *Código Civil Comentado* (pp. 407-410). Tomo VI, Lima: Gaceta Jurídica, 2007.
- FERRERO COSTA, Raúl. *Curso de derecho de Las Obligaciones*. Lima: Grijley, 2001.

- FLORES, Carolina; MORALES, Liliana; YÁÑEZ, Álvaro. *Interés Máximo Convencional. Origen Evolución y forma de cálculo*. Chile: s.e., 2005, Consulta: 15 de diciembre de 2015, en http://www.sbif.cl/sbifweb//internet/archivos/publicacion_4193.pdf
- FALCONÍ PICARDO, Marco; FALCONÍ PICARDO, Angelina. *Diccionario de Banca, Finanzas y Empresa*. Lima: Grijley, 2002.
- GHERSI, Carlos Alberto. *Contratos civiles y comerciales*. T.II. 4º Ed. Buenos Aires: ASTREA, 1998.
- GONZALES BARRÓN, Günther. "El mito del consumidor razonable". *Revista Actualidad Jurídica* (pp.19-25). Tomo N° 202, 2010, Lima: Gaceta Jurídica, 2010.
- GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter y CASTRO, Nelwin. "Definición de Mutuo". En AA.VV. *Código Civil Comentado* (pp. 443-445). Tomo VIII, Lima: Gaceta Jurídica, 2007.
- HENRÍQUEZ CRUZ, Guillermo. "La relación contractual consumidor empresa bancaria o financiera en Brasil". *Revista Bibliotecal* (pp. 203-227). Año N° 5, Diciembre 2002, Lima: Colegio de Abogados de Lima, 2002.
- INDECOPI - GERENCIA DE ESTUDIOS ECONÓMICOS. *Boletín Estadístico*. Año 15, N° 147, 2015, Consulta: 22 de enero de 2016, en <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/143803/Abril2015.pdf>
- KEIL, Roberto. *Lecciones de derecho Monetario*. Lima: Rentería Editores SAC, 2004.
- LA REPÚBLICA. Advierten sobre tasas de interés, 2010, 23 de noviembre, p. 17.
- LORENZETTI, Ricardo. *Derecho contractual. Nuevas formas contractuales*. Lima: Palestra Editores, 2001.
- MARTÍNEZ NEYRA, Néstor. *Sistemas Financieros. Derecho financiero comparado*. Bogotá: Biblioteca Felabán, 1994.
- MERINO ACUÑA, Roger. "Las asimetrías entre proveedor y consumidor en el marco de la bifurcación de la autonomía contractual ¿de la parte al status?". *Revista Jurídica del Perú* (p. 251-273), N° 77, Lima: Gaceta jurídica, 2007.
- MEZA FINOCHETTI, Roberto. "El contrato de mutuo". *Normas legales. Legislación y doctrina*, (p. A43-A50), N° 275, Trujillo-Perú: Normas Legales, 1998.
- OSTERLING PARODI, Felipe; CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de las Obligaciones*. Volumen XVI (2º Parte-Tomo V). Lima: Fondo Editorial PUCP, 1996.

- REBOLLEDO ABANTO, Paúl; SOTO CHÁVEZ, Robert. *Estructura del mercado de créditos y tasas de interés: una aproximación al segmento de las microfinanzas*. Perú: BCRP, 2004. Consulta: 30 de enero de 2009, en <http://www.bcrp/docs/publicaciones/documentos.de-trabajo/2004/documento-trabajo-7-2004.pdf>
- REZZÓNICO, Juan. *Principios fundamentales de los contratos*. Buenos Aires: ASTREA, 1999.
- RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. *Contratos Bancarios. Su significación en América Latina*. 4º Reimp. de la 2º ed., Colombia: Legis, 2008.
- SEBASTIÁN BAROCELLI, Sergio (s.a.). *El concepto de Consumidor en el nuevo Código Civil y Comercial*. [En Línea] Consulta: 22 de enero de 2016. <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/08/El-concepto-de-consumidor-en-el-nuevo-CCyC-por-Barocelli1.pdf>
- SUPERINTENDENCIA DE BANCA, SEGUROS Y AFP. Tasas de interés promedio. Consulta: 29 de febrero de 2016, en <http://www.sbs.gob.pe/principal/categoria/tasa-de-interes-promedio/154/c-154>

¡NO ESTABA MUERTA, ANDABA DESCANSANDO!

NOTAS A LA JURISPRUDENCIA VINCULANTE Y EL ANATOCISMO

CARLOS ENRIQUE POLANCO GUTIÉRREZ*

*“El dinero produce dinero y el dinero
que el dinero produce, produce más dinero”*
Benjamín Franklin

Resumen

En el presente trabajo se analiza la prohibición de la capitalización de intereses tomando en cuenta reciente jurisprudencia vinculante de la Corte Suprema (Casaciones Nros. 5128-2013-Lima y 2402-2012-Lambayeque - Sexto Pleno Casatorio Civil) y Tribunal Constitucional (Resolución en el expediente Nro. 214-2014-PA/TC), cuestionando si dicha prohibición es, como lo señalan los máximos Tribunales, vigente o si por el contrario, conforme a la Circular Nro. 021-2007-BCRP, expedida por el Banco Central de Reserva y que regula la tasa de interés aplicable a personas ajenas al sistema financiero, la capitalización de intereses está permitida.

En el artículo se efectúa un análisis sobre las contradicciones que se presentan en nuestro sistema jurídico, desde un punto de vista analítico-histórico-doctrinario, y se cuestiona sobre la conveniencia de iniciar un debate para derogar, modificar o no el Art. 1249 del Código Civil que prohíbe el anatocismo, considerando que tal norma perjudicaría no solo al deudor, sino también al acreedor, al encarecer el crédito entre particulares.

Palabras clave: Dinero, crédito, interés, anatocismo, capitalización.

Sumario

1.- Presentación del tema. 2.- Conceptos previos. 3.- El anatocismo. 4.- Los nuevos precedentes de la Corte Suprema sobre el anatocismo. 5.- A manera de conclusión. 6.- Bibliografía.

Abstract

In this paper is analyzed the prohibition of capitalization of interest in light of the recent binding jurisprudence of the Supreme Court (Cassations Lima N°. 5128-2013 and 2402-2012-Lambayeque - Sixth Plenum Civil casatorio) is analyzed and the Constitutional Court (Resolution on process N°. 214-2014-PA / TC), questioning

* Doctor en Derecho – MBA; juez del 7mo. Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.

whether that prohibition is, as noted by the Highest Courts in force or, on the contrary, in accordance with Circular no. 021-2007-BCRP issued by the Bank Central Reserve that regulates the rate of interest applicable to people outside the financial system, the capitalization of interest is permitted.

In the article an analysis of the contradictions that arise in our legal system, from an analytical point of view-historical and doctrinal, and questions on whether to launch a debate to repeal, modify or not is effected Art. 1249 Civil Code prohibiting anatocism, considering that such a rule would harm not only the debtor but also the creditor, the credit expensive private.

Keywords: Money, loans, interest, anatocism, capitalization.

1. Presentación del tema

En uno de sus libros más polémicos: “Analizando el Análisis – Autopsia del Análisis Económico del Derecho por el Derecho Civil”, el jurista Mario Castillo Freyre, señaló certeramente que los Arts. 1249 y 1250 del Código Civil, para todos los efectos eran inaplicables, por lo que no era indispensable efectuar modificación legislativa al respecto. Explicaba, el jurista, con acierto la génesis de tales normas, las modificaciones normativas que habían existido en el mercado financiero y la manera en que se efectúa el cálculo de intereses; si bien el anatocismo, al momento de contraer una obligación, no existía en el derecho peruano, las nuevas tasas de interés que se utilizaron con posterioridad al año 1984, sí lo permitieron.

Es por todos sabido que el interés legal que publicita de manera diaria la Superintendencia de Banca y Seguros por encargo del Banco Central de Reserva se calcula en términos efectivos, es decir capitalizando intereses (lo que se explicará con mayor detalle más adelante), por lo que algunos comentaristas del Código Civil señalaron que normativamente las tasas de interés podían ser capitalizables (anatocismo legal), pero indicaban que ello se debía a que la norma así lo establecía (el Art. 1246 del Código Civil); mas no era permitido el anatocismo convencional al momento de contraer una obligación, tal como lo señalan los Arts. 1249 y 1250 del Código Civil. Apoyaban este comentario en que el Tribunal Constitucional, sin reparar mucho en que si las tasas de interés que se publicitan o no por la Superintendencia de Banca y Seguros, contienen implícita una capitalización de intereses y así ordenaban su aplicación, en las deudas pensionarias que tenía el Estado con cesantes y jubilados.

Mediante ley Nro. 29951, Ley de Presupuesto para el sector público del año 2013, se estableció que a partir de la vigencia de dicha norma, el interés que corresponde pagar por adeudos de carácter previsional, es el interés fijado por el Banco Central de Reserva del Perú, expresado en términos no capitalizables (Nonagésima Séptima Disposición Complementaria Final), lo que originó la expedición de la Casación Nro. 5128-2013-Lima, de fecha 18 de septiembre del 2013. En dicha Sentencia, la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de la República, determinó, como precedente de observancia obligatoria (para los procesos contenciosos administrativos) la aplicación del interés legal en términos nominales (y no efectivos), el que se debe utilizar en la liquidación de intereses sobre los adeudos que tiene el Estado en sus deudas pensionarias. Dentro de los fundamentos del indicado precedente judicial se hizo mención al Art. 1249 del Código Civil como la razón por la que no se puede aplicar el interés en términos capitalizables.

En la Casación Nro. 2402-2012-Lambayeque, de fecha 3 de enero del año 2013, publicada recién el día 27 de octubre del 2014, que constituye el VI Pleno Casatorio en materia Civil, se ha impuesto como precedente judicial vinculante para los jueces del país, tener presente que el pacto de capitalización de intereses solo es lícito en los supuestos indicados por los Arts. 1249 y 1250 del Código Civil, ello al revisar los estados de cuenta de saldo deudor es decir permitir el anatocismo de las instituciones financieras e impedirlo para las personas ajenas al Sistema Financiero, al momento de contraerse una obligación.

Finalmente, el Tribunal Constitucional, tan citado por quienes capitalizaban intereses, ha señalado, en Resolución, que constituye doctrina vinculante, que ello no era así (STC 2214-2014-PA/TC), porque debía tenerse en cuenta el Art. 1249 del Código Civil al momento de determinar los intereses legales.

Resulta entonces, que la prohibición del anatocismo no estaba muerta, por decirlo de alguna forma, ni por los usos, ni las costumbres, menos tácitamente; sino que andaba descansando, y ahora regresa por efecto de la jurisprudencia de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, lo que supondrá un nuevo repensar de las operaciones financieras de las personas o, en su defecto, revela la necesidad de nuevos Plenos más acordes a la realidad o, a sus 30 años, darle certificado de salida a la norma citada, proponiendo su modificación o derogación; porque mediante Circular 021-2007-BCRP, la posibilidad de pactar la capitalización de intereses al momento de asumirse una obligación.

2. Conceptos previos

2.1 El dinero

Misterioso, fue el término utilizado por Savigny, para explicar cómo es que las personas aceptaban entregar mercancías y recibir a cambio determinados metales que eran conocidos como moneda y posteriormente, recibir solamente documentos que representan tal valor (billetes). Carl Menger, conocido como el padre de la Escuela Austriaca de la Economía, se preguntó “(...) ¿cuál es la naturaleza de esos pequeños discos o documentos que en sí mismos no parecen servir a ningún propósito útil y que, sin embargo, en oposición al resto de la experiencia pasan de mano en mano a cambio de mercancías más útiles, más aun, por los cuales todos están tan ansiosamente dispuestos a entregar su dinero? (...)”¹.

En sus orígenes, el intercambio de mercancías, solamente tenía un objetivo: obtener un beneficio por tal actividad. Como no existía el dinero, las transacciones comerciales se realizaban mediante el trueque; ello funcionaba de manera adecuada en sociedades de autoconsumo. Cuando empieza el desarrollo económico, el trueque se evidencia como un mecanismo lento para realizar transacciones comerciales, además de impráctico, porque, como lo indica Menger, cada persona intentó conseguir por medio del intercambio lo que necesita -no lo que no necesita o posee en demasía-, requiriendo de alguna mercancía que tenga liquidez, por lo que se adoptó ciertos metales moldeables; para ello se utilizaron metales preciosos a ser entregados, en principio de manera amorfa y luego en forma circular (es por ello que Platón, Aristóteles, entre otros, consideraron la existencia de una regulación por el Estado, sobre la que no existe prueba plena). Posteriormente aparece la moneda que era un metal con una forma regular determinada pero que tenía un valor intrínseco. Estas monedas eran dinero, que aparece entonces, no como un invento determinado, sino como una mercancía más con un origen anónimo y colectivo, que permitiría un mejor intercambio de bienes.

Actualmente, dentro de las múltiples acepciones, se considera que “El dinero es todo lo que se utiliza como medio de cambio comúnmente aceptado”². El dinero que hoy se conoce (dinero-papel) aparece en el siglo XIX; antes era una mercancía más al estar representado por monedas metálicas con valor intrínseco: Cada moneda valía conforme al metal del que hubiera estado

¹ MENGER, Carl. *El origen del dinero*, en Revista de Economía y Derecho, Vol. Nro. 3, Editorial UPC, Lima 2006, pp. 85-95.

² SAMUELSON, Paul y NORDHAUS William. *Economía*. 17ª Edición, Editorial McGraw-Hill/Interamericana de España S.A.U. Madrid 2002, p. 443.

confeccionada. La aparición de los bancos centrales y su respaldo al dinero circulante, relevó al dinero de su valor intrínseco y en tal razón las monedas y los billetes, no son importantes en sí, sino por el valor que representan, es decir, lo que se puede adquirir con los mismos.

Manuel García Amigo, señala que el dinero en un plano económico-jurídico tiene dos funciones: la primera en un plano económico es una medida de valor de todas las cosas económicas las cuales siempre tienen una valorización dineraria, en un plano jurídico el dinero funciona como una unidad de cuenta; la segunda en un plano económico es un instrumento general de intercambio, en un plano jurídico son las deudas de suma o cantidad, donde el dinero funciona como medio de pago³. Barchi señala que el dinero tiene tres funciones: a) la de ser un medio de pago, b) como unidad de cuenta y c) como depósito de valor. Esta última función la explica con el ejemplo del trueque sobre bienes perecibles que no pueden ser guardados, pero sí el dinero equivalente, siendo el riesgo la pérdida de valor por efecto de la inflación⁴. Ambos autores, coinciden en que la función más importante del dinero es la de servir como medio de pago.

2.2 El interés

El Código Civil de 1984 (CC 1984) si bien regula los intereses, no contiene alguna definición al respecto. El interés, en una acepción jurídica, es el fruto civil del dinero, derivado de su goce o privación. El Art. 891 del CC 1984, señala que los frutos civiles son los que produce un bien como consecuencia de una relación jurídica (por ejemplo Von Thur), lo que no es compartido por otros, que estiman que, es el rendimiento en proporción al importe o valor de un capital del cual uno se priva temporalmente en favor de otro (Ennecerus). Más allá de su naturaleza jurídica, que muy bien desarrolla Gastón Fernández Cruz en su trabajo "La naturaleza jurídica de los intereses: punto de conexión entre el Derecho y Economía"⁵, el cobro de los intereses

³ GARCÍA AMIGO, Manuel. *Teoría General de las Obligaciones y Contratos*, Editorial McGraw-Hill, Madrid, 1995, p. 494.

⁴ BARCHI VELA CHAGA, Luciano. *Las Obligaciones Dinerarias en el Código Civil Peruano*. En Revista Athina, Nro. 2 Lima, 2007, pp. 83-123.

⁵ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. *La Naturaleza Jurídica de los intereses: punto de conexión entre el Derecho y la Economía*, en Derecho, Revista de Derecho publicada por el Fondo Editorial de la PUCP, Nro. 45, Lima, 1991, pp. 178-202. En el indicado trabajo, el maestro Fernández Cruz, señala que se puede concebir al interés como: a) Fruto de un capital; b) Precio del dinero; c) Remuneración por el sacrificio de la privación de un Capital; d) Compensación por el no uso del dinero propio; e) Indemnización por su no disfrute; f) Rédito o rendimiento a favor del dueño del dinero por la privación temporal del dinero.

siempre ha sido un problema a lo largo de la historia de la humanidad; por ejemplo en la Sagrada Biblia, los rentistas de capital no tuvieron espacio ya que el Libro del Éxodo, Capítulo XXII, versículos 22 a 26, establece, entre otras prohibiciones, la del cobro de intereses a los conciudadanos y a los pobres (*peccatum usuræ*)⁶. Desde sus inicios hasta el siglo XIV la postura de la Iglesia fue inflexible respecto a los intereses, lo que cambiaría por el año 1543⁷ en la que admitía préstamos con intereses, siempre que exista una causa que los justifique.

Si los intereses y quienes los percibían eran mal vistos por la Iglesia Católica, el hecho que los intereses dieran origen a nuevos intereses, es decir se capitalizaran, era una idea menos aceptada para las sociedades, pese a que en el Derecho Romano se permitió ello, luego de que una deuda tuviera más de un año de impaga; sin embargo, el cobro de intereses fue casi un tema prohibido en diversas legislaciones, hasta la revolución francesa, en la que se permite el cobro de intereses en los préstamos, con la posibilidad de que sean las partes quienes libremente fijen estos. El lucro, a lo largo de la historia, también ha sido condenado, pese a que ha sido el motor del desarrollo social.

Como la importancia del dinero, trasciende su contenido jurídico y se sitúa en un plano económico, además, de la acepción, de que el interés es el fruto civil que produce el dinero⁸; en términos económicos, es el pago que efectúa un tercero por utilizar un dinero ajeno (precio del dinero). Gastón Fernández señala en el trabajo citado, la importancia de añadir una concepción económica al concepto de intereses⁹. Luis Diez Picazo, define al interés tanto en su acepción jurídica como económica:

“... en términos económicos se denomina "interés" al precio o remuneración que una persona ha de pagar por la utilización o disfrute de bienes de capital de pertenencia ajena (. ..). En términos jurídicos, sin embargo, el concepto de interés es un concepto más estricto. Jurídicamente, son intereses las cantidades de dinero que deben ser

⁶ “... Si prestas dinero a uno de mi pueblo, a un pobre que habita contigo, no será con él un usurero, cargándole intereses. Si tomas en prenda el manto de tu prójimo, se lo devolverás antes de ponerse el Sol, porque no tiene otro vestido para cubrir su cuerpo, ¿y dónde, sino, se va a acostar? Si grita a mí, yo lo escucharé, porque yo soy compasivo”.

⁷ Demás está decir, que ello ocasionó formas de préstamo encubierta o creación de nuevas figuras contractuales, como el caso de la Sociedad en comandita.

⁸ Como bien precisa Luciano Barchi, si bien es cierto que los intereses son frutos civiles, no podemos confundir y asumir que todo fruto civil es interés; ello debido a que el término “frutos civiles” son el género y el interés es una especie de dicho género.

⁹ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. *Op. cit.*

pagadas por la utilización y el disfrute de un capital consistente también en dinero"¹⁰.

El interés es un costo que tiene que asumir un deudor, por obtener un dinero en préstamo y/o por incumplir con la devolución oportuna del dinero debido y/o no cancelar una obligación. En términos jurídicos, desde el punto de vista de un deudor, el interés es la contraprestación que paga por usar un capital ajeno, independientemente del título por el cual lo haya recibido; en términos económicos es el precio que debe pagar por utilizar un dinero ajeno. Para el acreedor el interés es la contraprestación que se recibe por la privación temporal del uso o goce de un dinero entregado a tercero; económicamente es el rendimiento que tiene de su capital.

No es lo mismo tener dinero en un momento determinado y cuando es necesario, que tenerlo con posterioridad. El tener o no tener dinero en un momento determinado hace que apreciemos en mayor grado el costo de oportunidad.

Cuando una persona tiene dinero en su poder, verá que tiene varias alternativas por elegir en su provecho: sea depositándolo en un Banco como ahorro, esperando que tenga un rendimiento; sea prestándolo a un tercero a una tasa de interés o sea invirtiendo en algún negocio esperando un retorno que justifique la privación momentánea. También, las personas saben que con el tiempo el dinero suele perder parte de su valor de intercambio (poder adquisitivo), como consecuencia de la inflación; por ello el derecho además de reconocer teorías nominales sobre el valor del dinero, reconoce la teoría valorista¹¹, tratando de que el dinero mantenga su valor en el tiempo¹²; es decir que al derecho le preocupa que una contraprestación no pierda su valor en el tiempo, para lo cual puede utilizarse mecanismos legales que van más allá de la aplicación de un interés simple.

¹⁰ DIEZ PICAZO, Luis *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Volumen I. Segunda Edición. Editorial Tecnos S.A. Madrid, 1983, pp. 488.

¹¹ Ambas teorías se hallan en los Arts. 1234 y 1235 CC 1984:

Art. 1234.- El pago de una deuda contraída en moneda nacional no podrá exigirse en moneda distinta, ni en cantidad diferente al monto nominal originalmente pactado.

Art. 1235.- No obstante lo establecido en el artículo 1234º, las partes pueden acordar que el monto de una deuda contraída en moneda nacional sea referido a índices de reajuste automático que fije el Banco Central de Reserva del Perú, a otras monedas o a mercancías, a fin de mantener dicho monto en valor constante. El pago de las deudas a que se refiere el párrafo anterior se efectuará en moneda nacional, en monto equivalente al valor de referencia, al día del vencimiento de la obligación. Si el deudor retardara el pago, el acreedor puede exigir, a su elección, que la deuda sea pagada al valor de referencia al día del vencimiento de la obligación o al día en que se efectúe el pago.

¹² El dinero se considera una mercancía más, sujeto a las leyes de la oferta y la demanda.

Cuando uno entrega un dinero, por ejemplo en un contrato de mutuo, sufre de manera clara un perjuicio (la privación) que tiene que ser compensado; si no le devuelven el dinero dentro del plazo pactado, además debe ser indemnizado (privación más incumplimiento). Si la privación de un dinero se debe a que lo entregó a un deudor, se compensará tal hecho (interés compensatorio), empero si el deudor incumple con el pago oportuno, se indemnizará tal demora (interés moratorio); en ambos casos, el obligado a responder será el deudor. En resumen, todo acreedor tiene derecho a cobrar intereses a su deudor, como compensación o retribución a su privación (Costo de oportunidad¹³) o como indemnización por la demora en el pago (mora). El derecho peruano reconoce ello en el Art.1663 del Código Civil que, a diferencia de su predecesor Código Civil de 1936, toma como presunción *juris tantum*, la obligación de abonar intereses compensatorios por parte del mutuuario al mutante.

La clasificación de intereses es amplia y conforme a diversos criterios, como voluntarios o convencionales y legales, lucrativos y punitivos, simple y compuesto, de cuota fija o al rebatir, etc., para efectos de este trabajo, se hará la referencia a los intereses compensatorios y moratorios y a las tasas de interés nominal y efectiva (simple y compuesto).

2.3 Los intereses compensatorios y moratorios

El Art. 1242 del Código Civil señala que el interés es compensatorio cuando constituye la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien, en tanto que es moratorio (punitivo o indemnizatorio) cuando tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago.

En principio, ambos intereses se superponen entre sí, pese a su naturaleza distinta. El interés compensatorio, como lo indica su nombre “compensa o retribuye” el costo de oportunidad del acreedor; en tanto que el interés moratorio pretende sancionar el perjuicio que causa el incumplimiento de un deudor. El Código Civil de 1936 no distinguió entre intereses compensatorios y moratorios, regulando solamente estos últimos.

Para la existencia del interés compensatorio, a excepción del contrato de mutuo, se requiere la existencia previa de un pacto. El cálculo de su monto, se determina convencionalmente, teniendo en cuenta las tasas máximas que

¹³ El costo de oportunidad, es un término económico, que en el presente trabajo tiene como contenido el “lo que deja de percibir el dueño de un dinero, por no utilizarlo; es decir, el valor del no uso del dinero por parte de su propietario”.

señala el Art. 1423 del Código Civil¹⁴. El interés moratorio no necesita pacto previo para su existencia, es suficiente para el acreedor, constituir en mora al deudor, por lo que cuando se pacta convencionalmente, se hace con la finalidad de establecer la tasa de interés aplicable (monto), pues de lo contrario se aplica la tasa de interés legal. Mientras el interés compensatorio es consensual (excepto en el contrato de mutuo en el que el principio es que sean automáticos), el interés moratorio se devenga aún cuando las partes no los hayan pactado.

A diferencia de cualquier otro tipo de daños que requieren probanza, el Art. 1324 del Código Civil, señala que en las obligaciones de pagar sumas de dinero, la obligación de indemnizar los daños y perjuicios moratorios, surge desde que el deudor quedó constituido en mora; es decir que *jure et de jure* se asume perjuicios sufridos por el acreedor. Reiterada jurisprudencia así también lo ha reconocido, citando al ejemplo la Casación 577-99-Lima: "*La inejecución de obligación de dar suma de dinero genera intereses moratorios desde que el deudor incurre en mora, sin que sea necesario para ello que se pruebe la existencia de daños y perjuicios*"¹⁵; sin embargo, ello no es aceptado uniformemente, existiendo autores que establecen la diferencia entre una indemnización y los intereses moratorios; mientras el primero es variable y debe ser probado, los intereses moratorios son fijados por ley o por acuerdo entre las partes. En el derecho peruano, esta última posición se aprecia en las obligaciones convencionales que aceptan la posibilidad del pago del daño ulterior, previa probanza a su existencia (Art. 1324 CC 1984, parte final¹⁶).

La finalidad del interés compensatorio, para Raúl Ferrero, "*... es mantener el equilibrio patrimonial, evitando que una de las partes obtenga un enriquecimiento al no pagar el importe del rendimiento de un bien...*"¹⁷. Carlos Cárdenas Quiroz¹⁸,

¹⁴ Las que se sujetan a la Circular 021-2007-BCRP, por tanto no puede afirmarse que las tasas de interés en operaciones por personas ajenas al sistema financiero, no tienen topes; excepto en las entidades financieras que se regulan por la oferta y demanda.

¹⁵ FERNÁNDEZ César. Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas, Tomo VI, Editorial Gaceta Jurídica, Lima 2004, p. 555.

¹⁶ Art. 1324 CC 1984.- "*Las obligaciones de dar sumas de dinero devengan el interés legal que fija el Banco Central de Reserva del Perú, desde el día en que el deudor incurra en mora, sin necesidad de que el acreedor pruebe haber sufrido daño alguno. Si antes de la mora se debían intereses mayores, ellos continuarán devengándose después del día de la mora, con la calidad de intereses moratorios. Si se hubiese estipulado la indemnización del daño ulterior, corresponde al acreedor que demuestre haberlo sufrido el respectivo resarcimiento.*"

¹⁷ FERRERO, Raúl. *Curso de Derecho de las Obligaciones*. 3ª Edición, 2ª reimpresión. Editorial Grijley, Lima, 2004, p. 192.

¹⁸ CÁRDENAS QUIROZ, Carlos. *Hacia la reforma del Libro VI del Código Civil*. Themis Nro. 30, Lima, 1994, pp. 141-148.

señala que deberían ser denominados *intereses retributivos*, pues más allá de compensar un daño y/o perjuicio, es una contraprestación por el uso del dinero; sin embargo no es que se compense un daño y/o perjuicio, sino el costo de oportunidad que consiste en la privación del dinero hoy, para lograr un mejor beneficio mañana.

2.4 Compensatorio más moratorio

¿Se pueden calcular los intereses compensatorios de manera paralela con los moratorios?

Existen dos puntos de vista en el derecho sobre el pago de intereses compensatorios y moratorios. Un sector de la judicatura, sobre la base del Art. 1242 del Código Civil, señala que el interés compensatorio se calcula durante la vigencia de un crédito, y el moratorio a partir de la constitución en mora por el incumplimiento, por lo que no se superponen. En esta posición, el monto del interés moratorio pactado por las partes, en rigor, tiene que ser mayor al monto del interés compensatorio; de la inicial privación de un capital, ahora la privación incluye una demora adicional, originalmente no prevista, ni deseada por el acreedor y ello debe ser indemnizado en monto mayor. Si en situación de normalidad tenía derecho a ser compensado o retribuido por el no uso del dinero, en situación de anormalidad, es decir, incumplimiento del deudor en el pago oportuno, con mayor derecho se debe indemnizar al acreedor. La tasa del interés moratorio, tiene que ser mayor a los intereses que se deben percibir en condiciones normales (Interés compensatorio), de lo contrario, se alienta una cultura de indiferencia al pago; si por alguna razón la tasa de interés moratoria fuera menor a la compensatoria, sería más conveniente no pagar que pagar, situación inaceptable porque el acreedor con el paso del tiempo no disminuye su privación, sino que por el contrario se incrementa¹⁹.

Otro sector de la doctrina, expresada por Ferrero²⁰, entre otros, precisa que el interés moratorio es independiente del interés compensatorio y en tal sentido, producida la mora, continua el cómputo de intereses compensatorios, con ese nombre y se adicionan los intereses moratorios. Al fijar las tasas máximas de interés compensatorio y moratorio, el Banco Central de Reserva del Perú, a partir de febrero de 1995, se ha inclinado por este último criterio y ha señalado que a la tasa de interés convencional

¹⁹ Este argumento también es utilizado por quienes defienden que pueden coexistir el interés compensatorio y el moratorio en forma simultánea.

²⁰ FERRERO, Raúl. *Ibidem*, p. 193.

compensatorio o a la tasa de interés legal, según sea el caso, debía añadirse el interés convencional moratorio (o interés legal moratorio)²¹. Existen legislaciones que no establecen dicha diferencia, como refiere Fernando Fueyo²² al comentar el cumplimiento e incumplimiento de obligaciones en Chile.

En esta aplicación de intereses, es correcto que si la Institución Financiera cobrase un 20% de Tasa de Interés Anual Efectiva (TIAE), por concepto de interés compensatorio, y un 5% de TIAE por concepto de interés moratorio; al momento de constituirse la mora, cobre un 25% de interés (el 25% es la suma de un 20% + 5%). En la Circular Nro. 021-2007-BCRP, se indica que en el caso de las personas que no se hallan dentro del Sistema Financiero, el interés moratorio no puede exceder en un 15% a la tasa promedio del sistema financiero para créditos a la micro empresa, lo que se adicional al interés compensatorio.

Sin embargo, en los casos judicializados, se aprecia algunas Instituciones del Sistema Financiero, señalan, por ejemplo, un 20% como TIAE compensatoria y un 25% por concepto de interés moratorio. En esta eventualidad, producida la mora, simplemente se deberían computar los intereses moratorios y dejar de calcularse los compensatorios (al estimar que en época de incumplimiento, ya se añadió éste), no debiendo procederse a realizarse la suma de 20% + 25% = 45%. En el caso de que una persona sufra la ejecución de una deuda con estos intereses sumados (en tasas similares), podrá solicitar que se reduzca el interés moratorio pactado, así como se hace ante cualquier cláusula penal según lo establece el Art. 1346 del Código Civil. Una vez que la parte lo solicite, el juez deberá ponderar su decisión.

El ejercicio profesional en tribunales de justicia, es testigo que en más de las veces, la mediana y pequeña banca han puesto en ejecución títulos valores que tienen un interés compensatorio mayor al 30% e interés moratorio no menor al 100%, cobrándose un interés combinado superior al 130%.

²¹ Al efecto revisar la Circular 021-2007-BCRP, vigente a partir del 1 de octubre del año 2007. Título I: Tasas de Interés en Moneda Nacional, Capítulo C: Tasa de Interés Moratorio, numeral 2. Operaciones entre personas ajenas al sistema financiero "La tasa máxima de interés convencional moratorio es equivalente al 15% de la tasa promedio del sistema financiero para créditos a la microempresa y se aplica de forma adicional a la tasa de interés convencional compensatorio o, de ser el caso, a la tasa de interés legal" (subrayado propio).

²² FUEYO, Fernando. *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile 1991, p. 427.

Un criterio de orientación que puede tenerse es: “*si es que la TIAE²³ compensatoria es inferior a la TIAE moratoria, el Interés compensatorio se calculará hasta la fecha de vencimiento de la obligación y del Interés moratorio a partir del día en que el deudor fue constituido en mora o de lo contrario deberá solicitarse que el interés moratorio sea reducido equitativamente; empero si el TIAE compensatorio es mayor que el TIAE moratorio, debe interpretarse que es la suma de ambos los que se consideraran como TIAE moratorio*”. En el ejemplo del 20% + 5% ó 20% + 25%, originaría que se cobre 25% por ambos intereses (ello sin afectar los propios costos que se manejan para la atención de los créditos, los que se incrementan por los costos de transacción y las facilidades que se otorgan: a menores exigencias, existirá la necesidad, para la banca, de imponer una mayor tasa de interés, que serán fijadas por el mercado, teniendo presente que una función del interés es medir el riesgo).

Sea la posición que se adopte, es importante tener presente que la indemnización moratoria se producirá a partir de la constitución en mora, de manera directa, convencional o legal. Si el acreedor no requiere o no interpela a su deudor, es decir, no lo constituye en mora, sea en la vía judicial (desde la notificación con la demanda) o extrajudicial (Requerimiento al deudor, conforme al Art. 1374 del Código Civil²⁴), se asume que no sufre ningún daño ni perjuicio, entonces no hay obligación de indemnizar, conforme a nuestro derecho. La mora también puede ser automática y ello sucede cuando la Ley así lo establece (ejemplo el Decreto Ley 25920 sobre interés aplicable por deudas laborales) o cuando las partes así lo pactan expresamente. Carlos Cárdenas²⁵ al respecto señala “... para que proceda el pago del interés moratorio, según lo contemplado por los artículos 1246 y 1324, será necesario, en primer lugar que exista un retardo en el cumplimiento de la obligación imputable al deudor, salvo pacto en contrario (artículo 1317, 1324 y 1343); y en segundo término, que el deudor haya sido constituido en mora mediante la intimación o interpelación judicial o extrajudicial, salvo los casos previstos por el Art. 1333 del Código (mora automática)”.

²³ TIAE = Tasa de interés Anual Efectiva.

²⁴ Art. 1374 del Código Civil: “*La oferta, su revocación, la aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario, a no ser que este pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla. Si se realiza a través de medios electrónicos, ópticos u otro análogo, se presumirá la recepción de la declaración contractual, cuando el remitente reciba el acuse de recibo*”. Esta norma que recoge el sistema de la recepción de la oferta y se estima aplicable a las obligaciones.

²⁵ CÁRDENAS QUIROZ, Carlos. *El pago de intereses en el Código Civil. El Código Civil Peruano y el Sistema Jurídico Latinoamericano*, Editorial Cuzco, Lima 1986, pp. 331-346.

2.5 La tasa de interés y el Banco Central de Reserva

El Art. 1243 CC 1984 señala que la *tasa máxima* de interés convencional, sea esta compensatoria o moratoria, es fijada por el Banco Central de Reserva del Perú. Todo exceso o se imputa al pago de capital o debe ser reducido hasta el máximo legalmente previsto. El Art. 1244 del citado Código señala que la tasa de interés legal es fijada igualmente por el Banco Central de Reserva del Perú.

La Ley Orgánica del Banco Central de Reserva del Perú, Decreto Ley 26123 (1992), señala en su Art. 51 que es el Banco el que conforme al Código Civil, establece las tasas máximas de interés compensatorio, moratorio y legal, para personas ajenas al Sistema Financiero que “... *deben guardar relación con las tasas de interés prevalecientes en las entidades del Sistema Financiero*”. Durante la vigencia del Código Civil, el Banco Central de Reserva del Perú (BCRP) ha fijado cuál es la tasa máxima de interés compensatorio y moratorio; sin embargo, se tiene la creencia errónea que ello no ha sido así. En el Tratado de las Obligaciones de Felipe Osterling y Mario Castillo²⁶, se publicitan las tasas máximas de interés que les proporcionara el Banco Central de Reserva del Perú ante su consulta efectuada a dicha entidad con fecha 22 de febrero de 1995.

Gómez y Boza²⁷, en su trabajo “Pago de intereses en la legislación Peruana”, sostienen que la Ley Orgánica del BCRP modifica tácitamente las disposiciones del Código Civil y resuelve el problema de que a los intereses compensatorios se les añadirá los intereses moratorios cuando corresponda y permite la capitalización de intereses.

Mediante la Circular Nro. 021-2007-BCRP, de fecha 28 de septiembre del año 2007, el Directorio del Banco Central de Reserva dejó sin efecto las Circulares Nro. 006-2003-EF/90 y Nro. 007-2003-EF/90 del 24 de marzo de 2003 y el aviso sobre tasas de interés publicado el 6 de julio de 1991 en el diario oficial El Peruano, sustituyéndolos por la presente, que rige a partir del 1 de octubre de 2007. “... *En esta oportunidad, con la finalidad de propiciar el desarrollo del mercado de capitales, se modifican las tasas máximas de interés convencional compensatorio y moratorio aplicables a las operaciones entre personas ajenas al sistema financiero*”.

²⁶ OSTERLING, Felipe y CASTILLO Mario. *Tratado de las Obligaciones*. Tomo V. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 1996, pp. 356 y ss.

²⁷ GÓMEZ APAC, Hugo y SANDY BOZA ALZAMORA. *Pago de intereses en la legislación peruana*, en Revista *Advocatus Nueva Epoca*, Nro. 7, Universidad de Lima 2002, pp. 451-467.

Dicha Circular, regula además del interés convencional compensatorio y moratorio aplicable entre empresas del sistema financiero y fuera del sistema financiero, la tasa de interés legal. En dicha norma se encuentran regulaciones sobre: a) las tasas de interés convencional compensatorio en moneda nacional: 1. Operaciones activas y pasivas del sistema financiero – se determina por **la libre competencia en el mercado financiero y en términos efectivos anuales** –; 2. Operaciones entre el Banco Central de reserva y las empresas del Sistema Financiero – determinada por el Directorio del Banco Central y comunicada periódicamente en el Programa Monetario –; 3. Operaciones entre personas ajenas al sistema financiero no sujetas al sistema de reajuste de deudas – tasa promedio del sistema financiero para créditos a la microempresa en términos efectivos anuales, publicada diariamente por la Superintendencia de Banca y Seguros y AFP –; 4. Operaciones sujetas al sistema de reajuste de deudas – en términos equivalente a las operaciones no sujetas. b) Tasa de interés legal: 1. Operaciones no sujetas al sistema de reajuste de deudas –la **Tasa de interés legal es equivalente a la Tasa de interés promedio ponderado de las tasas pagadas sobre los depósitos en moneda nacional (TIPMN)**, incluidos aquellos a la vista, por las empresas bancarias y financieras, se publica diariamente–; 2. Operaciones sujetas al reajuste de deudas – el costo será equivalente a la anterior –; 3. Depósitos administrativos y judiciales en el Banco de la Nación. c) Tasa de interés moratorio: 1. Operaciones de las empresas del sistema financiero - la **tasa de interés moratorio se determina por la libre competencia en el mercado financiero y es expresada en términos efectivos anuales** –; 2. **Operaciones entre personas ajenas al sistema financiero** – 15% de la tasa promedio del sistema financiero para créditos a la microempresa, se aplica de forma adicional a la tasa de interés convencional compensatorio o, de ser el caso, a la tasa de interés legal. Con relación a las Tasas de interés en Moneda Extranjera (Título II), con las diferencias del caso²⁸, siguen similares reglas que las referidas para las Tasas de Interés en Moneda Nacional.

En una primera aproximación, se puede afirmar que esta norma dejó sin efecto el Art. 1249 del Código Civil, pues las partes pueden pactar desde un primer momento que, por ejemplo, el mutuo genere un interés compensatorio en términos efectivos con arreglo a la Circular mencionada,

²⁸ Una diferencia significativa en la tasa máxima de interés moratorio, es que a diferencia de la aplicable a deudas en moneda nacional, es equivalente no al 15%, sino al 20%. Se sugiere revisar la siguiente dirección: <http://www.bcrp.gob.pe/docs/Transparencia/Normas-Legales/Circulares/2007/Circular-021-2007-BCRP.pdf>

es decir que, desde el primer día, convencionalmente, se puede pactar el anatocismo.

Es importante precisar que:

- El BCRP al momento de limitar los intereses compensatorios y moratorios, lo hace conforme a la exigencia del mercado, es decir que la “tasa tope” debe respetar las condiciones del mercado, de lo contrario, si el BCRP fija las tasas de mutuo propio, intervendría el mercado limitando la actividad de las empresas lo que además de ser negativo para la actividad crediticia, no es el modelo económico elegido por la Constitución Política del Estado de 1993.
- La tasa de interés compensatorio y moratorio, miden el riesgo financiero y a mayor riesgo, mayor tasa de interés, *contrario sensu* a menor riesgo menor tasa de interés. Si existieran leyes firmes y un Poder Judicial predecible, sin espacio a las articulaciones procesales dilatorias de los deudores, se abarataría el costo de las tasas de interés, pero como no lo es por diversas razones (deficiencia legislativa, una de ellas) y el acreedor tiene incertidumbres en el cobro del dinero, el riesgo del crédito lo traslada entre quienes efectivamente pagan sus deudas y ello encarece el crédito.
- Toda regulación que no se sujete a las reglas del mercado crea un mercado paralelo (negro) que fomenta la informalidad y que perjudica no solamente a los formales, sino a la institucionalidad del país lo que afecta igualmente el desarrollo económico; la solución económica en un país no consiste en excluir personas de la economía, sino incluirlas y en ello el Poder Judicial debe ser muy consciente, pues cuando “*trata de proteger*” a una determinada persona, más allá de lo que establece la Ley, es probable que cause un daño aun grupo mayor²⁹.

²⁹ Un ejemplo de tasas de interés que funciona adecuadamente es el caso de Grammen Bank (un banco social para pobres, quienes a su vez son dueños, del 94% de la compañía). Al principio el interés del crédito fue cero y ahora ya se cobran tasas de interés similares a las de la Banca Comercial, lo que es impresionante, pues al ser pobres los prestatarios, el riesgo debería ser alto. Su creador el Premio Nóbel de la Paz 2006 Muhammad Yunus cifra su éxito en que la mayoría de sus préstamos son a mujeres jefas de hogar (96%) que cumplan la condición de ser pobres y no tener con qué avalarse un crédito. La recuperación es un éxito: 98.85% (Dato a Agosto de 2006, según la Enciclopedia virtual Wikipedia), pues existe un control social y una sanción no a quien incumple sus pagos, sino al grupo que pertenece, que queda suspendido para seguir recibiendo mayores créditos. Imaginen que a Bangladesh (lugar donde se originó el Banco, en

- La Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (Ley 26702), señala en su artículo 9 que “... La disposición contenida en el primer párrafo del artículo 1243 del Código Civil no alcanza a la actividad de intermediación financiera...”³⁰.

2.6 La tasa de interés legal nominal y efectiva

El BCRP fija la tasa máxima de interés convencional, sea para intereses compensatorios y/o moratorios. Cuando no existe pacto sobre el monto de la tasa de interés, pero sí su existencia, el interés compensatorio se calcula teniendo presente la tasa del interés legal. En el caso del interés moratorio, si no se ha convenido la tasa a la cual se calculará, será también la tasa de interés legal. El Art. 1244 del Código Civil establece que la tasa de interés legal es fijada por el Banco Central de Reserva del Perú (BCRP).

Una de las funciones del interés, como se ha señalado es mantener el valor del dinero, que por el paso del tiempo pierde su poder de intercambio. No es lo mismo 100 Nuevos Soles hoy que 100 Nuevos Soles en 10 años.

Dentro de la diversa clasificación de tasas de interés, existe una que divide a los intereses como nominales y efectivos, según representen un valor o pretendan mantener el valor del dinero, respectivamente.

La tasa de interés nominal, no capitaliza los intereses que se generan en su aplicación, por lo que si bien la tasa de interés nominal (simple) hace que el dinero produzca frutos, estos frutos no mantienen el valor del dinero en el

plena hambruna de 1974) hubiera llegado un Juez que diga que no es posible sancionar al grupo negándoles un crédito por el incumplimiento de uno de sus integrantes, esta historia y esfuerzo por salir de la pobreza no se hubiera conocido; aun cuando el Juez hubiera actuado con apego a la norma sin entender las costumbres sociales, les habría causado un perjuicio, por ello, siempre debe verse más allá del expediente y si su conciencia le indica que existe alguna norma inconstitucional, pues que no la guarde solamente en sus sentencias, sino que promueva los cambios legislativos necesarios.

³⁰ Artículo 9 de la Ley 26702.- “Libertad para fijar intereses, comisiones y tarifas.- “Las empresas del sistema financiero pueden señalar libremente las tasas de interés, comisiones y gastos para sus operaciones activas y pasivas y servicios. Sin embargo, para el caso de la fijación de las tasas de interés deberán observar los límites que para el efecto señala el Banco Central, excepcionalmente, con arreglo a lo previsto en su Ley Orgánica. La disposición contenida en el primer párrafo del artículo 1243 del Código Civil no alcanza a la actividad de intermediación financiera. Las empresas del sistema de seguros determinan libremente las condiciones de las pólizas, sus tarifas y otras comisiones. Las tasas de interés, comisiones, y demás tarifas que cobren las empresas del sistema financiero y del sistema de seguros, así como las condiciones de las pólizas de seguros, deberán ser puestas en conocimiento del público, de acuerdo con las normas que establezca la Superintendencia”.

tiempo y además de ello no son reales. El interés nominal es fácil de calcular al derivarse de la fórmula del interés simple³¹.

Gabriel Baca Urbina³² señala que *“se llama interés simple al que, por el uso del dinero a través de varios periodos de capitalización, se cobra interés sobre el interés que se debe... Aunque se han desarrollado fórmulas para este tipo de cálculos, aquí no se presentan por la sencilla razón de que el interés simple dejó de aplicarse en los negocios desde hace mucho tiempo, por lo que la utilidad de dichas fórmulas es prácticamente nula en la actualidad...”*; esta definición y seguida confesión, nos alerta de la posibilidad de existencia de intereses sobre intereses y que el no cobrar dichos intereses, ya es una situación pasada. Téngase en cuenta que le imputan a Benjamín Franklin (1706-1790) la siguiente frase *“el dinero produce dinero y el dinero que el dinero produce, produce más dinero”*³³.

Cuando el dinero produce intereses y estos intereses a su vez producen nuevos intereses, se está hablando de una tasa de interés efectiva, que sobre la base del interés compuesto, hace que un capital aumente de manera constante, pues los intereses que se producen en un periodo de tiempo, se capitalizan y se incorporan al capital al final de cada periodo para que de esta manera se generen nuevos intereses.

Como quiera que el interés nominal ignora el valor del dinero en el tiempo, al tener un mismo rendimiento; el interés efectivo sí le importa que el dinero no pierda su poder de intercambio en el tiempo y toma el nombre de tasa de interés efectiva, al añadir al capital el monto de interés que se generó en dicho tiempo. L. Blank y A. Tarquin³⁴: *“la tasa de interés nominal debe ser convertida a tasa de interés efectiva con el ánimo de reflejar las consideraciones de tiempo - valor exactas”*.

Toda tasa de interés legal que sea expresada en términos efectivos significa capitalización de intereses y dicha capitalización se presenta porque de lo contrario con el tiempo los frutos del capital serían menores, lo que implicaría que los dueños del capital que no pueden capitalizar sus

³¹ CHU, Manuel. *Fundamentos de Finanzas, un enfoque peruano*. 2ª Edición, Colegio de Economistas de Lima, Lima 2003, p. 114.

³² BACA, Gabriel. *Fundamentos de Ingeniería Económica*. Editorial McGraw-Hill, Interamericana de México, México 1994, p. 9.

³³ Aunque en justicia debe mencionarse que también es de B. Franklin la frase *“De aquel que opina que el dinero puede hacerlo todo, cabe sospechar con fundamento que será capaz de hacer cualquier cosa por dinero”*.

³⁴ BLANK, Leland y TARQUIN, Anthony. *Ingeniería Económica*. 3ª Edición. Editorial McGraw-Hill. Bogotá 1992, p. 61.

rendimientos no concedieran préstamos de largo plazo o si lo hicieran la tasa nominal fija para los primeros años daría un rendimiento alto más allá del que corresponda.

Cuando se dio el Código Civil de 1984, refiere Mario Castillo³⁵ que, las tasas de interés eran usualmente nominales: *“En efecto, en 1984 el régimen de las tasas de interés en el Perú y en buena parte de países era el de tasas nominales. Una tasa nominal de interés pedestremente descrita, es aquella en que el interés no se agrega al capital para engrosarlo, e impide así que los intereses subsecuentes se incrementen efectivamente. Así, pues, tenía cierta lógica en 1984 que el Código Civil limitara y condicionara la capitalización de intereses y la convirtiera en una figura excepcional”*.

Cuando la tasa de interés pasa de ser nominal a efectiva, financieramente se capitaliza y ello es anatocismo.

En cumplimiento de lo establecido por el Art. 1244 y conforme a la Circular Nro. 021-2007-BCRP, el BCRP publica las tasas de los intereses legales aplicables a quienes no se encuentran dentro del Sistema Financiero, es decir deudas entre particulares, y podrá apreciarse la existencia de dos tipos de tasa de interés: la efectiva y la nominal (que aparece bajo el nombre de laboral).

El Decreto Ley 25920, establece que la tasa de interés legal laboral, que se devenga de manera automática ante el incumplimiento y sin necesidad de declarar la mora, no es capitalizable; en tanto que la tasa de interés legal efectiva sí capitaliza intereses.

2.7 Diferencia numérica entre la tasa de interés nominal y efectiva

El siguiente cuadro expresa la diferencia entre ambas tasas de interés:

Interés nominal:

Año	Capital adeudado	Interés nominal	Suma adeudada
1	10,000.00	5%	10,500.00
2	10,000.00	5%	11,000.00

³⁵ CASTILLO, Mario y Ricardo VÁSQUEZ. *Analizando el Análisis, Autopsia del Análisis Económico del Derecho por el Código Civil*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 2004, p. 157.

3	10,000.00	5%	11,500.00
4	10,000.00	5%	12,000.00
5	10,000.00	5%	12,500.00
6	10,000.00	5%	13,000.00
7	10,000.00	5%	13,500.00
8	10,000.00	5%	14,000.00
9	10,000.00	5%	14,500.00
10	10,000.00	5%	15,000.00

Elaboración propia

La fórmula para calcular el interés nominal año tras año sería $F = P(1+i)$, que leído significa que el valor futuro de un capital (F) es igual a su valor presente (P) multiplicado por la sumatoria de uno más la tasa de interés nominal (i) y dicha operación debe repetirse tantas veces como periodos de deuda existan.

Interés efectivo

Año	Capital adeudado	Interés efectivo	Suma adeudada
1	10,000.00	5%	10,500.00
2	10,500.00	5%	11,025.00
3	11,025.00	5%	11,576.25
4	11,576.25	5%	12,155.06
5	12,155.06	5%	12,762.82
6	12,762.82	5%	13,400.96
7	13,400.96	5%	14,071.00
8	14,071.00	5%	14,744.55
9	14,744.55	5%	15,513.28
10	15,513.28	5%	16,288.95

Elaboración propia

La fórmula para calcular el interés nominal año tras año es un poco más complicada y sería así: $F = P(1+i)^n$ que leído significa que el valor futuro de un capital (F) es igual a su valor presente (P) multiplicado por la sumatoria de uno más la tasa de interés nominal (i) elevado al número de periodos en que se pactó la obligación (n). Esta fórmula se debe a lo siguiente:

- Al terminar el año 1 la deuda es $F = P(1+i)$
- Al terminar el año 2 la deuda es $F = P(1+i) \times (1+i) = P(1+i)^2$
- Al terminar el año 3 la deuda es $F = P(1+i)^2 \times (1+i) = P(1+i)^3$
- Al terminar el año 4 la deuda es $F = P(1+i)^3 \times (1+i) = P(1+i)^4$
- Entonces el año 10, la deuda sería $F = P(1+i)^{10}$. Haciendo la prueba, se tiene que: $F = 10,000 \times (1+0.05)^{10} = 16,288.94627 = 16288.95$

Si se sabe que una deuda de S/. 10,000.00 a una tasa de interés efectiva del 5% otorga un rendimiento o un interés o un fruto de S/. 6,288.95 (16,288.95 – 10,000), en un plazo de diez años se puede afirmar que, en el ejemplo propuesto, equivale a una tasa nominal de 6.28895% (lo que daría un interés de 628.895 por año y en 10 años, la suma referida de 6,288.95).

En el ejemplo se ve lo perjudicial que puede resultar la aplicación del interés nominal para quien se presta dinero, pues para que tenga un rendimiento similar al del interés efectivo, en una deuda a 10 años, se tendría que imponer una tasa del 6.28895%, es decir que mientras en el primer año, en el ejemplo propuesto, en términos efectivos se paga la suma de S/. 500.00, el prestatario con esta tasa tendría que pagar la suma de S/. 628.90. Como se ha mencionado, si fuera correcto que el interés a ser pagado en el año 1, fuera S/. 500.00, no se puede pedir que en el año 10, se tenga el mismo rendimiento (porque el dinero pierde valor en el tiempo), pero para “salvar la no capitalización”, tendría que imponerse un rendimiento mayor el primer año (asumiendo que no exista la posibilidad de celebrar el pacto de anatocismo).

En conclusión, toda tasa de interés legal que sea expresada en términos efectivos significa capitalización de deuda y dicha capitalización se presenta porque de lo contrario con el tiempo el rendimiento del capital serían menores, lo que implicaría que los dueños del capital que no pueden capitalizar sus rendimientos no concedieran préstamos de largo plazo o si lo hicieran la tasa nominal fija para los primeros años daría un rendimiento alto más allá del que corresponda.

3. El anatocismo

El anatocismo es la capitalización de intereses, es decir, es la figura por la que los intereses que se devengan pasan a formar parte del capital y generan nuevos intereses (*versura*), denominados anatocistas. El término anatocismo proviene de del vocablo griego: “*ana-tokismós o anatokós*” (*ana – ava*, de nuevo, una segunda vez, y *tókos* y *tokismós*, interés acción de dar interés, usura) que representaba el interés del interés o el interés de nuevo. Medina Alcoz, señala que para los griegos, los *tokoi* (intereses) eran los frutos del dinero, pese a que filosóficamente se sostenía la infertilidad de éste³⁶, la práctica estableció un interés anual entre el 12% al 25% y cuando el deudor no pagaba los intereses, éstos se añadían al capital adeudado.

En los primeros años del Derecho Romano, no se mencionó el pacto anatocista; empero sí, en el Derecho Romano clásico, se permitió el anatocismo, una vez que haya transcurrido un año de una deuda impaga, lo que fue conocido con el nombre de *anatocismus anniversarius*. Justiniano, eliminó el anatocismo, prohibiendo tanto el *anatocismus coniunctus* (intereses de los intereses devengados añadidos al capital), como del *separatus* (intereses prestados de nuevo al deudor que generaban, a su vez, intereses): *ut nullo modo usuræ usurarum a debitoribus exigantur*.

Como se explicó anteriormente, en principio la Iglesia no permitió el cobro de intereses y luego lo aceptó siempre que medie causa justificada (siglo XVI), por lo que no consideró la posibilidad del anatocismo, sino hasta el siglo XIX.

El anatocismo al momento de contraerse una obligación, fue prohibido en el derecho peruano, tanto el Código Civil de 1852 (Art. 249), así como por el artículo 1586 del anterior Código Civil de 1936, ambas normas estipularon que: “*No puede pactarse la capitalización de intereses. Sin embargo, ella puede hacerse cada dos años de atraso por convenios escritos*”.

En el derecho comparado existen dos teorías sobre la prohibición del anatocismo: a) Una absolutista, como el caso del Código Civil alemán, que sanciona con nulidad la convención estipulada para que los intereses vencidos puedan producir a su vez intereses, y b) Una relativista, que admite el anatocismo en determinadas circunstancias, como por ejemplo en la legislación peruana: pacto posterior y retraso no menor al año en el

³⁶ Se atribuye a Aristóteles la frase estuvo sintetizada en el principio “*pecuri non parit pecuniam*”, que los tratadistas traducen como “el dinero no produce dinero”.

incumplimiento de pago de intereses adeudados; es decir que para el derecho peruano el anatocismo no es malo, lo malo es que se aplique desde el primer momento en que se contrajo la obligación.

Fernando Vidal³⁷, señala que los griegos fueron los primeros que se dieron cuenta de lo peligroso y usurario que era la capitalización de intereses, peligro que fue advertido por los romanos recién en la *Ley de las XII Tablas* en las que se empezó a imponerse topes a los intereses que se cobran. El *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, influenciado por el cristianismo proscribió la usura y el anatocismo; sin embargo fue permitido por los artículos 1154 y 1155 del Código Civil Napoleónico, pero siempre que ello derive de una demanda judicial o que exista un convenio entre acreedor y deudor y luego de vencido un año de atrasos en el pago de intereses.

Si bien es cierto que el Código Civil de 1852 siguió los postulados franceses, el Código de Comercio de 1902 permitió la capitalización de intereses que ocasionó una *“alarmante práctica usuraria”*³⁸, que derivó en la dación de normas expresas que prohibieron toda capitalización de intereses, que fueron flexibilizadas por el Código Civil de 1936 para los contratos de mutuo.

El Código Civil establece en el Art. 1249 que *“No se puede pactar la capitalización de intereses al momento de contraerse la obligación, salvo que se trate de cuentas mercantiles, bancarias o similares”*; por su parte el Art. 1250 señala que *“Es válido el convenio sobre capitalización de intereses celebrado por escrito después de contraída la obligación, siempre que medie no menos de un año de atraso en el pago de los intereses”*.

De una interpretación armónica de ambas normas del Código Civil, se afirma:

- En una primera aproximación a los 2 artículos anteriores, en el derecho peruano no estarían permitidos los pactos originarios sobre capitalización de intereses, a no ser que se trate de cuentas corrientes mercantiles, bancarias o similares; es decir, se prohíbe un pacto de anatocismo al momento de celebrar la obligación.
- En el caso de las personas que no pertenezcan al Sistema Financiero, la capitalización de los intereses vencidos, procederá, siempre que

³⁷ VIDAL, Fernando. *La capitalización de intereses. Tendencias Actuales y perspectivas del Derecho Privado y el Sistema Jurídico Latinoamericano*, Editorial Cuzco, Lima 1990, pp. 315-322.

³⁸ *Ibidem*, p. 318.

medie pacto escrito, celebrado luego de contraída la obligación, solo con relación a los intereses vencidos y no futuros.

No obstante lo anterior, la Ley Orgánica del BCRP, señala que es posible el anatocismo en la celebración de un mutuo dinerario u otra obligación, al establecer que las tasas de interés de quienes no pertenecen al sistema financiero, guardan relación con las tasas de interés del Sistema financiero, ergo capitalizando intereses (Art. 51 y Circular Nro. 021-2007-BCRP). No se comparte la afirmación del maestro Max Arias-Schreiber "... por la indivisibilidad de la cuenta corriente, pues toda suma ingresada a ella pierde su individualidad y se encuentra sometida a un régimen único, que es la producción de intereses de pleno derecho"³⁹, porque independientemente de su individualidad o régimen al que se someta determinada cantidad de dinero, matemáticamente puede calcularse todo tiempo de interés.

En la jurisprudencia se han encontrado fallos que indican que el Art. 1249 Código Civil permite la capitalización de deudas de cuentas corrientes bancarias y no sobre créditos que otorga una institución bancaria (ejemplo un crédito con garantía hipotecaria), pero ello no es correcto, porque la Circular Nro. 041-94-EF-90 del BCRP, de fecha 20 de diciembre del año 1994, dispuso que las tasas de interés de las operaciones activas y pasivas de las empresas y entidades del sistema financiero se expresen en términos efectivos anuales (Tasa Activa de Mercado en Moneda Nacional -TAMN y Tasa de Interés Pasiva Promedio Ponderada en Moneda Nacional -TIPMN); es decir, en toda operación realizada con una institución financiera, el BCRP permite la capitalización de intereses.

- Los particulares que no pactaron intereses, en aplicación de la tasa de interés legal que publicita el BCRP, estarían cobrando intereses capitalizados. Esto se afirma porque las tasas de interés legal que publicita la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras del Fondo de Pensiones (SAFP), por encargo del BCRP, están fijadas en términos efectivos; es decir capitalizando la obligación; sin embargo, a tenor de lo dispuesto por el VI Pleno casatorio ello ya no es posible.
- Es importante en todo caso, tener en cuenta que las tasas de interés publicitadas están en términos efectivos anuales, es decir que el periodo de capitalización es al año, por lo que durante el primer año,

³⁹ FERNÁNDEZ César. *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas*, Tomo VI, Editorial Gaceta Jurídica, Lima 2004, p. 577.

el interés se calcula en términos nominales. Si no existe pago de interés, este se sumará al capital para producir nuevo interés. Esta lógica, que se parece a la fórmula financiera, es la del Art. 1250 del CC 1984, es decir que aún si no existiera esta norma, si se pactara el pago de intereses capitalizables, desde el primer día de contraída la obligación, por el sistema de tasas de interés que en términos anuales fija el BCRP, la capitalización se produciría sobre el interés impago, recién al vencimiento del año; lo que significa que para efectos del anatocismo, la prohibición del Art. 1250 del CC 1984, es la fórmula matemática que lo permite.

Cuando el deudor es el Estado, en una primera intención, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente 05430-2006-PA/TC (que contiene precedentes vinculantes), establece en el fundamento 23 que *“En cuanto al pago de las pensiones devengadas e intereses, habiéndose precisado el ámbito de aplicación del fundamento 15 d) del Caso Sánchez-Lagomarcino Ramírez (STC 2877-2005-HC), este Tribunal ordena el pago de las pensiones devengadas conforme a lo establecido en el artículo 81 del Decreto Ley 19990 (desde 12 meses anteriores a la presentación de la solicitud a la ONP) y el pago de los intereses generados conforme a la tasa establecida por el artículo 1246 del Código Civil”*. (negrita nuestra)

En aplicación de este y fallos similares, se asumió que el Tribunal Constitucional permitía la capitalización de deudas del Estado, al disponerse que se aplica el Art. 1246 del Código Civil, es decir, la tasa de interés legal y como la tasa de interés legal efectiva supone capitalización de intereses, dicho de otra manera, el Tribunal Constitucional, permitió y ordenó la capitalización de intereses en las deudas que tenga el Estado con un pensionista, lo que es fácilmente verificable con la revisión de cualquier expediente de esta naturaleza ante cualquier juzgado de la República; sin embargo, con posterioridad a la Casación Nro. 5128-2013-Lima (que se verá más adelante) y el VI Pleno casatorio, el Tribunal ha expedido un Auto, que constituye doctrina jurisprudencial vinculante en el expediente Nro. 2214-2014-PA/TC, que en su fundamento 19 señala:

“En tal sentido, tomando en cuenta que el artículo 1249 del Código Civil establece una limitación al anatocismo, en la medida en que "no se puede pactar la capitalización de intereses al momento de contraerse la obligación, salvo que se trate de cuentas mercantiles, bancarias o similares" , el Tribunal Constitucional considera razonable que si ya determinó antes que los intereses legales en deudas de naturaleza previsional deben ser pagados

de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1246 del Código Civil, también resulte de aplicación la limitación contenida en el artículo 1249 del Código Civil”.

Sobre esto último, si el Código Civil restringe la capitalización de intereses, cómo es posible que la tasa de interés legal fijada por el BCRP, en términos efectivos permita dicha capitalización. Mario Castillo⁴⁰, sostiene que el cambio se produjo en 1991, cuando mediante Aviso del BCRP, de fecha doce de marzo de 1991, se estableció la aplicación de tasas de interés efectivas; por lo que a su opinión los Arts. 1249 y 1250 del Código Civil se convirtieron en inaplicables. Téngase presente que como consecuencia de la hiperinflación con que concluyó la década de los ochenta del siglo pasado, ya los civilistas se preguntaban sobre la necesidad de que el dinero no siga perdiendo demasiado valor de intercambio; Fernando Vidal⁴¹ en el año 1988 reclamaba *“la capitalización de intereses o está demás en el Código Civil o debe usarse entre deudor y acreedor dándole valor constante a las prestaciones”*. La protesta de Fernando Vidal, es válida porque la tasa de interés representa el costo del dinero en un momento determinado, por lo que no sería correcto señalar que ahora no se justifica la capitalización de intereses porque hogaño no hay inflación galopante. En épocas de inflación de la década de los ochenta del siglo pasado, lo que se pedía capitalizar eran intereses mensuales que superaban el 30%, a fin de no perder valor; lo que ahora puede representar un 20% anual, en ambos casos se pretende mantener un valor.

Existen hasta tres posturas, la primera es que al establecer el Art. 1243 y siguiente del Código Civil, la autoridad del BCRP para fijar las tasas máximas de interés, así como el interés legal, es una autorización otorgada por el propio Código Civil, para que se procede de tal manera, por lo que cuando regula las tasas de interés el BCRP en términos efectivos, no es necesaria una norma expresa para modificar los Arts. 1249 y 1250 del CC 1984, ello en concordancia con el Art. 51 del Decreto Ley 26123 (Ley Orgánica del BCRP), al ser la entidad autorizada para fijar los intereses⁴².

⁴⁰ CASTILLO, Mario y Ricardo VÁSQUEZ. *Ibíd*em, p. 158.

⁴¹ VIDAL, Fernando. *Ibíd*em, p. 322.

⁴² Artículo 51, D.L. 26123.- *“El Banco establece de conformidad con el Código Civil, las tasas máximas de interés compensatorio, moratorio, y legal, para las operaciones ajenas al Sistema Financiero. Las mencionadas tasas, así como el Índice de Reajuste de Deuda y las tasas de interés para las obligaciones sujetas a este sistema, deben guardar relación con las tasas de interés prevalecientes en las entidades del Sistema Financiero.”*

La segunda postura es que la tasa de interés legal que señala el Código Civil, para no infringir el Art. 1249 de dicha norma, debe ser convertida en términos nominales y no efectivos, teniendo cuidado de no superar la tasa máxima establecida por el BCRP conforme al Código Civil. Líneas arriba se ha visto cómo una tasa de interés nominal se convierte en efectiva (o viceversa), lo que supone, paradójicamente “un perjuicio para el deudor” (2.7).

La tercera postura y a criterio personal, que tiene menos solidez, pese a ser la postura de la jurisprudencia última, es la prevalencia ciega de los Arts. 1249 y 1250 del CC de 1984 sobre cualquier regulación del BCRP siendo inconstitucional las tasas fijadas por esta Institución cuando lo hace en términos efectivos. Hay dos razones esenciales, que desbaratan esta última postura:

- Para el CC de 1984, no existe problema en la capitalización de intereses, solo que impone sus reglas: por escrito, luego de contraída la obligación, por los intereses vencidos impagos por más de un año; es decir, que el anatocismo no es malo, solamente es malo que se fije al contraerse la obligación y por intereses futuros;
- La capitalización de intereses vencidos al año, se asemejan en mucho a la fórmula financiera de capitalización de intereses en periodos anuales (como lo es el derecho peruano).

Por la función que tiene el dinero, desde un enfoque financiero la primera postura es la adecuada, aunque suene impopular y ello debe ser reconocido por el derecho. Si alguien celebra un mutuo y le obligan que el rendimiento del dinero el año 10 sea igual que el año 1, prestará solamente año tras año; empero si se permite capitalizar intereses, el año 10 el rendimiento del dinero será mayor, por lo que se tendrá mayor disposición a prestar por tiempos más largos, lo que a la larga beneficia al deudor, que supuestamente se pretende proteger al prohibir el anatocismo. Eso sí, debe rechazarse toda práctica usuaria y abuso, constituida por los límites máximos que el propio Código Civil prevé.

4. Los nuevos precedentes de la Corte Suprema sobre el anatocismo

4.1 El precedente de la Sala Constitucional y Previsional de la Suprema

El precedente fijado por la Casación Nro. 5128-2013-Lima, en un proceso contencioso administrativo, parte por señalar que los intereses a ser pagados por el Estado no pueden ser capitalizables por colisionar contra el artículo 1249 del Código Civil y se basa en la Ley Nro. 29951, Ley del Presupuesto Público para el Año Fiscal 2013, que en la nonagésima séptima disposición complementaria final señala que:

“... a partir de la vigencia de la presente Ley, que el interés que corresponde pagar por adeudos de carácter previsional es el interés fijado por el Banco Central de Reserva del Perú. El referido interés no es capitalizable de conformidad con el Art. 1249 del Código Civil y se devenga a partir de día siguiente de aquel en que se produjo el incumplimiento hasta el día de su pago efectivo, sin que sea necesario que el acreedor afectado exija judicial o extrajudicialmente el incumplimiento de la obligación o pruebe haber sufrido daño alguno...”.

En el considerando sexto de la sentencia en mención, el Supremo señala que antes de la Ley no existió norma general que reglamente este tipo de intereses (excepto el fraccionamiento de pago para pensionistas del Decreto Ley 19990, que curiosamente permitiría la capitalización al disponerse en el Decreto Supremo 175-2006-EF⁴³, que se aplica la tasa de interés legal del BCRP).

Es cierto que antes de la Ley 29951, no existía norma con nombre propio, que prohibiera el anatocismo (asumiendo que los Arts. 1249 y 1250 ya no eran vigentes) para las deudas legales del Estado (no convencionales), pero de la interpretación sistemática del Código Civil, quienes defendían la vigencia de la prohibición del anatocismo, pudo llegarse a tal conclusión: que de las tasas de interés legal que publicita diariamente el BCRP, denominadas interés legal efectiva e interés legal laboral (nominal⁴⁴), en materia pensionaria se aplicaría la nominal por no existir el pacto consensual de capitalización. Sobre la base del Decreto Legislativo 817 que precisó en séptima Disposición

⁴³ Este Decreto Supremo reglamenta las Leyes 28266 y 28798.

⁴⁴ Téngase en cuenta que la tasa de interés que ordena publicar diariamente el BCRP, son la legal y la laboral, en términos absolutos, son la misma tasa, la diferencia se halla en el factor de acumulación, puesto que la tasa de interés legal es en términos efectivos (capitalizables) y la tasa de interés legal laboral es en términos nominales (no capitalizables).

Final, que las deudas pensionarias eran diferentes a las laborales, pues eran de naturaleza de seguridad social, la judicatura interpretó de manera poco coherente el tema de los intereses:

- Jubilate y no trabajes: Si las deudas pensionarias eran actualizadas con el interés legal efectivo, las deudas laborales no, por disponerlo así el Decreto Ley 25920, mejor demandar al jubilarse. En el caso del Decreto de Urgencia 037-94, para los trabajadores en actividad se calcularon los devengados sobre la base del interés legal laboral (nominal, no capitalizable); pero si el demandante era un jubilado, por el mismo concepto se le aplicaba el interés legal efectivo (capitalizable). Diferencia que no tiene sustento alguno.

Ello llevó a un absurdo mayor si es que es jubilado, le sale más a cuenta ahorrar en el Estado, que en el sistema financiero, pues el interés legal que le pagan es a tasa efectiva y no tiene los recargos que las empresas del sistema financiero le cobran. Este absurdo evidencia lo malo del sistema financiero peruano al tener un mayor rendimiento el ahorro en el Estado que en un Banco. También es una muestra de la mala aplicación de los intereses legales, es que a los trabajadores del Estado, les conviene esperar a jubilarse para cobrar deudas laborales.

- El Beneficio doble de la mora automática más capitalización: El Decreto Ley 25920 establece que no es necesaria la constitución en mora para que nazca la obligación de pagar el interés legal, pagado en términos nominales. Los pensionistas tenían el mismo beneficio, pero con una tasa de interés en términos efectivos. En el derecho civil, un acreedor para tener derecho a cobrar intereses moratorios a la tasa de interés legal efectivo, debe constituir en mora a su deudor. Se ve que el pensionista no necesita ni lo uno ni sufre lo otro, pues cuando el Tribunal Constitucional estableció que los intereses legales se calculan desde el momento en que se presenta la contingencia conforme el Art. 1246 del Código Civil, convierte la mora en automática, con el beneficio de la capitalización. Apréciase que el pensionista tiene el beneficio del trabajador activo (mora automática) y la rentabilidad que le otorga el derecho civil (capitalización), es decir, nuevamente mejor jubilado que trabajando.

La Ley 29951, establece la mora automática, pero prohíbe la capitalización.

- La solución que sabe a confusión: La Ley Nro. 29951, evidentemente sin saberlo, recoge una propuesta formulada por este autor en el año 2009⁴⁵ que para tener coherencia el cálculo de intereses de los pensionistas se tenía dos posibilidades, una de ellas era “... *que si la mora es automática desde el momento de contingencia, se aplique la tasa de interés legal laboral*”.

Más allá sobre la corrección de esta norma, la Casación Nro. 5128-2013-Lima, sigue este criterio, en un intento de interpretar coherentemente las normas sobre anatocismo y permitir una mejor ejecución de sentencias sobre adeudos laborales.

Pero esta solución, yerra en cuatro aspectos importantes: El primero es que se trata de manera privilegiada al Estado por sobre otro particular, es decir que al particular le aplican el interés legal efectivo en ausencia de pacto de la obligación; en tanto que al Estado solamente le obligan a pagar el interés legal laboral o nominal. El segundo aspecto es que deja sombras sobre la vigencia del Art. 1249 del Código Civil, pues a lo largo de este trabajo se ha visto que ha sido el Art. 51 de la Ley Orgánica del BCRP la que derogó tácitamente la prohibición de anatocismo, pero con la interpretación de la Suprema, el artículo 1249 del Código Civil es plenamente vigente.

No hay respuesta para las siguientes preguntas *¿qué pasará con las tasas de interés que se han fijado en términos efectivos conforme lo permitía la Circular Nro. 021-2007-BCRP? ¿Qué pasará con esta norma? ¿Cómo solucionar una aparente antinomia, no por el criterio de la especialización, jerarquía ni temporalidad, sino por un criterio jurisdiccional que no consideró las normas existentes, al fijar los alcances de su decisión?*

Un tercer yerro, que la solución de la Suprema en la Casación Nro. 5128-2013-Lima, generará más problemas que aciertos es que en el Considerando Octavo se señala que no se puede capitalizar los intereses generados por el pago tardío de la pensión de jubilación por dos razones: porque no hay pacto luego de transcurrido un año y porque no es una deuda mercantil, bancaria o similar. Craso error. Suficiente era que la argumentación se circunscriba a la ley 29951. Si la Suprema considera que las tasas de interés legal efectivo no pueden vulnerar la prohibición de anatocismo para efectos pensionarios, similar razonamiento se aplicará a los demás deudores que tenga

⁴⁵ POLANCO GUTIÉRREZ, Carlos. “Un artículo de interés o una historia del sin querer queriendo”, publicado en Revista Jurídica del Perú Nro. 102, Pp 238-249, agosto 2009, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2009.

obligaciones que no sean mercantiles, bancarias o similares. Dicho de otra manera, la interpretación de la Suprema, elimina del sistema jurídico la tasa de interés legal efectiva y la Circular Nro. 021-2007-BCRP, porque no puede haber anatocismo. El considerando octavo al final de su primera parte concluye: *“... los artículos denunciados sí reconocen jurídicamente la capitalización de intereses, no obstante señalan ciertos límites y condiciones para su aplicación, quedando sujeta a favor de los bancos y financieras el monopolio del anatocismo”* (subrayado propio).

Un Cuarto error se halla en el considerando décimo tercero, en el que se decide que el interés no es capitalizable en las deudas del Estado (en este caso la ONP), porque no tiene finalidad lucrativa. Añade un criterio más a tener en cuenta al momento de calcular los intereses de las instituciones del sistema financiero o ajenas al mismo: preguntar al deudor si tiene finalidad lucrativa o no, es decir que el interés no depende del costo de oportunidad del acreedor, sino si el deudor tiene finalidad de lucro o no.

4.2 El precedente del Sexto Pleno Casatorio

En la sentencia del Sexto Pleno Casatorio Nro. 2402-2012-Lambayeque, que constituye precedente judicial vinculante, se ha concluido como precedente vinculante Tercero:

“El Juez de la demanda, a los efectos de determinar la procedencia de la ejecución de garantías, debe examinar, evaluar, enjuiciar y dar cuenta expresamente en la motivación de su resolución si en el caso:

- i. Se cumplen los requisitos establecidos en los PRECEDENTES PRIMERO y/o SEGUNDO;*
- ii. El Saldo deudor realizado por la parte ejecutante comprende abonos y cargos o pagos a cuenta, si los hubiere, atendiendo que el pacto de capitalización de intereses solo es lícito en los supuestos indicados en los artículos 1249 y 1250 del Código Civil, esto es cuando se trate de cuentas bancarias, mercantiles y similares; o cuando se celebre por escrito el pacto después de contraída la obligación, siempre que medie no menos de un año de atraso en el pago de los intereses”*

Como en el anterior precedente, se parte de afirmar la vigencia de los artículos referidos y no se hace un análisis respecto a las normas que dicta el Banco Central de Reserva del Perú, ni al desarrollo financiero del derecho. En el fundamento 52, del pleno en mención, se cita las definiciones del importante trabajo de Roxana Jiménez Vargas-Machuca, empero omitiendo

mencionar de los mismos autores su afirmación de que “... El BCR fija una tasa efectiva porque considera que esta es la que mejor retribuye o indemniza al acreedor sin perjudicar al deudor, toda vez que solo refleja el real costo de oportunidad del dinero. Además cuando el Código Civil señala la facultad del BCR de fijar las tasas de interés convencional y legal, no restringe ni limita la facultad de esta institución y tampoco señala si éstas deben ser nominales o efectivas...”⁴⁶

La Corte Suprema, se inclina por la vigencia de los artículos 1249 y 1250 del Código Civil, que dejaron de aplicarse conforme lo señaló la Circular Nro. 021-2007-BCRP, sobre ello debió pronunciarse el Supremo. Se reiteran las preguntas sobre cómo resolver esta antinomia, en la que por lo menos debió explicarse el criterio utilizado.

Resulta un absurdo, que a estas alturas el pacto de capitalización de intereses solo sea válido si se celebra éste, luego de un año contraída la obligación y no al momento de contraerse; porque en lugar de depender del valor del dinero se depende de la subjetividad del deudor, quien no se sentirá obligado a sentarse a conversar con su acreedor, sabiendo que todo nuevo acuerdo que celebre será peor que el que está incumpliendo. La aplicación de la tantas veces citada Circular Nro. 021-2007-BCRP, permite que las partes a la celebración del mutuo, por ejemplo, sepan sobre sus obligaciones y montos a pagar en caso cumplir oportunamente y en caso de incumplirlas.

5. A manera de conclusión

La Casación Nro. 5128-2013-Lima, al establecer la prohibición de anatocismo de las deudas del Estado frente a sus pensionistas, solamente aplica la Ley 29951; pero lo confuso de su argumentación sobre la aplicación de los Arts. 1249 y 1250 del CC 1984, perjudicará a futuro el sistema de obligaciones de personas ajenas al sistema financiero.

La aplicación del nuevo precedente jurisdiccional vinculante del Sexto Pleno Casatorio, que omite pronunciarse sobre la vigente Circular Nro. 021-2007-BCRP, que permite la capitalización de intereses en las obligaciones de personas ajenas al Sistema Financiera y aplica los Arts. 1249 y 1250 del Código Civil, desde una perspectiva histórica, también ocasionará problemas a todo el sistema de créditos.

⁴⁶ JIMEÑEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana, *Intereses, tasas, anatocismo y usura*, en *Revista Jurídica del Perú*, Año LI Nro. 21, Trujillo, abril 2001, tomado del portal electrónico <http://dike.pucp.edu.pe>

La resolución del Tribunal Constitucional recaída en el expediente Nro. 2214-2014-PA/TC, reitera la vigencia del Art. 1249 del Código Civil, pero una vez más se omite el análisis de la existencia de la Circular Nro. 021-2007-BCRP.

Es momento propicio para iniciar un diálogo sobre la conveniencia de determinar si el Art. 51 de la Ley Orgánica del BCRP y la Circular Nro. 012-2007-BCRP, modificaron la prohibición del anatocismo regulado por el Art. 1249 del Código Civil, lo que es necesario, en una sociedad moderna que requiere de seguridad jurídica para abaratar el costo del crédito, lo que beneficia a acreedores, deudores y operadores del sistema de justicia.

El reto del diálogo es que más allá de prejuicios iniciales, se encuentren soluciones que beneficien a todos, reconociendo que los tiempos cambiaron y en el caso de los intereses la realidad del año 1984 es completamente diferente a la del año 2015, de lo que al parecer no se han percatado en las Casaciones de la Corte Suprema y Resolución del Tribunal Constitucional que originan este trabajo.

6. Bibliografía

- BACA, Gabriel. *Fundamentos de Ingeniería Económica*. Editorial McGraw-Hill, Interamericana de México, México 1994. p. 9
- BARCHI VELA CHAGA, Luciano. *Las Obligaciones Dinerarias en el Código Civil Peruano*. En Revista Athina, Nro. 2 Lima, 2007, pp. 83-123.
- BLANK, Leland y TARQUIN, Anthony. *Ingeniería Económica*. 3ª Edición. Editorial McGraw-Hill. Bogotá 1992. P. 61.
- CÁRDENAS QUIROZ, Carlos. *El pago de intereses en el Código Civil*. El Código Civil Peruano y el Sistema Jurídico Latinoamericano, Editorial Cuzco, Lima 1986, pp. 331-346.
- CÁRDENAS QUIROZ, Carlos. *Hacia la reforma del Libro VI del Código Civil*. Themis Nro. 30, Lima, 1994, pp. 141-148.
- CASTILLO, Mario y VÁSQUEZ Ricardo. *Analizando el Análisis, Autopsia del Análisis Económico del Derecho por el Código Civil*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2004. p. 157.
- CHU, Manuel. *Fundamentos de Finanzas, un enfoque peruano*. 2ª Edición, Colegio de Economistas de Lima, Lima, 2003, p. 114.
- DIEZ PICAZO, Luis *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Volumen I. Segunda Edición. Editorial Tecnos S.A. Madrid, 1983, pp. 488
- FERNÁNDEZ César. *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas*, Tomo VI, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2004. p. 577.

- FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. *La Naturaleza Jurídica de los intereses: punto de conexión entre el Derecho y la Economía*, en *Derecho*, Revista de Derecho publicada por el Fondo Editorial de la PUCP, Nro. 45, Lima, 1991, pp. 178-202.
- FERRERO, Raúl. *Curso de Derecho de las Obligaciones*. 3ª Edición, 2ª reimpresión. Editorial Grijley, Lima, 2004, p. 192.
- FUEYO, Fernando. *Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile 1991. p. 427.
- GARCÍA AMIGO, Manuel. *Teoría General de las Obligaciones y Contratos*, Editorial McGraw-Hill, Madrid, 1995. p. 494.
- GÓMEZ APAC, Hugo y BOZA ALZAMORA Sandy. *Pago de intereses en la legislación peruana*, en *Revista Advocatus Nueva Epoca*, Nro. 7, Universidad de Lima, 2002, pp. 451-467.
- JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana, *Intereses, tasas, anatocismo y usura*, en *Revista Jurídica del Perú*, Año LI Nro. 21, Trujillo, abril 2001, tomado del portal electrónico <http://dike.pucp.edu.pe>
- MENGER, Carl, *El origen del dinero*, en *Revista de Economía y Derecho*, Vol. Nro. 3, Editorial UPC, Lima, 2006, pp. 85-95.
- OSTERLING, Felipe y CASILLO Mario. *Tratado de las Obligaciones*. Tomo V. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1996, pp. 356 y ss.
- POLANCO GUTIÉRREZ, Carlos. “*Un artículo de interés o una historia del sin querer queriendo*”, publicado en *Revista Jurídica del Perú* Nro. 102, Agosto 2009, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2009. pp 238-249.
- SAMUELSON, Paul y NORDHAUS William. *Economía*. 17ª Edición, Editorial McGraw-Hill/Interamericana de España S.A.U. Madrid, 2002, p. 443.
- VIDAL, Fernando. *La capitalización de intereses. Tendencias Actuales y perspectivas del Derecho Privado y el Sistema Jurídico Latinoamericano*, Editorial Cuzco, Lima, 1990, pp. 315-322.

REGISTRO DE LA PROPIEDAD INMUEBLE: LA INSEGURIDAD JURÍDICA DEL ACTUAL SISTEMA REGISTRAL PERUANO EN LA INSCRIPCIÓN FACULTATIVA^(*)

LUIS ALBERTO SÁNCHEZ LÓPEZ^(**)

Resumen

En nuestro país y en el Derecho Internacional la Institución Registral ha sufrido continuamente de cambios tanto en su nivel normativo como en cuanto a su organización, asimismo, en el desarrollo del presente trabajo de investigación hemos tratado de abordar la Institución Jurídica Registral con la mayor objetividad posible, ello con el fin de tratar de contribuir en lo permisible a mejorar esta institución con la presente propuesta desarrollada. Así también abordaremos el tratamiento que el tema le brindan los estudiosos y especialistas del derecho no solo en nuestro país sí no en el extranjero, esto es en el Derecho Comparado de donde generalmente heredamos los textos legislativos muchas veces sin indagar en su exposición de motivos o en las peculiares circunstancias que les dieron origen siendo muchas veces transcritos literalmente, como premisa al tratamiento doctrinario podemos decir que el sistema registral peruano en todos los casos puede aplicarse en forma correcta cuando se hace un adecuado uso de los cuatro principios base que informan al registro: El Principio de Oponibilidad, Principio de Legitimidad, Principio de Fe Pública y Principio de Prioridad, estos actúan como soporte de una mesa ya que a falta de uno todo el sistema pierde consistencia y el registro no cumple la finalidad para lo que fue creado; esto es “Servir como elemento de seguridad” en el tráfico jurídico inmobiliario y actualmente en el tráfico jurídico mobiliario, con la Ley del Garantías Mobiliarias

Palabras clave: Catastro, seguridad jurídica, derecho registral, inmatriculaciones.

Abstract

In our country, and the International Law the Registration Institution has suffered continually with changes in its normative level and its organization, likewise in the development of this research work we have tried to approach the registration legal

^(*) Texto completo de la ponencia presentada en el II Congreso Regional de Derecho Civil, Notarial & Registral, organizado por Instituto Libertense de Derecho “Opus Et Praxis” (del 28 al 30 de abril de 2016).

^(**) Juez titular del Juzgado Mixto de Bolívar de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca – Perú, abogado, magister en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial y Doctor en Derecho y CC.PP., por la Universidad Nacional de Piura.

Institution as objectively as possible in order to contribute in order to improve this institution with this proposal developed. So also, we will address the treatment that the subject has given by the law specialists not only in our country but also abroad, this is in comparative law where we usually inherited the legislative texts, we usually don't inquire about the motives or particular circumstances which gave them its origin, being many times literally transcribed. Like premise on the doctrinaire treatment, we can say that the Peruvian Registral System in all cases can be applied correctly when we make an appropriate use of the four basic principles that reports the registration. The principle of Opposability, Principle of Legitimacy, the principle of the Public Faith, and the Principle of Priority, these act as a support of a table, so if one loses lacks consistency, and the registration does not comply with the purpose of which it was created, which means: Serves as a security element " in the real state legal transactions and currently in the legal furniture with personal Guarantee Law.

Keywords: The land, legal security, registry law, inmatriculations.

Sumario

1.- Introducción. 2.- Análisis. 2.1.- Justificación del estudio. 2.2.- El problema del catastro registral. 2.2.1.- Sobre la carencia del catastro inmobiliario. 2.2.2.- El problema registral. 2.3.- Implementación del catastro y coordinación con los Registros Públicos sobre la inscripción de la propiedad inmueble. 2.4.- La necesidad de implementar una coordinación catastral en el sistema registral peruano. 2.5.- Objetivos del catastro. 2.6.- Fundamento civil de la implementación del catastro en el proceso de inscripción de la propiedad inmueble. 2.6.1.- Inscripción de la propiedad de los bienes inmuebles en los registros públicos y su proyecto a un nuevo ordenamiento jurídico basado en el catastro. 2.7.- Importancia del registro de la propiedad inmueble. 2.8.- Necesidad y conveniencia de establecer un sistema registral constitutivo. 2.9.- Modificación del artículo 949° del Código Civil. 2.9.1.- Normatividad y realidad social. 2.10.- Defensa al principio de inscripción constitutiva. 2.10.1 Tendencia hacia el sistema registral de inscripción constitutiva. 3.- Conclusiones. 4.- Propuestas. 5.- Bibliografía.

1. Introducción

Los Sistemas Registrales adoptados por los diversos Estados; en cuanto al Registro de la Propiedad Inmueble, se dan de acuerdo a la realidad de cada uno de los Estados y a las diferentes formas de *brindar mayor Seguridad Jurídica Registral Inmobiliaria*, sea a favor del Transferente, Adquirente o del Estado. "Los Registros Públicos Inmobiliarios de carácter jurídico, son instituciones específicas organizadas por el Estado y puestas a su servicio y al de los particulares para consolidar la Seguridad Jurídica, facilitar el tráfico, garantizar el crédito y el cumplimiento de la función social que tiene la propiedad, compatible con la libertad, el progreso y el desarrollo de los

pueblos”¹.

Nuestro actual sistema registral reconoce la preexistencia de derechos, de los que se vale para darle publicidad y como consecuencia para brindarle “Seguridad Jurídica”, *esencia de la Institución Registral*. Sin embargo, en la actualidad surgen una serie de interrogantes que cuestionan la vigencia de dicho sistema (generando problemas de índole jurídico, social, político y económico), entre las que podemos señalar: ¿Qué clase de seguridad se le ofrece al comprador de un inmueble, si al momento de inscribirlo, este no puede acceder al registro porque ese derecho ya fue inscrito a favor de un tercero?, ¿Qué sucede si un comprador no inscribe su propiedad y deja aún vigente en los “Registros Públicos” una publicidad que le otorga derechos al anterior propietario?, ¿Estas situaciones son la expresión de “seguridad jurídica”? y por último, ¿esto es justo y debe continuar así?

A decir del Dr. Rubén Guevara Manrique:² “Si bien es cierto que la compraventa se perfecciona con el solo consentimiento de las partes, en cambio, no existe prueba alguna de dicha *venta* a falta de un documento, la prueba de la existencia de un contrato de compraventa y sobre todo de su contenido es difícil; por eso se tiene el cuidado de redactar un documento. Por otro lado, el cambio de los consentimientos del *vendedor y del comprador* que perfeccionan la compraventa, sigue ignorado por los terceros si no se lleva a su conocimiento mediante una publicidad. Ahora bien, toda publicidad resulta imposible si no se ha extendido un documento, lo único susceptible de ser publicado. Los terceros tienen por lo tanto el mayor interés en conocer las transmisiones de propiedad; sin ello no saben si la persona con la que tratan es o no propietario de los objetos que tiene en su poder”.

Por otra parte, las consecuencias jurídicas que genera la aplicación de este Sistema Registral de Inscripción Facultativa se puede apreciar en el siguiente Ejemplo: Un Comprador “X” después de acudir a los Registros Públicos a solicitar la información requerida de un inmueble y sobre su propietario, procede a formalizar la correspondiente Compra Venta con el Vendedor “Y”, por medio de la suscripción de la Escritura Pública respectiva; convirtiéndose automáticamente por mandato expreso de la Ley en propietario, conforme a lo prescrito en el Artículo 949° del Código Civil. Este comprador, procede entonces como la gran mayoría de las personas a

¹ MANZANO SOLANO, Antonio. *Derecho Registral Inmobiliario*. Volumen I Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, pág. 113.

² GUEVARA MANRIQUE, Rubén. *Derecho Registral*. Tomo III. Edición 1998, pág. 74 y 75.

conservar en su poder la Escritura Pública, porque en nuestro país la inscripción de la propiedad en los registros públicos es facultativa; es decir, no es requisito para que tenga validez su inscripción en los Registros Públicos respectivo, conforme a lo dispuesto en la legislación vigente. “solo basta obligarse a enajenar un inmueble determinado”.

Es así que, transcurrido un determinado tiempo el ahora propietario “X” se ve obligado a inscribir su propiedad en los Registros Públicos; por cuanto desea hacerse un préstamo comercial en una Institución Financiera, y una vez presentada y calificada la documentación y revisado el antecedente registral del mismo, se aprecia que el referido inmueble se encuentre inscrito ya no a favor del anterior propietario, sino a favor de una tercera persona, dada la mala fe del vendedor quien ha realizado dos ventas sobre el mismo inmueble y conforme a lo prescrito en el Artículo 2022° del Código Civil: Principio de Oponibilidad de lo Inscrito frente a lo no Inscrito). Ante esta situación, surgen las siguientes interrogantes: ¿Qué sucedió con la Compraventa que se realizó en un inicio entre el Vendedor “Y” y el Comprador “X” si reunió la debida formalidad establecida por la ley?, ¿Por qué existe ahora un Tercero que resulta ser propietario del mismo bien inmueble de “X” (el Comprador)?, ¿Por qué el Vendedor “Y” actuó de mala fe al vender el mismo bien a dos personas distintas?, ¿De qué circunstancias se valió “Y” para realizar la segunda venta?

Frente a estas interrogantes que parecen ser las más comunes a todos se presenta un problema aun mayor que recaerá sobre el Comprador “X” que no inscribió su propiedad oportunamente, cuando pudo hacerlo y el Tercero quien accedió primero al Registro (Principio de Prioridad), porque adquirió un bien de buena fe y a título oneroso, de estas dos personas, sobre todo el Comprador “X” será quien iniciará la acción judicial respectiva que recaerá directamente sobre el Vendedor “Y” e indirectamente sobre el tercero, siendo este último quien se encuentra protegido por la Seguridad que brinda el Registro (Principio de Legitimación o Intangibilidad Registral), llevándose a cabo por consiguiente, un proceso judicial de largo plazo, que requiere de pérdida de dinero y sobre todo de tiempo. Esta situación constituye otro de los principales problemas que se presentan como consecuencia de la omisión por parte del Comprador de inscribir su propiedad oportunamente en un tiempo determinado, así también dichos conflictos y problemas se presentan en los casos de *Tercería*, *Acción Pauliana*, *Nulidad de Actos Jurídicos entre otros*. Problemas que se pueden superar con la incorporación y vigencia de la Inscripción Constitutiva, contribuyéndose de esta manera a una efectiva

seguridad jurídica para todos los sujetos de derecho que realizan actos jurídicos como las trasferencias de propiedades de bienes inmuebles, así como transferencia de bienes muebles de ser el caso al regularse de esta manera.

Hoy en día, para brindar Seguridad Jurídica Registral Inmobiliaria en nuestro país, es necesario dar solución a esta clase de problemas que por su falta de normatividad acorde a nuestros tiempos, se presentan continuamente desde ya hace un buen tiempo; sin embargo, adoptándose el Sistema de inscripción Constitutivo, se evitaría estos problemas, dada la criollada e idiosincrasia de los integrantes de nuestro país; siendo necesario para su aplicación la concurrencia de otro elemento importante como es *El Catastro*. Pero ¿Cuál es la razón de ser de esta Institución?; pues bien, la respuesta radica directamente en las discrepancias “registrales” originadas en la descripción del inmueble, de su área, linderos, medidas perimétricas, etc., que son ingresados al Registro (provenientes de diversos organismos como: Municipalidad, Ministerio de Agricultura, etc.) por el interesado, donde no se toma en cuenta la magnitud de problemas registrales posteriores, por no existir unificación de estos catastros en uno realmente actualizado e interconectado, pues en nuestro país no existe un sistema catastral propiamente dicho y las instituciones estatales que poseen catastros no ofrecen información actualizada que permita conocer como es en realidad nuestra sistema inmobiliario, se basan aún en planos catastrales, que además de no ser precisos en su información geográfica, en el futuro generan problemas de identificación, superposición de áreas, doble inmatriculación, duplicidad de partidas, etcétera.

La modificación del Sistema Registral de inscripción Facultativa, por el Sistema Registral de Inscripción Constitutivo, con la implementación de un Catastro debidamente actualizado, interconectado y clasificado; permitirá organizar la inscripción de la totalidad de inmuebles, así como su ubicación con el objetivo de lograr su correcta individualización física, jurídica, fiscal y económica; así como, su posterior inventario o padrón, sin dejar de lado claro está el aspecto de fondo como es: La seguridad jurídica en la transferencia inmobiliaria, asumiendo una posición jurídica acorde con la realidad de nuestro país, que permita a su vez admitir la existencia de actos jurídicos, únicamente si estos se encuentran inscritos, resultando en consecuencia la inscripción un elemento de validez del acto jurídico, siendo su eficacia total. Este es el llamado sistema de inscripción constitutivo, que se sugiere implementar prontamente en nuestro Estado peruano por ser el sistema

registral más seguro, señalando que de ser así se estaría garantizando una eficiente seguridad registral a todos los sujetos de derechos que realicen actos jurídicos relacionados con la transferencia de bienes inmuebles.

2. Análisis

El registro de la propiedad inmueble y los catastros nacionales son instituciones que no han avanzado con la debida celeridad que corresponde para acomodarse a las crecientes necesidades de seguridad registral en el tráfico jurídico Inmobiliario, sobre todo en nuestra realidad social contemporánea. Los problemas de la identificación física del inmueble así como los derivados de la inexactitud de medidas de las áreas y linderos superficiales, han originado múltiples litigios administrativos, judiciales y agresividad social y múltiples conflictos entre vecinos, debido a la inseguridad jurídica que existe con la inscripción facultativa en nuestro sistema registral vigente, además de la falta de una adecuada implementación catastral a nivel nacional.

Por estas deficiencias no se ha avanzado más de la necesaria coordinación que debe existir entre los registros de la propiedad y los catastros municipales de cada distrito y provincia a nivel nacional, los cuales deberían estar debidamente interconectados.

En la (Oficina Registral de Lima y Callao - ORLC), existe una incipiente aplicación del Catastro que no logra ofrecer una plena garantía, ni seguridad jurídica no solo al título registral, sino también al contenido físico del mismo, el cual debe concordar con la realidad jurídica extra-registral, esta deficiencia en nuestra sistema registral provoca más de un problema así como superposiciones de áreas, duplicidad de inscripciones y otros que perjudica el derecho del propietario, incumpliendo con el principio de celeridad, impenetrabilidad y otorgando una publicidad deficiente. Lo que hasta la fecha se trata de conseguir en nuestro país y a nivel internacional como es el caso de los países de Francia, España, toda América Central es un Sistema Registral como el de Alemania que establece a la perfección una inscripción constitutiva sustentándose en dos principios fundamentales: el catastro y el registro territorial.

Con el aporte de la tecnología tanto en el aspecto técnico (informatización y modernización del catastro) como en el aspecto jurídico (innovaciones al Derecho Registral). ¿Será posible la implantación de una coordinación en alto nivel de desarrollo técnico jurídico entre el catastro territorial y registro como elemento básico de un nuevo Sistema Registral Constitutivo, en los Registros

Públicos de la piedad inmueble? asumimos que el régimen jurídico sobre el cual está basado, merece un amplio estudio abordado desde ya esto es un tema innovador, vigente y urgente sobre todo.

2.1 Justificación del estudio

El Derecho Registral Peruano, merece una atención preferente ya que a través de la historia, ha pasado por etapas de innovaciones y cambios jurídicos, semejantemente al Derecho Internacional y otras disciplinas jurídicas. Los problemas de la identificación física del inmueble así como los derivados de las inexactitudes de medidas de áreas y linderos superficiales, han originado múltiples litigios administrativos, judiciales y ofensa social entre vecinos.

2.2 El problema del catastro registral

El registro de la propiedad y el catastro nacional de tierras son instituciones que no han avanzado con la inevitable prisa para acomodarse a las crecientes necesidades de seguridad en el tráfico jurídico inmobiliario, a las mayores demandas de numerario del Fisco Nacional, al correcto conocimiento estadístico de los bienes nacionales, en suma sus defectos y fallas, en cuanto al conocimiento de la riqueza inmueble, impiden la perfecta elaboración de planos nacionales o regionales de desarrollo. La ausencia de recursos ha endosado el problema del ámbito local al nacional y viceversa, sabiendo que la organización de un Catastro confiable requiere la inversión de cuantiosas sumas que cada uno de los actores (gobierno nacional y gobierno municipal) tratan de evadir³.

2.2.1 Sobre la carencia de catastro inmobiliario

El catastro es un inventario de unidades inmobiliarias o un censo de las mismas, en el que se precisa descripciones detalladas, completas, gráficas y ceñidas a la consistencia física del inmueble. Sin catastro el Registro es impreciso y está recargado por tareas que no le corresponden; sin embargo, nuestro Registro cumple con su finalidad específica, pese a la carencia de este importante medio técnico de apoyo.

Estando a que la función primordial del Registro Inmobiliario es la publicidad jurídica, *Registro y Catastro son entes diferentes. El catastro diseña la representación gráfica, la individualización física de la unidad inmobiliaria. El*

³ ESC. CASTRO, Darío. *Modernización del Sistema Catastral y del Registro Público del Estado de Nueva Esparta - Venezuela*. Agosto, 1999, pág. 1.

Registro persigue la acumulación jurídica de los inmuebles, la determinación de los derechos que recaen sobre los mismos. Sin embargo, tienen ambos un elemento común que es la unidad inmobiliaria o finca, esta jurídicamente es una unidad de dominio y delimitarla gráficamente es delimitar propiedades, trazar en el plano catastral las líneas que encierran el predio es señalar un dominio, pues los linderos no son solo un dato físico o estadístico, sino determinativo jurídicamente, del espacio físico del dominio, La declaración de las titularidades corresponde al Registro y el Catastro se limita a suministrar una exacta descripción de las unidades inmobiliarias, que constituyen la base física del Registro.

El gran porcentaje de las inmatriculaciones en el Registro de la Propiedad inmueble de nuestro país se han hecho teniendo como mérito el documento notarial, en donde se señalan el área, medidas perimétricas, linderos y demás especificaciones que individualizan al inmueble, datos que proporciona el mismo interesado o son extraídos de documentos anteriores, los que no siempre reflejan la realidad física del predio, en tanto el notario no verifica in situ este acontecimiento; de modo que lo ingresado al Registro es fiel reflejo al documento notarial, mas no necesariamente a la realidad física del predio. Este hecho, así como también los originados en determinados procesos de título supletorio o prescripción adquisitiva de dominio, seguidos sin tener el antecedente registral (y si lo tienen no guarda congruencia con la realidad física), ha generado superposición o duplicidad de inscripciones o partidas que al independizarse por lotización sobra o le falta área a la partida matriz; circunstancia anómala que el Registro no logra controlar por sí solo, el catastro puede detectarlas y evitar la anomalía.

2.2.2 El problema registral

El principio inmobiliario de la especialidad, por otra parte (que demanda el folio real) a cada finca un folio, según la técnica más avanzada y existente en la mayoría de los países del mundo, del que es excepción Venezuela, exige en buena técnica que el mismo actúe en función al Catastro Parcelario; es decir, el catastro es quien debe certificar las partes integrantes de la finca: sus áreas, linderos y medidas perimétricas cuidadosamente, describiéndolas con arreglo a sus características físicas, para no perjudicar el derecho de terceras personas en sus propiedades o superponerse a determinadas áreas ya establecidas e inscritas.

2.3 Implementación del catastro y coordinación con los Registros Públicos sobre la inscripción de la propiedad inmueble

Es necesaria implementar la correcta y debida aplicación del Catastro en coordinación e interconexión con los Registros Públicos a fin de garantizar debidamente las inscripciones de la propiedad inmueble por parte de los sujetos de derecho contribuyendo de esta forma a la seguridad jurídica registral eficiente.

2.4 La necesidad de implementar una coordinación catastral en el sistema registral peruano

La implementación del Catastro en el Sistema Registral Peruano, debería de ser inmediata, es sumamente imprescindible que se aplique conjuntamente con un registro inmobiliario perfeccionado.

Sobre el catastro y su relación con el Registro de la Propiedad Inmueble, de la misma forma conjugando ideas, conceptos, estudios analíticos con varios estudiosos en la materia se ha llegado a una conclusión elemental que puede cambiar el rumbo de nuestro actual Sistema Registral Peruano. Por cuanto es preciso imponer en nuestro país al Sistema de inscripción Constitutiva la implementación de un Catastro, en forma distinta a la vigente, exigiendo este como requisito constitutivo de todos los Derechos Reales que se establezcan sobre la propiedad inmueble inscrita.

Al respecto, Fernando Tamayo Rigail⁴ señala: En resumen, la experiencia de la relación administrativa, jurídica y tecnológica entre el Registro de la Propiedad de Guayaquil y El Catastro de nuestro Cantón, ha sido excelente, permitiéndonos los siguientes logros en aras de precautelar la Seguridad Jurídica que estarnos obligados a conservar.

2.5 Objetivos del catastro

El principal objetivo del catastro es establecer la base cartográfica; en el caso de nuestra región con relación a los planos, mapas gráficos y memoria descriptiva de los predios inscritos. Con ello implementar el inventario gráfico de la propiedad inmueble para que junto al registro realicen una labor eficiente para todos los sujetos de derecho.

⁴ TAMALLO RIGAIL, Fernando. *La Experiencia de Guayaquil en la Relación Catastro - Registro*. Registrador de la Propiedad del Cantón, Guayaquil - Ecuador. Agosto 1999, pág. 14.

2.6 Fundamento civil de la implementación del catastro en el proceso de inscripción de la propiedad inmueble

Los fundamentos civiles para la implementación del catastro en el proceso de inscripción de la propiedad inmueble por ser lo más adecuado y seguro para los sujetos de derecho que intervienen en la actividad registral, son los siguientes:

2.6.1 Inscripción de la propiedad de los bienes inmuebles en los Registros Públicos y su proyecto a un nuevo ordenamiento jurídico basado en el catastro

Para inscribir un bien inmueble en los Registros Públicos previamente debe existir la voluntad de hacerlo, cuando transferimos la propiedad de un bien inmueble, lo hacemos de conformidad con lo prescrito en el artículo 949° del Código Civil “La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él salvo disposición legal diferente o pacto en contrario”⁵.

Como es de conocimiento jurídico las obligaciones con prestación de dar no solo tienen por objeto transferir el dominio de un bien, sino también transferir su uso o posesión o restituirlo a su propietario. Pero de todas maneras a pesar de lo que se expuso y de la intención del artículo 1172° referido, este debía entenderse aplicable solo a la transferencia de propiedad de los bienes inmuebles y no regía para cierta clase de contratos, como por ejemplo el arrendamiento o comodato la que es regulada por sus propias normas.

Se indica una relación obligatoria en virtud al Artículo 949° C.C. para transmitir el dominio de un bien inmueble basta el acuerdo de voluntades entre comprador y vendedor la que genera la revolución obligatoria, es decir, una vez creada ésta, no solamente habrá surgido un derecho al bien para el acreedor (lus ad rem – derecho a la cosa), sino que simultáneamente este adquiriría la propiedad (lus in re) es necesario la entrega del bien, para transferir la posesión.

El artículo 949° tiene una excepción o pacto en contrario, es decir, cuando exista un pacto de reserva de propiedad regulados por los artículos 1583° a 1585° del C.C. y la disposición legal diferente no puede entenderse referida al caso previsto por el artículo 1135° del Código Civil.

⁵ <http://derechogeneral.blogspot.com/2012/02/la-ley-27616-y-las-modificaciones-en-el.html>

En la transferencia de propiedades es importante citar el artículo 1135º de Código Civil, que regula la Hipótesis excepcional de que el deudor se “Hubiera Obligado a entregar un mismo Inmueble” a diversos acreedores (como consecuencia de cualquier acto jurídico que implique una obligación con presentación de dar; contratos de donación o de arrendamiento cuando el supuesto no fuese el previsto por el artículo 1670º del Código sustantivo, no exclusivamente del contrato de compra y venta) y señala las normas de preferencia para la entrega al acreedor de buena fe que hubiese inscrito primero su título, está dada en función de que el hecho de la inscripción califica un mejor derecho oponible al de los acreedores, basado en la diligencia en el actuar, que torna ineficaces los otros títulos referidos al mismo bien inmueble. El artículo ofrece por tanto, una solución obligacional al caso del concurso de acreedores y no una de carácter real al de pluralidad de propietarios.

En consecuencia, no es exacto que el artículo 1135º otorgue a la inscripción la calidad de modo excepcional de adquirir la propiedad inmobiliaria; en la realidad jurídica no es solo consenso el que determina la transferencia de la propiedad, sino el hecho de crearse la relación obligatoria como consecuencia del contrato, es decir la circunstancia de producirse su efecto.

En la actualidad, el CC de 1984, hace que en el Perú el registro no tenga otro significado que servir de aviso para los terceros, ya que se mantiene a la inscripción como declarativa. Por tanto, no se tendrá un sistema de publicidad perfecto que en palabras de ARIAS SCHREIBER, cumple un triple objetivo⁶:

- i.- Protección al titular de un derecho real, para que su ejercicio sea respetado.
- ii.- Respeto por parte de la sociedad del derecho legalmente constituido; y.
- iii.- Protección del interés y del derecho de los terceros.

El registro existente tiene el grave defecto de ser personal. Su transformación requeriría, como condición insustituible, el catastro. Por eso, es imperativo prescindir del sistema germánico que ha organizado el dominio y los derechos reales sobre las bases de la publicidad y de la especialidad, haciendo presente que nuestra realidad en estos tiempos ha tomado mayor

⁶ <http://www.usat.edu.pe/files/revista/ius/2015-I/paper02.pdf>

fuerza en el tráfico jurídico inmobiliario exigiendo como consecuencia una verdadera y eficiente seguridad jurídica y publicidad tecnificada, para no perjudicar a los sujetos de derecho que requieran del mismo.

En este ejercicio inmobiliario ya sea por transferencia, modificación, constitución o extinción de los derechos reales se realizan generalmente en nuestro sistema registral tomando en cuenta el nombre del propietario causando en algunas circunstancias graves inconvenientes tal como lo sostiene invariablemente la doctrina. Se afirma esto porque si ignoramos el nombre del dueño de una determinada propiedad de un bien inmueble, se ignorará la ubicación de éste, su estado actual y sus antecedentes registrales. Sin embargo, existe la posibilidad de avanzar jurídicamente asumiendo un nuevo reto como es el sistema más desarrollado, nos referimos a los registros reales que tiene como sustento el CATASTRO, es decir, el censo de todos los inmuebles del país.

En el transcurso de la presente investigación hemos conceptualizado el término CATASTRO muy claramente por ello al adoptar un nuevo sistema de inscripción de los bienes inmueble en el Perú el CATASTRO se estaría convirtiendo en nuestra alternativa de solución a esta gran deficiencia registral.

2.7 Importancia del Registro de la Propiedad Inmueble

La importancia de los servicios inscriptorios y de publicidad que ofrecen los Registros Públicos en la organización y desarrollo económicos del país es innegable. Su eficacia es mayor en tanto otorga seguridad jurídica al intercambio de bienes, al tráfico inmobiliario, mercantil y al universo de actos jurídicos susceptibles de inscripción.

El incremento permanente del tráfico inmobiliario y el valor de los predios junto a una necesidad también cotidianamente real y exigente, de inversiones masivas de bienes de capital, es que la sociedad se ve forzada a estar adecuadamente organizada, dotada de medios o instrumentos legales y técnicos que satisfagan idóneamente las necesidades de tal tráfico registral y faciliten al propietario la obtención de capitales que necesita para la transformación y tecnificación de la explotación del suelo. Tal instrumento técnico es, sin duda, el Registro de la Propiedad Inmueble, que no se remita a ser únicamente un almacén de datos o un archivo de títulos cronológicamente ordenados o partidas con sistemas de folio real e inscriptorio al solo objeto de otorgar el beneficio de la oponibilidad frente a terceros o únicamente un cúmulo de técnicas que sorprendentemente

escuchamos a un ex alto funcionario de la SUNARP, sino que, mediante la publicidad de los actos y contratos inscritos que constituyen, declaren, transmitan, extingan, modifiquen o limiten los derechos reales sobre inmuebles.

Estando a tal importancia, especialmente el Registro de la Propiedad Inmueble, no solo por su dimensión histórica en todos los sistemas registrales del universo y por ser el primero que surgió, sino también por el rol que le tocó desempeñar en el derecho patrimonial y el tráfico inmobiliario y porque resulta ser el Registro tipo a cuya sombra se han desarrollado las distintas instituciones registrales que hoy constituyen el Sistema Nacional de los Registros Públicos, es que se encuentra supeditada a los cambios sociales que le exigen modernizar sus técnicas, actualizar sus normas, prescindir de lo obsoleto y optimizar sus servicios⁷.

2.8 Necesidad y conveniencia de establecer un sistema registral constitutivo

Siempre ha existido la intención, necesidad y conciencia de establecer un Sistema Registral Constitutivo de derechos y actos jurídicos, asimismo, muchos estudiosos en la materia del Derecho Registral han sostenido esta posibilidad entusiasmados por la aparente perfección del Sistema Registral Alemán.

En la Exposición de Motivos del Código Civil, reconoce la existencia de todos los Sistemas Registrales cuando dice: Es cierto que en el Código Civil se encuentra una amplia variedad consecuentemente nos da la razón cuando afirmamos que no tenemos un Sistema Registral y se señala cuatro razones, para consagrar que la Inscripción sea Declarativa y solo por excepción que sea Constitutiva; nosotros pensamos que son salidas más no motivos por lo siguiente:

- Es cierto que no existe un Catastro Nacional efectivamente eficiente, pero que con un poco de voluntad podemos tener un Catastro eficaz e ir afinándolo paralelamente con la técnica y la ciencia.
- La realidad Española es definitivamente diferente a la realidad nuestra; si ellos prefieren la inscripción declarativa, nosotros proponemos y preferimos la inscripción Constitutiva, por sus ventajas y por la misma idiosincrasia de nuestra sociedad. Lo caro se

⁷ FOLIO REAL, Revista Peruana de Derecho Registral y Notarial. Año III, N° 7. Febrero 2002, Editores Palestra.

justifica, si en la inscripción hay rigidez pero con seguridad.

- Si acogemos el Sistema Constitutivo, se desvanecerá el temor de que “No significa garantía alguna para que efectivamente vaya a inscribirse todo acto inscribible”. Los Registros Públicos ha cumplido 128 años como Institución, estos temores ya hubieran sido superados si se hubiera adoptado el Sistema Constitutivo anteriormente. Ojala que no tengamos que esperar más tiempo para implementar el Sistema Constitutivo, a fin de brindar una efectiva seguridad jurídica a todos los sujetos de derecho sin excepción.
- El hecho de que exista el Art. 949° del Código Sustantivo, que regula sobre la Consensualidad, no es ninguna razón valedera para seguir con la modalidad que es inconveniente y peligrosa; es que ignoramos los numerosos casos de estafa, falsificaciones de documentos y ocultaciones, por el hecho de vender un mismo inmueble a varias personas.

2.9 Modificación del artículo 949° del código civil

El suscrito cree que es necesario realizar dicha modificación por ser lo más adecuado dada la idiosincrasia de nuestra sociedad y principalmente porque es lo mejor para los sujetos de derecho que en alguna medida hacemos uso del Sistema Registral en las distintas enajenaciones que realizamos en nuestra vida cotidiana.

2.9.1 Normatividad y realidad social

Conforme a la legislación relacionada con el tema de investigación y estudio de nuestra realidad podemos señalar lo siguiente:

Crecimiento de las ciudades

En las últimas décadas se ha podido apreciar un intenso incremento de las ciudades del país, causando diversos problemas típicos de los crecimientos urbanos informales o desordenados: como la especulación de la tierra, el encarecimiento de la vivienda, la tugurización, específicamente en los asentamientos humanos, degradación del medio ambiente, etc.; de modo que el Perú se ha transformado de un país de predominio poblacional rural a uno fundamentalmente urbano popular, realidad que nos impulsa a enfrentar el problema ya, como un reto nacional y no únicamente capitalino; en consecuencia, nos encontramos en un estado distinto y distante del

momento en que se promulgaron las normas más importantes del Registro aún vigentes, cuando la población rural fue extremadamente predominante así como la producción agropecuaria significativa en la economía nacional y las formas de tenencia de la tierra mantenían los dos extremos que fueron atascos en el desarrollo económico del país: el latifundio y el minifundio y que, además, produjeron formas serviles de explotación como el yanacónaje, el colonato, la labranza, etcétera.

2.10 Defensa al principio de inscripción constitutiva

En las legislaciones modernas, la Institución Registral, no solamente cumple fines de mera o simple publicidad o declarativos de los derechos, como es el nuestra, sino que tiene fines mucho más trascendentes como son de constitución, seguridad y prueba de los mismos, y los Registros Públicos deben ser una institución depurada y perfecta para facilitar el tráfico inmobiliario garantizando cada vez más el derecho de inscribientes y terceros⁸.

Antonio Pau Pedrón es uno de los defensores de la inscripción constitutiva, en su conferencia sobre “Eficacia y publicidad de los derechos reales inmobiliarios” Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, Junio de 1991. Su Tesis es efectivamente, que la eficacia y publicidad de los derechos reales deben coincidir, y el instrumento adecuado para ello es la inscripción constitutiva. Estudia la función del modo como publicidad, que se ha ido debilitando, desde simples formalidades negociables, en comunidades reducidas, pasando por el traslado posesorio, en comunidades más evolucionadas pero con contrato personal entre sus miembros, hasta llegar a la creación del registro de la propiedad con el nacimiento de la gran ciudad que lleva a su sustitución por la inscripción⁹.

2.11 Tendencia hacia el sistema registral de inscripción constitutiva

Como ya lo hemos indicado anteriormente, la tendencia actual, incluso de países con semejante estructura a la nuestra, es la adopción del sistema constitutivo.

El Artículo 686” del Código Civil chileno prescribe “se efectuará la tradición

⁸ GUEVARA MANRIQUE. Tomo I, pág. 76.

⁹http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292344070569?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=EstudioDoctrinal&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3D1991_1604.pdf&blobheadervalue2=1288777579851

del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en el Registro Conservador es decir en el Registro Inmobiliario”; el artículo 756° del Código Civil de Colombia, es semejante a la norma chilena señalada, cuando precisa: “Se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en la oficina del registro de instrumentos públicos (...)”, El artículo 721° del Código Civil del Ecuador, salvo ligeras variantes del chileno, dispone; “Se efectuará la tradición del dominio de bienes raíces por la inscripción del título en el libro correspondiente del Registrador de la Propiedad”. El Código Civil brasileño, en su artículo 676° prescribe: “Los derechos reales sobre inmuebles constituidos o transmitidos por actos entre vivos, solo se adquieren después de la transcripción o inscripción en el registro de inmuebles de los referidos títulos, salvo los casos de excepción en este Código”. Conforme se puede apreciar los estados de este continente ya han iniciado y aplicado el sistema constitutivo por ser en cierta manera el más seguro para los sujetos de derecho que hacen uso del sistema registral.

Los códigos civiles indicados, en su evolución, guardan distancias con el modelo francés adoptado por el Código Napoleónico del mero consenso y exigen la entrega material de la cosa, como modo integrativo de la transmisión del dominio, en tanto consideran necesario la existencia de un acto material que exteriorice la transmisión y que, con el tiempo dicha transferencia del derecho se produce a través de la inscripción en el Registro, sin que sea necesario la entrega material de la cosa, conforme al sistema constitutivo de la ley germánica.

El estado peruano, en su artículo 949° del Código Civil vigente, artículos 574° y 1306° del año 1852 y el artículo 1172° del Código Civil de 1936, opta por el sistema espiritualista o consensual, abandonando el sistema del Derecho romano del título (consentimiento) y el modo (la traditio). La misma dirección ha sido tomada por Bolivia como apreciamos en el artículo 584° de su Código Civil que prescribe: “En los contratos que tienen por objeto la transferencia de la propiedad de una cosa determinada o de cualquier derecho real, o la constitución de un derecho real, la transferencia o la constitución tienen lugar por efecto del consentimiento, salvo el requisito de forma en los casos exigibles”.

3. Conclusiones

- a) Es necesario adoptar en nuestro país, el sistema de inscripción constitutiva; para dar la garantía efectiva que ella otorga a la inscripción inmobiliaria, proporcionando de esta manera,

seguridad jurídica a todos los sujetos de derecho que requieren de la utilización del sistema registral, debiendo realizarse y tomar las medidas pertinentes por parte del Ministerio de Justicia a fin de implementar la misma a la brevedad posible; adaptándola a nuestra realidad nacional.

- b) La inscripción en el registro de la propiedad inmueble o registro predial debe ser requisito indispensable, como elemento principal, en la constitución, modificación o extinción del derecho de propiedad o de los derechos reales sobre bienes inmuebles y solo con dicha inscripción de los derechos reales se adquiere el carácter de tales, justificando su preexistencia y legitimidad; asimismo, la obligatoriedad de la inscripción en el registro público es la mejor manera de aplicación del principio de publicidad ya que por mérito de ella se conocería fácilmente todas las constituciones, modificaciones o cancelaciones de los derechos reales inmobiliarios, las cargas y gravámenes que afectan al inmueble o predio inscrito que es materia de enajenación o donación por los sujetos de derecho.
- c) El adoptarse el sistema de inscripción constitutiva implica una mayor participación del Estado en los actos y contratos que se refieren a la transferencia de bienes inmuebles; como expresión del reconocimiento público y cautelando el interés general de los sujetos de derecho intervinientes; asimismo, evitar en lo posible la comisión de errores al consignar los nombre y otros datos, por lo que es conveniente en una legislación inmobiliaria prever dichos supuestos, ya que si se quiere que la confianza pública repose en la certificación del registro, y por medio de él dar seguridad a los contratantes sobre bienes inmuebles, es preciso rodear de seguridad el procedimiento de inscripción a fin de que descarten la posibilidad de cometer errores y velar por el eficiente servicio del sistema registral constitutivo como institución que genera seguridad jurídica.
- d) A través de la institución del Catastro es posible lograr determinar la correcta ubicación de los inmuebles, fijar sus dimensiones lineales y superficiales, su naturaleza, nomenclatura, colindantes y otras características relevantes. El Catastro al igual que el Registro, sobre todo cuando este se organiza en su modalidad de folio real, parten

de la base de tomar como unidad un mismo elemento, es decir la finca, de la cual se debe obtener una plena identificación física como unidad inmobiliaria por medio de planos individuales según normas fijadas por su organismo y por planos generales de cada zona, así como los códigos catastrales que se les asigne; asimismo, los elementos técnicos y científicos incentivan al catastro a su modernización, dejándose en claro que el catastro no es un mecanismo de desenvolvimiento reciente.

- e) Cabe precisar que en las legislaciones modernas la institución registral no solo cumple fines de mera o simple publicidad o declarativas de los derechos como es el nuestro, sino más bien tiene fines más trascendentales como son de constitución, seguridad y prueba de los mismos. Los registros públicos debe ser una institución perfecta y rigurosa en la seguridad, para facilitar el tráfico inmobiliario garantizando cada vez más el derecho de los inscribientes y terceros, por ello se debe hacer realidad la tan ansiada coordinación simultánea y armónica entre el catastro territorial y el Registro Inmobiliario máxime si aquel se sustenta en el sistema de folio real.

4. Propuestas

Más que por prioridad, por necesidad impostergable, se debe adoptar el sistema constitutivo como una exigencia necesaria; para el efecto proponemos la modificación del artículo 949º del Código Civil, con la siguiente redacción: “Los derechos reales sobre inmuebles enajenados, solo se adquieren después de la inscripción en el registro de inmuebles de los referidos títulos, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario”; el régimen a que se refiere el párrafo anterior consiste en la obligatoriedad de la inscripción en el Registro inmobiliario para que puedan producir efectos jurídicos. El incumplimiento inscriptorio dará lugar a la responsabilidad civil respectiva por los daños y perjuicios ocasionados.

La inscripción inmobiliaria en el Perú es meramente declarativa. Esto es que el acto jurídico tiene valor por sí solo, para la constitución, transmisión, modificación o extinción del derecho. La propuesta de inscripción desempeña una función constitutiva de publicidad del derecho y de estricta formalidad o condición para este, luego producirá después de la inscripción, efectos contra terceros; pero además de su tradicional función publicitaria, establece como tal una presunción jurídica, con valor *iuris tantum* de que los

actos inscritos son la única realidad.

Desde el punto de vista exclusivamente administrativo, se persigue el control de las titularidades verdaderas sobre los predios y la negación u obstrucción a la clandestinidad, otorgando al adquirente plena seguridad jurídica, con ello, el acceso al Registro será mayor, dentro de los cánones del principio de publicidad, evitando con ello el inicio de procesos civiles ante los órganos jurisdiccionales a nivel nacional, procesos como por ejemplo. Tercería de Propiedad, Ejecución de Garantías, Prescripción Adquisitiva de dominio, Nulidad de Actos Jurídicos, Acciones Paulianas o Revocatorias, Rectificación de Áreas o Linderos, etc., contribuyéndose de esta manera a descongestionar en parte los órganos jurisdiccionales de procesos innecesarios ocasionados por la deficiencia de nuestro sistema registral vigente y la mala fe de algunos contratantes.

Es imprescindible la promulgación del dispositivo legal que cree el Catastro Inmobiliario. La obligatoriedad de la inscripción para los inmuebles inscritos, exigirá un permanente esclarecimiento entre la partida y la realidad física del predio. Con el tiempo se tendrán partidas de exactitud requerida, preparatoria para una nueva mejora; vale decir, la adopción del sistema constitutivo, siendo el caso que la ejecución del planteamiento, exige de planes de mediano y largo plazo.

La imperiosa necesidad de la confección del catastro urbano, y también completar el catastro rural general de la república; ya que es el modo más conveniente de conocer la realidad física del territorio y por ende de los inmuebles o predios que en él se encuentre; asimismo, la realización del catastro debe estar en manos de una institución que cuente con personal técnico especializado como: Ingenieros, Arquitectos, Topógrafos, Abogados, etc., que podría encargarse al Cuerpo Técnico de Tasaciones del Perú, al Colegio de Ingenieros del Perú, y al Colegio de Arquitectos, así también la creación de una entidad especial para este fin; además, la institución que se encargue de la confección del catastro deberá contar con todo el apoyo y financiamiento tanto de parte del Estado y de la inversión privada; dentro del apoyo que preste el Estado, a través de sus organismos gubernamentales, se entiende la colaboración que deben prestar todas las instituciones y organismos que la conforman.

5. Bibliografía

- ESC. CASTRO, Darío. *Modernización del Sistema Catastral y del Registro Público del Estado de Nueva Esparta – Venezuela*. Agosto. 1999.
- FOLIO REAL, *Revista Peruana de Derecho Registral y Notarial*. Año III, N° 7. Febrero 2002, Editores Palestra.
- GUEVARA MANRIQUE, Rubén. *Derecho Registral*. Tomo I Ed., 1999.
- GUEVARA MANRIQUE, Rubén. *Derecho Registral*. Tomo III Ed., 1998.
- MANZANO SOLANO, Antonio. *Derecho Registral Inmobiliario*. Volumen I. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- TAMAYO RIGAIL, Fernando. *La Experiencia de Guayaquil en la Relación Catastro – Registro*. Registrador de la Propiedad del Cantón. Guayaquil – Ecuador Agosto. 1999.
- <http://www.usat.edu.pe/files/revista/ius/2015-I/paper02.pdf>
- <http://derechogeneral.blogspot.com/2012/02/la-ley-27616-y-las-modificaciones-en-el.html>
- http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292344070569?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=EstudioDoctrinal&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3D1991_1604.pdf&blobheadervalue2=1288777579851

LA INCORPORACIÓN DE CRITERIOS OBJETIVOS EN LAS INDEMNIZACIONES POR NEGLIGENCIA MÉDICA

ELIZABETH VARGAS OLIVERA*

Resumen

Los montos indemnizatorios fijados por los magistrados al momento de dictar su sentencia en los casos de mala praxis médica, a pesar de constituir un resarcimiento a la víctima por el daño padecido a su persona, no dejan de ser el resultado de lo que el operador del derecho creyó conveniente establecer en razón a su criterio discrecional debido a la inexistencia de un parámetro referencial que delimite el *quantum* indemnizatorio en relación a la lesión padecida, tal como sucede por ejemplo con en el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito. De ahí surge la necesidad que a nivel legislativo, se apruebe un sistema tabular para los casos de responsabilidad civil médica que además de orientar a los magistrados al momento de fijar el *quantum* indemnizatorio, le permita un margen de equidad para adaptarla a cada caso en particular.

Palabras claves: Daño, quantum indemnizatorio, sistema tabular, negligencia médica, nexo causal, responsabilidad civil médica.

Abstract

The compensatory amounts set by the judges at the time of passing a judgment for cases of medical malpractice, despite of constituting a compensation to the victim for the damage suffered to his person does not leave the result of what the law operator who considered convenient to establish as a prudent reason due to the absence of a reference parameter which delimits the compensatory damages in relation to the injury suffered, as happens for example in the Compulsory Traffic Accident Insurance. For consequences it is necessary the legislative level accepts a tabular system for cases of medical civil responsibility also to guide judges at the time of setting the compensatory damages, it allows a margin of equity to adapt each individual case be approved arises.

Keywords: Damage, compensatory damages, tabular system, medical negligence, causation, medical liability.

* Abogada egresada de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Egresada de la Maestría en Derecho Civil de la Universidad San Martín de Porres. Egresada del Doctorado en la Universidad San Martín de Porres. Asistente de juez del Noveno Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Sumario

1.- Introducción. 2.- La inclusión de criterios objetivos en los casos de indemnización por negligencia médica. La vinculación entre el derecho a la salud y el derecho a la vida. 3.- El derecho a la salud. 4.- La responsabilidad civil médica. 5.- ¿Responsabilidad civil contractual o extracontractual? 6.- La relación del médico con la institución sanitaria. 7.- La responsabilidad civil del médico en función al tipo de obligación asumida. 8.- La carga probatoria en los casos de responsabilidad civil médica. 9.- La indemnización. 10.- Conclusiones. 11.- Bibliografía.

1. Introducción

Debido a los innumerables casos de negligencia médica que en los últimos años se han expuestos por los distintos medios de comunicación, la credibilidad en la prestación del servicio de salud se ha visto mermada, pues existe mayor inseguridad en las personas para someterse a una intervención quirúrgica o seguir un tratamiento médico debido a las consecuencias irreparables que una deficiente prestación del servicio sanitario puede generarles en su vida o integridad física y/o psicológica. Así, casos como el que una mujer ha sobrevivido tres años con una tijera en el abdomen, la amputación de una mano de un menor de nueve años por habersele necrosado la misma cuando ingresó al hospital por una fractura en el brazo izquierdo, el de una joven que tras una operación por quiste ovárico terminó en estado de coma, o el de un señor cuya pierna fue amputada por error en el Hospital Sabogal, son alguno de los supuestos de negligencia médica que exigen a favor de la víctima una indemnización por el daño que se les ha ocasionado.

De esa manera, resulta interesante analizar cuáles son los parámetros que los magistrados consideran al momento de fijar los montos indemnizatorios debido a los derechos que se lesionan como consecuencia de una mala praxis médica, pues con ella no solo se afecta la salud del paciente sino también el normal desarrollo de sus actividades debido a la gravedad que la lesión puede significar para su normal desenvolvimiento en la sociedad. Justamente, con el propósito de establecer si los montos indemnizatorios fijados por los magistrados fueron determinados con un criterio de equidad que le permitan cumplir con la finalidad resarcitoria que prevé la responsabilidad civil, surge la necesidad de establecer si en nuestro ordenamiento jurídico civil es importante contar con un sistema tabular que permita orientar a los operadores del derecho respecto de los parámetros que deben considerar al momento de fijar el *quantum* indemnizatorio, tal

como sucede por ejemplo con el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito, en donde el establecimiento de un sistema tabular ha permitido que la cuantificación del daño sea fijado en proporción a la lesión padecida por la víctima del daño.

Conforme a lo expuesto, el objeto del presente artículo es determinar si la implementación de un sistema tabular permite a los magistrados fijar el *quantum* indemnizatorio de una manera equitativa en relación a los daños que padecen las víctimas. Así propuesta la interrogante de nuestra investigación, consideramos que nuestro ordenamiento jurídico debe contener un sistema tabular que permita en términos monetarios cuantificar los daños padecidos por el paciente, considerando para ello aspectos esenciales como la edad del afectado, el tiempo durante el cual dure la lesión, la actividad que este realizaba previamente a padecer la lesión, entre otros, apoyándose para ello en peritajes médicos que permitan medir el grado de lesividad generada y la representación que en términos monetarios constituye para la integridad de una persona.

Y es que mientras no exista un sistema tabular, o por lo menos parámetros referenciales, cada magistrado fijará una indemnización de acuerdo a su apreciación discrecional sin saber si el mismo es acorde o no a la lesión padecida.

2. La inclusión de criterios objetivos en los casos de indemnización por negligencia médica. La vinculación entre el derecho a la salud y el derecho a la vida

Nuestra Constitución como norma fundamental ha previsto que la persona humana es el fin supremo de la sociedad, por ende, el Estado se encuentra en la obligación de protegerla mediante la adopción de políticas y/o programas de prevención que procuren su bienestar tanto en su aspecto físico como psicológico. De esa manera, la protección que se le ha sido reconocido a todo ser humano conlleva el respeto irrestricto del derecho a la vida, en tanto su proyección supone el goce de otros derechos que solo podrán verse limitados en la medida que el titular de los mismos se encuentre imposibilitado de ejercerlos. De la noción expuesta, se deduce aun cuando nuestra Constitución no lo ha reconocido expresamente, que la salud es un derecho fundamental vinculado directamente con el derecho a la vida, en tanto la presencia de una patología o la prescripción de un tratamiento y/o intervención inadecuada pueden conllevar a la muerte, o en su defecto, producir una disminución en la calidad de vida de quien la padece.

3. El derecho a la salud

La salud, como lo ha definido la Organización Mundial de la Salud¹, no solo se restringe a la ausencia de afecciones o enfermedades, sino también al completo estado de bienestar físico, mental y social que toda persona debe gozar para el ejercicio de los demás derechos que le son inherentes dada su condición de ser humano. Conforme a nuestra Constitución, toda persona tiene derecho a la protección de la salud, y es el Estado el responsable de diseñar y conducir la política nacional de salud a fin de lograr, de manera descentralizada, el acceso a los servicios de salud. De ahí es que resulta trascendental que los establecimientos de salud, como los profesionales médicos que prestan sus servicios de manera dependiente o independiente, sean prudentes y diligentes con la labor que realizan debido a que la vida y la integridad de los pacientes se encuentran estrechamente comprometidos.

El derecho a la salud no solo ha sido regulado por nuestro ordenamiento jurídico a través de nuestra Constitución, sino también mediante las disposiciones normativas contenidas en la Ley General de la Salud - Ley N° 26842, la Ley que establece los Derechos de las Personas Usuarias de los Servicios de Salud - Ley N.° 29414, y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N.° 027-2015-SA. De acuerdo al artículo 15 de la Ley General de la Salud², entre los derechos más importantes que tienen los usuarios respecto a los establecimientos de salud está el que se les proporcione los servicios de salud con los estándares de calidad aceptados en los procedimientos y prácticas institucionales y profesionales; que se le preste la atención médico-quirúrgica de emergencia en cualquier establecimiento de salud mientras lo necesite y subsista el estado de grave riesgo para su vida o salud; que no sean sometidos a un tratamiento médico o quirúrgico sin su consentimiento previo o el de quien legalmente deba darlo; así como también, que se le proporcione información veraz, oportuna y completa sobre las características y condiciones económicas de la prestación del servicio; y que se le brinde en términos comprensibles, la información completa y continuada sobre el diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento de la persona.

En el marco del Derecho Internacional Público, se ha reconocido respecto al derecho de salud, una serie de obligaciones a cargo de los Estados en función a las normas y procedimientos que aquellos suscriben respecto al

¹ Organización Mundial de la Salud (2015). En <http://www.who.int/suggestions/faq/es/>, consultado el 25.06.15.

² Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley N.° 29414.

reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales de las personas. Así, como señala Huayhua y Almonacid³, tales obligaciones pueden ser asumidas mediante un sistema de protección universal o mediante un sistema de protección regional, ya sea que se adopten en el marco de la Organización de las Naciones Unidas o al interior de la Organización de los Estados Americanos respectivamente.

En el caso del sistema de protección universal, se han adoptado una serie de instrumentos internacionales que reconocen el derecho a la salud como un derecho digno de tutela, tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; mientras que, en el sistema de protección regional encontramos a la Carta Social Europea, a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Humanos, Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador).

4. La responsabilidad civil médica

Previamente a referirnos a la responsabilidad civil de los médicos, debemos señalar que la palabra “responsabilidad” etimológicamente proviene del latín responderé que significa “responder”, mientras que el diccionario de la lengua española lo define como una deuda, obligación de reparar y satisfacer, por si o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal. Según refiere Espinoza⁴ hablar de responsabilidad civil es referirse a una técnica de tutela (civil) de los derechos (u otras situaciones jurídicas) que busca imponer al responsable (no necesariamente el autor) la obligación de reparar los daños que este ha ocasionado. Considerando la estructura sobre la cual se basa la responsabilidad civil, quien comete un daño se encuentra en la obligación de resarcirlo siempre que la misma derive de una conducta proscrita por Ley. De esa forma, la responsabilidad civil se configura ante el incumplimiento de un deber jurídico o ante el incumplimiento de una obligación preexistente. Y es que, hablar de mala praxis médica no es más que referirse como lo ha

³ HUAYWA PALOMINO, Liliana y Carlos ALMONACID FLORES (2010). *La exigibilidad de los derechos sociales. La exigibilidad del derecho a la salud*. En Revista Jurídica del Perú. Lima, Normas Legales, pág. 48.

⁴ ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2003). *Derecho de la responsabilidad Civil*. 2 Edición. Lima: Gaceta Jurídica, pág. 32.

sostenido Beaumont⁵ a la práctica deficiente de la medicina que afectan directamente al paciente sea a su salud o su entorno, y que incluso pueden configurar una serie de tipos penales como lesiones u homicidios culposos.

5. ¿Responsabilidad civil contractual o extracontractual?

En nuestra jurisprudencia nacional, no existe uniformidad respecto de la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil médica, pues en algunos casos se ha señalado que la misma se circunscribe al ámbito de la responsabilidad civil contractual en razón del contrato por prestación de servicios que subyace entre el médico y su paciente, mientras que en otros se han inclinado por considerar que se está frente a una responsabilidad civil extracontractual en virtud de los factores objetivos y/o subjetivos de imputación de responsabilidad que prevé los artículos 1969 y 1970 de nuestro Código Civil.

Por ello, determinar si en el caso de la responsabilidad civil del médico estamos frente a una responsabilidad civil contractual o extracontractual resulta de suma importancia, pues partiendo de ello, podrá establecerse las disposiciones normativas que han de aplicarse en cada caso en concreto debido a la dualidad de sistemas que nuestro ordenamiento jurídico a previsto. Cuando hablamos de la responsabilidad contractual es ineludible asociarlo con el incumplimiento de un acuerdo previo suscrito entre las partes, sin embargo, al remitirnos a nuestro ordenamiento jurídico civil, podemos advertir que dicha figura ha sido regulada en el Título IX del Libro de las Obligaciones bajo la denominación de inejecución de las obligaciones, al haberse previsto que quien actúa con la diligencia ordinaria requerida no es responsable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso⁶.

En las prestaciones de salud, no es usual ver que el médico y su paciente suscriban un contrato previamente a realizarse una consulta, sin embargo, el acudir donde él con el propósito de que lo revise y le dé un tratamiento como sostiene Martínez-Calcerrada y Gómez⁷, implica para el enfermo una proposición y ejecución del contrato al cual implícitamente el galeno aceptó, y por cual ambas partes se someten a las consecuencias que su

⁵ BEAUMONT CALLIRGOS, Gustavo Efraín (2005). *Manual de Bioética Médica, mala praxis y legislación en salud*. Universidad Nacional San Luis Gonzaga de Ica, Lima, pág. 15.

⁶ Ver artículo 1314 del Código Civil.

⁷ MARTÍNEZ-CALCERRADA y Luis GÓMEZ (1992). *La responsabilidad civil médico-sanitaria*. Madrid; Editorial Tecnos, pág. 17.

incumplimiento puede ocasionar. Como lo ha sostenido Denegri⁸, la relación médico-paciente puede surgir a consecuencia de una emergencia o a través de un acuerdo de voluntades debido a la prestación del servicio, acuerdo que suele generarse tácitamente ya que "(...) desde que el médico accede al llamado de una persona es porque existe la intención de su parte de prestar sus servicios profesionales, en cuyo caso el médico contrae una obligación de hacer y el paciente una obligación de dar: el médico presta sus servicios profesionales de la manera más diligente posible y el paciente se compromete a remunerarlo".

En ese sentido, la responsabilidad civil del médico puede definirse como aquella responsabilidad derivada de la inejecución dolosa o culposa de las obligaciones nacidas como consecuencia del vínculo contractual (tácito) surgido entre el médico y su paciente, y a cuya relación obligacional el ordenamiento jurídico ha tenido a bien el atribuir consecuencias jurídicas como lo es la indemnización por los daños y perjuicios irrogados a su salud. Sin embargo, a propósito de la sentencia de vista emitida por la Sala Civil de la Corte Superior de Arequipa, Espinoza⁹ ha sostenido que en los casos de responsabilidad civil por negligencia médica puede admitirse la responsabilidad civil extracontractual debido a que a consecuencia del incumplimiento de un contrato surge además la violación del deber genérico de no causar daño a otro, posición que ha sido compartida por Varsi¹⁰ cuando sostiene que este tipo de responsabilidad se da excepcionalmente en los casos en que "(...) el médico realiza conductas antijurídicas o prohibidas, o viola disposiciones reglamentarias de su profesión".

A nuestro entender, la responsabilidad civil de los médicos es una responsabilidad civil contractual debido a la obligación nacida entre el médico con el paciente producto del contrato de prestación de servicios por ellos celebrado, no obstante ello, excepcionalmente la responsabilidad civil de los médicos puede ser extracontractual cuando los familiares del paciente fallecido sean los que reclamen la indemnización, o cuando el proceder del galeno infringe el deber genérico de no causar daño a otro. Sobre este último aspecto, se habla en la doctrina del derecho de opción, en razón que quien

⁸ DENEGRÍ HACKING, Marianne, citado por Medina León, Pedro, Boisset Tizón, Rafael, Miranda Vargas, Alonso, Solari Flores, Jorge Luis, Thorndike Piedra, Thomas (2001). *Análisis de la Responsabilidad Civil Médica en la Legislación Peruana*. En REVISTA *Advocatus Nueva Época*. Lima: Revista de los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Pág. 107.

⁹ ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2003). *Ibidem*, pág. 514.

¹⁰ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique (2003). En <http://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/set03/boletin30-09.htm>, consultado el 15.07.15.

solicita la indemnización por el daño ocasionado puede optar por hacer efectiva su prestación bajo las reglas de la responsabilidad civil contractual o extracontractual.

6. La relación del médico con la institución sanitaria.

Conforme al artículo 1325 del Código Civil, el deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde por los hechos dolosos o culposos que aquellos cometan, así también lo ha reconocido la Corte Suprema¹¹ al disponer que en un caso de negligencia médica, la Clínica San Lucas por asumir una responsabilidad indirecta con los médicos de los cuales se valió para atender al demandante, debía asumir íntegramente el resarcimiento por los daños y perjuicios demandados a consecuencia de la mala praxis médica. Sin embargo, remitiéndonos al artículo 48 de la Ley General de Salud – Ley N.º 26842, se advierte que para el caso de los establecimientos de salud o servicio médico de apoyo prevé dos tipos de responsabilidades, la responsabilidad solidaria por los daños y perjuicios que se ocasionan al paciente, derivados del ejercicio negligente, imprudente o imperito de las actividades de los profesionales, técnicos o auxiliares que se desempeñan en este con relación de dependencia; y la responsabilidad exclusiva por los daños y perjuicios que se ocasionan al paciente por no haberse dispuesto o brindado los medios que hubieren evitado que ellos se produjeran, siempre que la disposición de dichos medios sea exigible atendiendo a la naturaleza del servicio que se ofrece.

Frente al conflicto que se presenta en cuanto el tipo de responsabilidad que asumen los establecimientos de salud o servicio médico de apoyo, es necesario señalar que en base al principio de especialidad, el cual establece la primacía de la ley especial sobre la ley general, los operadores del derecho se encuentran en la obligación de aplicar el dispositivo normativo que prevé la Ley General de la Salud, sin embargo, no se entiende las razones por las cuales en el caso citado, optaron por aplicar las disposiciones normativas contenidas en el Código Civil.

7. La responsabilidad civil del médico en función al tipo de obligación asumida

De acuerdo a la doctrina, existen dos tipos de obligaciones que pueden ser asumidas por el deudor en atención al contenido de la relación obligacional asumida, la obligación de medios y la obligación de resultados. Ahora bien,

¹¹ Poder Judicial. (2005). Casación N.º 458-2005-Lima. Sentencia: 24 de enero de 2006.

en los casos de responsabilidad civil médica es importante determinar el tipo de obligación que asume los profesionales de la salud respecto de su paciente, pues al momento de establecerse la responsabilidad civil que le corresponde asumir al prestador de la salud, se tendrá en cuenta si este asumió una obligación de medios o una obligación de resultados.

¿Obligación de medios o de resultados?

Cuando nos referimos a las obligaciones de medios, lo que estamos haciendo no es más que aludir a la forma en que obra el deudor, al compromiso prudente y diligente que este último asume respecto de su acreedor, de esa forma, no puede exigírsele el cumplimiento de un resultado ya que en este tipo de obligaciones a lo que se compromete el deudor es a poner todos sus conocimientos en lograr un determinado resultado pero sin garantizar que el mismo se concrete.

Sin embargo, hablar de obligaciones de resultados, el deudor se compromete a procurar el fin propuesto, debiendo para ello encaminar sus acciones con el propósito de obtener dicho objetivo, pues en caso de incumplimiento, solo podrá liberarse de este si demuestra que por razones de fuerza mayor incumplió el fin determinado no obstante haber actuado con la diligencia que el caso exige para cumplir con su cometido, dado que en este tipo de obligaciones se regula bajo las reglas de la responsabilidad objetiva. En ese contexto, cabe sostener como afirma Varsi¹², en el caso de las prestaciones de salud, el facultativo contrae una obligación de medios respecto de su paciente en tanto asume el compromiso de atenderlo con cuidado y diligencia, destinado a lograr su recuperación aunque ello no necesariamente se produzca. De esa forma, para este tipo de obligaciones se aplicará la responsabilidad civil por culpa y el galeno solo podrá eximirse de ella si prueba que las acciones que empleó estaban siempre encaminadas a obtener determinado fin aunque no necesariamente se llegó al resultado propuesto.

8. La carga probatoria en los casos de responsabilidad civil médica.

El derecho probatorio es el pilar básico de todo proceso civil, y es que sobre su estructura, los magistrados podrán resolver el caso sobre la base de hechos debidamente probados y sustentados.

En principio, de acuerdo a la carga de la prueba quien afirma los hechos que sustenta su pretensión se encuentra en la obligación de acreditar lo alegado,

¹² VARSÍ ROSPIGLIOSI, ENRIQUE (2006). *Derecho Médico Peruano*. 2ª Edición. Lima: Grijley. Pág. 109.

sin embargo, ante la dificultad probatoria con la cual se enfrenta el paciente perjudicado para solicitar una indemnización por el daño padecido, la doctrina ha propuesto en los casos de negligencia médica la teoría de las cargas probatorias dinámicas, a efectos que quien está en mejor posición para demostrar que el médico incurrió en responsabilidad por los daños ocasionados al paciente no es este último sino los propios prestadores de la salud, debido a que son aquellos quienes mejor conocen la forma en la cual se presentaron los hechos, y tiene el acervo documentario para desvirtuar cualquiera imputación que se le atribuye.

Y es que como lo sostiene Guerra¹³ la inversión de la carga de la prueba se justifica cuando una de las partes tiene limitaciones para producir prueba, y exigirle que lo haga no haría más que colocarla en un estado completo de indefensión, por ello, la aplicación de esta teoría resulta admisible en nuestro ordenamiento jurídico no solo porque así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional¹⁴ sino porque de no hacerlo el principal perjudicado con todo ello no sería más que la propia víctima.

De ahí que consideramos necesario se efectuó una modificación legislativa del artículo 1330 del Código Civil, en tanto prevé que es el perjudicado a quien le corresponde probar que el incumplimiento de la obligación se debió al dolo o culpa inexcusable, cuando en atención a la teoría de la carga de la prueba, el *onus probandi* se invierte sobre la parte que está en mejores condiciones para producir la prueba.

9. La indemnización

Como bien lo ha sostenido Rubio, Vidal, Cornejo, Avendaño, Cárdenas, Osterling, De la Puente, Bigio, De Trazegnies¹⁵ la indemnización debe cumplir todo los aspectos necesarios a fin de procurar que el acreedor se

¹³ GONZALES BARRÓN, Gúnter, LEDESMA NARVAEZ, Marienella, BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia, GUERRA CERRÓN, J. María Elena y Jorge Alberto BELTRAN PACHECO (2010). *La prueba en el proceso civil*. Gaceta Jurídica, Lima, págs. 152-153.

¹⁴ Tribunal Constitucional (2007). *Expediente N.º 01776-2007-AA/TC*. Sentencia: 26 de enero de 2007., en <http://spij.minjus.gob.pe/normas/textos/231109T.pdf>, consulta: 15 de enero de 2016.

¹⁵ RUBIO CORREA, Marcial, VIDAL RAMÍREZ, Fernando, CORNEJO CHÁVEZ, Héctor, AVENDAÑO V., Jorge, CÁRDENAS QUIROS, Carlos, OSTERLING PARODI, Felipe, DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, BIGIO CHREM, Jack y Fernando DE TRAZEGNIES GRANDE, (1997). *Retroactividad, irretroactividad y ultractividad. La teoría general del acto jurídico. La familia en la ley y en la realidad del Perú. El pago con título valores. Inejecución de obligaciones. La teoría del riesgo. La compra - venta y la transmisión de propiedad. Por una lectura creativa de la responsabilidad extracontractual*. 10ª Edición. Volumen I. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, págs. 137-138.

encuentre en la misma situación jurídica en la cual hubiese estado si es que la obligación se hubiera llegado a cumplir. De tal forma, si bien el demandante es como lo sostiene Manzanares¹⁶ quien señala el monto indemnizatorio, es el juez quien con criterio subjetivo fijará dicho monto en base a su buen juicio.

Así, nuestro Código Civil en relación al *quantum* indemnizatorio ha previsto en su artículo 1985 que para exigir el mismo debe existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido, de tal forma, que acreditándose dicha relación de causalidad el monto a solicitar debe comprender las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral. En ese escenario, lo pretendido con una indemnización no es más que compensar al paciente por el daño ocasionado producto de una mala praxis, circunstancia que si bien no coloca a la víctima en la posición que tenía con anterioridad a la lesión sufrida, empero permite mitigar las consecuencias que de él se han generado. De ahí que surge la necesidad de establecer si en nuestro ordenamiento jurídico los montos indemnizatorios fijados en las sentencias cumplen con la finalidad resarcitoria que persigue la responsabilidad civil, y para ello, comenzaremos nuestro análisis sobre la base de algunos casos judiciales que han sido emitidos por los operadores del derecho.

En un caso, doña Elsa Delgado Sánchez¹⁷ interpuso demanda de indemnización contra el médico Sergio Yong Motta a fin de que la indemnice con el monto de \$ 100.000.00 dólares americanos por los daños y perjuicios generados a causa de una intervención negligente que la dejó al borde de la muerte, y es que luego de haber sido intervenida quirúrgicamente de cálculos a la vesícula, el galeno sin autorización de su familia ni de la propia accionante, la sometió a una segunda operación que agravó su estado de salud debido al cuadro de ictericia¹⁸ que presentó como consecuencia de esta última. Efectuadas las actuaciones probatorias, el magistrado declaró fundada en parte la demanda y ordenó que el demandado pague a favor de la actora la suma de \$ 80.000.00 dólares americanos o su equivalente en moneda nacional, más el pago de intereses

¹⁶ MANZANARES CAMPOS, Mercedes (2008). *Criterios para evaluar el quantum indemnizatorio en la Responsabilidad Civil Extracontractual. Análisis a partir de la jurisprudencia*. Lima: Grijley. Pág. 147.

¹⁷ PODER JUDICIAL (1997). Sentencia N.º 10695-1997. Sentencia: 16 de mayo de 2000.

¹⁸ Coloración amarillenta de la piel, mucosas, esclerótica y líquidos corporales debido a un exceso de bilirrubina en el organismo.

legales al haber determinado que la evolución posterior de la paciente se encontraba relacionada con la operación practicada por el demandado, pues omitió practicarle a la paciente un canalículo biliar clampado en forma completa y un examen previo de colangiografía intra operatoria.

En otro caso, Óscar Arciniega Pastor¹⁹ demandó una indemnización de S/. 20 000.00 soles por los daños y perjuicios ocasionados a consecuencia de una mala praxis médica que se le generó en la Clínica Ricardo Palma al haber padecido una hemorragia post operatoria debido a una fístula que no fue advertida por los médicos que lo intervinieron inicialmente. Realizadas las actuaciones probatorias, la demanda fue declarada fundada en parte y estableció que los galenos Oscar Gavilano Gutiérrez y Luis Lavander Villayzan paguen solidariamente a favor del actor una indemnización ascendente a S/. 80.000.00 soles más los intereses legales, declarando infundada la misma respecto de la Clínica Ricardo Palma y el galeno Franco Attanasio Gutiérrez; impugnado que fuera dicho pronunciamiento, este fue revocado por la instancia superior, declarando fundada la demanda respecto de la Clínica Ricardo Palma y disponiendo que esta conjuntamente con el galeno Gavilano paguen solidariamente por concepto de daños y perjuicios, más los intereses legales con costas y costos a favor del actor, la suma de S/. 59.320.00 soles (S/. 19 320.00 soles por daño emergente y S/. 40.000.00 soles por daño moral), mientras que el galeno Lavander debía pagar solidariamente la suma de S/. 5.000.00 soles, más los intereses legales con costas y costos.

Como se observa en los casos subjuice, los montos indemnizatorios fijados por los magistrados a favor de las víctimas obedecen al criterio que este adoptado como consecuencia de los hechos verificados en autos, ello justamente porque en nuestro sistema jurídico no existen parámetros objetivos que delimiten de manera equitativa los montos que deben ser considerados por los operadores del derecho al momento de fijar una indemnización para el caso de mala praxis médica. Y es que un baremo para el caso de daños provocados por una mala atención sanitaria permitiría diseñar las pautas que los magistrados observarían al momento de calcular el monto resarcible para las pacientes víctimas de una mala praxis, tal como ha sucedido en España, donde los baremos de daños por accidentes de tráfico es aplicable con carácter orientativo a otro tipo de daños indemnizables como lo es el de la mala praxis médica según los propios criterios que la Ley 35/2015, vigente a partir del 01 de enero del año en curso,

¹⁹ PODER JUDICIAL (1997). Sentencia N.º 19702-1997. Sentencia: 29 de abril de 2004.

establece para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

En los casos de accidentes de tránsito, nuestro legislador ha previsto en el artículo 29 del Reglamento Nacional de Responsabilidad Civil y Seguros Obligatorios por Accidentes de Tránsito (SOAT) - Decreto Supremo N.º 024-2002-MTC un criterio tabular a fin de indemnizar -bajo la determinación de parámetros que la respectiva tabla de invalidez contempla- no solo a la víctima del accidente de tránsito sino también a terceros que resulten afectados a consecuencia de ello, sobre la base de la Unidad Impositiva Tributaria. Así, por ejemplo, en caso se produzca la muerte o invalidez permanente de una persona, la cobertura del seguro es de 4 Unidades Impositivas Tributarias, mientras que para el caso de invalidez temporal cada uno hasta 1 Unidad Impositiva Tributaria.

Teniendo en cuenta lo señalado, un baremo o sistema tabular no es más que un cuadro que permite establecer taxativamente el tipo de lesiones que puede padecer una persona y el monto indemnizatorio que le correspondería en caso se configure la misma como consecuencia de una mala praxis médica. Visto de esta forma, como lo ha sostenido Espinoza²⁰ la pérdida de alguna parte del cuerpo o la disminución de alguna función del mismo demandan de la elaboración de una tabla que permitan cuantificar económicamente el valor de la pérdida sufrida (mano, pierna, entre otros), sin embargo, para su elaboración señala el autor, no solo debe tenerse en cuenta la capacidad productiva que representa dicha parte o función del cuerpo, sino que además, debe considerarse los criterios que la medicina y la psicología puedan aportar a efectos que la valorización establecida en términos monetarios sea lo más aproximativa posible.

En igual sentido, Jiménez-Vargas Machuca²¹, ha sostenido que la implementación de un sistema tabular resulta oportuna debido a que nuestro sistema jurídico no cuenta con parámetros generales o básicos que permitan resarcir adecuadamente los daños físicos. En ese contexto, consideramos importante que nuestros legisladores confeccionen un baremo referencial que permita a los jueces fijar el monto indemnizatorio sobre la base que aquella establece, para luego analizar en cada caso en concreto, si

²⁰ ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2013). *Derecho de la responsabilidad Civil*. 7º Edición. Lima: Editorial Rodhas. S.A.C. Pág. 332.

²¹ Academia de la Magistratura en coordinación con la Comisión de capacitación en el área Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima (productor). *La fijación del quantum indemnizatorio*. (Video). AMAG, Lima.

concurrir circunstancias adicionales que permitan incrementar el *quantum* indemnizatorio inicialmente fijado, como lo sería por ejemplo la pérdida de una mano, pues no es lo mismo que esta le sea amputada a un abogado que a un reconocido y talentoso pianista dada la función que en este último cumple dicha parte de nuestro cuerpo.

En esa misma línea, consideramos que la elaboración de un baremo -cuya dación proponemos- es importante en la medida que permite a los jueces tener criterios comunes sobre los cuales ha de fundamentar los montos indemnizatorios que conceda. Para ello, debe establecerse en el baremo un valor económico respecto al porcentaje que la lesión representa, lo cual puede realizarse considerando referencialmente los parámetros que en materia de accidentes de tránsito han sido establecidos, adicionándole a ello, las variables de edad y sexo de la persona, así como también, el tiempo durante el cual el paciente deberá continuar con el tratamiento médico producto de la lesión generado y los costos que por daño emergente (gastos ocasionados como consecuencia del evento dañoso) y lucro cesante (pérdida de ganancia) deban proporcionársele dado el impedimento físico al cual se encuentran sometidos por el actuar negligente del médico tratante.

Con lo expuesto, no estamos señalando que los valores económicos que se establezcan en el baremo constituyan un límite para los operadores del derecho al momento de fijar el *quantum* indemnizatorio, pues como lo hemos precisado, este solo constituye el tope mínimo que debe dársele a una persona por el daño padecido, pudiendo los jueces incrementar el mismo en atención a las peculiaridades del caso en concreto, como lo puede ser por ejemplo las condiciones personales de la víctima (la amputación de la mano de un carpintero, la afectación a las cuerdas vocales de un cantante, etcétera).

10. Conclusiones

- a) El Estado debe adoptar los mecanismos necesarios que permitan mejorar la calidad de vida de las personas que han sido afectadas por mala praxis médica, no solo porque así lo ha establecido nuestra Constitución Política, sino también, porque constituye una forma de mitigar el daño que se ha generado a su integridad física y psicológica.
- b) En nuestro ordenamiento jurídico no existe un sistema tabular que permita a los magistrados determinar un monto indemnizatorio

por los casos de negligencia médica, por ello, el Estado por intermedio de los legisladores, debe disponer la elaboración de un sistema tabular que permita fijar los límites respecto de los cuales deba otorgarse la indemnización reclamada.

- c) El sistema tabular cuya elaboración proponemos, debe contener variables relacionadas con la edad y sexo de la persona, así como también, el tiempo durante el cual el paciente deberá padecer con el tratamiento médico producto de la lesión generado, y es que sobre la base del monto que se establezca en atención a dichos indicadores, el magistrado podrá en razón a las condiciones particulares del paciente, incrementar el monto indemnizatorio a fin de cumplir con la finalidad resarcitoria de la responsabilidad civil.
- d) La obligación que asume el médico respecto de su paciente es una de naturaleza contractual y excepcionalmente extracontractual, mientras que el tipo de obligación que de ellos deriva es una de medios debido a que no existe la obligación de obtener un resultado determinado, solo la diligencia debida de procurar la recuperación del paciente sin asegurar que ello en efecto se producirá.

11. Referencias bibliográficas

- BEAUMONT CALLIRGOS, Gustavo Efraín. *Manual de Bioética Médica, mala praxis y legislación en salud*. Lima; Universidad Nacional San Luis Gonzaga de Ica, 2005.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la responsabilidad Civil*. 2º Edición. Lima; Gaceta Jurídica, 2003.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la responsabilidad Civil*. 7º Edición. Lima; Editorial Rodhas. S.A.C., 2013.
- MANZANARES CAMPOS, Mercedes. *Criterios para valuar el quantum indemnizatorio en la Responsabilidad Civil Extracontractual. Análisis a partir de la jurisprudencia*. 1º Edición. Lima; Grijley, 2008.
- DENEGRI HACKING, Marianne, citado por Medina León, Pedro, Boisset Tizón, Rafael, Miranda Vargas, Alonso, Solari Flores, Jorge Luis, Thorndike Piedra, Thomas (2001). "Análisis de la Responsabilidad Civil Médica en la Legislación Peruana". En Revista *Advocatus*. Nueva Época. Lima, Perú.

- GONZALES BARRÓN, Günter, LEDESMA NARVAEZ, Marienella, BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia, GUERRA CERRÓN, J. María Elena y BELTRÁN PACHECO, Jorge Alberto. *La prueba en el proceso civil*. Lima: Gaceta Jurídica, 2010.
- HUAYWA PALOMINO, Liliana y ALMONACID FLORES, Carlos. "La exigibilidad de los derechos sociales. La exigibilidad del derecho a la salud". En *Revista Jurídica del Perú*. Lima; Normas Legales, 2010.
- MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis. *La responsabilidad civil médico-sanitaria*. Madrid; Editorial Tecnos, 1992.
- RUBIO CORREA, Marcial, VIDAL RAMÍREZ, Fernando, CORNEJO CHÁVEZ, Héctor, AVENDAÑO V., Jorge, CÁRDENAS QUIROS, Carlos, OSTERLING PARODI, Felipe, DE LA PUENTE Y LA VALLE, Manuel, BIGIO CHREM, Jack, DE TRAZEGNIES GRANDE, Fernando. *Retroactividad, irretroactividad y ultractividad. La teoría general del acto jurídico. La familia en la ley y en la realidad del Perú. El pago con título valores. Inejecución de obligaciones. La teoría del riesgo. La compra - venta y la transmisión de propiedad. Por una lectura creativa de la responsabilidad extracontractual*. 10° Edición. Volumen I. Lima; Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho Médico Peruano*. 2° Edición. Lima; Grijley, 2006.

REFERENCIAS ELECTRÓNICAS

- MINISTERIO DE SALUD, 2015, en http://www.minsa.gob.pe/portada/ciu_dss_default.asp. Consultado el 29.06.2015
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, 2015, en <http://www.who.int/suggestions/faq/es/>. Consultado el 25.06.15
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. En <http://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/set03/boletin30-09.htm>. Consultado el 15.07.15

REFERENCIAS HEMEROGRÁFICAS

- INFORME DEFENSORIAL N.º 87 (2004). *El derecho a la salud y a la seguridad social: Supervisando establecimientos de salud*.

REFERENCIAS DE RECURSOS AUDIOVISUALES

- ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA en coordinación con la COMISIÓN DE CAPACITACIÓN EN EL ÁREA CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA (Productor). *La fijación del quantum indemnizatorio*. (Video). Lima: AMAG.

PROCEDIMIENTO Y FINALIDAD DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN PARA EL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE MENOR DE 14 AÑOS QUE ENTRA EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL

LUIS MIGUEL FERNÁNDEZ ARIAS*

Resumen

Mediante el presente trabajo queremos hacer un llamado a la reflexión a todos los operadores jurídicos involucrados en el tema de niños, niñas y adolescentes menores de 14 años que entran en conflicto con la ley penal al haber incurrido en actos ilícitos. Hacemos notar la falta de normas claras y precisas que permitan llegar a determinar cuál es la medida de protección más idónea y adecuada para esta población infantil. De igual forma, pretendemos propiciar un sano e interesante debate sobre cuál es la finalidad de los procesos tutelares que se instauran a tal efecto, pues de inicio consideramos que estos tutelares resultan distintos a los procesos que se instauran por causales de abandono.

Palabras clave: Niño infractor, debido proceso, proceso tutelar, medida de protección, finalidad, derechos del niño.

Abstract

By this work, we want to make a call for the reflection of all legal operators involved in the issue of Children and adolescents under 14 years, conflicting with the Law having committed unlawful acts.

We notice that the lack of clear and precise rules to allow access to determine which is the best measure of protection for this child population.

Similarly we intend to promote a healthy debate on what is the purpose of the tutelary processes that are established, so with the beginning we consider these tutelary are different. From the processes of abandonment.

Keywords: Child offender, due process, tutelary process, measure of protection, purpose, rights of the child.

Sumario

1.- Justificación. 2.- Introducción. 3.- Problemática. 4.- Situación actual del sistema para niños, niñas y adolescentes menores de 14 años. 5.- El niño, niña y adolescente menor

* Fiscal adjunto al Provincial Civil y de Familia de Mariano Melgar - Arequipa.

de 14 años exento del sistema penal juvenil. 6.- Legislación comparada. 7.- Finalidad del proceso Tutelar para los Niños, Niñas y adolescentes exentos de responsabilidad penal. 8.- Conclusiones.

1. Justificación

Un sector de la sociedad que se encuentra desde hace mucho tiempo atrás en situación vulnerable, y que incluso corre el riesgo que su problemática llegue a ser “invisible” ante los ojos de los demás (incluidas autoridades involucradas en el tema), por cuanto no se aplican factores de protección reales, y que actualmente se ve reflejada en las actitudes y comportamiento de la juventud y personas adultas son los niños, niñas y adolescentes menores de 14 años que entran en conflicto con la ley penal. Basta para comprobar dicha afirmación, lo opinado por el Comité de expertos de las Naciones Unidas en los Derechos del Niño¹, que en uno de sus últimos informes (marzo 2016) nos refiere que surge la necesidad que el Estado continúe brindando el apoyo necesario pero de carácter real para garantizar los programas en favor de los derechos de los niños².

De igual forma, si revisamos los datos estadísticos del INEI, observamos que en el año 2012 se inscribieron en dicho registro 13126 divorcios³. Este

¹ El Comité de los Derechos del Niño es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño por sus Estados Partes. El comité también supervisa la aplicación de los dos protocolos facultativos de la Convención, relativos a la participación de niños en los conflictos armados y a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Segunda se detalla en su página web: <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/crc/>

² “The Committee welcomes the adoption of the national plan of action for children and adolescents for the period 2012-2021 and the inclusion of civil society in the work of the permanent multisectorial commission that is entrusted with implementation and monitoring of the plan. The Committee is, however, concerned that resources allocated for the plan’s implementation are limited and that indicators for monitoring and evaluation of the plan are lacking.” **Traducción libre:** “El Comité celebra la aprobación del plan nacional de acción para los niños y adolescentes para el periodo 2012-2021 y la inclusión de la sociedad civil en el trabajo de la comisión multisectorial permanente que se encarga de la implementación y monitoreo del plan. El Comité está, sin embargo, preocupado porque los recursos asignados para la implementación del plan son limitados y los indicadores de seguimiento y evaluación del plan son insuficientes.” Concluding observations on the combined fourth and fifth periodic reports of Peru- Estas observaciones incluso opinan por que se derogue el Decreto Legislativo 1204, ya que vulnera derechos de los adolescentes en el campo de la justicia penal juvenil.

³ Perú: Nacimientos, Defunciones, Matrimonios y Divorcios, 2012. Lima, noviembre del 2013. INEI, en

número, de por sí ya elevado, solo nos revela la cifra de matrimonios que se disuelve, donde obviamente el ámbito de protección familiar hacia el grupo etario va a variar (en sentido negativo), y hace que se presenten factores de riesgo en los niños. Claro, se reconoce que el origen del problema planteado es multifactorial. Llegando a tener niños, niñas y adolescente menores de 14 años que debido a diversas condiciones en su formación y ambiente, llegan a vulnerar la ley penal. Precisamente, mediante el presente trabajo pretendemos sustentar dos aspectos: Primero: Que actualmente no existe un procedimiento definido y pre establecido legalmente en nuestro país, para juzgar a los niños y adolescentes menores de 14 años cuando entran en conflicto con la ley penal sustantiva, con plazos, formas, requisitos, entre otros, lo cual resulta no solo perjudicial para los niños, niñas y adolescentes de nuestro país, sino que también evidencia una desatención preocupante por parte del Estado e Instituciones hacia este sector de la población, lo cual generaría a la larga una gran responsabilidad por parte del Estado Peruano ante los organismos internacionales, que incluso podrían incluir indemnizaciones pues resulta vulneratorio a los derechos fundamentales de los niños y adolescentes que no se establezca un procedimiento previo para determinar la mejor forma de intervención.

Por tanto, en el presente trabajo pretendemos sustentar el hecho que al niño, niña y adolescente menor de 14 años le corresponde un procedimiento previo a la medida que se le imponga el cual también debería estar premunido de diversas garantías a fin de no vulnerar derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes menores de 14 años⁴. Obviamente, este punto ha sido bastante descuidado por expertos y autoridades involucrados en este tema. Y, Segundo: Que no existe una finalidad claramente definida respecto de que es lo que se busca con el procedimiento para niño infractor. Es decir, consideramos que las autoridades no tienen del todo claro el tema del “para que” se emplea el proceso para niño infractor⁵. Siendo que a través de los procesos que se

https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1100/libro.pdf

⁴ BELOFF, Mary. *Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina*, en García Méndez, Emilio y Beloff, Mary (compiladores). “Infancia, ley y democracia en América Latina. Análisis Crítico del panorama legislativo en el marco de la convencional internacional sobre los derechos del niño (1990-1998)” Temis/Depalma. Bogotá, 1998. Sostiene la autora que “sin debido proceso es imposible establecer si efectivamente un niño ha cometido un delito o contravención”.

⁵ Ello a pesar del transcurso del tiempo y de la vigencia de las normas para niño infractor que datan del año 2000. Lo cual no resulta único, pues si revisamos v. gr. el tema de la tenencia

instauran para tal fin solo buscan cumplir determinados procedimientos y acciones a fin de dictar una medida de protección sin mayor investigación conforme a la naturaleza especial de la acción en la cual incurrió el niño, niña o adolescente menor de 14 años.

2. Introducción

La doctrina de la Protección Integral⁶ que reconoce como sujetos de derecho a los niños, niñas y adolescentes (es decir reconoce derechos y por supuesto también obligaciones a los menores de 18 años), en reemplazo de aquella vieja, vetusta y abusiva Doctrina de la Situación Irregular de los menores de edad, se encuentra recepcionada en nuestro país, en razón de haber suscrito la Convención de los Derechos del niño⁷, habiendo inspirado la modificación del Código de los Niños y Adolescente en el año 2000, teniendo en cuenta además que de por sí, esta Convención resulta de aplicación vinculante, ello a la luz del principio de Convencionalidad, siendo que ya diversa jurisprudencia internacional, lo ha reiterado⁸. Es más, resulta preciso señalar que la finalidad de la Doctrina de la Situación Irregular era brindar protección a los menores en situación *irregular* por encontrarse con lo que se ha llamado en un “*vacío moral*”, ya sea por su “*estado de abandono*” o su “*estado peligroso*” o incluso considerados como “*enfermos*”, donde no correspondía

compartida, observamos que tampoco este instituto no ha sido recepcionado de la menor manera en nuestro sistema jurídico.

⁶ Con el término Doctrina de la Protección Integral de los Derechos de la Infancia se hace referencia al conjunto de instrumentos jurídicos de carácter internacional que brindan los lineamientos generales sobre derechos de la infancia y que implican un salto cualitativo fundamental en la consideración social de la niñez y la adolescencia. “La Justicia Penal Juvenil en Argentina y el surgimiento de una nueva institucionalidad”. Artículos seleccionados. Silvana Garello. 4 Año 2 - Nro. 4 - Revista “Debate Público. Reflexión de Trabajo Social” - Artículos seleccionados

⁷ El Perú con fecha 26 de Enero de 1990, suscribió la Convención de los derechos del niño. Y fue ratificada mediante Resolución Legislativa N° 25278, del 4 de agosto del mismo año.

⁸ Caso Bulacio vs. Argentina, sentencia de 18 de septiembre de 2003, fund. 133 “En este sentido, la Corte señala que este caso reviste especial gravedad por tratarse la víctima de un niño, cuyos derechos se encuentran recogidos no solo en la Convención Americana, sino también en numerosos instrumentos internacionales, ampliamente aceptados por la comunidad internacional, entre los cuales destaca la Convención sobre los Derechos del Niño, que hacen recaer en el Estado el deber de adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de los niños bajo su jurisdicción”. En general dentro de las sentencias más trascendentes que señalan la necesidad de cumplir con la Convención sobre los derechos del niño, emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se pueden revisar la de “Niños de la Calle” (Villagran Morales y otros Vs. Guatemala), la sentencia de Campo Algodonero (Gonzales y otras vs. México), Servellón García y otros Vs. Honduras, así como la de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú.

otorgar las garantías propias de la persecución estatal ni aplicación del *ius puniendi* reservado para adultos, por lo tanto no podía limitarse de ninguna manera la intervención del juez, por el contrario, debía facilitársele y brindarle las más amplias facultades en resguardo del infante en situación irregular y se resolvía en función de su condición económica o social⁹. Queda sentado que no me estoy refiriendo, por más parecido o similitudes que se detecten, al actual proceso para el menor de 14 años por infracción a la ley penal, sino que son comentarios de la doctrina de la situación irregular supuestamente ya desterrada de nuestras legislaciones.

Sin embargo, más allá de la recepción interna de la referida normatividad internacional, y de la consagración del Principio Tuitivo del *Interés Superior del Niño* así como el de *Desarrollo Integral*, en nuestro país todavía existen deficiencias y rezagos de aquella vieja doctrina ya señalada, que se concretizan en diversos hechos y procedimientos que nos permitirían afirmar que actualmente estamos todavía bastante distantes de interiorizar y asumir una doctrina que propugne mejores condiciones para los niños, niñas y adolescentes. Y la situación también es preocupante hacia el futuro por cuanto el Proyecto del Nuevo Código de los Niños, Niñas y Adolescentes¹⁰, contempla fórmulas legales que de por sí resultan vulneratorias para los derechos de los infantes, sobre todo en el área penal juvenil (adolescente infractor), donde sin mayor análisis se pretende equiparar o transpolar figuras de la justicia penal ordinaria, ampliar plazos de detención preventiva, no establecer como obligación que hayan defensores públicos especializados en justicia penal juvenil, así como variar el ente que debe regentar los centros juveniles sin mayor sustento, entre otros cambios que aparentemente van *in peius*. Pero estas modificaciones, no son las únicas que pueden causarnos sorpresa o desazón, ya que si observamos con detenimiento, existe un aspecto que aún no se ha debatido con seriedad y resulta de trascendental importancia porque es la primera oportunidad en que los operadores del sistema jurídico tienen contacto con los infantes en riesgo, y que se ha dejado de lado, sin mayor análisis, como es el lograr un verdadero Sistema de Justicia para niños, niñas y adolescentes menores de 14 años que entran en conflicto con la ley penal.

⁹ Las doctrinas de la protección a la niñez y adolescencia y su impacto en el ámbito penal. María Consuelo Barletta Villarán. En el Manual autoinstructivo del curso de Especialización: "Hacia una comprensión multidisciplinaria de la Justicia Penal Juvenil: Retos y perspectivas para la consolidación de una justicia restaurativa y la reinserción socio familiar". Amag, 2015.

¹⁰ Publicado en la página web del Congreso de la República, donde se publicita los tres proyectos de Nuevo Código, uno en mayoría y dos en minoría.

3. Problemática

En agosto del 2009, el diario La República, nos contaba que en la ciudad de Arequipa, un menor de iniciales F. B. Y. (12) habría asfixiado a Juana Valderrama Salas (73) en la vivienda donde él trabajaba, según dijo a la Policía, para robarle algunas joyas y venderlas, por lo que la Fiscalía de Familia solicitaría al Juez de Familia una medida de protección por presuntamente haber cometido asesinato. La fiscalía había señalado que de acuerdo con la ley, el menor no puede ser sometido a una sanción penal, por lo que no se abrirá ningún tipo de proceso en su contra. Los familiares del menor indicaron que F. B. Y. fue siempre un niño normal, y aclararon que en su tierra natal nunca cometió delito alguno como se informó¹¹. De igual forma, en marzo del 2014, el diario El Comercio, reseñaba que en el departamento de la Libertad, organizaciones criminales de diferentes zonas del país captan a adolescentes cada vez de menor edad, llegando a los de 12 años, quienes ya tienen experiencia en el manejo de armas, y son usados para burlar penas de cárcel, debido a que las sanciones para ellos son mínimas según el Código del Niño y de los Adolescentes, incluso cuando la policía presentó a dos peligrosas bandas de sicarios que operaban en Chincha, también se intervino a cuatro menores de edad, y uno de ellos, con apenas 12 años, no obstante su vinculación con delincuentes, la Fiscalía de Familia dispuso que sean custodiados por sus padres¹².

De los ejemplos citados se aprecia claramente que se transmite a la sociedad, por parte de los medios de comunicación, que los menores de 14 años no reciben ningún tipo de sanción o imposición de medida ejemplar que retribuya su erróneo accionar, además de informar distintas soluciones para los problemas presentados, como si cualquier menor de 14 años, no tendría un procedimiento pre establecido por ley para aplicarle la medida correspondiente o una sanción si cometen una vulneración a la ley penal; pero ellos sabemos que no es cierto por cuanto sí se le otorga una medida de protección sin un debido proceso previamente determinado por ley, por cuanto no existe, a pesar que el Supremo Intérprete dijo hace algunos años atrás que este procedimiento sí debería existir¹³.

¹¹ <http://archivo.larepublica.pe/27-08-2009/arequipa-solicitaran-proteccion-para-menor-presunto-asesino-de-anciana>.

¹² http://elcomercio.pe/peru/la-libertad/ninos-12-anos-son-entrenados-delincuentes-asesinar-noticia-1718910?ref=flujo_tags_375608&ft=nota_10&e=titulo

¹³ Exp. N° 00162-2011-PHC/TC. Fundamento 5: "Asimismo, si bien se alega que para la imposición de alguna de las medidas de protección no se debió iniciar proceso contra el

Al respecto, si revisamos los proyectos, en mayoría y minoría, de los nuevos Códigos de Niños, Niñas y Adolescentes, veremos que por un lado, si cumplen con precisar algo que ha demorado en entenderse en nuestro país, que los menores de 14 años no se encuentran dentro del sistema penal juvenil, señalando el proyecto en mayoría que en caso se infrinja la ley penal y el Fiscal considere necesaria una medida de protección, deberá remitir copias de las piezas pertinentes de la investigación al Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables para que se le brinde atención y se dicte la medida de protección. Es decir resolución en la vía administrativa. De otro lado, para ayudar a la idea que el tema sigue todavía en debate y no existen posiciones claras, el proyecto en minoría (de la Congresista Solórzano) señala que la imposición de medidas de protección requiere la participación del menor de catorce años mediante un proceso investigatorio, donde la fiscalía competente puede solicitar la apertura de la investigación especial por “infracción a la ley penal” al juzgado especializado, realizando una Audiencia Única donde se actuaran los medios probatorios y seguidamente se resolverá la situación de la niña, niño o adolescente para el otorgamiento de una medida de protección. Se precisa que previo a resolver debe haber dictamen fiscal (es decir se continua en la errada figura de pedir la opinión, antes de resolver, a la misma autoridad o entidad que solicitó la imposición de la medida de protección), así como recabar los informes respectivos del equipo multidisciplinario, y luego de lo cual el juzgado debe resolver (es este, el camino correcto). Se resuelve en la vía jurisdiccional. Al igual que en el proyecto anterior, no se habla de medidas alternativas que puedan aplicarse al niño o adolescente infractor¹⁴. Es decir por un lado, tenemos que, una vez

favorecido, la imposición de alguna de las medidas de protección previstas en el artículo 242° del Código de los Niños y Adolescentes requería que se acredite en forma indubitable la participación del menor favorecido en la infracción penal de violación de la libertad sexual en agravio del otro menor; lo que implicaba el inicio de un proceso” (subrayado nuestro). Aunque también debe reconocerse que en otras ocasiones nuestro Tribunal no ofrece mayores luces sobre el sistema penal juvenil sobre todo cuando en alguna resolución se señala como uno de los elementos principales de una doctrina de protección integral que “Un sistema de responsabilidad penal juvenil que desarrolle un mecanismo de pesos y contrapesos, en la cual el juez, la defensa y el Ministerio Público tienen atribuciones y funciones determinadas por la ley. En el ámbito penal, se asegura el respeto al principio de igualdad, sustituyendo “el binomio impunidad-arbitrariedad por el binomio severidad-justicia” (El subrayado es nuestro pero la sentencia corresponde al expediente Exp. N° 03247-2008-PHC/TC). Por supuesto hoy en día con lo avanzado y estudiado en el tema de justicia juvenil restaurativa, lo subrayado sería decimonónico.

¹⁴ Claro, porque son creadas para adolescentes mayores de 14 años y menores de 18, y no para menores de 14 años. Sin embargo, queda la duda si debería ampliarse o no al sector de menor de 14 años.

terminada la investigación fiscal donde intervino el menor de 14 años, no sabemos con qué garantías, porque el Código no lo establece, debería remitirse a una entidad administrativa a efecto que emita el pronunciamiento respectivo. Y, en el dictamen de minoría de la congresista Solórzano ya se propone por lo menos un procedimiento para juzgar a un menor de 14 años, sin embargo, quedan muchas ideas en el tintero, como por ejemplo ¿cualquier niño, niña o adolescente podría ser juzgado bajo este procedimiento incluso niños de 4, 5 o 6 años de edad?, cual es el plazo máximo que debe durar dicha investigación, entre otros muchos temas¹⁵.

4. Situación actual del sistema para niños, niñas y adolescentes menores de 14 años

El artículo IV del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, señala en su tercer párrafo: “En caso de infracción a la ley penal, el niño y el adolescente menor de catorce (14) años será sujeto de medidas de protección y el adolescente mayor de catorce (14) años de medidas socio-educativas.”

El artículo 184° del CNA señala: “El adolescente infractor mayor de catorce (14) años, será pasible de medidas socio-educativas previstas en el presente código. El niño o adolescente infractor menor de catorce (14) años, será pasible de medidas de protección previstas en el presente código.”

Y el artículo 242° del CNA señala con respecto al tema lo siguiente¹⁶:

“Al niño que comete infracción a la ley penal le corresponde las medidas de protección. El juez especializado podrá aplicar cualquiera de las siguientes medidas:

- a) El cuidado en el propio hogar, para lo cual se orientará a los padres o responsables para el cumplimiento de sus obligaciones, contando con apoyo y seguimiento temporal por Instituciones de Defensa;*
- b) Participación en un programa oficial o comunitario de Defensa con atención educativa, de salud y social;*
- c) Incorporación a una familia sustituta o colocación familiar; y*
- d) Atención Integral en un establecimiento de protección especial”*

¹⁵ El otro dictamen en minoría emitido por la Congresista Rosa Mavila también expresa igual sentido estableciendo un procedimiento similar. Por tanto se aprecia que los dos dictámenes en minoría se inclinan por establecer un procedimiento especial en sede jurisdiccional y no administrativa como lo hace el dictamen en mayoría.

¹⁶ El subrayado es nuestro.

A nivel nacional no existe mayor normatividad para juzgar a niños y adolescentes menores de 14 años que entren en conflicto con la ley penal para adultos.

Por tanto, se aprecia que conforme al Código de los Niños y Adolescentes, cuando un menor de 18 años, cumple con el supuesto de hecho de la norma penal vulnerando bienes jurídicos debidamente tutelados en el ordenamiento jurídico corresponde se le imponga una medida socio educativa, si tiene más de 14 años y menos de 18, y una medida de protección, si tiene menos de 14 años.

Se resalta en esta parte que existe demasiada similitud entre las medidas de protección que se conceden al niño o adolescente que comete infracción a la ley penal con las medidas de protección al niño o adolescente en presunto estado de abandono contenidas en el artículo 243 del cuerpo legal citado que señala¹⁷:

“El Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social podrá aplicar al niño y al adolescente que lo requiera cualquiera de las siguientes medidas de protección:

- a) El cuidado en el propio hogar, para lo cual se orientará a los padres, familiares o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones, contando con apoyo y seguimiento temporal por instituciones de defensa;
- b) La participación en el Programa Oficial o Comunitario de Defensa con atención educativa, de salud y social;
- c) Incorporación a una familia sustituta o colocación familiar;
- d) Atención integral en un establecimiento de protección especial debidamente acreditado; y,
- e) Dar en adopción al niño o adolescente, previa declaración del estado de abandono expedida por el Juez especializado.”

Siendo la pregunta que surge en forma inmediata, porqué al niño o adolescente infractor le corresponde las mismas medidas que corresponden a un niño o adolescente que se encuentra en situación de abandono, si son situaciones distintas y supuestos distintos conforme se evidencia del artículo 248° del Código de los Niños y Adolescentes:

¹⁷ El subrayado es nuestro.

“El Juez especializado podrá declarar en estado de abandono a un niño o adolescente cuando:

- a) Sea expósito;
- b) Carezca, en forma definitiva, de las personas que conforme a la ley tienen el cuidado personal de su crianza, educación o, si los hubiera, incumplan las obligaciones o deberes correspondientes; o carecieran de las calidades morales o mentales necesarias para asegurar la correcta formación;
- c) Sea objeto de maltratos por quienes están obligados a protegerlos o permitir que otros lo hicieran;
- d) Sea entregado por sus padres a un establecimiento de asistencia social público o privado y lo hubieran desatendido injustificadamente por seis meses continuos o cuando la duración sumada exceda de este plazo;
- e) Sea dejado en instituciones hospitalarias u otras similares con el evidente propósito de abandonarlo;
- f) Haya sido entregado por sus padres o responsables a instituciones públicas o privadas, para ser promovido en adopción;
- g) Sea explotado en cualquier forma o utilizado en actividades contrarias a la ley o a las buenas costumbres por sus padres o responsables, cuando tales actividades sean ejecutadas en su presencia.
- h) Sea entregado por sus padres o responsables a otra persona mediante remuneración o sin ella con el propósito de ser obligado a realizar trabajos no acordes con su edad; y
- i) Se encuentre en total desamparo.

La falta o carencia de recursos materiales en ningún caso da lugar a la declaración del estado de abandono”.

Es decir coincidimos, y afirmamos que a los niños y adolescentes menores de 14 años que vulneran la ley penal, les corresponde una solución fuera del sistema penal, y que viene dirigida desde la óptica tutelar, sin embargo, también pensamos que las soluciones que se apliquen deben tener una orientación distinta o singular, toda vez que corresponden a situaciones que afectan a terceras personas, las cuales han resultado afectadas en alguno de los bienes jurídicos protegidos por el sistema penal. Es donde se proponen

que se lleven a cabo diferentes acciones como terapias dirigidas a los niños pero también a los padres, pues son ellos quienes han tenido un deficiente trabajo con sus hijos, entre muchos otros¹⁸.

5. El niño, niña y adolescente menor de 14 años exento del sistema penal juvenil

Algo que a nuestro parecer ya debe quedar definido, y lo reiteramos, es que los menores de 14 años de edad, en el Perú, se encuentran fuera del sistema penal juvenil, toda vez que, la Convención señala en el artículo 40 numeral 3:

“a): Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular: a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales. b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales”.

Para su mayor comprensión Mateo de Ferrini señala que: *“La Convención deja librado establecer esa edad mínima, al derecho de cada Estado, y así debe ser, ya que el llamado interés superior del menor, de reconocimiento universal con la Convención, deberá ser respetado y protegido sin desmedro pero en consonancia a la propia realidad social de cada Estado”*

Por tanto, queda meridianamente claro que para las Naciones Unidas a los niños exentos de responsabilidad penal no debe iniciarse proceso judicial similar al proceso penal juvenil, requiriéndose erradicar la aplicación de medidas que encubran un control socio-penal, por ello se alude explícitamente al final del artículo en mención y no de manera innecesaria a

¹⁸ En realidad tampoco este planteamiento constituye algo novedoso, cito como ejemplo el Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil, que ya ha cumplido más de 25 años en vigencia, que señala en su artículo 101 lo siguiente: “Art. 101. Verificada cualquiera de las hipótesis previstas en el art. 98, la autoridad competente podrá determinar, entre otras, las siguientes medidas: I - encaminamiento a los padres o responsable, mediante declaración de responsabilidad; II - orientación, apoyo y seguimiento temporarios; III - matrícula y asistencia obligatorias en establecimiento oficial de enseñanza fundamental; IV - inclusión en programa oficial o comunitario de auxilio a la familia, al niño y al adolescente; V - solicitud de tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico, en régimen de internación en hospital o tratamiento en ambulatorio; VI - inclusión en programa oficial o comunitario de auxilio, orientación y tratamiento a alcohólicos y toxicómanos; VII - abrigo en entidad; VIII - colocación en familia sustituta”.

que "...se respetaran plenamente los derechos humanos y las garantías legales." Al respecto se ha señalado que "En este sentido, para los menores de edad de los cuales se presume que no tengan la capacidad para infringir las leyes penales, el citado Convenio establece que los Estados miembros deberán adoptar tratamientos, sin recurrir a los procedimientos judiciales, en los que se deberán respetar plenamente los derechos humanos y las garantías individuales del menor"¹⁹.

6. Legislación comparada

La legislación que existe en los diversos países de Latinoamérica puede servir de orientación para poder encontrar la solución al procedimiento que debe aplicarse para nuestros niños y menores de 14 años que vulneran la ley penal.

Así vemos que en Argentina, conforme a la Ley Nacional 26.061, se indica que en los supuestos de infracciones de extrema gravedad por niños exentos de responsabilidad penal, se les puede restringir la libertad ambulatoria. No como una pena en sí, sino como medida tutelar. Esta medida restrictiva de libertad ambulatoria es solicitada por el fiscal al juez de garantías. Debe precisarse que en el Régimen Penal de la Minoridad argentino se establece la inimputabilidad para los menores de 16 años, la imputabilidad relativa para quienes tengan entre 16 y 18 años y la imputabilidad absoluta para quienes tengan entre 18 y 21 años, ya que en el artículo 1 de la referida ley expresa: "No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos años, con multa o con inhabilitación"²⁰.

El artículo 531 de la Ley Orgánica de Protección para Niños, Niñas y Adolescentes señala que "*Las disposiciones de este Título serán aplicables a todas las personas con edad comprendida entre doce y menos de dieciocho años al momento de cometer el hecho punible, aunque en el transcurso del proceso alcance los dieciocho años o sean mayores de esa edad cuando sean acusados*". Luego el artículo 532 de la referida Ley señala de manera expresa que "*Cuando un niño se encuentre en un hecho punible solo se aplicaran medidas de protección, de acuerdo a lo previsto en*

¹⁹ DAGDUG KALIFE, Alfredo. Aspectos procesales de los asuntos de menores infractores. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Autónoma de México. Primera Edición, 2005.

²⁰ La justicia penal juvenil en Argentina y el surgimiento de una nueva institucionalidad. Silvana Garelo. Artículos seleccionados. Revista "Debate Público. Reflexión de Trabajo Social.". Año 2. Nro. 4. Noviembre del 2012.

*esta ley. Si un niño es sorprendido en flagrancia por una autoridad policial, está dará aviso al Fiscal del Ministerio Público quien lo pondrá dentro de las veinticuatro horas siguientes, a la orden del Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.”*²¹

El artículo 138 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia de Guatemala, sancionada por Decreto número 27-2003, señala en relación al tema que: *“Los actos cometidos por un menor de 13 años de edad, que constituyan delito o falta no serán objeto de este título, la responsabilidad civil quedará a salvo y se ejercerá ante los tribunales jurisdiccionales competentes. Dichos niños y niñas serán objeto de atenciones médicas, psicológicas y pedagógicas que fueran necesarias bajo el cuidado y custodia de los padres y encargados y deberán ser atendidos por los Juzgados de Niñez y Adolescencia”*.

El artículo 2 de la Ley del Menor Infractor del Salvador expresa que *“Los menores que no hubieren cumplido doce años de edad y presenten una conducta antisocial no estarán sujetos a este régimen jurídico especial, ni al común; están exentos de responsabilidad y, en su caso, deberá darse un aviso inmediatamente al Instituto Salvadoreño de Protección al Menor para su protección integral.”*

El Código del Niño, Niña y Adolescente de Bolivia en el artículo 269²² señala: *“I. La persona adolescente menor de catorce (14) años de edad está exenta de*

²¹ Las medidas de protección se regulan en el artículo 126:

Tipos. Una vez comprobada la amenaza o violación a que se refiere el Artículo anterior, la autoridad competente puede aplicar las siguientes medidas de protección: a) Inclusión del niño, niña o adolescente y su familia, en forma conjunta o separada, según el caso, en uno o varios de los programas a que se refiere el Artículo 124 de esta Ley. b) Orden de matrícula obligatoria o permanencia, según sea el caso, en escuelas, planteles o institutos de educación. c) Cuidado en el propio hogar del niño, niña o adolescente, orientando y apoyando al padre, a la madre, representantes o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones, conjuntamente con el seguimiento temporal de la familia y del niño, niña o adolescente, a través de un programa. d) Declaración del padre, de la madre, representantes o responsables, según sea el caso, reconociendo responsabilidad en relación al niño, niña o adolescente. e) Orden de tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico, ambulatorio o en régimen de internación en centro de salud, al niño, niña o al adolescente que así lo requiera o a su padre, madre, representantes o responsables, en forma individual o conjunta, según sea el caso. f) Intimación al padre, a la madre, representantes, responsables o funcionarios y funcionarias de identificación a objeto de que procesen y regularicen, con estipulación de un plazo para ello, la falta de presentación e inscripción ante el Registro del Estado Civil o las ausencias o deficiencias que presenten los documentos de identidad de niños, niñas y adolescentes, según sea el caso. g) Separación de la persona que maltrate a un niño, niña o adolescente de su entorno. h) Abrigo. i) Colocación familiar o en entidad de atención. j) Adopción. Se podrá aplicar otras medidas de protección si la particular naturaleza de la situación la hace idónea a la preservación o restitución del derecho, dentro de los límites de competencia del Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes que las imponga.

²² Código Niña, Niño y Adolescente, Ley N° 548 de 17 de julio de 2014.

responsabilidad penal, sin perjuicio de la responsabilidad civil, la cual será demandada a sus responsables legales en la jurisdicción civil. II. Cuando una persona adolescente menor de catorce (14) años fuera aprehendida o arrestada, será remitida a la Instancia Técnica Departamental de Política Social, para la verificación del respeto de sus derechos y garantías y la inclusión en los programas de protección que correspondan, sin perjuicio de medidas de protección dictadas por la autoridad competente. III. Las niñas y los niños en ningún caso podrán ser privados de libertad, procesados o sometidos a medidas socio-educativas. IV. No será procesado ni declarado penal o civilmente responsable, la o el adolescente entre catorce (14) y dieciocho (18) años con discapacidad intelectual, psíquica o mental, que no pueda comprender la antijuricidad de su acción”.

Se aprecia de las normas analizadas que algunas normas se orientan a brindar un tratamiento con instituciones especializadas del ámbito tutelar en lugar de un procedimientos jurisdiccionales, sin embargo, también se aprecia la intervención jurisdiccional para establecer la correspondiente medida de protección, apreciándose la existencia de la intervención tutelar como un límite al *ius punendi*, asumiendo el Estado el rol o función que le corresponde en las normas analizadas.

Las similitudes y diferencias pueden resumirse en que:

Se establece una edad mínima por debajo de la cual el niño o adolescente no puede ser tratado como adolescente infractor estando por tanto, exento de responsabilidad penal, y fuera del sistema penal juvenil.

Se le reconoce como exento de responsabilidad penal por cuestiones existentes al momento de la comisión del ilícito, que en el caso materia de análisis es la edad.

7. Finalidad del proceso tutelar para los niños, niñas y adolescentes exentos de responsabilidad penal

Por último, cabe determinar cuál es la finalidad de los procesos tutelares instaurados cuando los niños, niñas y adolescentes menores de 14 años entran en conflicto con la ley penal. Tiene acaso, la misma finalidad que tienen los procesos tutelares instaurados en sede administrativa a raíz de estar incurso en alguno de los supuestos del artículo 248° del Código de los niños y adolescentes. Téngase presente que algunas de las medidas de protección que corresponden al niño infractor son las mismas que corresponden al niño en abandono.

En sede nacional se ha señalado que la finalidad que se pretende alcanzar a través de los procesos tutelares es velar por la adecuada seguridad y protección de los menores de edad, dictándose las medidas de protección correspondientes y declarándose el estado de abandono moral y material, de configurarse los hechos denunciados a las causales previstas en el artículo 248° del Código de los niños y adolescente²³. De igual forma, se señala que en “las legislaciones de menores buscaron brindar protección a un sector de la infancia, que se consideró esencialmente peligroso para la consecución del orden social. Con la doctrina de la protección integral, la protección no tiene como finalidad un control social encubierto, sino más bien, la restitución de derechos en los (las) niños(as), que mediante un proceso tutelar hubieran probado su estado de abandono y por ende, una justificada intervención estatal”²⁴.

Con mayor precisión, conforme al manual recopilado por María Consuelo Barletta Villarán y Rossy Giuliana Gal'Lino Vargas Machucala *diferenciación* de la finalidad de la respuesta jurídico penal y tutelar ha sido un importante avance en la Doctrina de la Protección Integral, cuya máxima expresión es identificable en la Convención sobre los Derechos de Niño, sobre el particular señala sus principales características:

A. La familia extensa o ampliada debe involucrarse para prodigar protección a los niños, niñas y adolescentes, los miembros consanguíneos o afines de la familia deberán asumir el rol de brindar no solo atención a sus necesidades básicas y favorecer a su desarrollo integral, sino también favorecer a la orientación que deba tener lugar para su efectiva inserción social.

El artículo 5° de la Convención sobre los Derechos del Niño señala que “*Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada de la comunidad (...) de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención*”.

B. La protección por parte del Estado corresponde por la ausencia o imposibilidad de la familia (que incluye la familia extendida) de cumplir con el rol que ha sido señalado en el numeral anterior. En este extremo se señala

²³ GÁLVEZ ZAPATA, Martha Mirtha. *Se debe procesar penalmente a menores de catorce años que infringen la ley penal*. Diálogo con la Jurisprudencia. Tomo 149 - Febrero 2011.

²⁴ BARLETTA VILLARÁN, María Consuelo. *Derecho de menores y la finalidad del proceso tutelar ¿probar el estado de abandono o brindar protección?* Diálogo con la Jurisprudencia. Tomo 77 - Febrero 2005.

que brindar la atención integral en el Centro de Atención Integral del INABIF, solo será justificado cuando el niño o adolescente no cuente con una familia que se haga cargo de su atención de manera directa.

C. La finalidad de la intervención no podrá ser otra que restituir a una familia al niño, niña y adolescente exento de responsabilidad penal, a fin que esta cumpla con su rol y obligación de orientarlo hacia el conocimiento de los bienes jurídicos socialmente tutelados.

A fin de evitar que el ámbito tutelar encubra una respuesta penal, se hace necesario poner de relieve que la motivación de la intervención no es la afectación de un bien jurídico penalmente tutelado sino su (presumible) situación de abandono que se ha visto manifestada debido a la conducta antisocial a edad prematura realizada por el niño, niña o adolescente.

De esta manera, la intervención del Estado²⁵ en el ámbito familiar y vida privada se justifica en el interés superior del niño, niña o adolescente para garantizar su desarrollo integral y su efectiva inserción social, asumiendo su propia familia el rol que le compete a efecto que el investigado no vuelva a incurrir en estos actos antisociales.

La normativa ha diferenciado los supuestos del ámbito tutelar y del ámbito penal, indicando que solo se abrirá proceso penal al adolescente cuando sea presuntamente responsable como autor o participe de la trasgresión de un bien jurídico tutelado en la normativa penal, siendo su situación de abandono relevante solo en términos de atenuante, pero no para justificar una internación, así fuera la finalidad separarlo del entorno socio familiar hostil que favoreció a su conducta contraria a la ley penal.

Pero no todo queda ahí. Es muy importante considerar que si el Estado renuncia a toda intervención coactiva, como ya se ha señalado, excepto en los casos en que se ha cometido un delito, lo único que podría habilitarlo a intervenir, y no coactivamente, es en un supuesto de amenaza o violación de derechos del niño, adolescente o joven de que se trate. Presumir que detrás de la imputación de un delito dirigida a un niño hay siempre un derecho amenazado responde a la lógica tutelar. Por ello, como mínimo, habría que

²⁵ En este punto donde como señalan autores nacionales, se aprecia que es el propio Estado quien decide renunciar a su poder punitivo de carácter coactivo, toda vez que la población en referencia no tiene capacidad para asumir responsabilidades, permitiendo a su vez la participación activa e importante de organismos protectores y tutelares en favor de los niños.

invertir la regla. En lugar de funcionar con derivación automática²⁶, se debería verificar la supuesta situación de amenaza (a los derechos de los niños) y, recién entonces, efectuarse la derivación, y no reaccionar como consecuencia de la demanda social que genera el hecho excepcional de que un niño pequeño cometa un delito²⁷.

8. Conclusiones

- a) La doctrina de la situación irregular ya ha sido desterrada a nivel legislativo de nuestro país, resultando de aplicación la doctrina de la protección integral que es eminentemente garantista para los niños, niñas y adolescentes; sin embargo, en ciertos procedimientos, se observa un rezago de aquella doctrina ya proscrita. Dicha práctica reiterada (quizá de manera inconsciente) debe quedar eliminada en el sistema penal juvenil, y en el sistema penal tutelar.
- b) El sistema penal juvenil, como todo sistema ofrece mecanismos que evitan que se llegue a la judicialización de sus causas; en cambio, en el proceso tutelar instaurado para el niño infractor, no se prevé, (incluso creo que ni siquiera se debate) el hecho que ofrecer alternativas antes de llegar también a la judicialización de sus causas, como podría ser solicitar por parte del Ministerio Público la intervención del ente administrativo para evitar pasar por un procedimiento jurisdiccional, entre otras alternativas que se pueden plantear.
- c) Existen en la sociedad efectivamente diversas situaciones donde se evidencia que los niños, niñas y adolescente menores de 14 años si entran en conflicto con la ley penal para adultos, debiendo ofrecerse un tratamiento correspondiente pero con las garantías del caso, es decir, dentro de un debido proceso²⁸. El mismo que hasta la fecha

²⁶ La **derivación automática**, hace alusión a aquel momento que surge luego que se le ha imputado a un menor de 14 años, la comisión de un acto infractor. Resulta automática, porque la investigación que se realiza es prácticamente nula o meramente formal.

²⁷ BELOFF, Mary. *Algunas confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericanos*, en GARCÍA MENDEZ, Emilio. "Adolescentes y responsabilidad penal", Ad Hoc, Buenos Aires, 2001.

²⁸ BELOFF, Mary. *Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina*, en García Méndez, Emilio y Beloff, Mary (compiladores). "Infancia, ley y democracia en América Latina. Análisis Crítico del panorama legislativo en el marco de la convencional internacional sobre los derechos del niño (1990-1998)" Temis/Depalma. Bogotá, 1998. Sostiene la autora que "sin debido proceso es imposible establecer si efectivamente un niño ha cometido un delito o contravención". Al respecto en el Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia de Ica del año 2011,

Procedimiento y finalidad de las medidas de protección para el niño, niña y adolescente menor de 14 años que entra en conflicto con la ley penal

no existe pre determinado en la ley. Y mucho menos se establece las garantías correspondientes.

- d) La finalidad del proceso tutelar en el área penal, es restituir a una familia al niño, niña y adolescente exento de responsabilidad penal a fin que este cumpla con su rol y obligación de orientarlo hacia el conocimiento de los bienes jurídicos socialmente tutelados.
- e) La protección hacia la infancia nacional, tiene sustento en leyes y documentos, sin embargo, cuando se trata de dotarlo de recursos para efectivizar dicha protección surgen las carencias y la verdadera gestión del estado respecto de este sector de la población. Por eso el comité de expertos de las naciones unidas para los derechos del niño, solicita en sus informes que el avance legislativo y programático plasmado, sea también efectivo en términos de presupuesto y recursos para su cabal cumplimiento.

se tuvo como ponencia mayoritaria que: “la imposición de las medidas de protección previas en el artículo 242° del Código de los Niños y Adolescentes requiere que se acredite en forma indubitable la participación del menor favorecido mediante un proceso investigatorio”.

PIERO CALAMANDREI Y LA TUTELA CAUTELAR^(*)

REMO CAPONI^(**)

Resumen

Se pondera la notable contribución de Piero Calamandrei al estudio la tutela cautelar en la obra "Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari", considerada un clásico de la literatura del derecho procesal civil. El autor reflexiona sobre la habilidad de síntesis y carácter sistemático del pensamiento de Calamandrei que incluso hoy, a través de la experiencia europea, constituye un modelo de referencia que ha contribuido de manera decisiva a la distinción de las medidas cautelares, que están dirigidas a garantizar la eficacia de la función jurisdiccional.

Palabras clave: Tutela jurisdiccional, proceso civil, medidas cautelares.

Abstract

We remarkable the contribution of Piero Calamandrei, the study of the cautionary tutela in the work : "Introduzione allo studio sistematico del provvedimenti cautelari",

^(*) Título original en italiano: *Piero Calamandrei e la tutela cautelare*. Traducido al español por Yuri Tomero Cruzatt. Yuri Tomero es traductor del Centro de Estudios sobre América Latina de la Universidad de Bolonia. Miembro desde el 2013 de la "Associazione Italiana di Diritto Comparato". Cursa estudios de doctorado en Comparación Jurídica e Histórico Jurídica por la Università di Ferrara (Italia). Titulado de abogado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Hha realizado una estadia en el Max Planck Institute for European Legal History (MPIeR) - Alemania.

^(**) Remo CAPONI es profesor ordinario a tiempo completo de derecho procesal civil en la Universidad de Florencia desde el 2001. Ha enseñado Derecho de los contratos internacionales en la Universidad de Siena desde 1995 hasta el 2009. Ha enseñado Derecho procesal civil en la Universidad de Siena entre 1995 al 2000. Ha enseñado Introducción al derecho italiano en la Universidad de Bielefeld (República Federal Alemana) del 1989 al 1991. Becado de la Fundación 'Alexander von Humboldt de Bonn'. Ha colaborado con 'Foro italiano' del 1992 al 2013. Es miembro de 'International Journal of Procedural Law', 'Rivista di diritto processuale', 'Rivista trimestrale di diritto e procedura civile', 'Int'l Lis'. Asociaciones científicas e culturales: Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile (Consiglio direttivo), European Law Institute, ELI (Executive Committee), Accademia di diritto europeo, ERA (Comitato consultivo), Associazione internazionale di diritto processuale (Council), Wissenschaftliche Vereinigung für Internationales Verfah-renrecht e. V., Deutsch-italienische Juristenvereinigung, Associazione italiana "Alexander von Humboldt", Centro interuniversitario di ricerca e di studi sulla giustizia civile "Giovanni Fabbrini" (Board of the Directors).

which is considered a classic of the literature of procedural law". The author reflects on the ability of synthesis and systematic of Calamandrei thought, that even today through European experience, constitutes a reference model, which has contributed decisively in the distinction of precautionary measures which are aimed to ensure the effectiveness of the judicial function

Keywords: Judicial protection, civil process, precautionary measures.

Sumario

1.- Un clásico. 2.- Una genial intuición. 3.- El peligro de retraso. 4.- La teoría de Calamandrei en Europa. 5.- La teoría de Calamandrei y la dimensión colectiva, social de la justicia civil. 6.- La tutela cautelar y el Tribunal Constitucional. 7.- Piero Calamandrei y Alessandro Pekelis.

1. Un clásico

Llevo entre manos una edición original de la *"Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari"* de Piero Calamandrei¹. El libro me había fascinado mientras estudiaba para mi tesis de licenciatura. En 1986 decidí invertir el primer plazo de mi beca de doctorado en comprar libros. En primer lugar en la lista de mis deseos había la colección *"Opere giuridiche"* de Piero Calamandrei cuidada por Mauro Cappelletti desde 1965 hasta 1984 con la editorial Morano de Nápoles. La encontré. Pero también tuve la suerte de encontrar, en la librería del anticuario Gozzini en Florencia, una copia de 1936 del libro.

Normalmente se necesitan años para que una obra jurídica pueda considerarse "clásica"; eso solo después que se haya valorado su capacidad de influir sobre los estudios siguientes y de marcar un cambio decisivo en la práctica de tratar un solo tema durante un largo lapso temporal. Muy pocas son las obras que nacen como clásicas, que son clásicas en el mismo momento en que salen de la tipografía, por que este cambio se percibe al instante, tan solo con una rápida confrontación entre el contenido de estas obras y la literatura anterior. La *Introduzione* forma parte de las mismas. Cuando Piero Calamandrei la escribe, está en la cumbre de su carrera: un año antes publicó *"Elogio dei giudici scritto da un avvocato"*², otra obra que le dará mucha fama a lo largo del tiempo también gracias a sus traducciones en varios idiomas. Pero sobre todo, dieciséis años antes, él había publicado *"La cassazione civile"*.

¹ P. CALAMANDREI. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padua 1936.

² P. CALAMANDREI. *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Florencia 1935.

Esta obra monumental, que permanece como una de las mejores de la literatura italiana en el ámbito del derecho procesal civil, le había procurado ya una importante notoriedad y una notable estima también en Alemania³.

2. Una genial intuición

En la *“Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari”* hay ante todo una lección por lo que concierne al método. Según lo que el mismo Calamandrei escribe al empezar la obra, el texto contiene la parte introductora “de un curso sobre los procedimientos cautelares dirigido (...) a los estudiantes del segundo año” de la Facultad de Derecho de Florencia⁴. En esta concretización del modelo humboltiano de Universidad, en que se encuentran la investigación y la enseñanza a un nivel máximo, puede tomarse hoy algo singular.

También hay un ejemplo de síntesis: 162 páginas, índices incluidos. Capacidad de tomar lo esencial sin dilatarse en detalles inútiles. Otra habilidad de la que se carece hoy en día.

La contribución de Piero Calamandrei no es la primera en la reflexión sobre la tutela cautelar. Antes tuvimos el ensayo de Agostino Diana de 1909⁵ y las importantes páginas que Chioyenda dedicó al tema, antes en *“Principi di diritto processuale civile”*⁶ y después en *“Istituzioni di diritto processuale civile”*⁷. El autor relaciona las medidas cautelares con el principio que “el proceso tiene que garantizar, a quién tenga derecho y dentro de lo posible prácticamente, todo y justo lo que el mismo tiene derecho a conseguir” y

³ Cfr. E. SCHWINGE, *Grundlagen des Revisionsrechts. Rechtsdogmatisch rechtsvergleichend rechtspolitisch*, Bonn 1935.

⁴ Calamandrei recordará que en el decenio entre 1924 y 1934, la Facultad de Derecho de Florencia, sirviéndose de cierta flexibilidad de los ordenamientos didácticos que entonces se concedía a las universidades por la reforma Gentile, había dividido el cuatrienio de los estudios de derecho en dos bienios, el primero dedicado a la enseñanza en general de todas las disciplinas fundamentales, dada en forma de cursos introductorios con carácter informativo; el segundo dedicado a la enseñanza detallada de cada capítulo de las mismas disciplinas, o de disciplinas específicas incluidas en dichas enseñanzas, dada en forma de cursos monográficos complementados por ejercicios, con carácter predominantemente formativo [...]. De uno de estos cursos monográficos, creados día a día en la facultad a través de las discusiones con los mejores estudiantes, ha surgido, por ejemplo, mi obra sobre la *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*; así, Piero Calamandrei, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, advertencia a la primera edición, Padua 1941.

⁵ A. DIANA, *Le misure conservative interinali*, in *Studi senesi*, Turín 1909, 210 sgtes.

⁶ G. CHIOYENDA, *Principi di diritto processuale civile*, edición anastática de la tercera impresión, con prefacio de V. Andrioli, Nápoles 1980.

⁷ G. CHIOYENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Nápoles 1933.

llega a considerar “la acción aseguradora” como práctica general, aunque en un sistema que conocía una disposición de contenido análoga al actual art. 700 c.p.c. (Código procesal civil). Con eso la opinión de Chiovenda revelaba, por decir así, su principal “defecto”, o sea que “el dinamismo de su sistema requería por parte de los operadores prácticos y teóricos una capacidad de comprensión probablemente incobrable en las primeras décadas del siglo”⁸.

El “apremio de la legalidad”⁹, que de manera implícita es un elogio burgués de la jurisprudencia, impedirá que Calamandrei siga a Chiovenda en sus creaciones más atrevidas, por ejemplo en la acción aseguradora general considerada como instituto del derecho vigente (y además, fuera del campo de la tutela cautelar, como la acción naciente del contrato preliminar). De todas maneras es cierto que la obra del jurista florentino se rescata con una genial intuición de las constricciones de un análisis centrado en cada una de las medidas cautelares, para ofrecer una visión teórica general que, lo mismo que todas las concepciones auténticas y meditadas de esta natura, es a la vez puntualización del presente, individuación de las evoluciones sucesivas y además inicio de la concretización de semejantes tendencias. Es suficiente leer las últimas dos páginas del libro, las cuales casi constituyen un programa legislativo que luego efectivamente se realizó en sus características esenciales, como la introducción a un “poder cautelar general” y a una “tipología uniforme de procedimiento sumario cautelar”¹⁰.

3. El peligro del retraso

El carácter sistemático del pensamiento de Calamandrei incluso hoy constituye un modelo de referencia en la interpretación de la mayor novedad legislativa de los últimos veinte años en materia de tutela cautelar: la que fue introducida por la ley n. 80/2005 la cual, reuniendo propuestas formuladas hace tiempo en dicha materia y anticipadas en el proceso societario, ha interrumpido el nexo estructural entre medida cautelar y “causa de mérito”¹¹ en relación a la cesión de una de las medidas cautelares enumeradas por el art. 669-*octies*, inciso 6º, c.p.c. (en breve: medidas cautelares “anticipatorias”) dejando intacto ese nexo en relación a la cesión de medidas cautelares de contenido puramente “preventivo”.

⁸ Así, A. PROTO PISANI, *Chiovenda e la tutela cautelare*, en *Riv. Dir. proc.* 1988, 16 sgtes., esp. 34.

⁹ Así, P. GROSSI, *Stile fiorentino*, Milán 1986, 146 sgtes., esp.150.

¹⁰ Cfr. P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., 147.

¹¹ La “causa di merito” se refiere a la causa en la cual se conoce tanto el derecho como los hechos. (N. del T.)

En efecto, favorece la distinción entre las dos categorías de medidas; una reinterpretación, a través de la experiencia europea, de las páginas de Piero Calamandrei que han contribuido de manera decisiva en Italia a la elaboración de la distinción entre medidas cautelares conservativas y anticipativas¹².

De hecho, además de las medidas preventivas, en la experiencia europea pueden enumerarse tres tipologías de contenido por lo que se refiere a las medidas provisionales: las medidas que conservan la situación de hecho y de derecho con el objeto de asegurar la futura ejecución forzada; las medidas de reglamentación de una situación provisional; las medidas que anticipan el contenido de la disposición definitiva y que enseguida satisfacen, de manera parcial o total, el interés protegido por el derecho deducido en juicio¹³.

Calamandrei distingue medidas sumariales anticipadas, medidas dirigidas a asegurar la ejecución forzada, medidas dirigidas a adelantar las disposiciones decisorias, caución procesal¹⁴. Aparte de las cauciones procesales que son una tipología de medidas dirigidas a asegurar la ejecución forzada (de la condena a la indemnización de los daños producidos por la ejecución de una medida cautelar que resulta ser infundada), y las medidas preventivas, muy importante es la bipartición entre medidas preventivas (de la eficacia práctica de la ejecución forzada) y de las medidas anticipatorias (de las medidas decisorias).

En la opinión de Calamandrei, la categoría de medidas preventivas incluye las medidas provisionales pertenecientes al segundo y al tercer tipo de la actual experiencia europea (o sea las medidas disciplinarias de una situación provisional y las medidas anticipatorias del contenido de la disposición definitiva). Esta impostación se explica muy simplemente considerando que el jurista escribe su obra sobre la tutela cautelar cuando las medidas de la tercera tipología todavía no habían obtenido una marcada elaboración conceptual más formaban parte de la categoría de las medidas de regulación

¹² Para un discurso más amplio sobre este punto, v. R. CAPONI, *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale* (t. n. 80 de 2005), en *Foro it.* 2006, V, c. 69.

¹³ Cfr. R. STÜRNER, *Einstweiliger Rechtsschutz, General Bericht*, presentado en ocasión del coloquio de Bruxelles el 26 y 27 de octubre de 2001 por iniciativa de la Asociación internacional de derecho procesal y del Centro interuniversitario belga de derecho procesal, ahora en M. Storme (a cargo de), *Procedural Laws in Europe – Towards Harmonisation*, Antwerpen/Apeldoorn 2003, 143 sgtes.

¹⁴ Cfr. P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., 31 sgtes.

de una situación provisional, en particular según las características que éstos asumen en el ordenamiento alemán a través del § 940 *Zpo*.

Calamandrei escribe: “forman parte de ese [...] conjunto medidas con las que se establece temporalmente, a la espera de que a través del proceso ordinario sea formulada la decisión definitiva, una relación controvertida, de la incertidumbre de la cual, si esta perdurara hasta la emanación de la disposición definitiva, podrían derivar daños irreparables por una de las partes”¹⁵. Entre los casos típicos de esta categoría él incluye las denuncias de obra nueva y de daño eventual, las medidas provisionales y urgentes en el interés de los cónyuges y de la prole en el proceso de separación personal, la pensión alimenticia provisional, el secuestro de las cosas que un deudor ofrece por su liberación. En ese grupo “la medida cautelar consiste precisamente en una decisión anticipada y provisional del mérito, destinada a durar hasta que a esta regulación provisional de la relación controvertida se sobreponga una regulación conseguida de manera estable a través del más lento proceso ordinario”¹⁶.

Calamandrei individua un rasgo funcional común a las medidas incluidas en ese grupo, o sea que estas son dirigidas a neutralizar el peligro de retraso de la resolución definitiva¹⁷. Diferente pero igualmente merecedor de neutralización con respecto al peligro de infructuosidad práctica (conforme más bien a la ejecución forzosa). De tal manera, él favorece un notable avance en la teoría de las medidas cautelares en la experiencia italiana en oposición a la experiencia alemana, por entonces todavía atrapada en una visión de la tutela cautelar como esencialmente funcional a la utilidad en la práctica de la ejecución forzosa¹⁸. Dicho avance consiste en liberarse de la idea que el contenido que anticipa la disposición sea un rasgo excepcional de la tutela cautelar: una adquisición difícil por parte de la doctrina alemana, la cual a esta teoría se abre solo al final de los años sesenta del siglo XX, empezando

¹⁵ Así, P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., 38.

¹⁶ Así, P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., 38 sgtes.

¹⁷ Así, P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., 56 sgtes.

¹⁸ Recordamos que en el ordenamiento alemán la disciplina de las medidas cautelares está incluida en la sección quinta del octavo libro de la *Zivilprozessordnung*, dedicado a la ejecución forzosa.

por los estudios, aunque diversamente dirigidos, de Fritz Baur¹⁹ y de Dieter Leipold²⁰.

De esta manera la teoría de Calamandrei permite sostener eficazmente la conclusión que, con excepción del caso del secuestro, las demás medidas cautelares entran en la categoría de los procedimientos preventivos y, así por consiguiente, en la limitación del principio de instrumentalidad.

4. La teoría de Calamandrei en Europa

La idea de Calamandrei se abre eco también en Europa en un caso que se ha quedado sin solucionar por parte del tribunal de justicia y que es de los más sensacionales “por los protagonistas implicados y por la institución puesta en tela de juicio: el máximo órgano judicial inglés de entonces, la *House of Lords*, se pregunta si el principio, profundamente arraigado en el derecho constitucional aún antes que en el derecho procesal británico, según el cual al juez no se permite orientar *interlocutory injunctions* con finalidad cautelar en contra del gobierno”²¹ (más rigurosamente, en contra de la Corona: *the King can do no wrong*), pueda oponerse al derecho comunitario. El Tribunal establece que “la completa eficacia del derecho comunitario se encontraría reducida si una norma de derecho nacional impidiera al juez, llamado a dirimir una controversia disciplinada por el derecho comunitario, conceder medidas provisionales con el objetivo de garantizar la plena eficacia del pronunciamiento jurisdiccional sobre la existencia de los derechos invocados en apoyo al derecho comunitario”. “En tal situación, el juez no puede aplicar la norma de derecho nacional que impida la concesión de medidas provisionales”²². Esta perspectiva se desvela en las conclusiones, encargadas al abogado General Giuseppe Tesauro, las cuales aclaran de forma ejemplar la conexión entre la efectividad de la tutela jurisdiccional y las medidas cautelares con referencia a la doctrina clásica italiana, en el párrafo 12 de *Istituzioni di diritto processuale civile* di Giuseppe Chiovenda y en la *Introduzione* di Piero Calamandrei. Pero incluso antes el Abogado General – esta es una pequeña anécdota – va de exploración: trae desde Italia la obra de Piero Calamandrei y encarga la traducción al inglés de sus largas partes al servicio de traducción y interpretación del Tribunal de Justicia y hace que la

¹⁹ F. BAUR, *Studien zum einstweiligen Rechtsschutzes*, Tübingen 1967.

²⁰ D. LEIPOLD, *Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes im zivil-, verfassungs- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren*, Múnaco 1971.

²¹ N. TROCKER, *Il diritto processuale europeo e le “tecniche” della sua formazione: l’opera della Corte di giustizia*, en *Europa e diritto privato* 2010, 361 sgtes., esp. 388 sgtes.

²² Cfr. Tribunal de Justicia CE 19 de junio 1990, C-213/89, *Factortame*.

traducción sea repartida entre los jueces²³. El “arte mágico de escribir” de Piero Calamandrei puesto en evidencia por Franco Cipriani²⁴ (en realidad se trata de una calidad común a los dos) ha logrado de esta manera difundir su teoría en Europa.

5. La teoría de Calamandrei y la dimensión colectiva, social de la justicia civil

En una página que podemos definir dura por su contenido, Calamandrei sostiene que las medidas cautelares son dirigidas “más que a defender los derechos subjetivos, a garantizar la eficacia y, por decir así, la *seriedad* de la función jurisdiccional [...]. Las medidas cautelares están preparadas, más que en el interés del individuo, en el interés de la administración de la justicia, de la que garantizan el buen funcionamiento y además el buen nombre, que digamos. Si la expresión “policía judicial” no tuviera ya en nuestro ordenamiento un significado preciso, esta podría parecer apta a denotar la tutela cautelar”²⁵. Dicha página no ha podido escapar a la crítica de Franco Cipriani²⁶. No puede evitarse recordar esta página, al menos por incluirla eventualmente en una época ya superada, la de una exasperada orientación hacia el derecho público de la doctrina del proceso. Pero esta sería la interpretación más simple.

Este pasaje demuestra que la teoría de Calamandrei siempre ha sido orientada a captar la dimensión colectiva, social de los problemas de la justicia civil, incluso tratando de las instituciones más técnicas. Desde este punto de vista, el enfoque de Calamandrei no resulta para nada superado, más bien está a la vanguardia, ya que capta la oportunidad de conformar la doctrina del proceso civil en función de importantes objetivos de política pública, nuevos con respecto a la tutela jurisdiccional de los derechos individuales deducidos en juicio. De otra manera no se comprendería la evolución del derecho de la Unión europea, desde que la doctrina del proceso civil ha sido explícitamente conectada con la realización del mercado interno²⁷ y, más recientemente (con el Tratado de Amsterdam de 1997), con

²³ Se debe la citación de este episodio a la cortesía del prof. Giuseppe Tesaro.

²⁴ F. CIPRIANI, *Piero Calamandrei e la procedura civile*, 2a. edición revisada y ampliada, Nápoles 2009, 11.

²⁵ P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., 143 sgtes.

²⁶ F. CIPRIANI en nota a la reedición de la recensión de V. Andrioli, *Sull' "Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari" di Piero Calamandrei*, en *Foro it.* 2009, V. 205.

²⁷ El impulso fundamental hacia este enlace histórico viene de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular desde Trib. de Just. CE 10 de febrero 1994, C-398/92, *Mund & Fester*.

la creación gradual de un “espacio de libertad, seguridad y justicia”. Si no, no se entenderían las orientaciones que, si no se considera la historia de la justicia laboral, se destacan con evidencia en el ordenamiento italiano sobre todo a partir de la l. n. 80/2005, incluyendo las reformas de la justicia civil en los campos de acción por el desarrollo económico, social y territorial del país.

6. La tutela cautelar y el Tribunal Constitucional

Es superfluo señalar las etapas del éxito que la tutela cautelar, gracias al estudio de Piero Calamandrei, ha conocido en el ordenamiento italiano. En cambio es necesario recordar que todavía hay una frontera por atravesar: la emisión de medidas cautelares por parte del Tribunal Constitucional. En el ordenamiento alemán, algunos de los más importantes procedimientos delante del *Bundesverfassungsgericht* han conocido un pronunciamiento sobre una instancia cautelar, en particular de suspensión de la ley la cual constitucionalidad es puesta en tela de juicio. Reconocer que la aceptación de la instancia es una excepción, en el mismo modo en que ocurre en el ordenamiento alemán, es algo. Rechazar la idea que esto sea compatible con el papel del Tribunal Constitucional en el sistema, como se propende a afirmar en el ordenamiento italiano, es otra cosa. Esto esconde la escasa capacidad de familiarizar con este instrumento y es producto de una insuficiente habilidad de argumentación²⁸. En particular, cuando se trata de leyes que requieren un empeño y un esfuerzo de organización notables, no puede evitarse que el peso de los hechos consumados antes del pronunciamiento del Tribunal, que no pueden ser eliminados (mejor dicho, pueden eliminarse, pero con mucha dificultad), influya en el balance constitucional y juegue un papel fundamental en favor de los argumentos útiles para salvaguardar la ley cuya constitucionalidad se duda. Por una parte puede aceptarse esta situación inaceptable y por otra parte puede evaluarse seriamente la alternativa de la suspensión cautelar *erga omnes* de la eficacia de la ley. *Tertium non datur*. Pensemos, por ejemplo, en el juicio de constitucionalidad de la ley reciente que ha introducido la tentativa obligatoria de mediación por un número notable de conflictos (d.lgs. n. 28/2010).

²⁸ Sobre el tema, ver A. GRAGNANI, *La cognizione cautelare nel processo costituzionale: L'esperienza del tribunale costituzionale federale tedesco*, en *Riv. dir. Cost.* 2005, 157 sgtes.

8. Piero Calamandrei y Alessandro Pekelis

Antes de terminar ese tema, han suscitado atención en mí las últimas líneas de la advertencia inicial de la *Introduzione*: "(...) que mi esperanza no será decepcionada, se demostrará en esta misma *Collezione* por el volumen, ya anunciado, sobre la teoría de las medidas cautelares, gracias al ingenio agudo de Alessandro Pekelis"²⁹. Dicho libro nunca fue escrito: dos años después se aprobarán en Italia las infames leyes raciales y Alessandro Pekelis, hebreo ruso de Odessa llegado a Italia al principio de los años veinte, será obligado a refugiarse en los Estados Unidos con su familia. Me puse a seguir otros rastros de material documental, como quizás habría hecho Franco Cipriani, en busca de contactos sucesivos entre Piero Calamandrei y Alessandro Pekelis en aquel periodo tan difícil. Mi búsqueda ha sido premiada. En una página del libro de memorias de Carla Pekelis³⁰, mujer de Alessandro, se cuenta que en torno al final del año 1941 la familia Pekelis se encontraba en Lisboa, a la espera de que obtuvieran los visados para emigrar a Estados Unidos. Las autoridades estadounidenses titubeaban: esperaban una prueba de la identidad política de Alessandro Pekelis y esa prueba llegó gracias a la ayuda de Piero Calamandrei: "cuando telegrafiamos a Piero Calamandrei, profesor en la Universidad de Florencia y amigo muy estimado, pidiéndole un recorte del artículo" (de un periódico fascista a través del cual se criticaba personalmente a Alessandro Pekelis) "lo hicimos con cierta perplejidad. ¿Nuestra petición podía procurarle problemas? (...). el recorte del artículo llegó muy rápido (...). ¡Dios te bendiga, Calamandrei! El artículo fue decisivo para alcanzar el objetivo. El día 20 de noviembre, después de una ceremonia que duró cinco horas, nos concedieron oficialmente los visados americanos".

²⁹ P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., VIII.

³⁰ C. PEKELIS, *La mia versione dei fatti*, Palermo 1996, 167 sgtes.

LA PRUEBA DE OFICIO A PARTIR DE LA MODIFICATORIA DEL ARTÍCULO 194° DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

MARTÍN ALEJANDRO HURTADO REYES*

Resumen

Con el presente artículo el autor examina la prueba de oficio a partir de la modificatoria introducida por la Ley N° 30293. Para ello, analiza los elementos que la integran: a) excepcionalidad de la prueba de oficio; b) insuficiencia de prueba; c) fuente de prueba citada por las partes; d) prohibición de suplir a las partes en la carga de la prueba; e) aseguramiento de la contradicción; f) impugnabilidad de la decisión; g) prueba de oficio en segundo grado; y, h) prohibición de nulidad de sentencia por ausencia de prueba de oficio; en virtud de lo cual concluye que se ha perfilado el uso condicionado de la prueba de oficio, quedando de la lado la posibilidad de su uso indiscriminado y arbitrario por parte del juez, pudiendo ser impugnable su decisión si no cumple con los elementos antes expuestos, en aras de mantener su deber de imparcialidad.

Palabras clave: Prueba de oficio, carga de la prueba.

Abstract

With the presente article , the autor examines the trade test from the law amending N. 30293. In this way, it analyzes the elements that comprise it: a) exceptionality trade test ; b) test failure; c) source of evidence cited by legal parties; d) prohibition of supplying the parties of the burden of proof., e) contradiction assurance: f) contestability of the decision; g) trade test in second grade: and h) prohibition of nullity sentence for lack of proof., under which concludes the conditional use of the shaping trade, leaving aside the possibility of its arbitrary and indiscriminate use by the judge which decision may be challenged if doesn't accomplish with the above in order to maintain its duty of impartiality

Keywords: Trade test, burden of proof.

* Doctor en Derecho y magíster en Derecho Civil y Derecho Procesal, profesor de la Maestría en Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad San Martín de Porres y Universidad Nacional Mayor de San Marcos, profesor principal de la Academia de la Magistratura y juez superior de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Sumario

1.- Introducción. 2.- Planteamiento del problema. 3.- El artículo 194° del Código Procesal Civil. 4.- Elementos a considerar para ordenar la prueba de oficio. 4.1.- Excepcionalidad de la prueba de oficio. 4.2.- Funciona cuando hay insuficiencia de prueba. 4.3.- La fuente de prueba debe ser citada por las partes. 4.3.1.- Fuente de prueba y medio de prueba. 4.3.2.- Sentido en el que se debe entender la disposición. 5.- El juez no debe reemplazar a las partes en la carga de probar. 6.- Debe asegurarse la contradicción. 7.- Impugnabilidad de la decisión. 8.- Prueba de oficio en segundo grado. 9.- Prohibición de nulidad de sentencia por ausencia de prueba de oficio. 10.- Conclusiones.

1. Introducción

La prueba de oficio en el proceso civil es un tema harto polémico, pese a ello, parece difícil encontrar a un juez en nuestro país que no haya hecho uso de ella en los procesos a su cargo, siendo más bien –me parece– un mecanismo procesal de uso cotidiano.

En ese sentido, la prueba de oficio es de uso cotidiano en los tribunales de justicia (por jueces de primer grado y por jueces de apelación), pese a que existen posiciones discrepantes en la doctrina sobre este particular (rechazada por aquellos teóricos que defienden la tesis garantista y apoyada con determinados límites por los que defienden la posición eficientista).

Sin embargo, el uso cotidiano y probablemente un uso sin la menor reflexión sobre su problemática de la prueba de oficio es la que –posiblemente– la pudo haber convertido en un arma muy peligrosa que podría afectar la imparcialidad del juez y convertir al juez en “abogado” de una de las partes, lo cual, sería en el fondo una afectación de los derechos fundamentales de naturaleza procesal de los sujetos del proceso.

Esta problemática que presenta la prueba de oficio en los tribunales de justicia toma mayor trascendencia a partir de la modificatoria del artículo 194 del Código Procesal Civil (en adelante CPC), por lo que nos involucramos en la tarea de ver que panorama se presenta ahora con el cambio legislativo.

2. Planteamiento del problema

Pretendemos analizar la prueba de oficio a partir de la modificatoria producida con la Ley N° 30293, concretando nuestro análisis en todos los elementos que aparecen incorporados en el nuevo texto.

Por un lado, se busca establecer a qué se refiere el artículo 194° del CPC cuando indica que la prueba de oficio es excepcional, cuál es el alcance de la frase referida a que la fuente de prueba haya sido mencionada por las partes, obviamente partiendo de la diferencia entre fuente y medio de prueba.

De otro lado, buscamos establecer en qué consiste actualmente la impugnación de la decisión judicial que ordena la prueba de oficio; pretendemos identificar si es realmente inimpugnable o se trata de una impugnación condicionada, entre otras situaciones contenidas en el artículo en comento, dentro de las cuales analizaremos la prueba de oficio ante el juez de la apelación.

Haremos un análisis de cada uno de los elementos que se han incorporado con la modificatoria del artículo 194 buscando perfilar lo que se ha pretendido con la modificatoria, intentando establecer si el cambio brinda una mejora en su aplicación.

3. El artículo 194° del Código Procesal Civil

El texto originario del artículo 194° del CPC era muy lacónico, pero al parecer precisaba que en relación a la prueba de oficio se requería por un lado de la insuficiencia probatoria desde la óptica del juez, también el deber del juez de motivar la decisión (justificarla) con la que se ordenaba la prueba de oficio y finalmente para decir sin la mayor precisión que la decisión era inimpugnable.

El texto originario de la prueba de oficio se regulaba en el artículo 194° del CPC con el siguiente texto: *“Cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el Juez, en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales que considere convenientes”*.

Con la modificatoria el artículo 2° de la Ley N° 30293 presenta un nuevo perfil de la prueba de oficio, estableciéndose en el artículo 194° del CPC el siguiente texto:

“Excepcionalmente, cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción el Juez de Primera o de Segunda Instancia, ordenará la actuación de los medios probatorios adicionales y pertinentes que considere necesarios para formar convicción y resolver la controversia, siempre que la fuente de prueba haya sido citada por las partes en el proceso. Con esta actuación probatoria el Juez cuidará de no reemplazar a las partes en su carga probatoria, y deberá asegurarles el derecho de contradicción de la prueba.

*La resolución que ordena las pruebas de oficio debe estar debidamente motivada, bajo sanción de nulidad, siendo esta resolución **inimpugnable**, siempre que se ajuste a los límites establecidos en este artículo.*

*En ninguna instancia o grado se declarará la **nulidad de la sentencia** por no haberse ordenado la actuación de las pruebas de oficio” (resaltado nuestro).*

Por lo cual, la tarea en que nos embarcamos en este breve trabajo buscará desarrollar cada uno de los elementos que integran la prueba de oficio, los cuales según nuestra opinión se focalizan en lo siguiente: i) excepcionalidad de la prueba de oficio; ii) funciona cuando hay insuficiencia de prueba; iii) la fuente de prueba debe ser citada por las partes; iv) el juez no debe reemplazar a las partes en la carga de probar; v) debe asegurarse la contradicción, vi) impugnabilidad de la decisión; vi) prueba de oficio en segundo grado; y, vii) prohibición de nulidad de sentencia por ausencia de prueba de oficio.

4. Elementos a considerar para ordenar la prueba de oficio

Como ya dijimos la posibilidad de prueba de oficio en la práctica judicial ha presentado un sin número de problemas y por su propia naturaleza tiene muchos reparos en la doctrina, sobre todo por aquellos teóricos que defienden la tesis garantista en el derecho procesal, siendo admisible la prueba de oficio –con algunos límites- por aquellos que defienden la tesis de eficientista. Veremos con el contenido de la modificatoria del CPC qué perfil presenta ahora el CPC al desarrollar los elementos y límites a la prueba de oficio.

Aunque debemos advertir que la incorporación de la prueba de oficio en un CPC no debería implementar en determinado ordenamiento procesal la posibilidad de un juez defensor de la partes, pues siempre hay límites en realizar esta actividad, no se trata de una actividad arbitraria ni de discrecionalidad absoluta, sino sujeta a límites que no permiten afectar los derechos fundamentales de naturaleza procesal, sobre todo el debido proceso en relación a la indefensión.

Pasó mucha agua bajo el puente desde que entró en vigencia el CPC en el año 1992 con respecto de la aplicación de la prueba de oficio en los procesos civiles, estas experiencias –en mi opinión- propiciaron la modificatoria del Código, estableciendo límites y precisiones para hacer uso de la prueba de oficio en el proceso civil.

En ese sentido, tenemos como premisa central en la modificatoria al CPC que se han establecido determinados límites para que el juez haga uso en los procesos civiles de la prueba de oficio, éstos límites perfilan un juez civil menos comprometido con la carga probatoria en el proceso o por lo menos un juez que no busca reemplazar a las parte en esta carga, teniendo como límite inicial que la prueba de oficio es excepcional.

4.1 Excepcionalidad de la prueba de oficio

Este límite en la prueba de oficio a partir de la modificatoria deja claro que esta actividad en el proceso no es de uso corriente en el proceso, que solo debe hacerse en situaciones especiales.

Ello significa que el juez no puede considerarse comprometido con el aporte de material probatorio para resolver el caso, sino por el contrario, esta situación debe ser una especie de última ratio en el proceso.

Este límite no fue impuesto expresamente por la disposición procesal originaria, se ha implementado con la modificatoria del CPC y debe ser tomado en cuenta por los jueces al momento de decidir si hace uso de la prueba de oficio.

Pero, conviene señalar cuáles serían las situaciones de excepcionalidad que se deben considerar para ordenar la prueba de oficio. En mi opinión esta situación de excepcionalidad se relaciona directamente con la insuficiencia de prueba, vinculada a una situación de incertidumbre por ausencia de pruebas, lo que llama PARRA QUIJANO deficiencia probatoria por vacío cognoscitivo.

Para evaluar el uso de la prueba de oficio, en el proceso se debe presentar determinado problema de prueba, básicamente que el juez se encuentre en una situación que lo lleve a considerar que no es suficiente los medios de prueba incorporados por las partes para resolver el conflicto, es incierto el resultado del conflicto con lo aportado por las partes, básicamente aquí nos encontraríamos en un supuesto de ausencia de determinados medios de prueba.

Aunque como se podrá advertir que la situación no es tan sencilla ya que presenta mayores complejidades, sobre todo cuando el juez encuentra enfrentados dos elementos de suma importancia en la prueba de los hechos: la carga probatoria (a quien le correspondía probar) y la posibilidad de actuar prueba oficiosa (actividad probatoria oficiosa).

Esta complejidad la resalta RAFFO VELÁSQUEZ quien analiza si la potestad de prueba de oficio es excepcional, alternativa o subordinada, precisando como supuestos: i) la relación entre carga de la prueba y la “prueba de oficio” es de alternatividad, es decir, que queda a discreción del juez decidir qué instituto aplicar; ii) la relación es de subordinación, donde ante la indecisión, debe agotarse la prueba de oficio y solo de mantenerse la incertidumbre, aplicar la carga de la prueba; iii) una relación de subordinación inversa, donde la regla sea aplicar la carga de la prueba y solo en forma rarísima o, excepcional, aplicar la prueba de oficio¹.

En cualquiera de estas situaciones corresponderá al juez decidir su uso o no la prueba de oficio, cautelando siempre los derechos de las partes involucradas, sin dejar de lado la tesis de la disposición que refiere a una actividad de última ratio.

Por su parte ALFARO señala que la expresión “*excepcional*”, quiere decir que el juez no siempre lo utiliza sino de manera extraordinaria o complementaria, dependiendo de las circunstancias de cada caso concreto; específicamente si del estudio de los hechos afirmados por las partes advierte uno o varios aspectos que adolecen de insuficiencia probatoria, lo que desde luego, no necesariamente acontecerá en todos los casos².

4.2 Funciona cuando hay insuficiencia de prueba

Conviene ahora establecer a partir de lo señalado en el acápite anterior cuándo se presenta la insuficiencia probatoria en un proceso, ya que solo estableciéndose esta situación se dará cumplimiento a lo que se refiere el artículo 194° del CPC, dando paso –en teoría– a la utilización de la prueba de oficio, en otras palabras habilitaría al juez a utilizar la prueba de oficio de forma excepcional.

En el proceso civil solo las partes son las llamadas a aportar los hechos relevantes de la controversia y también a ofrecer los medios de prueba que

¹ Raffo Velásquez señala que el segundo párrafo del artículo 194° del CPC exige que la actuación de pruebas de oficio se haga sin alterar la carga de la prueba, eso significa que el legislador pretende evitar el modelo de acercamiento a la verdad y/o quiebre la relación de simetría que debe existir entre las partes. Es decir la prueba de oficio debe estar en un punto tal que no beneficie a uno y perjudique al otro. VELÁSQUEZ MELÉNDEZ, Raffo (2015). *Líneas generales de las “pruebas de oficio” ¿Por qué, dónde, cuándo y cómo usarlas?*. En: *Gaceta Civil y Procesal Civil*, Tomo 22/abril 2015, pp. 249-271.

² ALFARO VALVERDE, Luis. (2015). *Reforma de los poderes probatorios del juez. Hacia una mejor comprensión de las “prueba de oficio*. En: *Gaceta Civil y Procesal Civil*, Tomo 23/mayo 2015, pp. 255-274.

acreditan esos hechos; por el contrario, el juez no está en posibilidad de aportar hechos (ni inventar hechos no aportados por las partes) ni omitir hechos esenciales aportados por las partes (incongruencias fáctica), entre tanto, también estaría inhabilitado para ofrecer medios de prueba para probar los hechos aportados por las partes, pues se corre el riesgo de convertir al juez en un abogado de las partes.

Eh aquí la situación problemática que se presente en la cuestión, porque si en principio el juez está impedido de aportar hechos, debería estar impedido también de ofrecer medios de prueba para probar los hechos aportados por las partes.

Sin embargo, se admite que de manera excepcional y cuando la defensa técnica de las partes tenga deficiencias en el aporte del material probatorio para acreditar los hechos central de la controversia que el juez incorpore medios de prueba que le ayuden a solucionar la litis.

No siempre la defensa técnica de las partes (léase los abogados que las defienden) es la correcta y muchas veces se cometen errores garrafales de defensa que no le permiten al juez darle la razón a una de las partes, esto se propicia por la poca diligencia o muchas veces pericia del abogado de la parte en ofrecer todos los medios de prueba que fueran necesarios para acreditar las afirmaciones de los hechos.

Esta podría ser entendida como una situación (deficiente defensa técnica del abogado) en la que se propicie como factor generador de que en el proceso se presente el supuesto de insuficiencia de prueba.

Si no se presentan situaciones en el proceso que acrediten una deficiencia probatoria por las partes, el juez se encontraría limitado (impedido) para ordenar prueba de oficio, pues de lo contrario se estaría convirtiendo en abogado de una de las partes, perdiendo la condición de sujeto imparcial en el proceso, quebrantando en consecuencia el derecho al debido proceso y tutela judicial efectiva de las partes. El juez, entiendo, no debe comprometerse en la actividad probatoria de las partes, salvo que la deficiencia probatoria sea manifiesta y que no sea posible solucionar el caso con la prueba aportada por las partes.

4.3 La fuente de prueba debe ser citada por las partes

Al inicio del presente artículo referíamos que la modificatoria del artículo 194° del CPC impone límites al juez para el uso de la prueba de oficio, señalando que no se trata de una actividad arbitraria ni de discreción

absoluta, dentro de los límites que se deben tomar en cuenta por el juez considerábamos a la excepcionalidad, insuficiencia probatoria, no reemplazar a las partes, contradicción, entre otros.

Ahora bien, consideramos que el elemento que ahora analizamos está vinculado a una especie de presupuesto que debe darse para que el juez haga uso de la prueba de oficio, es decir, que se debe dar necesariamente para ordenar la prueba de oficio.

La situación especial que se debe presentar –entre las otras que ya se han numerado- para ordenar la prueba de oficio es que la “la fuente de prueba debe ser citada por las partes”, pero, corresponde referirnos previamente - antes de ingresar a la interpretación de esta frase en el artículo 194° del CPC- al aporte doctrinario respecto a la denominada fuente de prueba, vinculando a lo que aporta la teoría sobre el medio de prueba, ello nos ayudará sobremedida para atender a que se refiere en realidad la modificatoria.

4.3.1 Fuente de prueba y medio de prueba

Evidentemente, las partes en el proceso parten de la afirmación de hechos vinculados a su pretensión o su defensa, estos hechos deben estar estrechamente relacionados a lo que se discute en el proceso; sin embargo, toda la información para la verificación, contrastación, comprobación de la existencia o inexistencia de estos hechos (verdad de los hechos afirmados), se ubica fuera del proceso, existe antes que él, es por ello que se requiere de mecanismos idóneos, útiles, lícitos, pertinentes para llevar la información fuera del proceso a su interior.

La información relevante para el proceso se encuentra en las “*fuentes de prueba*” y los mecanismos de los que se valen las partes y el juez - en su momento - para incorporar dicha información al proceso se denominan “*medios de prueba*”.

La fuente de prueba contiene información sobre hechos vinculados al proceso y que resultan relevantes para el propósito de las partes, en la tarea de convencer al juez respecto de la veracidad de sus afirmaciones, no obstante esta información se encuentra fuera del proceso, por lo que, se dice que la fuente es pre procesal, porque existe antes del proceso y además es extraprocesal, debido a que se encuentra fuera del proceso. Aunque la doctrina ha puesto objeción a la afirmación de que la fuente es anterior al proceso y que se ubica fuera de él, poniendo como ejemplo a la pericia, la cual no es posible ubicarla antes del proceso. Aunque para que cuadre en el

criterio esbozado, se señala que se debe ubicar un hecho que realmente sea exterior al proceso, que deba ser examinado por el perito e informar sobre el particular al juez.

Es SENTÍS MELENDO quien expresa magistralmente la idea de fuente de prueba y medio de prueba³: “Todas las fuentes son anteriores al proceso y se incorporan a él haciendo uso de los medios de prueba, la fuente es el documento, el medio es su aportación a los autos, la fuentes es el conocimiento que tiene el testigo, el medio es la declaración que preste, la fuente es la cosa u objeto que se somete al perito, el medio de este examen juntamente con el dictamen pericial⁴.

EFRAÍN QUEVEDO⁵ precisa que el debate acerca de las fuentes y los medios de prueba se ha visto perturbado más de una vez por diferencias terminológicas, dificultándose, por esa vía, el intercambio de ideas; es por ello necesario hacer un esfuerzo para describir, primero, la realidad del proceso, someterla a una cuidadosa interpretación científica y por último, proponer rótulos para su designación. Esta última tarea conviene ajustarse, en todo lo posible, a los usos tribunalicios y la tradición legislativa, para que la construcción final resulte inteligible para los prácticos y no ofrezca resistencias su utilización; en este punto, quizás, haya que repensar las ideas Canneluttianas para adaptarlas a nuestro tiempo y realidad. Cuando los prácticos y las legislaciones emplean el término “medio” de prueba (no es usual el vocablo “fuente”) no entienden referirse a la actividad perceptiva y deductiva del juez (elemento subjetivo) sino a la realidad externa que con aquella se aprehende para llegar al conocimiento de los hechos o en todo caso, al procedimiento regulado por la ley para que esa realidad quede a disposición del juzgador.

Es posible que la información que contienen las fuentes de prueba nunca llegue al proceso o es posible que sí. Estas fuentes contienen datos fácticos de

³ “ (...) Ello debido a que a partir de la distinción existente entre fuente de prueba (entendida como realidad extra procesal independiente al proceso) y medio de prueba (que vendría a ser un acto procesal, esto es, una realidad interna al proceso, y por medio del cual la fuente de prueba es ingresada al proceso), es posible determinar que la declaración de nulidad de un proceso únicamente acarrea la invalidez de los medios de prueba inherentes al mismo, mas no así de las fuentes de prueba (Cfr. STC Exp. N° 00003-2005-AI/TC, fundamentos 128, 129; Exp. N° 00010-2002-AI/TC, fundamento 160)”. STC No. 05822-2007-PHC/TC.

⁴ Citado por FALCÓN, Enrique M. (2005). *La recolección probatoria en el proceso civil*. En: *Revista de Derecho Procesal*, 2005-I: Prueba, Tomo I, Dirigido por Rolando Arazi, Santa Fe, pp.113 a 130.

⁵ QUEVEDO MENDOZA, Efraín I. (2006). *Medios y fuentes de prueba*. En: “La Prueba. Libro en memoria del Profesor Santiago Sentís Melendo”, p. 127.

lo que en alguna oportunidad y lugar ocurrió en la realidad, hechos reales, acontecimientos. Ahora bien, si las partes requieren llevar al conocimiento del juez la existencia de estos hechos de la realidad porque son relevantes para sustentar su pretensión o su defensa, entonces, deben hacer uso de aquellos instrumentos procesales que posibiliten el ingreso de toda aquella información de la fuente de prueba al proceso, para lo cual harán uso de los medios de prueba.

Entonces, podemos decir que la fuente y medio de prueba son dos conceptos vinculados estrechamente, el primero es necesariamente pre procesal en tanto que el segundo solo se presenta en el proceso. Los medios de prueba sirven para que el juez pueda tomar conocimiento de los hechos extraprocesales vinculados al proceso. La fuente tiene existencia aun sin que se genere el proceso, pre existe al proceso⁶, el conocimiento que tiene de determinados hechos, se introducirán al proceso a través de los medios de prueba. Por ello, los medios de prueba solo tienen utilidad y se desarrollan dentro del proceso, es su hábitat natural, fuera de él no tienen ningún tipo de relevancia⁷. Medios de prueba son los instrumentos que permiten al juez la apreciación sensible del objeto de la prueba; si lo queremos decir de otra manera, son los instrumentos de que se valen las partes para hacer posibles la apreciación judicial de dicho objeto⁸.

Así, el sujeto que presenció un accidente de tránsito, en el que una persona con su vehículo atropella a otra y la deja gravemente herida y apoya al herido para su conducción a centro médico, constituye evidentemente fuente de prueba, pues a partir de este acontecimiento, tiene en su poder información relevante sobre lo ocurrido, de primera mano, por lo que se

⁶ La noción de fuente de prueba se haya constituida por el dato obtenido merced a los medios previstos o autorizados por la ley adjetiva (el testimonio, el documentos, la confesión, etc.) y existe, a diferencia de lo que ocurre con éstos, con prescindencia del proceso. DE SANTO, Víctor (1992). *La prueba judicial, teoría y práctica*. p. 31.

⁷ Sobre la discusión *numerus clausus* o *apertus* de los medios de prueba el procesalista español Montero Aroca ha señalado que si la fuente es algo extrajurídico que existe independientemente del proceso, no es conveniente que la leyes pretendan realizar enumeraciones taxativas de ellas, porque el paso del tiempo las convertirá en obsoletas, al irse inventando o descubriendo nuevas fuentes. Estas, por tanto, deben quedar indeterminadas. Lo que las leyes deben regular son los medios de prueba, entendidos como actividad que es preciso realizar para incorporar la fuente al proceso, y estos medios, después de la regulación legal, serán siempre *numerus clausus* porque las únicas actividades procesales posibles son las legales, sobre todo si se tiene en cuenta que la actividad jurisdiccional está sujeta al principio de legalidad. MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Alberto MONTÓN y Silvia BARONA (2000). *El nuevo proceso civil*. Editorial Tirant le Blach.

⁸ GIMENOSENDRA, Vicente (2005). *Derecho procesal civil*. Tomo I, Editorial Colex, p. 200.

podría decirse que es fuente primaria. Es posible que si el sujeto que sufrió el accidente nunca se entere que hay alguien que observó el evento, por tanto esa fuente de prueba nunca brindará información al proceso, pero si lo sabe por alguna circunstancia hará uso de la prueba testimonial (medio de prueba), para que toda la información que tiene esta fuente con su declaración testimonial llegue al proceso y sea de conocimiento del juez. En este caso como vemos la calidad de fuente recae sobre un sujeto, quien tiene conocimiento sobre determinados hechos del pasado⁹. Lo mismo ocurriría si la fuente de prueba fuera una o ambas partes del proceso y se les solicita la declaración de parte.

Las partidas de nacimiento, de matrimonio o de defunción son documentos públicos que contienen información sobre un evento ocurrido en lugar y fecha determinada, dan cuenta de hechos sucedidos en el pasado con respecto a personas, nacimiento, nupcias y fallecimiento, respectivamente. Sin embargo, esta información es extra procesal, formará parte del proceso, si las partes o el juez las incorporan a través de los medios de prueba, en este caso concreto a través de la prueba documental (medio de prueba), solo así, el juez podrá en su momento tomar conocimiento de estos hechos ocurridos antes del proceso. En este caso la fuente de prueba no corresponderá a una persona, sino a un documento que contiene información sobre hechos del pasado, relevantes para el proceso. Igualmente tendrán la condición de fuente de prueba los contratos privados, las minutas, las escrituras públicas, los títulos valores y cualquier otro documento privado en el cual se hayan insertado hechos o acontecimientos, que sean producto de una declaración de voluntad válida o inválida.

Determinado lugar en el que se llevó a cabo un hecho (que no es documento ni persona) puede ser fuente de prueba en un proceso judicial, por ejemplo el lugar donde se produjo el accidente de tránsito al que hemos hechos referencia anteriormente, si las partes pretenden que el juez tome conocimiento de la señalización, de que se trata de una vía rápida, que hay

⁹ Cabañas García sobre el particular tiene un punto de vista interesante, señala que si la fuente es el hecho mismo sometido a captación, que solo tiene una coordenada espacio-temporal, su realidad es finita, pretérita e instantánea, porque se trata del suceso histórico en si. La fuente entonces, siendo en si la circunstancia histórica, nace y muere como tal en el mismo momento de consumarse, y no es posible preservarla, hecha la salvedad de aquellas de tipo permanente. Esto convertiría en la mayor parte de las ocasiones a la fuente de prueba en un objeto ideal e incognoscible. De hecho la fuente no sería tal por falta de control sobre su materialidad. CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos (1992). *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil*. Madrid, p. 24.

un puente peatonal, que es una zona de alto tráfico, de las condiciones climatológicas del lugar, la visibilidad, etc. por ejemplo para afirmar que el accidente se produjo por imprudencia de la víctima, entonces utilizarán la prueba de inspección judicial¹⁰. Aquí la fuente de prueba no es un sujeto ni un documento, la información o el conocimiento de determinados hechos no está contenida en esta fuente, esta más bien es distinta, se trata de que el juez a través del medio probatorio (de parte o ex officio) tome conocimiento de hechos que son gravitantes para el proceso y que fueron propuestos por las partes al sustentar su pretensión o en su defensa. Durante la labor de observación (inspección) realizada por el juez, este podrá constatar hechos vinculados a lo afirmado por las partes en el proceso, luego procesará esta información (utilizado el método inductivo y deductivo) para llegar a la conclusión de si el hecho afirmado por los sujetos del proceso corresponden a la realidad o no. Esta misma operación la realiza el juez cuando actúa una inspección judicial en los procesos judiciales en los que se pretende determinar el área ocupada, cuando hay discrepancia sobre la misma, en tema de linderos y áreas, en los interdictos, pretensiones de reivindicación para definir el área del predio a restituir, medianería, etc.

Ahora bien, conviene precisar que no siempre la fuente de prueba aporta información al juez para proporcionarle elementos que lo ayuden a decidir, pues es importante precisar que de toda la información recibida a través de este mecanismos, el juez deberá previamente procesar todos los datos recibidos respecto de los hechos ocurridos en la realidad y aceptar como verdaderas solo las premisas que según su entender se encuentran corroboradas con los hechos que aportan las fuentes de prueba. Es el típico ejemplo de los testigos (prueba muy venida a menos y con poca ascendencia sobre el juez) no todo lo que diga el testigo respecto de lo que le consta de los hechos del proceso convencerán al juez, pues estas testimoniales deben siempre aparecer corroboradas con otro medio de prueba o con un indicio, por si solas muchas veces no sirven para establecer la veracidad de los hechos ante el juez, respecto de que un hecho se produjo de tal o cual forma en la realidad. Corresponderá exclusivamente al juez efectuar un procesamiento adecuado de la información proporcionada por esta fuente, a esto suele llamarse interpretación de la prueba.

¹⁰ La prueba directa por percepción. Consiste en el contacto inmediato de la persona del juez con los objetos o hechos que habrían que demostrarse en juicio. Puede decirse que la prueba más eficaz es aquella que se realiza sin intermediarios, y en ese sentido, el primero de todos los medios de prueba, desde el punto de vista de su eficacia, es la inspección judicial. COUTURE, Eduardo J. (2005). *Fundamentos de derecho procesal civil*. Editorial IB de F, p. 216.

Es importante la distinción efectuada por ARAZI quien busca la utilidad de la diferencia, reserva al término medio de prueba a la actividad del juez, de las partes o de terceros, desarrollada dentro del proceso, para traer fuentes de prueba; esa actividad se realiza de la manera indicada en cada ordenamiento procesal. En cuanto a las fuentes de prueba, ellas son las personas o las cosas cuyas existencias son anteriores al proceso o independientes de él, que tiene conocimiento o representan el hecho a probar. Cuando el conocimiento o la representación no se refieren directamente al hecho a probar sino a otros de la que puede deducirse la existencia de aquél, las personas o las cosas son fuentes de presunciones o indicios¹¹.

Fuentes de prueba - sostiene ORTELLS - son los elementos que existen en la realidad, y que son aptos para producir convicción sobre datos de hecho. Existen como fuente de prueba aunque no se pongan en relación con el proceso, ni ideal, ni prácticamente. Medio de prueba es, en cambio, la actividad procesal de las partes y del juez para incorporar al proceso las fuentes de prueba y obtener de las mismas los correspondientes resultados¹².

Los medios de prueba -afirma TRIONFETTI- son los que nos permiten extraer el conocimiento de las fuentes para el proceso. Los medios de prueba son, entonces, una serie de instrumentos y actividades destinadas a hurgar en las fuentes probatorias a través de diversos métodos, para extraer de ellas el conocimiento de los hechos que hacen al proceso. Esta extracción podrá ser mayor o menor, mejor o peor, según el medio utilizado, el avance científico, las posibilidades económicas, la completividad de la fuente, etc.¹³.

Finalmente, conviene citar a SENTÍS MELENDO quien aclara el panorama sobre la diferencia entre fuente y medio de prueba, así fuente es, como hemos señalado, un concepto metajurídico, extrajurídico o a-jurídico, que corresponde forzosamente a una realidad anterior y extraña al proceso; mientras que medio es un concepto jurídico y absolutamente procesal. La fuente existirá con independencia de que se siga o no el proceso, aunque

¹¹ ARAZI, Roland (2001). *La prueba en el proceso civil*. Ediciones La Roca, p.124.

¹² ORTELLS RAMOS, Manuel (2001). *Derecho procesal civil*. Editorial Aranzadi Thomson Company, pp. 377 a 378.

¹³ FALCÓN, Enrique M. (2005), "La recolección probatoria en el proceso civil". En: *Revista de Derecho Procesal*. 2005-I: Prueba. Tomo I. Dirigido por Rolando Arazi. Editorial Rubinzal Culzoni, pp. 113 a 130.

mientras no se llegue a él su existencia carezca de repercusiones jurídicas. El medio nacerá y se formará en el proceso¹⁴.

Entonces, tenemos que existe una clara relación entre fuente de prueba (una persona, un documento, una circunstancia comprobable, etc.), entendida como aquella persona u objeto que contiene información que puede ser relevante para un proceso en particular y el medio de prueba (testimonial, declaración de parte, inspección judicial, etc.), la que se puede definir como el instrumento que permite llevar al proceso la información que se encuentra contenida en la fuente de prueba.

Sin el medio de prueba, no sería posible que las partes lleven al proceso la información que se encuentra fuera del mismo, por ello, es que se dice que el concepto de fuente de prueba es extraprocesal, porque preexisten al proceso, pueden existir fuentes de prueba cuya información no llegue nunca al proceso, hasta pueden existir fuentes de prueba que no los conozcan las partes. Por ello, el medio de prueba es un concepto procesal.

Para hacer uso del medio de prueba en el proceso se debe tener claro qué tipo de información contiene la fuente de prueba y que debe ser relevante para el proceso. El medio de prueba sirve para llevar al proceso la información que se encuentra contenida en la fuente de prueba.

Juan vio a Pedro atropellar con su auto a María. En este básico ejemplo, Pedro es fuente de prueba, porque tiene información relevante para un posible proceso de indemnización por responsabilidad civil extracontractual entre María y Pedro. Pero, la información que tiene Juan puede que nunca llegue al proceso, ello ocurriría si María no tiene el dato que Juan vio el accidente de tráfico o si Juan muere. La información que tiene Juan sobre este hecho, se debe llevar por María al proceso que entable contra Pedro a través de la declaración testimonial (medio de prueba), con este medio de prueba se volcará al proceso todo lo que Juan sabe de primera mano respecto al accidente de tránsito ocurrido. Este simple ejemplo sirve para vincular a la fuente de prueba con el medio de prueba.

4.3.2 Sentido en el que se debe entender la disposición

Teniendo las ideas claras sobre la fuente de prueba, ingresaremos ahora a establecer lo que significa en el contenido del artículo 194° del CPC lo referido a la fuente de prueba, concretamente a qué se refiere la disposición

¹⁴ SENTIS MELENDO, Santiago (1979). *La prueba. Los grandes temas de derecho probatorio*. Editorial Ediciones Jurídicas Europa-América, p.151.

cuando indica que *“la fuente de prueba haya sido citada por las partes en el proceso”*.

Si la fuente de prueba implica la existencia de un sujeto, un objeto o un lugar o situación que contiene información que resulta relevante para un proceso judicial, entonces, debe entenderse que el presupuesto necesario que debe darse para que el juez tenga la posibilidad de incorporar prueba de oficio en el proceso, es que las partes en el desarrollo del proceso sea a través de la demanda, con la contestación de demanda, en un alegato, en un informe oral o en determinado escrito hayan dejado expresado de forma taxativa o de forma implícita, que existe información fuera del proceso que es relevante para resolver el caso y que no fue incorporado por las partes con determinado medio de prueba.

Sobre la base de la información proporcionada por las partes durante el desarrollo del proceso, que se encuentra contenida en determinada fuente de prueba (información que obviamente no se introdujo con ningún medio de prueba) y que fue mencionada por las partes, se abre la posibilidad para el juez de ordenar prueba de oficio.

Si el artículo 194° del CPC exige que la fuente de prueba sea mencionada por las partes para ordenar prueba de oficio (esta sería la disposición, objeto de interpretación), ello significa que las partes necesariamente deben haber mencionado expresamente o de forma implícita (directa o indirectamente) que existe fuera del proceso información relevante que no se introdujo en el proceso, respecto de la cual, no se ofreció ningún medio de prueba para introducirla (esta sería la norma, resultado interpretativo de la disposición, el sentido de la disposición). Por lo cual, si las partes no mencionaron ni de forma expresa ni de forma implícita la existencia de esa información, entonces, el juez no podrá ordenar prueba de oficio.

En tal sentido, el juez tiene como presupuesto para ordenar la prueba de oficio una actividad previa de las partes, esto es, la referencia (expresa o implícita, directa o indirectamente) de información relevante para resolver la controversia que se encuentra fuera del proceso, ya que el juez no puede ordenar prueba de oficio por información relevante que se le ocurra que existe fuera del proceso, ya que en ese momento se estaría convirtiendo en un defensor de una de las partes.

Por lo que, el juez antes de ordenar prueba de oficio debe evaluar si la información que pretende incorporar con medio de prueba de oficio, fue proporcionada directa o indirectamente por las partes en el desarrollo del

proceso. Este será según mi punto de vista un gran escollo para el juez para disponer oficiosamente la prueba de oficio en los expedientes judiciales¹⁵.

Me parece que con esta modificatoria el código da un giro importante, ya que no con ella nos deja un mensaje importante, no se trata de resolver el proceso a como dé lugar, no se debe llegar a la verdad de las afirmaciones expresadas por las partes como sea, más bien se trata de llegar correctamente a la verdad, siempre debe ser con el apoyo de las partes, ya que las partes son las que aportan los hechos y ellas los medios probatorios correspondientes, el juez solo debe realizar actividad oficiosa en la prueba cuando se presente la situación descrita en el mismo CPC.

Estoy de acuerdo con la tesis de que la finalidad de la prueba es determinar la verdad de los hechos afirmados por las partes y considero que esta tesis es compatible con la prueba de oficio, siempre que esta sea una actividad excepcional, que la fuente de prueba haya sido mencionada por las partes de forma directa o indirecta, expresa o tácita, que el juez no reemplace a las partes en la carga de probar y que respete el derecho de contradicción. Es decir, que la actividad del juez a realizar prueba de oficio no es arbitraria ni discrecional, tiene límites.

PARRA QUIJANO quien abogando por la carga probatoria oficiosa con el fin de averiguar la verdad de los hechos sostiene que difícilmente se puede concebir un proceso como justo, cuando la sentencia no se construye sobre la verdad. Decretar pruebas de oficio es una necesidad psicológica que surge cuando se tiene un vacío cognoscitivo. Agrega que el juez educado para investigar, cuando descubre una deficiencia probatoria y como consecuencia un "vacío cognoscitivo", sufre una molestia similar al dolor físico. Frente a esa situación, la necesidad básica de información y comprensión, presiona al juez y debe hacer lo que sea necesario para su satisfacción. No decretar pruebas de oficio cuando hay vacíos cognoscitivos es detener el curso

¹⁵ Sobre este particular Rolando Martel sostiene que la fuente de prueba está constituido por las personas y cosas relacionadas con los hechos materia del proceso, que se encuentran en una etapa procesal. La fuente de prueba, una vez que se inicia el proceso, podría ser ofrecida por las partes para probar sus afirmaciones, para cuyo propósito se recurre a los medios de prueba, que son los instrumentos para demostrar lo alegado. Son las partes quienes deben remitirse a la fuente de prueba para ofrecer sus medios probatorios. Si la fuente de prueba ha sido citada en el proceso por lo menos por una de las partes, sin haberla ofrecido como medio de prueba, el juez sí está autorizado a ordenar su actuación de oficio. MARTEL CHANG, Rolando (2015). *Pruebas de oficio en el proceso civil*. Editorial Instituto Pacífico, p. 131.

normal del pensamiento, que se abría paso con carácter corrosivo en busca de la verdad¹⁶.

El *vacío cognoscitivo* al que se refiere el profesor colombiano puede existir en el proceso, pero consideramos que quedará habilitado el juez para decretar prueba de oficio, siempre que por lo menos una de las partes haya mencionado la fuente de prueba, si ello no ocurre descubrir la verdad de los hechos del proceso –a como dé lugar- podría convertir al juez en abogado de las partes, lo cual, resulta inaceptable.

5. El juez no debe reemplazar a las partes en la carga de probar

La prueba de oficio en el proceso civil es un tópico que tiene mucha discusión y discrepancia entre los estudiosos del Derecho Procesal, precisamente porque la doctrina presenta un panorama disperso sobre el particular, algunos estudiosos parten de la premisa que la actividad probatoria en el proceso se encuentra estrictamente restringida a las partes, en tanto que otros proponen que las partes y el juez pueden tener actividad probatoria en el proceso¹⁷, este último se encuentra habilitado para ello en situaciones determinadas, en tal caso nos encontramos frente a una actividad *ex officio iudicis* en la aportación de material probatorio.

Por lo que vamos analizando hasta aquí, nuestro CPC (con la modificatoria) participa de la segunda tesis (actividad probatoria de las partes y del juez), pero cabe aclarar que se ha morigerado o limitado la actividad probatoria oficiosa del juez, se han incorporado determinados límites y presupuestos que se deben dar antes de ordenar la prueba de oficio, no es ya una actividad “libre” como se había perfilado con el texto originario del artículo 194° del CPC, tiene sus controles ahora¹⁸.

¹⁶ PARRA QUIJANO, Jairo (2005). *La nacionalidad e ideología en las pruebas de oficio*. Ponencia presentada en: III Congreso Internacional de Derecho Procesal. Realizado por la Universidad de Lima.

¹⁷ “(...) Constituye un principio procesal que los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes, tal como se aprecia del artículo 189 del código adjetivo, estableciendo dicho Código, además, la posibilidad de la actuación de pruebas de oficio solo cuando los demás medios de probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para crear convicción en el juez, contrario sensu, si estos le han bastado para sustentar su decisión es innecesaria tal actuación de oficio”. Casación No. 2601-98- Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 12 de junio de 1999.

¹⁸ El profesor Martel Chang considera que la prueba de oficio supone que en el proceso las partes han cumplido con su carga de probar, es decir, que han cumplido con ofrecer los medios probatorios para acreditar sus afirmaciones, pero a pesar de ellos el juez estima necesario actuar, además otras pruebas. Asumir la posición contraria, esto es, que el juez podría usar su poder aun cuando las partes no cumplieron con su carga de probar, podría implicar que el juez

El principal escollo que se encuentra en este tópico son las objeciones de la doctrina con respecto a esta actividad oficiosa del juez en materia probatoria, ya que esta puede producir: a) afectación del principio de imparcialidad; b) vulneración del derecho al debido proceso; c) quiebra el criterio de igualdad de las partes¹⁹.

Uno de los principios procesales sobre el que se asienta nuestro proceso civil, es el principio dispositivo por el cual, el proceso civil solo puede ser iniciado y desarrollado por las partes, el impulso corresponde estrictamente a las partes (*nemo iudex sine actores y ne procedat iudex ex officio*), por lo que son ellas las que proponen las pretensiones (*petitium*), los hechos que la sustentan (*causa petendi*) y para probar estos hechos afirmados deben ofrecer medios de prueba, entonces, podríamos colegir que la carga de probar (*onus probandi*) está restringida a las partes; los medios de prueba que acreditan lo afirmado, corresponde estrictamente a las partes (principio de aportación).

Por lo cual, el juez tiene establecidas claras restricciones con relación a la prueba, ya que en teoría solo debería resolver con lo que las partes aporten como material probatorio, pues estas asumieron la carga de la prueba. Esta posición compatibiliza con la tesis de que la carga probatoria corresponda solamente a las partes, el juez no puede realizar actividad oficiosa sobre este particular (*iudex iudicare debet secundum allegata et probata partibus*), pues pierde imparcialidad y su conducta busca favorecer a una de las partes²⁰.

se convierta en parte, con lo cual se desnaturalizaría la esencia del proceso mismo y perdería su imparcialidad. En otras palabras, la actuación oficiosa del juez solo cabe si la parte siendo diligente en su carga de probar, no logra convencerlo. MARTEL CHANG, Rolando (2015). Ob. cit. p. 128.

¹⁹ Raffo Velásquez señala que el segundo párrafo del artículo 194 del CP Civil exige que la actuación de pruebas de oficio se haga sin alterar la carga de la prueba, eso significa que el legislador pretende evitar el modelo de acercamiento a la verdad y/o quiebre la relación de simetría que debe existir entre las partes. Es decir la prueba de oficio debe estar en un punto tal que no beneficie a uno y perjudique al otro. VELÁSQUEZ MELÉNDEZ, Raffo (2015). Ob. cit., pp. 249-271.

²⁰ Esta tesis es defendida por el magistrado español XAVIER LLUCH al expresar que se debe distinguir entre cargas de las partes y facultades del juez. A las partes les corresponde la carga de alegar y probar. Incumbe a las partes la función de averiguar las fuentes de prueba y aportarlas al proceso, y no es tal misión la del juez, so pena de subvertir de juzgar o menoscarbar el insoslayable deber de imparcialidad judicial. Nadie mejor que las partes conoce los hechos y puede aportar las fuentes de prueba ante el juez. Las partes son, por ende, quienes tienen la carga de la prueba y quienes sufren también los riesgos por la falta de prueba. LLUCH, Xavier Abel, (2007). *Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil*. En: "Objeto y cargo de la prueba civil". Coordinadores Joan Picó I Junoy y Xavier Abel Lluch. Bosch Editores, p. 22.

Sin embargo, vemos que nuestra legislación procesal actual compatibiliza con un tesis mixta, por un lado, carga probatoria a cargo de las partes (como es natural y regular en todo proceso) y de forma excepcional actividad probatorio oficiosa por parte del juez (algunos autores se refieren a la carga probatoria del juez), obviamente en situaciones muy excepcionales y siempre que se cumplan los límites y presupuestos para realizar esta actividad²¹.

El interés colectivo a establecer la verdad de las afirmaciones en el proceso tiene límites y debe someterse a ellos. HUGO ESCLAPEZ expresa que las partes siguen siendo dueñas de los hechos, con la carga de su respectiva prueba, pero el juez se reserva el derecho de comprobar esos hechos a fin de que la verdad legal, que surge del expediente, y la verdad real, que surge de los hechos, sea una sola²², aunque debería agregarse que el arribo a la verdad de las afirmaciones de las partes debe llegarse –en nuestro medio– siguiendo las pautas que el legislador establece en el artículo 194° del CPC.

Debiendo rescatar que existen posiciones en la doctrina que se dirigen a la búsqueda de la verdad de los hechos como finalidad de la prueba y que abogan por la justicia del caso, aquí encontramos a JOLOWICZ citado por VELÁSQUEZ que señala que la mayor parte de la información tiene que ser suministrada por las partes, peor, si el juez, a partir de lo que ya conoce, llega a creer que existe más información relevante capaz de influir en su decisión, la justicia sustantiva exige que la obtenga²³.

Si cimentamos la tesis de la “*justicia al caso concreto*” como base para la prueba de oficio, considero que ya no existirían propiamente los límites para la actividad probatoria del juez que aparecen establecidos en el artículo 194° del CPC, sería suficiente invocar como justificación para decidir la prueba de oficio la justicia que se impartirá el caso concreto. Se justificaría la prueba de

²¹ Esta tesis es defendida por el magistrado español Xavier Lluch al expresar que se debe distinguir entre cargas de las partes y facultades del juez. A las partes les corresponde la carga de alegar y probar. Incumbe a las partes la función de averiguar las fuentes de prueba y aportarlas al proceso, y no es tal misión la del juez, so pena de subvertir de juzgar o menoscabar el insoslayable deber de imparcialidad judicial. Nadie mejor que las partes conoce los hechos y puede aportar las fuentes de prueba ante el juez. Las partes son, por ende, quienes tienen la carga de la prueba y quienes sufren también los riesgos por la falta de prueba. LLUCH, Xavier Abel, (2007). “Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil”. En: *Objeto y cargo de la prueba civil*. Coordinadores Joan Picó I Junoy y Xavier Abel Lluch. Bosch Editores, p. 22.

²² ESCLAPEZ (2001), citado por Arazi, Roland En: “La prueba en el procesal civil”. Ediciones La Roca, p. 44.

²³ VELÁSQUEZ MELÉNDEZ, Raffo (2015). Ob. cit., pp. 249-271.

oficio en un elemento no considerado por el artículo 194° del CPC: justicia al caso concreto.

La invocación de la justicia para incorporar prueba de oficio es altamente subjetiva y un poco peligrosa porque el juez no motivará su decisión en el sentido de haber superado los límites que le impone la disposición analizada, sino recurriendo a este valor de forma genérica y muchas veces con vacíos cognitivos de los hechos relevantes.

Pese a lo expresado por nuestra parte existen posiciones claras en la doctrina que justifica la prueba de oficio en posiciones *dikelógicas*. Desde la óptica de la sentencia justa ARAZI precisa que el principal deber del juez es dar una sentencia justa, o la más justa posible. Para ello tiene que utilizar todos los medios que el proceso judicial le brinda; las partes tienen la carga de aportar las pruebas, pero si el juez no está convencido de cómo ocurrieron los hechos controvertidos, el ordenamiento procesal le otorga una serie de instrumentos para que pueda cumplir con ese deber fundamental. Si no los usa no podrá dictar una sentencia justa²⁴.

De otro lado, como colofón de este punto, no podemos dejar pasar nuestra inquietud respecto a qué posición debería asumir el juez en los casos en los que la litis se encuentre vinculada a carga probatoria dinámica, en estos casos el juez debería realizar también prueba de oficio o deberá resolver el caso y hacer recaer el *onus probandi* en cabeza de quien estuvo en mejores condiciones fácticas de probar.

Estoy convencido de la primera posición, en el sentido de que si se trata de un supuesto de carga probatoria dinámica quien debió probar y no lo hizo, es la parte que está en las mejores condiciones fácticas, no siendo posible que la otra parte proporcione la información relevante para el caso, la cual está normalmente en manos de la parte contraria, pues, sino se estaría convirtiendo en prueba diabólica para la parte contraria. En tal sentido, en este tipo de supuestos me parece que se encuentra restringida la actividad probatoria oficiosa del juez.

El juez debe resolver haciendo recaer la carga probatoria en cabeza de quien se encuentra en mejor posición de probar, consideramos que no se trata – propiamente- de una deficiencia probatoria, es más bien me parece una estrategia de defensa con la que se pretende ocultar medios de prueba

²⁴ ARAZI, Roland. *La prueba en el proceso civil*. Ob. cit., p. 41.

esenciales, frente a la imposibilidad de la contraria de obtenerlos o de tener acceso a ellos.

Una posición similar asumió en mayoría nuestra Corte Suprema en la Casación No. 4445-2011-Arequipa, en tanto que la posición en minoría sugería la idea de que el juez debió ordenar prueba de oficio. La posición en minoría apunto a la prueba de oficio con el siguiente argumento: “ (...) *Estando a lo expuesto, si bien es cierto que la prueba es la actividad procesal que tiene como objetivo alcanzar certeza en el juzgador, respecto de los datos aportados por las partes, certeza que en unos casos se deriva del convencimiento razonado del mismo juez y en otros de las normas legales que fijarán los hechos; también lo es que el juzgador tiene el deber esencial de hallar la verdad jurídica objetiva con una sentencia ajustada a la verdad real, por lo que en aplicación del artículo ciento noventa y cuatro del Código Procesal Civil, el juzgador en uso de sus facultades puede ordenar de oficio la actuación de los medios probatorios adicionales que considere conveniente; siendo así, a fin de resolver un conflicto y lograr la paz social en justicia, se considera necesario antes de resolver la presente litis, que se disponga la presentación de las esquelas de citación que permitan verificar que se cumplió con lo señalado en el Estatuto, así como tomar la declaración de las partes, a fin de acreditar la cantidad de socios hábiles al momento de la convocatoria a las indicadas Asambleas*”.

El aporte de BARBOSA nos ayuda a definir la polémica al señalar las funciones del *onus probandi*, la cual tiene dos aristas, una objetiva y otra subjetiva. La primera consiste en un incentivo a los litigantes para que suministren las pruebas de sus alegaciones; la segunda es una indicación al juez para el caso de que, en ocasión de fallar, no encuentre probado un hecho relevante y tenga que hacer recaer sobre alguna de las partes las consecuencias desfavorables de esa laguna en el material probatorio²⁵.

En suma, el juez al ejercer actividad probatoria oficiosa debe cuidar siempre de no convertirse en abogado de las partes y quebrantar de esta forma su imparcialidad en el proceso.

6. Debe asegurarse la contradicción

No cabe duda que la actuación de prueba de oficio debe dar siempre la oportunidad a las partes para que puedan hacer llegar su posición respecto de la actividad oficiosa del juez, esto implica que se debe respetar la

²⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Breves reflexiones sobre la iniciativa oficial en materia de prueba*. En: Revista Peruana de Derecho Procesal. No. II, pp. 29 y ss.

posibilidad a las partes de que una vez incorporada la prueba de oficio al proceso, puedan ejercer las defensas que consideren necesarias.

Esta atingencia de la disposición es clarificadora de la actividad negativa que se realiza en el proceso cotidianamente, ya que cuando el juez admite la prueba de oficio y se incorpora el medio de prueba requerido (normalmente documentos), luego se resuelve el caso de forma inmediata, sin dar oportunidad a que las partes sepan su contenido y sus alcances, no se les brinda la oportunidad de cuestionar su contenido ni eficacia.

Esta disposición asegura que las partes tengan la posibilidad de ejercer su derecho de defensa con respecto al medio probatorio incorporado al proceso, esto es, cuestionar su contenido o restarle eficacia para el proceso.

En ese elemento encontramos involucrado al derecho a un debido proceso que es un derecho de "*contenido complejo no posee un contenido que sea único y fácilmente identificable, sino reglado por ley conforme a la Constitución*" (Pleno jurisdiccional TC No. 0023-2005-PI-TC). De este derecho que tiene carácter de derecho continente se desprenden otros derechos, como el derecho al juez natural, el derecho al contradictorio, el derecho a ser asistido por un abogado, el derecho a impugnar, el derecho a la prueba, entre otros (derechos contenido).

Entonces, si el juez incorpora material probatorio al proceso, debe hacerlo con resolución debidamente motivada, señalando la razón fundamental por la cual se hace uso de esta facultad, su incorporación no puede ser arbitraria, antojadiza e inútil, debe perseguir una finalidad útil para el proceso y su resultado.

Se debe dar oportunidad a las partes para que hagan valer la cuestión probatoria (tacha), se debe permitir que las partes puedan presentar contraprueba para contrarrestar la información proporcionada por el medio de prueba incorporado²⁶.

Además en los alegatos las partes pueden poner en tela de juicio la eficacia de la prueba incorporada. Esta facultad *ex officio iudicis* en nuestro sistema es inimpugnable (lo que veremos más adelante), por lo cual, lo que decida el juez sobre el particular no puede ser objeto de control con la impugnación. Si

²⁶ "(...) Si bien el artículo 194 del Código Procesal Civil, faculta al juez, en casos especiales y mediante decisión motivada e inimpugnable, a ordenar de oficio la actuación de medios probatorios adicionales, que le permitan forma convicción respecto de los hechos materia de la controversia, empero tal decisión no debe afectar el derecho de defensa de las partes". Casación 1248-2000 Loreto.

el medio de prueba no es de actuación inmediata debe actuarlo en audiencia complementaria o en la audiencia que corresponda, con citación de la partes, no se puede incorporar medio de prueba de oficio y resolver la controversia sin dejar que las partes tomen exacto conocimiento de qué medio de prueba se pretende incorporar y cuáles son sus alcances. Si esta actividad oficiosa del juez cumple con los parámetros mínimos²⁷ antes señalados no es habrá afectación de derecho al debido proceso de las partes.

Con relación a este debate en la doctrina ARAZI precisa que el derecho de defensa tiene dos ángulos diferentes: a) la prueba que el juez ordena oficiosamente tiene que ser producida con todas las formalidades legales y con el contralor de las partes, quienes podrán ejercer las facultades inherentes a cada medio en particular; b) el juez no puede introducir una prueba en forma sorpresiva, cuando la ausencia de ella permite suponer, con fundamento, que los litigantes restringieron sus medios de ataque o de defensa sobre la base de la omisión probatoria de su contrario, y descuidaron algunas cuestiones que hubiesen sido importantes en el caso de estar debidamente probado el hecho controvertido, o no produjeron prueba que se oponga a la que, después, ordenó el juez²⁸.

El profesor universitario OBANDO BLANCO señala que lo trascendente en el tema de la prueba de oficio es establecer cuáles son los límites a la iniciativa probatoria del juez. Estas son: a) que se limite a los hechos controvertidos o discutidos en el proceso –por lo que se protege el principio dispositivo-, so pena de incurrir la sentencia en incongruencia en cuanto al modo; b) que se limite a las fuentes probatorias que ya consten en la causa –impidiendo así una actuación inquisitoria, susceptible de vulnerar la debida imparcialidad

²⁷ No es de la misma opinión nuestro colega Jaime Abanto quien comentando la disposición en texto originario precisaba que “algunos magistrados interpretan que debe correrse traslado de los medios probatorios admitidos de oficio. Nosotros consideramos que el traslado es inoficioso, pues notificadas con la admisión del medio probatorio, las partes pueden formular las cuestiones probatorias o realizar las alegaciones que tengan a bien”. ABANTO TORRE, Jaime David. *La prueba de oficio en la jurisprudencia del a Corte Suprema*, en: Jus Doctrina y Práctica. No. 9/2007, p. 243-261. Me parece que confundimos la admisión del medio probatorio de oficio y su incorporación efectiva al proceso, pues en determinados casos la prueba de oficio tiene estos dos momentos, sobre todo cuando se trata de documentos, en los cuales no se sabe con exactitud lo que pueden contener; no necesariamente ocurre cuando son medios de actuación (pericia, declaración de parte e inspección judicial), por lo cual, me parece que en estos últimos supuestos el derecho de defensa y contradicción lo pueden ejercer las partes desde el mismo momento en que toman conocimiento de la prueba de oficio, durante su actuación o tramitación.

²⁸ ARAZI, Roland. *La prueba en el proceso civil*. Ob. cit., p. 44.

judicial; c) que se permita el ejercer el derecho de defensa a las partes, ampliando sus pruebas inicialmente propuestas²⁹.

En síntesis, la actividad probatoria del juez tendrá el efecto requerido siempre que se presenten dos situaciones: i) que se brinde a las partes la oportunidad de efectuar los actos procesales necesarios para cuestionar los medios de prueba incorporados oficiosamente; y ii) que se le permita ofrecer medios de prueba para desvirtuar los incorporados por el juez³⁰.

La contradicción en la prueba de oficio es vital, si no se brinda a las partes la posibilidad de cuestionar la actividad oficiosa desarrollada por el juez, entonces el medio de prueba no servirá para resolver la litis³¹.

Por lo cual, no debería ser tomado en cuenta el medio probatorio incorporado de oficio si no se respeto el derecho de contradicción de las partes, no tendría eficacia ni debe ser tomado en cuenta el medio probatorio para resolver el caso, por no haberse sometido al contradictorio.

7. Impugnabilidad de la decisión

El artículo 194° del CPC en su texto originario señalaba de forma taxativa que la decisión del juez que incorporaba medio de prueba de oficio era inimpugnable: “(...) en decisión motivada e inimpugnable”.

En el texto actual del artículo en mención, según mi punto de vista, la resolución que ordena prueba de oficio, no es necesariamente inimpugnable, considero más bien que si puede ser impugnada, por lo cual, nos atrevemos a proponer nuestra posición respecto a que se trata de una impugnación condicionada. Desarrollemos nuestro punto de vista.

²⁹ OBANDO BLANCO, Víctor R. (2007). *Constitucionalidad de la iniciativa probatoria del juez en la proposición de la prueba de oficio en el proceso civil*. Ponencia presentada en el Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil, Derecho Procesal Penal y Derecho Procesal Constitucional”. Realizado por la Universidad de Lima, Octubre 2007.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Asegurar el derecho de contradicción de la prueba –señala Alfaro – significa en sentido estricto que el juez permita la participación de manera activa a las partes, y sea el que propicie el debate y dialogo procesal, en aras de construir y formar una mejor decisión judicial, en otras palabras como un verdadero derecho de influencia, ello con el doble propósito de evitar situaciones problemáticas que se presentan en la práctica jurisdiccional generada, entre otras cosas, por la indebida regulación de dicho poder probatorio antes de la reforma, me refiero a que el juez “ordena” de oficio determinados medios de prueba pero de modo unilateral sin considerar a las partes, como también acontecía en otros modelos procesales con las famosas decisiones sorpresas o de *terza vía* (tercera vía). ALFARO VALVERDE, Luis (2015). Ob. cit.

Siguiendo el enunciado normativo de la disposición materia de análisis podemos afirmar que la resolución que ordena la prueba de oficio es inimpugnabile solo si se encuentra en una situación excepcional, si la resolución está motivada, que se presente insuficiencia probatoria, además que las partes mencionaron directa o indirectamente la fuente de prueba, si se respetó el derecho de contradicción y que el juez no haya reemplazado a las partes en la carga de probar.

Por lo cual, según mi punto de vista, la decisión que ordena la prueba de oficio presenta una impugnación condicionada, es decir, que sería impugnabile (procede la apelación) únicamente si el juez al dictarla no cumplió con los elementos antes indicados; por lo que, si se admite la tesis de la procedencia de la apelación en estos casos, los agravios de este recurso contra el mandato judicial de actuación probatoria oficiosa se deben ceñir estrictamente a cuestionar el incumplimiento del juez de los presupuestos establecidos por el artículo 194° del CPC.

Corresponderá al juez de la apelación controlar que el juez de primer grado haya cumplido con todos los requerimientos del artículo 194° del CPC, siempre que se haya admitido la apelación.

Por el contrario, la resolución será inimpugnabile únicamente cuando la decisión se ciña a los elementos indicados. Pero, esta situación presenta un problema, ya que corresponderá al juez de mérito considerar la procedencia de la apelación, dependerá únicamente del juez que dictó la prueba de oficio conceder o no la apelación. Si no se repara en la existencia de una impugnación condicionada posiblemente el juez declare improcedente la apelación, con lo cual, se abre nuevamente la posibilidad que sea el órgano jurisdiccional que conozca la queja de derecho fije posición sobre la procedencia o no de la apelación.

La conclusión a la que arribamos respecto de la impugnación condicionada se sustenta en el contenido del mismo enunciado normativo cuando señala *“(.. .) La resolución que ordena las pruebas de oficio debe estar debidamente motivada, bajo sanción de nulidad, siendo esta resolución inimpugnabile, **siempre que se ajuste a los límites establecidos en este artículo**”*.

Entonces, la posibilidad de la apelación depende del cumplimiento o no de las exigencias establecidas en el artículo 194° del CPC, estos elementos a que se refiere la disposición fueron desarrollados de forma muy breve en el presente trabajo.

Otra opinión abre la puerta no solo a la apelación, sino también a la nulidad procesal, con lo cual, quedaría ratificada la posición de que la decisión que ordena prueba de oficio es susceptible de impugnación, por ello, el profesor Martel es de la idea que contra la resolución inmotivada de la resolución que ordena la prueba de oficio “no vemos –sostiene- ninguna razón para que una resolución no motivada que ordena la actuación de una prueba de oficio, no pueda ser reexaminada por el mismo juez que la dictó. Eso debe hacerse en aras del derecho de defensa y el debido proceso legal. Ahora, si el justiciable opta por presentar el recurso de apelación, el vicio (ausencia de formalidad) deberá ser corregido, en caso de comprobarse su existencia, por decisión adoptada por la segunda instancia. Es posible que la medida que el Código Procesal Civil permite presentar la apelación con fundamento de nulidad³².

En suma, insisto en la posibilidad de impugnación de la decisión que ordena la prueba de oficio, siempre que el juez no haya respetado los límites establecidos en el artículo 194° del CPC.

8. Prueba de oficio en segundo grado

En el artículo 194° del CPC autoriza a los órganos judiciales de grado a realizar actividad probatoria de forma oficiosa, situación que valgan verdades ya se venía haciendo por los menos en las Salas Superiores de la Corte de Lima, aun sin la existencia de una disposición autoritativa que lo permitiera.

No me queda duda que nuestro colega y amigo ROLANDO MARTEL es el principal promotor de la modificatoria del artículo 194° del CPC, encontrado su primer aporte en la tesis doctoral sobre la materia sustentada en la USMP y luego en el libro “*pruebas de oficio en el proceso civil*”, por lo cual, recomendamos estos dos trabajos para tener una panorámica más amplia sobre el particular.

Ahora bien, la posibilidad de prueba de oficio en segundo grado o ante el juez de la apelación, en la práctica tuvo siempre mucha resistencia, por lo cual, consideramos que se configura como un gran aporte en esta modificatoria, ya que normalmente cuando el juez de segundo grado advertía la ausencia de medios probatorios que consideraba necesarios para resolver el conflicto, ordenaba (previa nulidad de la sentencia) que la actividad probatoria para incorporarlos quede en manos del juez de primer

³² MARTEL CHANG, Rolando. Ob. cit., p. 115.

grado o juez de fallo, renunciando a toda posibilidad de hacer actividad probatoria oficiosa.

El perfil de la disposición nos muestra que la actividad probatoria oficiosa corresponde al juez de “*Primera o de Segunda Instancia*” (prefiero la nomenclatura de juez de fallo y juez de apelación o también juez de mérito y juez de grado), teniendo la posibilidad de ordenar “*la actuación de los medios probatorios adicionales y pertinentes que considere necesarios para formar convicción y resolver la controversia*”, sin embargo, se debe dejar constancia que esta actividad probatoria oficiosa del juez de segundo grado debe cumplir con los mismos elementos que toma en cuenta del juez de fallo, los que hemos analizado uno a uno.

Aun con los poderes probatorios³³ otorgados para realizar prueba de oficio en segundo grado, consideramos que esta actividad probatoria en las salas civiles o mixtas no presentará mayor problema cuando la posibilidad de incorporar medios de prueba se traduce en ordenar la presentación de prueba documental (incluyendo exhibición y reconocimiento), siendo la presentación de documentos la prueba de oficio más común en estos casos (siendo una práctica común, incluso antes de la modificatoria); tampoco será cuestión complicada la declaración de parte y testimonial; por el contrario, nos parece que presenta determinada complejidad la realización de una inspección judicial y la pericia; la primera, debido a que implica un necesario desplazamiento del juez de grado fuera de su despacho judicial, ello con el propósito de verificar un hecho que se necesita comprobar para mejor resolver (ubicación precisa del inmueble, área ocupada por la parte demanda, precisión de linderos, etc.); la segunda, debido a que no bastará recibir el informe pericial, sino que será necesario actuarlo en audiencia y

³³ ALFARO VALVERDE pone en tela de juicio la expresión prueba de oficio utilizada por el artículo 194° del CPC, señalando que desde su entender no es correcto hablar de “*pruebas de oficio*” entonces ¿qué es y cómo se le debería denominar? La respuesta es que se trata propiamente de un poder o potestad que determinados ordenamientos confieren al juez, de manera paralela a las partes, para incorporar un elemento probatorio al proceso. Siendo así, el texto legal contenido en el artículo 194° del CPC reformado, se trata propiamente de un poder probatorio del juez; pero un poder ejercido de manera exclusiva, sino acordada conjuntamente con las partes. Será por ello que también para un sector de la doctrina, entendida como iniciativa probatoria, pues el vocablo iniciativa entre otras acepciones, significa el derecho de hacer una propuesta. En efecto se trata del reconocimiento jurídico del juez, para proponer y posteriormente acordar con las partes la aportación de un nuevo medio de prueba al proceso en la búsqueda, por cubrir una insuficiencia probatoria, previamente identificada. ALFARO VALVERDE, Luis. (2015). Ob. cit.

resolver en su oportunidad las observaciones que contra él se planteen por las partes, inclusive realizar debate pericial, si fuera necesario.

Las deficiencias probatorias de las partes detectadas por el juez de grado y que puedan ser levantadas con la prueba de inspección judicial o pericia, me parece que son la posibilidad más complicada que se presenta en la práctica judicial, situaciones en las que el juez o colegiado se encontrará con mayor dificultad de decidir, teóricamente será fácil definir que el juez de grado si puede realizar prueba de oficio, en el plano práctico no se presenta el mismo panorama.

En este segundo plano es donde ubicamos mayor problema al momento de decidir sobre la prueba en segundo grado. Pero el aporte de la modificatoria es importante, ahora podremos ver al juez de grado no solo como revisor de la decisión, sino también como juez con posibilidad de actuar medios de prueba de actuación inmediata o no, es decir, un juez con poderes probatorios que le ayuden a resolver el caso, prescindiendo del reenvío de la decisión apelada.

9. Prohibición de nulidad de sentencia por ausencia de prueba de oficio

Esta regla, nueva en nuestro ordenamiento procesal, impone un deber al juez, el de no anular la sentencia apelada cuando el juez de primer grado (por consideración del juez de la apelación) no actuó prueba de oficio, cuando debió hacerlo.

Esta regla tiene su fundamento en una simple razón, las salas civiles o jueces especializados en apelación utilizaban de mala manera la nulidad procesal para anular las sentencias apeladas y ordenaban –compulsivamente– que el juez de primer grado realice actividad oficiosa en determinado sentido.

Con el poder probatorio oficioso que tienen expreso ahora los jueces de segundo grado, ya no sería viable anular una sentencia para disponer que el juez de fallo se encargue del “*trabajo sucio*” (por así decirlo, por lo complicada que resulta esta labor o simplemente por desidia), sino que deben asumir la tarea de realizar directamente la actividad probatoria necesaria y luego resolver sin necesidad de devolver los actuados, claro está respetando los derechos fundamentales de naturaleza procesal de las partes³⁴.

³⁴ Precisa Raffo Velásquez que el Ad quem no puede anular una sentencia porque estime que el *ad quo* debió concluir que existía una incertidumbre fáctica. La interposición de un medio

Como se puede advertir se encuentran amarrados estos dos últimos elementos del artículo 194° del CPC, ya que el poder oficioso del juez de la apelación se relaciona directamente con la posibilidad de no anular la sentencia por alguna deficiencia probatoria que debió asumir el juez de fallo.

Aunque vale una precisión final del análisis del artículo 194° del CPC, pues se puede entender que se perfila al juez civil como juez más activista y comprometido con el resultado del proceso, pero creo que también hay que considerar que la disposición implementó determinados límites, que de alguna forma impedirían la afectación de los derechos fundamentales de naturaleza procesal de las partes, aunque ello no la hace inmune a los cuestionamientos de aquellos que defienden el garantismo procesal, esos comentarios no se dejen esperar, pues se sustenta en la tesis de que el proceso es un objeto privado que pertenece a las partes.

10. Conclusiones

- a) Con la modificatoria del artículo 194° del CPC ha generado nuevas reglas a tomar en cuenta por los jueces para ordenar prueba de oficio.
- b) Los poderes probatorios del juez dieron un vuelco importante en la legislación procesal civil peruana con la modificación con el artículo 194°, con ella se perfiló un uso condicionado de la prueba de oficio (excepcionalidad, asegurar la contradicción, entre otros elementos ya analizados), quedando de lado la posibilidad de un uso indiscriminado y arbitrario de este mecanismo por parte del juez, impidiendo se comporte como abogado de las partes al asumir la carga probatoria de éstas.
- c) Somos de la posición que la decisión de actuar prueba de oficio por el juez es impugnabile, si no se cumple con los elementos y límites establecidos en el artículo 194° del CPC, con lo cual se dio un giro importante en materia de impugnación de la decisión que ordena la prueba de oficio.

impugnatoria que permita el Ad quem revisar la sentencia solo podrá dar lugar a que: i) el ad quem revoque la sentencia, realizando para ello una nueva y distinta valoración del material probatorio; ii) que en segunda instancia el Ad quem actúe las pruebas de oficio que considere necesarias; o, iii) que el Ad quem anula la sentencia por vicios al motivar la valoración de la prueba, lo que dará lugar a un mandato de dictar una decisión mejor motivada, pero nunca un mandato de valorar en determinado sentido. En suma, nunca un medio de impugnación habilita al Ad quem a ordenar al quo que crea o valore algo de modo distinto a lo que su análisis lo permite, lo contrario implicaría una intromisión que atenta contra la independencia del primero.

- d) Destaca en la modificatoria, la posibilidad de prueba de oficio por el juez de segundo grado y la imposibilidad de declarar nula la sentencia para que el juez actúe prueba de oficio.
- e) El juez no debe convertirse nunca en un juez defensor de la posición de una de las partes, debe mantenerse siempre como tercero imparcial, y debe hacer uso de los poderes probatorios oficiosos que le concede la disposición procesal, siempre que se presenten todos los elementos que ahora se han perfilado en el contenido del artículo 194° del CPC.

LA TRATA DE PERSONAS EN EL PERÚ, ANÁLISIS Y PERSPECTIVA

MARCO AURELIO TEJADA ORTIZ*

Resumen

El delito de “trata de personas” implica un comportamiento prohibido relacionado con el proceso de captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de una persona, en el territorio de la República o de paso por el país, con fines de explotación u otros fines ilegales de este mismo carácter, pudiendo reputarse válidamente, a propósito, como una nueva forma de esclavitud, un delito transnacional y hasta un crimen de lesa humanidad al violentar con su perpetración Derechos Humanos consagrados, específicamente la libertad, la dignidad, la seguridad personal, el acceso a la justicia, el derecho a no ser sometido a la esclavitud, la servidumbre, los trabajos forzados, el derecho a no ser sometido a torturas, el derecho a no ser objeto de violencia por motivos de género, la libertad de circulación, la salud física y mental, el derecho a condiciones de trabajo justas y favorables, el derecho a un nivel de vida adecuado, el derecho a la seguridad social y el derecho a no ser vendido ni ser objeto de comercio. Por esto resulta relevante la formación de una apreciación personal y funcional del glosado término punitivo “trata”, no solo para así poder identificar, combatir, sancionar y erradicar esta creciente forma de “crimen organizado”, sino, sobre todo, para seguir de cerca la evolución que viene alcanzando y que trasciende el ámbito nacional, que permiten clasificarlo como “crimen organizado transnacional”.

Palabras clave: Trata, explotación sexual, explotación laboral, explotación en mendicidad.

Abstract

The crime of “human trafficking” involves a prohibited behavior related with the recruitment process, transport, transfer, reception or retention of a person in the territory of the country or passing through the country, for exploitation or other illegal purposes which can be regarded validly as a new form of slavery, a transnational crime and even a crime against humanity by violating its perpetration Enshrined human rights, specifically the freedom, the dignity, the personal security, access to the justice, the right in order not to be subjected to slavery, the servitude, the forced labor, the right not to be subjected to torture, the right not to be subjected to gender violence,

* Catedrático de Derecho Penal UIGV, juez penal titular de la Corte Superior de Justicia de la Libertad, juez penal provisional de la Sala Penal Nacional, maestro en Derecho Penal UNFV, asistente por Perú al curso: “Trata De Personas”, El Salvador.

the freedom of circulation , the mental and physical health, the right to fair working and favorable conditions, the right to an adequate standard of living , the right to social security, and the right not to be sold or to be traded.

Because of this, it is relevant the formation of a personal and functional appreciation of the punitive term “ trafficking” , in order not only to identify, combat, punish, and eradicate this growing form of “ organized crime “ , but especially in order to monitor the evolution that is achieving and that transcends the national scope and allowing to classify it as a “ transnational organized crime” .

Keywords: Trafficking, sexual exploitation, labor exploitation, begging exploitation.

Sumario

1.- Introducción. 2.- Legislación patria. 3.- Elementos. 4.- Modalidades. 4.1.- Explotación sexual. 4.2.- Explotación laboral. 4.3.- Explotación en mendicidad. 4.4.- Compra y venta de niños, niñas y adolescentes. 4.5.- Comercialización de órganos y tejidos. 4.6.- Reclutamiento forzoso. 5.- Trata con agravantes. 6.- Política criminal. 7.- Bien jurídico protegido. 8.- Necesario distinguo. 8.1.- Rufianismo. 8.2.- Proxenetismo. 8.3.- Favorecimiento a la prostitución. 8.4.- Delito usuario - cliente. 8.5.- Delito de explotación sexual infantil y adolescente en ámbito del turismo. 8.6.- Delito de tráfico ilícito de migrantes. 9.- Consideraciones finales.

1. Introducción

Al interior de la ampulosa temática de carácter jurídico en el campo del “crimen organizado”, coexiste a la fecha un asunto punible de acentuada connotación intitulado trata de personas que, en virtud de políticas definidas (D. S. 001-2015-JUS), el Estado Peruano busca combatir, frontal y decididamente¹, pues, en puridad, viene alcanzando niveles de incidencia ciertamente alarmantes que lo convierten - conjuntamente con los delitos de tráfico ilícito de drogas y tráfico ilícito de armas² - en una actividad punible sumamente lucrativa, marcadamente estigmatizante y, de facto, perniciosa para la estabilidad social, económica y jurídica de la Nación.

¹ A. Controlando y reduciendo el fenómeno, mediante atención especial a los factores sociales y culturales que la generan con mejores conocimientos, y campañas de sensibilización.

B. Persiguiendo y sancionando eficientemente el delito, registrando y sistematizando las denuncias y procesos, y amparando a los testigos.

C. Atendiendo, protegiendo y recuperando integralmente a las víctimas, procurando entonces su reinsertión y defensa judicial.

² La Sala Penal Nacional, a guisa de ejemplo ejerce juicio - desde el año 2013 - en 59 casos por TID y en 6 casos por TIAF, lógicamente, de gran complejidad.

La Organización de las Naciones Unidas calcula que el número aproximado de víctimas por año en “trata” a nivel mundial, asciende a cuatro millones (4'000,000.00) de personas, de las cuales un millón trescientas mil (1'300,000.00) personas, corresponden a América Latina y el Caribe. La Organización Internacional del Trabajo estima en doce millones trescientos mil (12'300,000.00) personas las víctimas de trabajo forzoso, de las cuales dos millones cuatrocientos mil (2'400,000.00) personas son resultado de la “trata”. Respecto a la “trata” con fines de explotación sexual, la Organización Internacional para las Migraciones aprecia que quinientas mil mujeres (500,000.00), en promedio, claro está, ingresan a Europa cada año como víctimas de esta modalidad criminal. La misma Organización de las Naciones Unidas, advierte que el negocio de la “trata” mueve alrededor de nueve billones de dólares americanos (9'000,000.00) por año en el mundo³. La oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, colige que la mayoría de las víctimas de “trata” detectadas son mujeres (entre el 55% y el 60%) y niñas (entre el 15% y el 20%). Estimados recientes de la UNICEFF dan una cifra global de niños víctimas de la “trata” de más de un millón de personas (1'000,000.00) al año.

De suyo, las personas traficantes, esto es, los individuos activos que hacen del delito de “trata de personas” su modo de vida y que, de hecho, aprovechan casi siempre situaciones de pobreza y de pobreza extrema⁴, persuaden por lo general a sus potenciales víctimas mintiendo groseramente sobre la actividad que éstas – los sacrificados – desempeñaran en el lugar de destino, diciéndoles por ejemplo que trabajarán de niñeras, enfermeras, camareras, cocineras, anfitrionas, etc.; no obstante, los fines de la explotación no serán develados sino hasta después de la llegada de la víctima a la anhelada estancia⁵. Otras veces, estos mismos traficantes, igualmente,

³ La Oficina de las Naciones Unidas para el Control de Drogas y la Prevención del Crimen reconoce a la trata de personas como la conducta delictiva de más rápido crecimiento en el crimen organizado.

⁴ La pobreza y la falta de oportunidades en el lugar de origen hacen que la potencial víctima acepte ofertas dudosas de personas desconocidas, o que se vea traicionada por personas conocidas, incluso seres amados que ven en ella una oportunidad de mejora. Sin embargo, la pobreza no es la única causa o causa “per se” de la trata, pero sí una facilitadora en la que la trata se desenvuelve. La pobreza favorece la vulnerabilidad que los explotadores aprovechan para captar a sus víctimas más fáciles. (Trata de mujeres para fines sexuales comerciales en el Perú; Oficina Regional para los Países Andinos, Organización Internacional para las Migraciones, p. 22 . <http://www.oimlima.org.pe>.)

⁵ Las víctimas suelen ser objeto de trata mediante la captación y el traslado de un país a otro o dentro de un mismo país, generalmente desde determinadas áreas rurales hacia centros

cautivan a sus ocasionales mártires siendo esta vez abiertos sobre la actividad laboral planificada, pero no sobre las condiciones en las que dicha actuación se llevará ciertamente a cabo; así, nunca les dirán a los casuales sacrificados, igualmente a guisa de ejemplo, que trabajarán continuamente, durante muchas horas, por encima de la jornada ordinaria de trabajo, en condiciones altamente peligrosas, con limitación incluso de su libertad ambulatoria, o que no recibirán puntual y totalmente el pago que se les prometió al inicio y que fuera, en esencia, claro está, el factor que permitió al tratado optar por aceptar la propuesta formulada.

Los tratantes, en todo caso, al asegurar sus ganancias en virtud a la llamada explotación coactiva o fuerte, es decir, la relación de subordinación entre la víctima y el explotador, quien no se beneficia con la simple actividad de la víctima, sino con la víctima propiamente dicha, degradándola prácticamente a la condición de objeto, mercancía o cosa, lo hacen generalmente en el marco estricto de actividades de suyo prohibidas como son la venta de niños, niñas o adolescentes, la prostitución y cualquier forma de explotación sexual, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, cualquier forma de explotación laboral, la mendicidad, los trabajos o servicios forzados, la servidumbre, la extracción o tráfico de órganos o tejidos somáticos o sus componentes humanos, así como cualquier otra forma análoga de explotación⁶.

La expresión punible “trata de personas” incluye, para determinados estudiosos de la materia, la efectiva explotación (sexual, laboral o doméstica) de las víctimas, mientras que para otros especialistas esta última situación es solo el objeto o finalidad del negocio; naturalmente, el mismo concepto de explotación (sexual, laboral o doméstica) puede tener diversos alcances interpretativos, dependiendo claro está de la perspectiva en que fuere empleada.

Al punto, dos de los más importantes obstáculos con el cual acostumbramos a enfrentarnos en la vida práctica los operadores del sistema y sobre todo los aplicadores de la justicia punible, sin distinción de latitud, es la complicada comprensión del tipo penal y asimismo del bien jurídico protegido en el delito de “trata de personas”; se invocan y requieren, pues, explicaciones claras y macizas al respecto. El derecho comparado, favorablemente, nos

urbanos igualmente advertidos (Informe de Investigación 62/2014-2015 del Congreso de la República del Perú: <http://www.congreso.gob.pe/dgp/didp/inicio.htm>)

⁶ Código Penal. Art. 153°, modificado por ley 30251.

provee de muy buenas armas para dicha afrontar dicha coyuntura⁷.

Consideramos que resulta relevante la formación de una apreciación personal y funcional del glosado término “trata de personas”, no solo para así poder identificar, combatir, sancionar y erradicar con denuedo esta cada vez más creciente forma de crimen organizado, vale decir, agrupación de tres o más personas que se reparten diversas tareas o funciones, cualquiera sea su estructura y ámbito de acción, que, con carácter estable o tiempo indefinido se crea, existe o funciona inequívoca y directamente, de manera concertada y coordinada, con la finalidad de cometer uno o más delitos graves (Art. 2° de la ley 30077, ley contra el crimen organizado)⁸, sino, sobre todo, para seguir de cerca la evolución que viene alcanzando y que en línea de reacción trasciende resbaladizamente el ámbito nacional - con características propias - que permiten clasificarlo sin duda como “crimen organizado transnacional”⁹.

Ahora bien, en el contexto ecuménico advertido y como queda expresado, debemos reiterar en principio que el delito de “trata de personas” es, en efecto, una sustanciosa fuente de ganancias para las organizaciones criminales destinadas a cometer delitos diversos como el narcotráfico y el tráfico de armas; no obstante, a diferencia del tráfico de armas y del delito de tráfico de drogas, el “comercio de personas” con fines de explotación (sexual, laboral o doméstico) no tiene costo, debido al debilitado combate institucional existente - incipiente¹⁰ - aún en nuestro país.

⁷ En razón de que la “trata” vulnera bienes jurídicos como la libertad, la integridad y la vida - entre otros - los convenios sobre este rubro son reputados “Tratados de Derechos Humanos”; en ese sentido, el acotado Protocolo de Palermo contiene normas de carácter auto-aplicativo que, por lo mismo, deben aplicarse ipso facto por el operador judicial (Art. 3° inc. B, que considera irrelevante el “consentimiento” para la configuración del suceso).

⁸ Participación de dos o más personas para el acometimiento de un propósito único y garantizar su continuidad para desarrollar una o más actividades de carácter delictivo (Vilma Guadalupe Portillo; la explotación sexual comercial como crimen organizado y su dimensión transnacional. Apuntes para la aplicación de la legislación sobre explotación sexual comercial de personas menores de edad. Boletín temático N° 5., p. 2).

⁹ Nivel organizativo que se apropia de la tecnología y cuenta con recursos adecuados para su funcionamiento, un objetivo primordial que es la rentabilidad - obtención de las mayores ganancias económicas posibles - la división de trabajo, el reparto de roles y la especialización de la mano de obra y de las jerarquías (Vilma GUADALUPE PORTILLO. Obra cito., p. 2).

¹⁰ El subrayado es nuestro.

2. Legislación patria

En el Perú, el delito de “trata de personas” al inicio de su regulación se hallaba previsto y sancionado¹¹ como ilícito penal contra la libertad en el contexto del llamado delito de proxenetismo; en efecto, el artículo 182° del Código Penal del año 1991 lo contenía con el siguiente enunciado: “el que promueve o facilita la entrada o salida del país o el traslado dentro del territorio de la república de una persona para que ejerza la prostitución”, razón por la cual sus elementos configurativos de carácter objetivo eran:

- a) La promoción o facilitación, para la entrada o salida del país o para el traslado dentro del territorio de la república, y
- b) Una persona empleada en el ejercicio de la prostitución.

Posteriormente, el día 08 de junio del año 2004, en virtud de la norma contenida en el artículo 1° de la ley 28251, el mentado numeral 182° del Código Penal - siempre como parte del modo sexual: proxenetismo - fue objeto de modificación legislativa tanto en su contenido como igualmente en su penalidad¹², con el siguiente epígrafe: “el que promueve o facilita la captación para la salida o entrada del país o el traslado dentro del territorio de la República de una persona para que ejerza la prostitución, someterla a esclavitud sexual, pornografía u otras formas de explotación sexual”, deviniendo entonces en elementos configuradores de orden objetivo, los siguientes:

- a) La promoción o facilitación de la captación para la salida o entrada del país o el traslado dentro del territorio de la república, y.
- b) Una persona destinada al ejercicio de la prostitución, a la esclavitud sexual, a la pornografía u a otras formas de explotación sexual.

Más adelante, en virtud de la 5ta. disposición complementaria, transitoria y final de la Ley 28950¹³, el señalado artículo 182° del instrumento represor del año 1991 fue explícitamente suprimido¹⁴, decidiéndose en aquel instante redefinir el comportamiento prohibido de la “trata de personas”¹⁵ en el

¹¹ Con pena privativa no menor de cinco ni mayor de diez años para la modalidad simple y pena no menor de ocho ni mayor de doce años por concurrencia de circunstancias agravantes (el agente es el padre, la madre, el tutor o el curador).

¹² Con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años para la modalidad simple y pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de doce años, si media alguna de las circunstancias agravantes enumeradas en el artículo anterior.

¹³ Publicada el 16 de enero del año 2007.

¹⁴ Derogado.

¹⁵ Por razones de política criminal, se dijo entonces.

artículo 153° del Código Penal¹⁶ que precedentemente hacía alusión al tráfico, retención o traslado de menores de edad o personas incapaces de valerse por sí mismas, como delito contra la libertad, pero en la modalidad ya de atentado pernicioso al bien jurídico protegido libertad personal, con el siguiente enunciado: “el que promueve, favorece, financia o facilita la captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de otro, en el territorio de la República o para su salida o entrada del país, recurriendo a: la violencia, la amenaza u otras formas de coacción, la privación de libertad, el fraude, el engaño, el abuso del poder o de una situación de vulnerabilidad, o la concesión o recepción de pagos o beneficios, con fines de explotación, venta de niños, para que ejerza la prostitución, someterlo a esclavitud sexual u otras formas de explotación sexual, obligarlo a mendigar, a realizar trabajos o servicios forzados, a la servidumbre, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud u otras formas de explotación laboral, o extracción o tráfico de órganos o tejidos humanos”.

En este sentido, los elementos de configuración objetiva del tipo penal “trata de personas”, en ese momento, eran:

- a) La promoción, el favorecimiento, el financiamiento o la facilitación de la captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de otro, en el territorio de la república o para su salida o entrada del país.
- b) La violencia, amenaza, coacción, privación de libertad, fraude, engaño, abuso del poder o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o beneficios.
- c) La explotación: venta de niños, ejercicio de la prostitución, sometimiento a esclavitud sexual u otras formas de explotación sexual, mendicidad, trabajos o servicios forzados, servidumbre, esclavitud o prácticas análogas u otras formas de explotación laboral, extracción o tráfico de órganos o tejidos humanos.

A partir de dicho instante cronológico, en concreto, queda establecido legalmente en nuestro país, pues, qué la captación, transporte, traslado, acogida o recepción de un niño, niña o adolescente con fines de explotación, es “trata”, aún cuando no se hubiera recurrido a alguno de los medios de comisión señalados expresamente en la ley sustantiva de la materia.

¹⁶ Reprimiéndolo con pena privativa no menor de ocho ni mayor de quince años.

En el ínterin, sin embargo y debido al constante cambio de paradigmas, criterios, circunstancias y partícipes advertidos de plano en el delito de “trata”, fundamentalmente en el contexto internacional, mediante artículo único de la Ley 30251¹⁷, el numeral 153° del Código Penal es nuevamente objeto de cambios, señalándose: “el que mediante violencia, amenaza u otras formas de coacción, privación de la libertad, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o de cualquier beneficio, capta, transporta, traslada, acoge, recibe o retiene a otro, en el territorio de la República o para su salida o entrada del país con fines de explotación, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años.

Razón por la cual los elementos objetivos y configuradores del tipo penal “trata de personas” son:

- a) **La conducta:** captar, transportar, trasladar, acoger, recibir o retener a otro en el territorio de la república o para su salida o entrada del país.
- b) **El medio:** violencia, amenaza, coacción, privación de la libertad, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o de cualquier beneficio.
- c) **El fin:** explotación: venta de niños, niñas o adolescentes, prostitución y cualquier forma de explotación sexual, esclavitud o prácticas análogas, cualquier forma de explotación laboral, mendicidad, trabajos o servicios forzados, servidumbre, extracción o tráfico de órganos o tejidos somáticos o sus componentes humanos, así como cualquier otra forma análoga de explotación.

De todo esto se desprende, a la sazón, que la captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de un niño, de una niña o de un (a) adolescente con fines de explotación es “trata” incluso cuando no se recurriera a alguno de los medios previstos en el inciso 1. De igual modo, deviene en prístino que el consentimiento otorgado por la víctima mayor de edad a cualquier forma de explotación, carecerá de efectos jurídicos cuando el agente activo hubiere recurrido a cualquiera de los medios comisivos enunciados en el citado inciso 1.

¹⁷ Publicada el día 21 de octubre del año 2014.

En esta línea de reflexión y análisis, en consideración de la normativa internacional, debidamente suscrita y ratificada por el Estado Peruano¹⁸, podemos afirmar que el hecho punible en la modalidad de “trata de personas” (artículo 153° del Código Penal, modificado por la ley 30251¹⁹), importa en la praxis, por tanto, un comportamiento indebido relacionado con el proceso de captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de una persona, en el territorio de la república o de paso por el país, con fines de explotación u otro fines ilegales, pudiendo reputarse entonces como una nueva forma de esclavitud, un delito transnacional y por qué no decirlo un crimen de lesa humanidad debido a que violenta flagrantemente derechos humanos consagrados en nuestra sistemática jurídica patria y asimismo en la jurisdicción internacional, específicamente la libertad, la dignidad, la seguridad personal, el acceso a la justicia, el derecho a no ser sometido a la esclavitud, la servidumbre, los trabajos forzosos, el derecho a no ser sometido a torturas, el derecho a no ser objeto de violencia por motivos de género, la libertad de circulación, la salud física y mental, el derecho a condiciones de trabajo justas y favorables, el derecho a un nivel de vida adecuado, el derecho a la seguridad social y el derecho a no ser vendido ni ser objeto de comercio.

Como puede inferirse de las anotaciones precedentes, por consiguiente, la definición del delito de “trata de personas” resulta de suya altamente compleja debido a la inclusión en su contexto de conductas que podrían, inclusive, considerarse delitos independientes en nuestro ordenamiento jurídico.

Entonces, el mentado artículo 153° de nuestro actual Código Penal (modificado por Ley N° 30251), al definir esta forma de criminalidad organizada, hace expresa alusión a la persona que promueve, favorece, financia o facilita la captación, el transporte, el traslado, la acogida, la recepción o la retención de otro, en el territorio de la república o para su salida o entrada del país, recurriendo a la violencia, la amenaza u otras formas de coacción, la privación de libertad, el fraude, el engaño, el abuso del poder o de una situación de vulnerabilidad, o la concesión o recepción de pagos o beneficios, con fines de explotación, venta de niños, para que ejerza la prostitución, someterlo a esclavitud sexual u otras formas de explotación sexual, obligarlo a mendigar, a realizar trabajos o servicios forzados, a la

¹⁸ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Protocolo de Palermo, diciembre 2000).

¹⁹ Publicada el 21 de octubre del año 2014.

servidumbre, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud u otras formas de explotación laboral, o extracción o tráfico de órganos o tejidos humanos²⁰.

3. Elementos

En expresa conformidad con lo establecido en el artículo 3° de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y el informe de investigación 62/2014-2015 del Congreso de la República²¹, podemos advertir, precisar y relievar los tres (03) elementos básicos y constitutivos del delito de “trata de personas”; a saber:

- a) El acto o conducta impetrada (léase: lo que se hace).
- b) Los medios comisivos empleados (léase: cómo se hace).
- c) La finalidad perseguida por el actor (léase: por qué se hace).

a. La conducta

Es la circunstancia referida al menos a una de las seis etapas del proceso de “trata” (captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de víctimas).

Este elemento de configuración, ergo, se encuentra especialmente relacionado con el desplazamiento y con la migración; en efecto, como sabemos, la víctima de la “trata” es desplazada casi siempre desde su lugar de origen hasta otro lugar que normalmente no conoce y en el cual espera – cree encontrará – un mayor bienestar.

Es importante enfatizar al respecto, no obstante, que las numerosas víctimas de este tipo penal de esclavitud ecuménica no siempre son raptadas, forzadas o violentadas, esto es, obligadas contra su expresa y común voluntad e intención de emerger en la vida de relación; muchas de ellas – quizás la gran mayoría – se traslada (viaja) voluntariamente y con predispuesta disposición, creyendo entonces en falsas promesas de empleo, estudios y/o proyectos de vida, de suyo seductor.

b. Los medios

Son aquellos elementos que privan la libertad o vician cuando menos el consentimiento de la víctima (violencia, amenaza, coacción, privación de la

²⁰ Sancionándolo con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años.

²¹ Área de servicios de investigación, p. 12. <http://www.congreso.gob.pe/dgp/didp/inicio.htm>

libertad, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o de cualquier beneficio).

A propósito, si bien es verdad las numerosas víctimas son las más de las veces privadas de su libertad ambulatoria y maltratadas físicamente en la captación, traslado y retención, la violencia psicológica, moral o amenaza se convierte en la forma más recurrente de esta forma de agresión inhumana.

Luego, de estos mecanismos de control identificados en doctrina y en la jurisprudencia nacional y extranjera, los más empleados en el negocio de la “trata” son:

- i. Las deudas, representadas por los tratantes en gastos de traslado, tramitación de documentación falsa, alojamiento, alimentación, etc.
- ii. La retención de documentos, que es una de las primeras decisiones que asumen los tratantes en perjuicio de sus víctimas, las cuales por lo mismo tienen firme dificultad para movilizarse y evitar de ese modo la deportación y/o su descubrimiento.
- iii. Las adicciones, que son recursos vedados empleados por los tratantes, induciendo a los tratados en el consumo de drogas.
- iv. La seducción, que son procedimientos ilegítimos de los cuales se valen los tratantes en desmedro, especialmente, de niños, niñas y mujeres.
- v. La manipulación de la información, que previamente han obtenido los tratantes de sus víctimas y que, de facto, les permiten mantener en estado de alerta no solamente a dichos agraviados sino igualmente a las personas del entorno de éstas.

c. Los fines

La explotación es el objetivo final de la “trata”; a propósito, no existe en la vida de relación un solo caso de “trata de personas” que no conlleve ciertamente a la explotación. Naturalmente, la “trata de personas” que se realiza siempre con algún propósito de explotación, debe ser objeto de sanción, incluso, aún cuando dicha intención realmente no fuere alcanzada en la realidad específica²².

²² La finalidad del tratante no debe, necesariamente, concretarse, basta con que se haya realizado alguna de las conductas y que se pueda comprobar la pretendida finalidad. La Trata de Personas en el Perú; normas, casos y definiciones., p. 31. Capital Humano y Social Alternativo; www.chs-peru.com

Venta de niños o adolescentes, prostitución, explotación sexual, esclavitud, explotación laboral, mendicidad, trabajos forzados, servidumbre, extracción o tráfico de órganos o tejidos somáticos o sus componentes humanos.

4. Modalidades

En lo concerniente a las maneras que el hecho punible “trata de personas” ostenta en la praxis, de mano con la doctrina más pacífica podemos relieves las siguientes connotaciones; a saber:

4.1 Explotación sexual: es la forma más asociada a la “trata”.

- Aprovechamiento de la prostitución ajena.
La víctima es inducida, obligada o forzada a ejercer el comercio del sexo contra su voluntad y en beneficio lógicamente del tratante.
- Pornografía.
La víctima es coaccionada a desempeñar esta forma industrial de comercio sexual.
- Explotación sexual en el ámbito del turismo.
El mercado sexual es un móvil turístico muy trascendente.

4.2 Explotación laboral: aprovechamiento del trabajo de uno en beneficio de otro.

La trata laboral transcurre normalmente en el contexto mismo de la economía informal.

- En agricultura: Cosechas de caña de azúcar, recojo de castañas u otras labores concernientes.
- En la tala: Venta de madera en el mercado informal.
- En minería: Minería artesanal.
- En las fábricas: Trabajar sin descanso, sin alimento, sin remuneración.
- En el trabajo doméstico: Extrema vulnerabilidad de las víctimas.

4.3 Explotación en mendicidad, especialmente por efectos de la pobreza.

Práctica consistente en solicitar dádivas o limosnas, en donde las víctimas son generalmente niños, niñas, adolescentes, ancianos y personas con discapacidad.

4.4 Compra y venta de niños, niñas y adolescentes.

Normalmente redes internacionales están detrás de esta modalidad delictuosa. Las víctimas son sustraídas, secuestradas o alejadas de sus familias, por lo general a cambio de ingentes sumas de dinero.

4.5 Comercialización de órganos y tejidos

Es la forma más cruenta del delito de trata que poco a poco viene ganando grandes espacios de punibilidad.

4.6 Reclutamiento forzoso

Tiene lugar en situaciones de violencia interna por parte de grupos armados regulares o irregulares que procuran cuadros de adherentes con fines de combate, vigilancia, guías, espionaje, limpieza y transporte de armas.

5. Trata con agravantes

Conforme a la normativa inserta en el artículo 153°-A del señalado Código Penal Peruano del año 1991 -modificado por el Artículo 1° de la Ley 28950- el hecho punible en forma de “trata de personas” se hace más pernicioso, en una doble escala de punición más alta; a saber:

a) Cuando:

- i. El agente comete el hecho abusando del ejercicio de la función pública.
- ii. El agente es promotor, integrante o representante de una organización social, tutelar o empresarial, que aprovecha de esta condición para perpetrar este delito.
- iii. Existe pluralidad de víctimas.
- iv. La víctima frisa entre catorce y dieciocho años de edad o es incapaz.

- v. El agente es cónyuge, conviviente, adoptante, tutor, curador, pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o tiene a la víctima a su cuidado por cualquier motivo o habitan en el mismo hogar.
- vi. El hecho es cometido por dos o más personas²³.

b) Cuando:

- i. Se produce la muerte, lesión grave o se pone en inminente peligro la vida y la seguridad de la víctima.
- ii. La víctima es menor de catorce años de edad o padece, temporal o permanentemente, de alguna discapacidad física o mental.
- iii. El agente es parte de una organización criminal²⁴.

6. Política criminal

En nuestro país, colateralmente, a pesar de que el Ministerio Público ha implementado a la fecha órganos de persecución especializadas en “trata”, no existen ni se elaboran a entera satisfacción auténticas acciones de prevención de oficio respecto de esta modalidad criminal organizada, no obstante, la notoria existencia de publicaciones y avisos de falsas agencias de empleo, guías de turismo, servicios de masajes, modelajes, casting para actuación en televisión o novelas, etc. De hecho, resulta imprecisa – por decir lo menos - la investigación de naturaleza proactiva, siendo esto así, seguramente, de una parte, por la muy elevada carga procesal o laboral que soportan los mentados despachos Fiscales Provinciales Penales y la Policía Nacional del Perú en los llamados casos criminales de carácter común y, de otro lado, por falta de sensibilización y/o motivación de la propia colectividad o, según el caso, de las mismas víctimas renuentes a cooperar en el debido y necesario esclarecimiento del suceso.

La investigación policial y fiscal en esta clase de ilícitos penales, efectivamente, tiene casi siempre naturaleza reactiva iniciándose de suyo debido a la formulación de la denuncia presentada por la víctima, o por sus familiares o, eventualmente, por terceros interesados.

²³ Sancionándolo con pena no menor de doce ni mayor de veinte años de privación de libertad e inhabilitación conforme al artículo 36 incisos 1, 2, 3, 4 y 5 del Código Penal.

²⁴ Imponiéndole pena privativa de libertad no menor de 25 años.

En todo caso, no se ha diseñado aún en el Perú una adecuada estrategia de investigación, pues, las diligencias de estilo se limitan por lo general a la mera declaración de la parte denunciante, a la recepción del testimonio del individuo denunciado y a la diligencia de reconocimiento médico-legal de la presunta víctima, que de no concretarse conllevan siempre a un archivo definitivo de las pesquisas preliminares sin mayor análisis, cuando fácilmente podrían buscarse las evidencias del delito de “trata” a través del manejo inteligente de la información recibida como noticia criminal y de acciones coordinadas de inteligencia entre el Ministerio Público, la Policía Nacional y la misma colectividad en su conjunto.

7. Bien jurídico protegido

En cuanto al bien jurídico protegido en el delito de “trata de personas”, no obstante la diversidad de criterios existentes y el hecho de que en esta ilicitud penal, sin duda, no concurre un único bien jurídico al cual la ley penal protege o procura proteger a entera satisfacción, sino más bien una pluralidad de dichos atributos legales (libertad ambulatoria, libertad sexual, indemnidad sexual, salud física y mental, libertad de auto determinación, seguridad laboral)²⁵, conforme a la normativa inserta en el artículo 1º de la Constitución Política del Estado del año 1993²⁶, nos adherimos al sector de la doctrina especializada que establece como objeto de protección la “dignidad humana”, entendida esta como el derecho de todos los habitantes del planeta (mayores o menores de edad) a no ser instrumentalizados por otro, es decir, a no ser tratados ni considerados como meros objetos de cambio o mercancía.

Justamente, teniendo en expresa cuenta, *mutatis mutandi*, que a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos²⁷ la dignidad humana es inviolable debiendo por tanto ser respetada y protegida²⁸, en el delito de

²⁵ En el delito de trata de personas el bien jurídico protegido es la libertad personal en su variante de la autodeterminación; es decir, el Estado en este delito protege la libertad, el libre albedrío, la voluntad, el libre arbitrio de la persona de decidir sobre su proyecto de vida, su libre decisión, y garantizar la autonomía con que debe desempeñarse todo ser humano. (Jhonn Medina Olivas, el bien jurídico en la trata de personas - Perú. Monografias.com > Derecho. <http://www.monografias.com/trabajos93/bien-juridico-trata-personas-peru/bien-juridico-trata-personas-peru.shtml#ixzz43YLQKsiE>)

²⁶ Artículo 1.- La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

²⁷ 10 de diciembre del año 2008

²⁸ Artículo 1. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

“trata de personas” -conforme reseña Ana Isabel Pérez Cepeda²⁹- y conforme lo venimos asimismo esbozando, nos hallamos en presencia de una lacerante conversión del ser humano en un mero objeto, en un individuo absolutamente cosificado, en una mercancía sujeta por entero a la sola voluntad de otro, en un mero instrumento asible, mensurable, manipulable, inventariable y cuantificable.

Sobre esto, parafraseando a Medina Olivas³⁰ podemos advertir que “el privilegio de la valoración del bien jurídico protegido es un arma de doble filo que –a veces³¹- se presta para que algunos jueces al valorar los hechos, así como el abogado de la defensa, se valgan de la existencia del consentimiento de la víctima, con lo que, se termina excluyendo de responsabilidad penal a los imputados o procesados, sobre todo cuando se trata de víctimas mayores de edad, sin tener en consideración lo señalado en el literal b) del artículo 3º del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, la cual advierte que el consentimiento dado por la víctima de la “trata” a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se hubiere recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado”.

En lo demás, debemos afirmar que nuestro país, a la fecha, es considerado en el contexto internacional como lugar de origen, tránsito y destino para el delito de “trata de personas”, básicamente, en tres de los fines de explotación precedentemente glosados: sexual, laboral y doméstico, siendo las zonas de mayor incidencia detectadas las ciudades de Lima, Cuzco, Iquitos, Arequipa, Puno y Piura. Lógicamente, las estadísticas reflejan una cruda realidad: la mayor incidencia de casos de “trata” se materializa en la explotación sexual de mujeres y menores de edad.

8. Necesario distingo

A manera de colofón si se quiere, nos permitiremos formular un objetivo y muy breve distingo entre el delito de “trata de personas” que, como afirmamos, importa en sentido práctico la perniciosa mutación del hombre a

(...)

Artículo 4. Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre, la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas.

²⁹ Las Normas Penales Españolas: Cuestiones Generales. Trata de Personas y Explotación Sexual. Editorial COMARES. 2006., p. 173.

³⁰ Obra cito.

³¹ El subrayado es nuestro.

un mero objeto, en un individuo cosificado, a una mercancía sujeta por entero a la sola voluntad de otro, y los demás ilícitos de carácter penal considerados afines como es el caso, del rufianismo³², del proxenetismo³³, del favorecimiento a la prostitución³⁴, del delito usuario cliente³⁵, del delito de explotación sexual infantil y adolescente en ámbito del turismo³⁶ y del delito de tráfico ilícito de migrantes³⁷.

8.1 Rufianismo

Delito en el cual, los sujetos activos se hacen mantener total o parcialmente por otra persona que hace del ejercicio de la prostitución su modo de vida. "...el Rufián... no promueve ni obliga de ninguna manera a la víctima a ejercer la prostitución...solo se aprovecha de las ganancias que el sujeto pasivo obtiene del ejercicio de la prostitución... en la que aquél para nada interviene, actividad que la víctima puede haber elegido libre y voluntariamente"...³⁸.

³² **Artículo 180.- Rufianismo**, modificado por el artículo 1° de la Ley 28251: 08-06-2004

Explotar la ganancia obtenida por una persona que ejerce la prostitución

³³ **Artículo 181.- Proxenetismo**, modificado por el artículo 1° de la Ley 28251: 08-06-2004

Comprometer, seducir, o sustraer a una persona para entregarla a otro con el objeto de tener acceso carnal.

³⁴ **Artículo 179.- Favorecimiento a la prostitución**, modificado por el artículo 1° de la Ley 28251: 08-06-2004

Promover o favorecer la prostitución de otra persona.

³⁵ **Artículo 179-A.- Usuario-cliente**, incorporado por el artículo 2° de la Ley 28251: 08-06-2004

Tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realizar otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías con una persona de catorce y menor de dieciocho años, mediante una prestación económica o ventaja de cualquier naturaleza.

³⁶ **Artículo 181-A.- Explotación sexual comercial infantil y adolescente en ámbito del turismo**, modificado por la segunda disposición final de la Ley 29408: 18 septiembre 2009

Promover, publicitar, favorecer o facilitar la explotación sexual comercial en el ámbito del turismo, a través de cualquier medio escrito, folleto, impreso, visual, audible, electrónico, magnético o a través de Internet, con el objeto de ofrecer relaciones sexuales de carácter comercial de personas de catorce (14) y menos de dieciocho (18) años de edad

³⁷ **Artículo 303-A.- Tráfico ilícito de migrantes**, modificado por el artículo 2 de la Ley 28950, del 16 enero 2007

Promover, favorecer, financiar o facilitar la entrada o salida ilegal del país de otra persona, con el fin de obtener directa o indirectamente, lucro o cualquier otro beneficio para sí o para tercero.

³⁸ PEÑA CABRERA FREYRE, Alfonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. T.II., EDEMSA., p. 70.

8.2 Proxenetismo

Delito en el cual, los agentes activos³⁹ – hombres o mujeres - comprometen, seducen o sustraen a otra persona para mantener relaciones sexuales remuneradas con personas mayores o menores de edad.

8.3 Favorecimiento a la prostitución

Delito en el cual, las personas comprometidas degradan la vida sexual del sujeto pasivo a la realización de actividades sexuales que ponen en riesgo su normal desarrollo⁴⁰.

8.4 Delito usuario-cliente

Delito en el cual, los sujetos activos ofrecen dinero por tener relaciones sexuales con un (a) adolescente. La aceptación del adolescente no elimina la responsabilidad atribuida.

8.5 Delito de explotación sexual infantil y adolescente en ámbito del turismo

Delito en el cual, los sujetos activos⁴¹ promueven, publican, favorecen o facilitan relaciones sexuales de carácter comercial de personas de catorce (14) y menos de dieciocho (18) años de edad, en el ámbito del turismo, aprovechando para esto escritos, folletos, impresos, imágenes, correos electrónicos o el internet.

8.6 Delito de tráfico ilícito de migrantes

Delito en el cual, los sujetos activos promueven, favorecen, financian o facilitan la entrada o salida ilegal del país de una persona, con el fin de obtener directa o indirectamente, lucro o cualquier otro beneficio para sí o para tercero.

9. Consideraciones finales

El delito de “trata de personas” o “comercio de hombres”, si se prefiere y que puede definirse pacíficamente, entonces, como un proceso de captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de personas, recurriendo a la amenaza, al uso de la fuerza, a la coacción, al rapto, al engaño, al abuso de poder, a una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de

³⁹ Proxenetes y/o promotores de la prostitución.

⁴⁰ PEÑA CABRERA FREYRE, Alfonso Raúl. Obra cito., p. 22.

⁴¹ Pedófilos.

pagos o beneficios para obtener el consentimiento de otro ser humano, específicamente mujeres, niños, niñas y adolescentes, con fines de explotación coactiva o fuerte, constituye, sin duda, una nueva forma de “esclavitud”, un “delito transnacional” y un “crimen de lesa humanidad”, que el Estado Peruano viene combatiendo aún, no obstante, sin la debida y más enérgica disposición.

El propósito, es que la “trata” no alcance mayores niveles de incidencia por el peligro que esto representa para todos.

La normativa positiva actual en nuestro país, siendo no obstante muy relevadora y expectante al tomar en expresa cuenta, sobre todo, el sustrato doctrinario establecido en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Protocolo de Palermo), prevé como puntos de acentuada connotación, de un lado, la absoluta carencia de efectos jurídicos que pudiera generar en la vida de relación el “consentimiento” otorgado por la víctima mayor de edad y a cualquier forma de explotación, razón por la cual, entonces, cuando el responsable del suceso recurriese al empleo de la violencia, de la amenaza, de la privación de libertad, del fraude, del engaño, del abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad u otras formas de coacción, debe ser de plano investigado, procesado y sancionado ejemplarmente, incluso con pena privativa de libertad efectiva; de otra parte, una mejor amplitud y comprensión del tipo penal aplicable y, asimismo, el hecho de que la “trata” puede ser perpetrada no solo mediante autoría directa sino sobre todo mediante autoría mediata, en este caso por actitud de aquellos individuos que la promuevan, financien o faciliten.

El presente esfuerzo intelectual, que se ha consolidado gracias al generoso aporte de la señorita Paloma Andaluz Queirolo, pretende –como muchos otros– generar mayor conciencia en la ciudadanía y en las autoridades y, por supuesto, mejores decisiones institucionales de política criminal.

LLAMADAS INTIMIDANTES: ¿ESTAMOS FRENTE A UN DELITO DE ESTAFA O DE EXTORSIÓN?

MARÍA EUGENIA GUILLÉN LEDESMA*

Resumen

Existen conductas delictivas que no pueden tipificarse fácilmente. Una de ellas está representada por lo que llamaremos “llamadas intimidantes”, refiriéndonos a aquellas comunicaciones telefónicas mediante las cuales un sujeto comunica un hecho falso a la víctima, como por ejemplo, que un familiar directo (hijo, esposo, etc.) han sufrido un percance (ha sido detenido por la policía o bien que ha sido secuestrado). La finalidad de la llamada es que la víctima desembolse dinero o bienes a favor de quien hace dichas llamadas. En estos casos, el sujeto activo (quien efectúa la llamada) utiliza el engaño como medio para infundir temor a la víctima, y así obtener un provecho de ella.

La conducta antes descrita, para algunos operadores de justicia, podría encajar en la figura de la estafa, dado que se podría decir se ha empleado el engaño como medio para defraudar a la persona agraviada. Pero para otros, este accionar corresponde no a una estafa, sino a la extorsión, dado que en el delito de estafa no se da la presión psicológica, amenaza ni intimidación.

La idea es generar una corriente de opinión sobre este asunto a fin de que se tipifique adecuadamente esta conducta delictiva, y lograr con ello una pena justa.

Palabras clave: Estafa, extorsión, intimidación, engaño, diferencias.

Abstract

There are criminal behaviors that are difficult to describe. One of those are the so called “intimidating calls” where a person acts like the informant to report a fake situation like a kidnapping, or a police custody of a relative, in order to frighten the victim so the criminal can obtain a large amount of money out of this situations.

The delinquent deceives and frightens the victim, making it easy for this malefactor to manipulate him or her. The victim ends up been traumatized by this episode and loosing his/her money after realizing that is part of a ruse.

* Juez del Primer Juzgado Penal Unipersonal Nacional - Sala Penal Nacional. Egresada de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad San Martín de Porres. Juez titular desde el año 2002, juez mixto titular de Villa María del Triunfo desde el año 2012.

The bottom line is how to define precisely this criminal event. Some call it “scam” (fraud) and others refer to it as “extortion” (a variety of blackmail). The main difference is that on the first case there is no intimidation against the victim or threat. Whereas on the second case this two elements are present.

The main purpose of this article is to point out this topic and to explain that in fact there is a difference between this two terms “scam” and “extortion” when it comes to describe this type of crime known as “intimidating calls”. This explanation should be useful to identify them correctly and give a fair judgment.

Keywords: Scam, extortion, intimidation, ruse, difference.

Sumario

1.- Introducción. 2.-Tipificación del delito de estafa. 3.- El engaño en la estafa. 4.- La forma en que el engaño se trasmite a la víctima, ¿es relevante? 5.- La intimidación. 6.- La extorsión: el elemento amenaza. 7.- Las llamadas intimidatorias: ¿una estafa simple, estafa agravada, o una modalidad de extorsión? 8.- Conclusiones.

1. Introducción

El caso que se expone a continuación, ocurrió en la vida real: En horas de la madrugada de un día de abril del año 2015, el señor M.C.E., de 89 años de edad, residente en la ciudad de Arequipa, recibe una llamada telefónica de una persona de sexo masculino quien, llorando, se identifica como su hijo, refiriéndole que el vehículo que conducía –en la ciudad de Lima– había pisado una piedra la cual, al rebotar, había caído sobre un niño, causándole la muerte. El supuesto hijo le implora que haga lo posible para que lo dejen en libertad, pues está detenido. Luego le pasan el teléfono a una persona que se identifica como un Capitán de la Policía Nacional, quien le exige la suma de dos mil dólares, con el fin de evitar que su hijo vaya a la cárcel. El agraviado procede apresuradamente a depositar la suma de cuatro mil soles – que constituían sus ahorros– en un número de cuenta que le proporciona el supuesto policía. Horas más tarde su nieta –hija del presuntamente detenido– le informa que su padre se encuentra en casa y que todo lo que escuchó sobre el accidente y la muerte del niño no ha sido más que una mentira.

Durante las investigaciones de este hecho se comprobó que, en la misma Comisaría, existían cuanto menos cinco denuncias de casos muy parecidos, interpuestas casi coetáneamente, siendo las constantes las siguientes: 1) Los agraviados eran todos padres de familia, de mediana o avanzada edad; 2)

Siempre había una persona que se hacía pasar por el supuesto hijo o hija, diciendo que había causado la muerte de un niño o niña y en todos los casos se comunicaba en medio de llantos y súplicas; 3) Había siempre un supuesto policía que señalaba que la única solución para que el hijo o hija no sea detenido era pagar una determinada suma de dinero, compeliendo y presionando a la víctima para que deposite dicha suma en una cuenta bancaria cuyo número le proporcionaba.

Luego de exponer los hechos, nos preguntamos si estamos ante un supuesto de estafa – tal como fue denunciado por el Ministerio Público- o si por el contrario, nos encontramos ante un delito de extorsión. El propósito de este artículo es tratar de despejar esta interrogante.

2. Tipificación del delito de estafa

Según nuestra legislación, el delito de estafa está tipificado de la siguiente manera:

“Artículo 196.-El que procura para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de tercero, induciendo o manteniendo en error al agraviado mediante engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de seis años.”

Se prevé una agravación de la conducta la cual recibe una mayor pena, a través del artículo 196-A:

"Artículo 196-A. Estafa agravada.- La pena será privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con noventa a doscientos días-multa, cuando la estafa:

- 1 Se cometa en agravio de menores de edad, personas con discapacidad, mujeres en estado de gravidez o adulto mayor.*
- 2. Se realice con la participación de dos o más personas.*
- 3. Se cometa en agravio de pluralidad de víctimas.*
- 4. Se realice con ocasión de compra-venta de vehículos motorizados o bienes inmuebles.*
- 5. Se realice para sustraer o acceder a los datos de tarjetas de ahorro o de crédito, emitidos por el sistema financiero o bancario."*

Colombia en su Código Penal, lo tipifica así:

“Artículo 246. Estafa.- El que obtenga provecho ilícito para sí o para un tercero, con perjuicio ajeno, induciendo o manteniendo a otro en error por medio de artificios o engaños, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses y multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes. En la misma pena incurrirá el que en lotería, rifa o juego, obtenga provecho para sí o para otros, valiéndose de cualquier medio fraudulento para asegurar un determinado resultado. La pena será de prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses y multa hasta de quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, cuando la cuantía no exceda de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes...”

Por su parte el Código Penal español, define la estafa en el artículo 248, estableciendo que *“cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno”*.

Finalmente, como último ejemplo de tipificación de la estafa en legislaciones comparadas resulta apropiado citar el Código Penal argentino, el cual señala lo siguiente:

“Artículo 172: Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño...”

La constante en las tipificaciones expuestas, incluida la contenida en nuestra legislación, es la existencia del engaño. El engaño es irremplazable: sin engaño no hay estafa. Los legisladores mencionan la utilización de otros medios tales como astucia (“ardid, artificio”¹), ardid (“Artificio, medio empleado hábil y mañosamente para el logro de algún intento”²) o argucia, (“Sutileza, sofisma argumento falso presentado con agudeza”³). Pero el resultado será el mismo: inducir a error a la víctima, o mantenerlo engañado para que de esa manera, esta disponga de su patrimonio según los intereses

¹ Diccionario de la lengua española, en <http://dle.rae.es/?id=461e0ZN> fecha de la consulta 5 de abril del 2016.

² *Idem.*

³ *Idem.*

del agente. El sujeto activo actúa de manera que no permite apreciar la realidad de los hechos al sujeto pasivo.

3. El engaño en la estafa

Para que se configure el delito de estafa, el sujeto activo procede, mediante engaños, a representar ante el sujeto pasivo, una aparente realidad que generalmente, se manifiesta halagüeña y favorable para éste: es así que el agente logra su propósito, como es, que la víctima disponga confiadamente de su patrimonio a favor de él. Pero no se trata de cualquier engaño: es necesario que se trate de lo que en doctrina se conoce como “engaño bastante”. Cabe traer a colación la Sentencia SIS 7162/2010 – expedida por la Sala Penal del Tribunal Supremo de Madrid, de fecha 10 de diciembre del 2010,⁴ la que nos respecto a los elementos del delito de estafa y la idoneidad del engaño:

“2. Los elementos que estructuran el delito de estafa, a tenor de las pautas que marcan la doctrina y la jurisprudencia, son los siguientes: 1) La utilización de un engaño previo bastante, por parte del autor del delito, para generar un riesgo no permitido para el bien jurídico (primer juicio de imputación objetiva); esta suficiencia, idoneidad o adecuación del engaño ha de establecerse con arreglo a un baremo mixto objetivo subjetivo, en el que se pondere tanto el nivel de perspicacia o intelección del ciudadano medio como las circunstancias específicas que individualizan la capacidad del sujeto pasivo en el caso concreto. 2) El engaño ha de desencadenar el error del sujeto pasivo de la acción. 3) Debe darse también un acto de disposición patrimonial del sujeto pasivo, debido precisamente al error, en beneficio del autor de la defraudación o de un tercero. 4) La conducta engañosa ha de ser ejecutada con dolo y ánimo de lucro. 5) De ella tiene que derivarse un perjuicio para la víctima, perjuicio que ha de aparecer vinculado causalmente a la acción engañosa (nexo causal o naturalístico) y materializarse en el mismo el riesgo ilícito que para el patrimonio de la víctima supone la acción engañosa del sujeto activo (relación de riesgo o segundo juicio de imputación objetiva) (STS 278/2010, de 15-3).”

De manera diáfana el Tribunal Supremo Español nos explica dos cuestiones fundamentales sobre el engaño: 1) Debe ser bastante, es decir, suficiente. 2) Para establecer la idoneidad del engaño, debemos evaluar la capacidad del

⁴ SIS 7162/2010 - ECLI:ES:TS:2010:7162, en <http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/5824532/Estafa/20110119>, fecha de la consulta 5 de abril del 2016.

sujeto pasivo para apreciar si su nivel de agudeza le hubiera permitido, con un alto grado de probabilidad, darse cuenta del ardid tramado por el sujeto activo.

4. La forma en que el engaño se trasmite a la víctima, ¿es relevante?

Ya sabemos entonces que el sujeto activo, para poder perpetrar una estafa, se tiene que valer de un engaño, ardid o astucia. Sin embargo, más allá de que el engaño debe tener la consistencia suficiente como para derribar las barreras de protección que psicológicamente, colocamos frente a los demás (autoprotección), hay un hecho que está presente pero que es muchas veces dejado de lado por quien analiza este delito: el engañado actúa persuadido, no obligado. En el delito de estafa, el que engaña esgrime contra el incauto agraviado una serie de argumentos, presentando un objeto o un hecho con cualidades que estos no tiene. Según nos ilustra James Reátegui Sánchez ⁵ “para la doctrina francesa debe existir una *“mise en scène”*, es decir, una puesta en escena, para mostrar a la víctima como cierto algo que no lo es. Es así que el agraviado se convence que lo que le están ofreciendo le conviene, que es bueno para él, que incluso en algunos casos va a sacar una ventaja (lícita) de aquello que va a adquirir (por ejemplo: a Pedro su vecino Juan le vende una piedras supuestamente muy valiosas a un precio bajo, con las cuales Pedro imagina que obtendrá un gran beneficio al venderlas a un joyero; lo que no sabe es que las piedras son de fantasía).

Es por eso que voluntariamente entrega parte de su patrimonio, y confiado, espera el resultado prometido. Por ejemplo, un agente de viajes que ofrece unos pasajes a una playa del Caribe a una pareja de novios próximos a casarse, diciéndoles que el lugar que visitarán tiene un clima excelente, acceso a internet y lugares donde hacer compras. Lo que no les dijo es que ya pasó la temporada de verano, que ahora está lloviendo permanentemente y que por el lugar no existen tiendas ni wifi. Los novios se sienten timados (y lo han sido), porque confiaron. Pero en ningún momento fueron víctimas de presión, coacción ni intimidación por parte del vendedor de pasajes.

Desde nuestro punto de vista, sí es gravitante cómo es que el engaño es transmitido por el sujeto activo, y cómo esta señal es recibida por el agente pasivo. En los casos expuestos los sujetos activos han enumerado al sujeto pasivo las supuestas cualidades de los productos que ofrecen, y han argumentado hábilmente al punto que convencieron a los compradores.

⁵ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Manual de Derecho Penal – Parte Especial: Delitos contra la vida, el patrimonio y otros*. Perú, Instituto Pacífico. 2015.

Pero estos a su vez han tomado la decisión con la voluntad viciada por error, no por intimidación o coacción. En los casos de estafa, creemos que la víctima no actúa con temor ni sintiéndose presionado, sino todo lo contrario, actúa voluntariamente disponiendo de su patrimonio, creyendo que ha escogido libremente la mejor opción y recién cuando se percate de la realidad, sabrá que su voluntad estuvo viciada por el error. Ninguna persona promedio compra un pasaje por miedo al vendedor ni por las veladas amenazas de éste.

Pero, volviendo al caso de las llamadas telefónicas intimidantes, ¿es así como ha ocurrido? ¿Acaso de manera amable el agente llamó a la víctima y le dijo lo siguiente: “Señor buenos días, estamos aquí con su hijo, quien acaba de atropellar y matar a una persona, pero no se preocupe, usted deposite cinco mil soles y su hijo no será ni siquiera denunciado; pero si no deposita dicha cantidad no pasa nada, será hasta otra oportunidad”? No, por supuesto que no. En el caso expuesto al principio, y que es un ejemplo de algo que sucede a diario, el sujeto activo utiliza una tercera persona que se hace pasar por el hijo de la víctima, fingiendo una gran aflicción y pidiendo que la víctima haga lo que le ordenen (lo que incluye el desembolso de dinero) produciendo gran temor e inseguridad en la víctima. Un temor razonable por cierto, dado que en casi todos los casos esta no tiene como averiguar de manera inmediata si su familiar es con quien acaba de hablar o se trata de una actuación.

En esas circunstancias, la víctima tiene que tomar una decisión. Pero ¿podrá tomarla libremente, con tranquilidad? Consideramos que la respuesta es no. Y es que el sujeto activo no le está mostrando alternativas para escoger cuál es la más conveniente para él (aunque no sean verdaderas). En un escenario de estafa, tenemos: 1) Un taimado sujeto activo que lanza una propuesta al sujeto pasivo, para lo cual, se gana su confianza mediante mentiras, astucia y embustes idóneos para tal fin; 2) Un sujeto pasivo que confía, y dentro del marco de esa confianza, desplaza su patrimonio hacia el sujeto activo, creyendo que obtendrá algún beneficio ;3) La posibilidad de que quien recibe la oferta decida, luego de evaluar ventajas y desventajas, que no la acepta.

Pero en el caso de las llamadas intimidantes, ¿qué tenemos? Sí está presente el engaño (no existe ningún hijo ni ningún atropello), pero no se ha alcanzado el consentimiento de la víctima a través de la persuasión y del convencimiento de esta de que está realizando un acto conveniente para su patrimonio: por el contrario, la víctima toma la decisión motivada no por la obtención de algo lícitamente bueno o conveniente para ella, sino por el

temor y la intimidación. El sujeto activo no le ofrece alternativas: o deposita el dinero que le piden o su familiar se verá privado de su libertad. No podemos decir que decide libre y voluntariamente: lo hace bajo presión psicológica, lo cual no ocurre en la estafa.

Cabe preguntarse, en aras de generar un debate, si el sujeto pasivo necesariamente tendría que actuar de distinta manera. Existen personas que ante una situación semejante reaccionan con entereza, rechazando enérgicamente lo que le exigen. Es obvio que, en el ejemplo dado, lo que le proponen no es legal: nadie tiene porqué entregar dinero para obtener la libertad de una persona: se debe actuar de acuerdo a ley. Pero no todas las víctimas de este tipo de llamadas tienen interiorizado este mensaje, sin contar con que el miedo por la seguridad del ser querido no es un elemento que precisamente propicia buenas decisiones.

Por ello, consideramos que en el caso de las llamadas intimidantes a las que hemos hecho referencia, el sujeto activo si bien utiliza el engaño, el medio para lograr su objetivo – provecho ilícito- es el temor que le produce lo que genera la intimidación, hecho que desborda el tipo penal del delito de estafa.

Al respecto, los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal de Superior de Justicia de Córdoba, Argentina⁶, citan al maestro Francesco Carrara, quien marca la diferencia entre el delito de extorsión y el de estafa. : *“Encuadra en el primer ilícito el caso del malandrín, que fingiéndose Stoppa (delincuente conocido), atemorizó al propietario y obtuvo el dinero. El engaño fue un medio para el hurto violento: esto es claro. Se engañó para atemorizar”. Sobre el segundo, narró el siguiente supuesto: “el acuerdo de dos malandrines. El primero ataca armado al viandante y lo amenaza para que le de dinero. Pero el segundo finge llegar por casualidad; amenaza al primero; lo pone en fuga, simula haber salvado a aquel viandante de un grave peligro, y se ofrece para acompañarlo a su casa y escoltarlo para su seguridad. Este case en el engaño de considerar al recién llegado como a su salvador y benefactor, y por ello al llegar al domicilio le concede una generosa recompensa que luego el compadre se va a dividir con el simulado agresor. He aquí la intimidación, que ha servido de medio al engaño”*. Carrara lo que nos dice es que en el caso que el dinero ha sido dado por engaño, calificará como estafa; la víctima ha hecho entrega de dinero sin presión moral alguna, creyendo que entregaba una recompensa a su supuesto salvador. Lo que nos queda claro luego de comparar las dos situaciones expuestas que en la medida que el sujeto activo

⁶ Recurso de Casación. Sentencia 244, expedida el 12 de setiembre del año 2011, en http://www.justiciacordoba.gov.ar/justiciacordoba/paginas/servicios_fallosrecientes_texto_completo.aspx?enc=lUY0HZsy++13X2sESFEHA==, fecha de la consulta 13 de abril del 2016.

se valga de un engaño para infundir temor, lo que a su vez impulsa a la víctima a entregarle algo que aquel pretende, estamos ante una extorsión. Si por el contrario, la intimidación precede al engaño, y es solo por influjo de dicho engaño que el sujeto pasivo se desprende de su patrimonio a favor del sujeto activo, estaremos ante una estafa.

5. La intimidación

Es en el Código Civil peruano en el que encontramos una definición de intimidación:

“Artículo 215.- Hay intimidación cuando se inspira al agente el fundado temor de sufrir un mal inminente y grave en su persona, su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o en los bienes de unos u otros...”

Tratándose de otras personas o bienes, corresponderá al juez decidir sobre la anulación, según las circunstancias...”

Asimismo, a través del artículo 216 de dicho cuerpo legal, se establecen criterios para calificar la violencia o intimidación:

“Artículo 216.- Para calificar la violencia o la intimidación debe atenderse a la edad, al sexo, a la condición de la persona y a las demás circunstancias que puedan influir sobre su gravedad...”

La intimidación acarrea la anulabilidad de los actos jurídicos y suprime la eficacia probatoria de la prueba obtenida mediante aquélla. Pero el Código Procesal Civil a su vez menciona – lo que no lo hace el Código Penal- algo que constituye un “acto lesivo” contra una persona: la presión psicológica. Lo hace a través del último párrafo del artículo 677 que establece lo siguiente:

“Artículo 677.- Cuando la pretensión principal versa sobre separación, divorcio, patria potestad, régimen de visitas, entrega de menor, tutela y curatela, procede la ejecución anticipada de la futura decisión final, atendiendo preferentemente al interés de los menores afectados con ella.

Si durante la tramitación del proceso se producen actos de violencia física, presión psicológica, intimidación o persecución al cónyuge, concubino, hijos o cualquier integrante del núcleo familiar, el Juez debe adoptar las medidas necesarias para el cese inmediato de los actos lesivos, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 53...”

Ahora, es preciso analizar otro aspecto de los hechos fácticos que constituyen las llamadas intimidantes. Decíamos que el desplazamiento del patrimonio de la víctima (depósito en una cuenta que le proporciona el sujeto activo) se produce luego que este le hace saber lo que ha acontecido con su familiar (a través de quien finge serlo) y después que le anuncia el mal grave e inminente que sufrirá este (la cárcel) si no cumple con depositar cierta cantidad de dinero. Pero es evidente que lo que le propone es algo turbio y con visos de ilegalidad: ¿Por qué el supuesto policía pediría dinero al padre del “detenido”? Se entiende que es para que no pierda su libertad, pero ¿en qué contexto legítimo se puede dar eso? En ninguno. Si uno va a dar dinero para favorecer de cualquier manera a una persona privada de su libertad, ello es un indicio poderoso de que estamos ante un delito, por ejemplo, de cohecho.

Pero aquí aparece otra cuestión interesante: La elección de lo que finalmente va a hacer el sujeto pasivo. Estamos por ejemplo, ante un anciano de 90 años de edad, a quien se le ha engañado, con una mentira o ardid convincente, haciéndole creer que su hijo está en un problema que compromete su libertad individual. Luego, el engaño genera la intimidación contra el sujeto activo, quien no tiene alternativas: o deposita tal cantidad de dinero o su hijo irá preso. ¿Podrá el sujeto activo decidir libremente si depositar o no el dinero que le exigen? Si la intimidación ha logrado su objetivo y ha conseguido infundir temor en la víctima, ya su voluntad está doblemente viciada: al engaño se le suma el temor justificado, lo que puede, en la mayoría de casos, hacer perder la objetividad al punto de no sopesar debidamente los pros y los contras de la decisión a tomar.

En una estafa pura y simple, el agente propone algo aparentemente ventajoso para el sujeto pasivo: si no fuera así, no habría desprendimiento de patrimonio, por cuanto por reglas de la experiencia sabemos que ninguna persona va a adquirir un bien o un servicio sino le conviene. La víctima tiene la opción también de negarse: Ejemplo: El sujeto activo AB le ofrece a CD ser socio de un recientemente creado club campestre que tenía todas las comodidades, pagando una módica suma como cuota de ingreso. CD luego de conversar con su cónyuge decide que no lo adquirirá por ahora, porque prefiere incrementar sus ahorros. Lo que no sabe es que AB lo engañó sobre las bondades del club por cuanto este no tenía servicios de luz ni agua y el terreno estaba en litigio. Pero en ningún momento AB ejerció intimidación contra CD.

¿Se diferencia la intimidación de la amenaza? Al respecto, James Reátegui considera que la amenaza es un medio (típico, en el caso del robo por ejemplo) que *“conllea sentimientos de angustia y miedo en la víctima, ante la contingencia del daño anunciado. La amenaza debe manifestarse a través de palabras, gestos, escritos y debe ser capaz de producir efectos intimidatorios en el sujeto pasivo, lo que permitirá al agente vulnerar su resistencia o la defensa de sus bienes, facilitándose así, la sustracción de los mismos”*⁷.

Respecto a la amenaza, advertimos que nuestro Código Penal considera como elementos del tipo penal de ciertos delitos, tanto a la “amenaza”, como a la “grave amenaza”, pero sin definir ninguna de ellas. Por ejemplo, en el delito de coacción, tipificado en el artículo 151 del Código Penal, se menciona solo la palabra “amenaza”:

“Artículo 151.- El que, mediante amenaza o violencia, obliga a otro a hacer lo que la ley no manda o le impide hacer lo que ella no prohíbe será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años...”

En cambio, en el delito artículo 188 del Código Penal observamos lo siguiente:

“Artículo 188. Robo.- El que se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra, empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años.”

La amenaza constituye parte del tipo penal en el caso del delito de Usurpación:

“Artículo 202. Usurpación.- Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años:

- 1. El que, para apropiarse de todo o en parte de un inmueble, destruye o altera los linderos del mismo.*
- 2. El que, con violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza, despoja a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real.*

⁷ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Op. cit

Asimismo, forma parte del tipo penal del delito de daños agravados:

“Artículo 206.- La pena para el delito previsto en el artículo 205 será privativa de libertad no menor de uno ni mayor de seis años cuando:

3. El que, con violencia o amenaza, turba la posesión de un inmueble.”

Finalmente, finalizando con los ejemplos, tenemos incluida la amenaza en la tipificación del delito de obstrucción de la justicia:

“Artículo 409-A.- Obstrucción de la justicia.-El que mediante el uso de fuerza física, amenaza, ofrecimiento o concesión de un beneficio indebido, impide u obstaculiza se preste un testimonio o la aportación de pruebas o induce a que se preste un falso testimonio o pruebas falsas, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.”

Nuestro Código también incluye la “grave amenaza”, en el caso de, por ejemplo, el delito de violación sexual y de actos contra el pudor.

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema⁸ por su parte, a través de la Resolución Nacional 3166-2012, se ocupa, no de la amenaza “simple” sino de la “grave amenaza” de la siguiente manera:

“Por grave amenaza entendemos la violencia moral seria, empleada por el sujeto activo, mediante un anuncio de un mal grave a intereses de la víctima o a intereses vinculados a ésta. La promesa de daño debe producir en el ánimo de la víctima un miedo que venza su resistencia, de causar un mal grave e inminente.”

Pero en la misma sentencia, la Corte Suprema hace referencia a la intimidación, considerándola como “medio comisivo alternativo”, y haciendo mención que en la jurisprudencia española ha sido definida como “*constreñimiento psicológico, amenaza de palabra u obra de causar un daño injusto que infunda miedo en el sujeto pasivo. Habrá de tener la entidad suficiente como para merecer su asimilación a la violencia. Seriedad, verosimilitud, inmediatez y gravedad se configuran como requisitos que ha de reunir la causa que genere dicha intimidación*”. La Corte Suprema ⁹ ha señalado que la intimidación es definida -por la jurisprudencia española -como “*constreñimiento psicológico, amenaza de palabra u obra de causar un daño injusto que infunda miedo en el sujeto*

⁸ Corte Suprema de Justicia – Sala Penal Permanente / R.N. 3166-2012 – Ayacucho.

⁹ R.N. 3166-2012 Sala Penal Permanente – Ayacucho.

pasivo.” Empero, para merecer su asimilación a ésta, debe de reunir los siguientes requisitos: seriedad, verosimilitud, inmediatez y gravedad. En el caso particular, debe analizarse si lo que comunica el agente o sujeto activo resulta creíble y probable, y que además contenga un apremio compatible con la inmediatez. Utilizando el caso planteado al comienzo, si por ejemplo, el agraviado tiene un hijo, que vive en Lima y conduce vehículos y la llamada hace referencia a que esta persona ha tenido un percance manejando en Lima, pues resulta verosímil la historia. Sobre la inmediatez y la gravedad, la falsa noticia versa sobre un homicidio culposo (muerte de un niño a quien le cayó una piedra, debido a una maniobra temeraria del conductor quien es su hijo) lo cual deriva en la privación de libertad del supuesto hijo. En este punto vale la pena detenerse: ¿Podemos afirmar que constituye un mal grave e inminente el anuncio de que el supuesto homicida será conducido a una cárcel pública?

La respuesta para nosotros es que eso dependerá de una serie de circunstancias. La personalidad, el nivel educativo y el factor cultural inciden en cómo será tomada la advertencia. Para una persona que trabaja en un medio judicial, fiscal o relacionado con la abogacía, se dará cuenta que previo al traslado a una cárcel pública, tiene que ser puesto en manos de la Fiscalía, quien podría incluso optar por aplicar un principio de oportunidad, lo que equivale a que no necesariamente va a ir preso; o bien, saber que en caso que el Fiscal presente cargos, será el Juez Penal quien decida en una Audiencia, a la que se presentará el imputado con su abogado. Pero si es una persona común que no maneja esta información, le parecerá inevitable que su ser querido sea derivado a una prisión, con todo el sufrimiento moral que ello conlleva. Es entonces que podríamos considerar que según las circunstancias, plantearse la posibilidad de que un familiar con el que tenemos estrecha relación vaya directo a un penal sí podría equipararse con un mal “grave e inminente”.

Tenemos entonces que la intimidación según nuestro ordenamiento civil, es aquello que nos inspira el fundado temor de sufrir un mal inminente y grave en nuestra persona, nuestro cónyuge, o nuestros parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o en los bienes de unos u otros; definición que se asemeja a la de la grave amenaza, por lo que consideramos que la intimidación puede asimilarse a la amenaza, en el sentido que tienen ambas, como propósito, el de infundir temor a sufrir un mal inminente y grave, tanto contra nuestra persona como contra los seres que nos son cercanos.

Creemos que es la forma como el sujeto activo hace conocer su intención de dañar al sujeto pasivo, lo que aparentemente diferencia la intimidación de la amenaza. En la intimidación, generalmente se emplean mensajes, comunicaciones en doble sentido, insinuaciones, etc.

En el caso de la amenaza, esta es más clara, y se expresa de manera inequívoca: Deposita esta cantidad de dinero o mataremos a tu familia; paga este “cupó” y te dejaremos trabajar. Pero el fin de ambas, es el mismo: atemorizar a la víctima, para lograr de ella algo que el sujeto activo quiere: dinero, bienes tangibles (un auto, una casa) o intangibles (la libertad, el favorecimiento en un proceso, etc.)

6. La extorsión: el elemento amenaza

El Código Penal en su artículo 200, primer párrafo, establece lo siguiente respecto al delito de extorsión:

"Artículo 200.- Extorsión.-El que mediante violencia o amenaza obliga a una persona o a una institución pública o privada a otorgar al agente o a un tercero una ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años..."

Por su parte el Código Orgánico Integral Penal (COIP) del Ecuador, en su artículo 185, dice:

"Art. 185.- Extorsión.- La persona que, con el propósito de obtener provecho personal o para un tercero, obligue a otro, con violencia o intimidación, a realizar u omitir un acto o negocio jurídico en perjuicio de su patrimonio o el de un tercero, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Vemos que en este cuerpo legal se utiliza la palabra intimidación, entendemos, como sinónimo de amenaza.

El Código Penal de España se ocupa del tipo penal de extorsión en el artículo 243, el que señala lo siguiente:

Artículo 243: "El que con ánimo de lucro, obligare a otro, con violencia o intimidación, a realizar u omitir un acto o negocio jurídico en perjuicio de su patrimonio o del de un tercero, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años, sin perjuicio de las que pudieran imponerse por los actos de violencia física realizados".

Para el Código Penal Argentino, la tipificación del delito de extorsión es la siguiente:

Artículo 168. - Será reprimido con reclusión o prisión de cinco a diez años, el que con intimidación o simulando autoridad pública o falsa orden de la misma, obligue a otro a entregar, enviar, depositar o poner a su disposición o a la de un tercero, cosas, dinero o documentos que produzcan efectos jurídicos.

Incurrirá en la misma pena el que por los mismos medios o con violencia, obligue a otro a suscribir o destruir documentos de obligación o de crédito.

Como podemos apreciar, nuestra legislación incluye en el tipo penal la “violencia o amenaza”, a diferencia de otros Códigos en los cuales se consigna “violencia o intimidación”, lo cual nos llevaría a pensar que la intimidación se equipara a la amenaza. Nuestro Código Penal no incluye la palabra “intimidación” en el tipo penal de extorsión.

Habiendo opinado respecto a las diferencias entre intimidación y amenaza, recalcamos el hecho de que ambos deben ser considerados como géneros de la misma especie cuya vocación es la misma: infundir temor en la víctima para lograr un fin ilícito.

7. Las llamadas intimidatorias: ¿una estafa simple, estafa agravada, o una modalidad de extorsión?

Además del ejemplo con el que comenzamos este artículo, existe otro, lamentablemente muy común en varios países de Latinoamérica, como es lo que comúnmente se conoce como “secuestro virtual”: una persona que llama diciendo que tienen retenido a un familiar cercano, y que para rescatarlo deben depositar una suma de dinero en algún lugar. Lo cierto es que no existe ningún secuestro: es todo una farsa. Quien llama, utiliza también un engaño: tenemos secuestrado a tu familiar. Este engaño genera un justificado temor en la víctima. Es por ese temor, que puede transformarse en pánico o desesperación, que esta acepta lo que le exige el supuesto secuestrador. Somos del parecer que este ejemplo es semejante al primero, en cuanto existe un engaño pero también el factor intimidación: el engaño, como medio para atemorizar, porque es de esa forma, que la víctima se sentirá indefensa y cederá ante la exigencia del delincuente.

Resulta interesante en tal sentido, el tratamiento jurídico que a este hecho ilícito denominado “secuestro virtual” le ha dado la jurisprudencia argentina. En ella encontramos fallos totalmente contrapuestos sobre el

mismo tema. La Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de Capital Federal, Sala IV, expediente 26.034, sentencia del 31 de marzo del 2005, se inclinó por la figura de la extorsión, mientras que la Sala VI, expediente 29.535, sentencia del 5 de junio del 2006, opinó porque se trataba de una estafa.¹⁰ Cabe recordar – y comparar– los tipos penales en relación a la legislación peruana, a fin de verificar que tan aplicables serían dichos razonamientos a nuestra realidad. En la legislación penal argentina, artículo 172° del Código Penal, para que se produzca el delito de estafa, el sujeto activo debe defraudar a otro “*con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño...*”. En nuestro Código Penal, comete estafa el que procura para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de tercero, induciendo o manteniendo en error al agraviado mediante engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta. En el caso argentino basta cualquier ardid o engaño que el sujeto activo utilice para defraudar a otro, y no incluye el que se obre procurando un provecho ilícito para otro. Pero en ambos, el medio utilizado para obtener la defraudación o el provecho ilícito es el engaño.

En el caso de la extorsión, el artículo 200 del Código Penal en nuestra legislación establece que para que haya extorsión el agente debe emplear como medio, la violencia o la amenaza, con el fin de obligar a una persona o a una institución pública o privada a otorgar a dicho gente o a un tercero una ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole. En el caso de la legislación argentina, el artículo 168 del Código Penal reprime a quien con *intimidación* o simulando autoridad pública o falsa orden de la misma, obligue a otro a entregar, enviar, depositar o poner a su disposición o a la de un tercero, cosas, dinero o documentos que produzcan efectos jurídicos. Incurrirá en la misma pena el que por los mismos medios o con violencia, obligue a otro a suscribir o destruir documentos de obligación o de crédito. La gran diferencia es que en la definición típica de extorsión, se incluye la intimidación, y además la violencia, mas no mencionan la amenaza. En nuestro Código Penal en cambio, el medio empleado es, como se ha señalado anteriormente, la violencia o la amenaza, mas no se incluye a la intimidación. Podríamos interpretar entonces que en caso de la normatividad penal argentina, no es que se excluya la amenaza, sino que esta se equipara a la intimidación.

¹⁰ “Secuestro virtual es extorsión” Diario Judicial, 22 de setiembre del 2014, en <http://www.diariojudicial.com/nota/35091>, fecha de consulta 14 de abril del 2016.

Volviendo a lo que resolvió la Sala IV Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, en su sentencia del 31 de marzo del 2005¹¹, coincidimos con su decisión en cuanto sostiene que en el caso del secuestro virtual, las amenazas se transmitieron al sujeto pasivo para hacerle sentir un “serio y lógico temor”. Señalan los Magistrados lo siguiente: “Si bien el damnificado iba a realizar una disposición patrimonial que habría de perjudicarlo, motivado por un artificio, no se configura el delito de estafa ya que ellos no lo indujeron a error, sino a una férrea compulsión, resultando su finalidad conformar una intimidación basada en la mentira y así obligarlo a la entrega del dinero exigido.”

Por el contrario, la Sala VI de la misma Cámara Nacional antes indicada, sostiene que se trata de estafa, a pesar que reconoce que existió intimidación. Los Jueces de la Sala VI opinaron lo siguiente: “en efecto, en la extorsión la acción típica consiste en obligar a otro, mediante intimidación, a entregar, enviar, depositar o poner a su disposición o la de un tercero aquello que constituye objeto del delito (cf. Donna, Edgardo Alberto, “Derecho Penal, Parte Especial”, Tomo II-B, Rubinzal-Culzoni Editores, p. 209 y 210), pero siempre por medio de amenazas y estas no son más que el anuncio de un daño que se producirá en el caso de no cumplir con lo exigido, extremo que nunca podría haber ocurrido en este sumario, toda vez que los dichos amenazantes proferidos por los sujetos intervinientes no se hubieran podido concretar al tratarse de un “secuestro virtual”.-“Es por ello, que la exigencia dineraria realizada, enmarcada en amenazas y simulando un secuestro, forman parte de una maniobra ardidosa única tendiente a afectar el psiquismo del destinatario como para hacerlo incurrir en un error e inducirlo a concretar la disposición patrimonial pretendida”.¹²

Discrepamos con las conclusiones a las que arriba la Sala VI ya indicada, por encontrarlas contradictorias. Por un lado consideran que sí hubo intimidación, lo cual constituye un elemento del tipo penal de extorsión en la normatividad argentina; sin embargo, opinan que la intimidación y/o exigencia “enmarcada en amenazas y simulando un secuestro”, forma parte del ardid tramado por el sujeto activo, que tuvo por finalidad afectar la psiquis de la víctima y así, hacerlo incurrir en error e “inducirlo a concretar la disposición patrimonial, por lo que deducen que se trata de una estafa”. Sin

¹¹ Columna de opinión: “Secuestro virtual: ¿Estafa o extorsión?”. The answer Company Thomson Reuters, en <http://thomsonreuterslatam.com/2013/05/20/columna-de-opinion-secuestro-virtual-estafa-o-extorsion/>, fecha de consulta 13 de abril del 2016.

¹² En <https://luciasavarese.wordpress.com/2008/08/19/secuestro-virtual-causa-cisneros-maria-cncrim-y-correc-sala-vi/>, fecha de la consulta 13 de abril del 2016.

embargo, no se ocupa de un detalle importante, respecto a que en la estafa el sujeto activo utiliza el engaño como un “puente” para llegar a la psiquis del sujeto pasivo y persuadirlo de que el negocio o propuesta que le formula es conveniente para éste, motivo por lo cual la decisión (aunque viciada por el error, de lo cual se percatará el sujeto pasivo con posterioridad) se puede considerar como tomada libremente. En el caso del “secuestro virtual”, semejante al de las llamadas intimidantes, el agente emplea el engaño pero para conectarlo con el afectado el ardid o mentira debe tener la condición de intimidante o atemorizante. No utiliza la persuasión como vehículo para transmitir el engaño, sino que este llega al afectado produciendo un impacto psicológico que puede alcanzar diversa magnitud debido al temor o miedo que inspire en la víctima.

La sentencia de la Sala VI se ocupa de otro tema como es respecto a si el medio escogido por el imputado (caso del secuestro virtual) fue idóneo, en el sentido que tenía aptitud para causar temor en el agraviado; concluyendo la Sala VI que sí. Es decir, la Sala VI admite que la intimidación ha sido un medio idóneo para neutralizar a la víctima a través del temor, pero aún así sostiene que es estafa, solo porque las amenazas en ningún caso hubieran prosperado, por cuanto se trataba solo de un “secuestro virtual”. Consideramos que para que se produzca el delito de extorsión, tanto aquí como en Argentina, no se exige que el sujeto activo cuente con los medios para realizar o no sus amenazas, cualesquiera que sean éstas. Nos adherimos en todo caso a lo pronunciado por la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, en la sentencia ya mencionada de fecha 12 de setiembre del 2011, en cuanto dice, al juzgar un caso de secuestro virtual, que la extorsión es un delito pluriofensivo (“ofensa compleja”) en el que se lesiona la libertad de determinación de las personas y a la vez, la propiedad. Dice el Tribunal:

“La norma que regula esta figura penal, establece dos modos de ejecutarla: uno directo, a través de la intimidación propia, común o genérica; y otro indirecto, por medio de la simulación de autoridad o de falsa orden en ella (CP art. 168, 1er. Párrafo). Estos componentes del delito que examinamos denotan que en su núcleo se asienta la exigencia coactiva formulada por el agente, quien provoca miedo en el damnificado, que es, en definitiva, lo que motiva la realización de lo pretendido por aquél. No tiene relevancia típica, en cambio, que dicha coacción sea factible.”

Nos parece interesante lo que señala el jurista Sebastián Soler, citado en la sentencia anterior, respecto a que se debe tener presente que la idoneidad del

medio no se mide en relación a la capacidad de crear un peligro real, sino el temor de un peligro, y que para ello basta la apariencia. Agrega el Tribunal:

“La existencia de un error en el coacto no excluye la extorsión cuando el yerro mismo forma parte de la maniobra intimidante....” 2De lo expuesto se advierte que, en razón de la misma estructura típica, es posible considerar que el agente que intimida en base a una mentira también comete extorsión...”.

Como quiera que el tema es polémico en otras latitudes, es pertinente comentar la iniciativa del Diputado de la República de Chile, Jorge Tarud Daccarett, quien el 8 de setiembre del año 2015 presentó ante el Poder Legislativo de su país una moción para modificar el artículo 467° del Código Penal chileno. Expone el diputado que la finalidad de su moción es la incluir como modalidad del delito de estafa, el hecho que el sujeto activo, infundiendo miedo o temor en la víctima, la engaña sobre un riesgo inminente en la vida, salud, o libertad de algún familiar o persona ligada de un modo afectivo o de dependencia. Hace referencia a los casos de llamadas telefónicas que supuestamente advierten respecto a que han secuestrado un familiar (secuestro virtual) o bien que este provocó un accidente (ejemplo puesto al comienzo de este artículo). La reforma que propone es la siguiente:

“Agréguese un nuevo inciso fina al artículo 467: “si la estafa se lleva a cabo con la modalidad de infundir miedo o temor en la víctima, engañándola sobre un riesgo inminente en la vida, salud o libertad e algún familiar o persona ligada de un modo afectivo o de dependencia, se aplicará la pena de presidio menor en su grado máximo¹³ y multa de once a quince unidades tributarias mensuales”.

Si bien saludamos la iniciativa legislativa del Diputado Tarud, por considerar que obedece a la misma inquietud que tenemos nosotros por el tema, no compartimos su punto de vista, por cuanto seguimos sosteniendo que se trata de un caso de extorsión y no de estafa. Cabe indicar que hasta la fecha no se ha aprobado su propuesta; empero, creemos que puede potenciarse un saludable debate al respecto.

¹³ Es una pena que va desde tres años y un día a 5 años y que en su tramo mínimo va desde 1.096 días a 1.461 y en su tramo máximo desde 1.462 a 1.825 días. La misma pena se aplica en el caso de la reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación menor en su grado máximo. Extraído del Diccionario Jurídico Chileno - Derechos Reservados © 2001 INFOIUS Ltda, en http://www.juicios.cl/dic300/PRESIDIO_MENOR_EN_SU_GRADO_MAXIMO.htm, fecha de la consulta: 8 de abril del 2016.

8. Conclusiones:

- a) Si bien el engaño está presente en el caso de las llamadas telefónicas intimidantes, o en su variante de “secuestro virtual” dicho engaño en realidad es un medio para producir temor en la víctima, la cual impulsada por el miedo de que algo grave le pase a su ser querido se desprende de su patrimonio en provecho ilícito del sujeto activo.
- b) En el caso de la estafa, el agente se vale del engaño como medio para defraudar; es decir, no utiliza el engaño como medio para atemorizar. La víctima de estafa toma la decisión de aceptar la propuesta u oferta del estafador sin que medie presión o intimidación alguna; por el contrario, generalmente el estafado se siente satisfecho por lo que considera un buen negocio o una buena oportunidad.
- c) En el caso de las llamadas intimidantes el agraviado este sufre un serio menoscabo en su libertad de organizarse y su voluntad se ve viciada por el engaño y la intimidación.
- d) Esta conducta no se adapta a la tipificación de estafa, sino que se aproxima a la de extorsión, siempre que interpretemos que la amenaza a la que se refiere el tipo penal de extorsión es equivalente a la intimidación, dado que ambas constituyen el anuncio de un mal inminente y grave a la víctima.
- e) Se propone una reforma en la tipificación del delito de extorsión, incluyendo la conducta desplegada por quien efectúa llamadas intimidantes o el denominado “secuestro virtual”. Ello se solucionaría señalando expresamente que un elemento del tipo sea la “amenaza o intimidación; es decir, equiparando las mismas. Asimismo, en lo que respecta al hecho que el tipo penal de extorsión exige que la amenaza y/o violencia “obligue” a una persona o a una institución pública o privada a otorgar al agente o a un tercero una ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole, debería reformarse en el sentido que el tipo penal abarque también el hecho de que se induzca a la víctima a creer, de manera justificada, que una persona a la que le vincule un lazo de consanguinidad, afinidad o de índole sentimental se encuentra en peligro, relacionados con su vida, salud o libertad.

“Artículo 200.- Extorsión.- El que mediante violencia, amenaza o intimidación, obliga a una persona o a una institución pública o privada a otorgar al agente o a un tercero una ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años.

La misma pena se aplicará al que, infundiendo temor a la víctima mediante engaño, induce a error sobre un peligro inminente en la vida, la integridad física o psicológica o respecto a un riesgo sobre la libertad de sus ascendientes, descendientes, cónyuge o concubino, o persona a la cual está vinculado sentimentalmente inclusive por razón de amistad, con el fin de obtener de este una ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole.”

Lo que se espera es poner atención en un problema de ubicación de una conducta y advertir su dificultad en subsumirla en un tipo penal determinado. Hacerlo adecuadamente traerá como consecuencia un tratamiento justo para este fenómeno que cada día afecta a más ciudadanos.

INFERENCIA Y DEBIDA MOTIVACIÓN EN LA PRUEBA INDICIARIA

¿SE PUEDE CONTROLAR RACIONALMENTE EL USO DE LAS MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA EN LA ARGUMENTACIÓN JUDICIAL?

OCTAVIO CÉSAR SAHUANAY CALSÍN*

Resumen

El artículo aborda el problema sempiterno de la búsqueda de la verdad en el proceso penal, desde aristas lógicas, filosóficas, epistemológicas, y de la ciencia procesal; para luego ir acortando el marco conceptual hasta llegar a la prueba indiciaria - actualmente la prueba reina del derecho probatorio- y aterriza en la inferencia que es el alma de la prueba por indicios, en la misma línea de aproximación, se enfatiza en describir las dificultades del proceso inferencial cuando se emplean las máximas de la experiencia: La falta de armonía y univocidad de las máximas deben abordarse con rigor científico y se intenta finalmente, una aproximación para sistematizar su empleo en la argumentación de los jueces.

Palabras clave: Prueba indiciaria, inferencia, máximas de la experiencia, debida motivación, argumentación judicial.

Abstract

The article discusses the everlasting problem of the search for the truth in the criminal law, from edges philosophical, epistemological, logical, and procedural science; to go then shortening the framework up to the particular test - currently test reigns of evidentiary law - and lands in the inference which is the soul of the proof by evidence, in the same line of approach, emphasis is placed on describing the difficulties of the inferential process when using the experience rules: the ausence of harmony and uniqueness of the experience rule should be approached with scientific rigor and finally attempted, an approximation to systematize its use in the judicial reasoning.

Keywords: Circumstantial evidence, inference, experience rules, justification, judicial, reasoning.

* Juez superior. Responsable de la implementación del Nuevo Código Procesal Penal en la Sala Penal Nacional, doctor en Derecho por la UNAS, profesor universitario de postgrado y pregrado en diferentes universidades del país y en la Academia de la Magistratura. El artículo sintetiza los avances de la tesis doctoral para obtener el grado de doctor en Derecho y Ciencia Política en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Sumario

1.- El problema de la búsqueda de la verdad. 2.- El estado de la cuestión. 3.- Propuestas de solución al problema. 4.- Relevancia de la solución en el sistema de justicia penal. 5.- Conclusiones. 6.- Bibliografía.

*El razonamiento no es sino un instrumento,
tan bueno para el error como para la verdad.*

Mach E.

1. El problema de la búsqueda de la verdad

La creciente sensación de inseguridad ciudadana en nuestro país y en las sociedades postmodernas, bifurca el dilema político criminal de lucha contra el crimen entre garantismo y eficacia; la presión mediática populista y sectores políticos que ansían el triunfo de la eficacia del sistema punitivo, erosionan el ideal garantista. Para este propósito (abstracto) el Ministerio Público titular de la carga de la prueba, inicia los actos de investigación a dúo con la Policía Nacional y, para ganar la batalla en el terreno probatorio; desde una perspectiva constitucional solo podrán ganarla, si sobrepasan el umbral de la suficiencia probatoria y enerven la presunción de inocencia del acusado.

La búsqueda de la verdad¹ en el proceso penal, encarna uno de sus objetivos primigenios, pero hay ciertas resistencias para concebirla como la finalidad

¹ Hay consenso en que la verdad es consustancial a la idea de justicia: “una justicia penal no arbitraria debe ser en alguna medida «con verdad»” FERRAJOLI, Luigi. (1995). *Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal*. Madrid. Trotta. p. 37. “la averiguación de la verdad es un fin prioritario del proceso en materia de prueba; (...) el único fin funcionalmente necesario para que sea posible la aplicación del derecho” FERRER BELTRÁN, Jordi. (2010). *La prueba es libertad, pero no tanto: Una teoría de la prueba cuasi-Benthamiana*. Medellín. Universidad de Medellín. p. 18 y nota 8. “ solo si el proceso judicial cumple la función de determinar la verdad de las proposiciones referidas a los hechos probados podrá el derecho tener éxito como mecanismo pensado para dirigir la conducta de sus destinatarios”. FERRER BELTRÁN, Jordi. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid. Marcial Pons. p. 30. “cualquiera que fuere la concepción que tengamos de la Justicia, evidentemente no está basada en el error”. NIEVA FENOLL, Jorge. (2010). *La valoración de la prueba*. Madrid. Marcial Pons. p. 148. “La misma idea de decisión justa se encuentra estrechamente asociada a la fijación veraz de los hechos”. ANDRÉS IBÁÑEZ, P. *La argumentación probatoria y su expresión en sentencia*. En ALEXY, R. (2006). *Jueces y ponderación argumentativa*. México D.F. Universidad Autónoma de México. p. 20. “El criterio de verdad es requisito *sine qua non* para imponer una pena”. CAFFERATA NORES, J. I. (1998). *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*. Buenos Aires. Editores del Puerto. p. 118. Todas las concepciones asumen como común denominador, la averiguación de la verdad como objetivo fundamental del proceso. VÁZQUEZ, Carmen. (Ed.) (2013). *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*. Madrid. Marcial Pons. p. 13. En línea similar. GÖSSEL, K.-H. (2004). *El*

última o exclusiva de la teoría del derecho probatorio². Esa aspiración por alcanzar la verdad³ en el proceso penal, tiene umbilical conexión con la epistemología y, para aprehenderla satisfactoriamente se requiere el concurso interdisciplinario (lógica⁴, filosofía, semántica, epistemología, psicología, lingüística, neurociencias, etc., entre otras). Cuando la ciencia jurídico penal aborda construcciones teóricas normativizadas como: «dolo», «culpa», «causalidad», «imputabilidad» o «inferencia» es necesaria una ósmosis para internalizarlas en la praxis; y esa labor ha sido asumida *a fortiori* por la doctrina y la jurisprudencia, la complejidad de estos temas, impide un tratamiento solvente; los avatares conceptuales profusos no le hacen ningún favor a la seguridad jurídica y al consenso académico y el trabajo se inscribe

proceso penal. Ante el Estado de derecho, Estudios sobre el Ministerio Público y la prueba penal. Lima. Grijley. p. 188. BROWN, G. (2002). *Límites a la valoración de la prueba en el proceso penal.* Rosario Santa Fe. Jurídica Nova Tesis. p. 34. BULYGIN citado por FERRER BELTRAN, Jordi. (2005). *Prueba y verdad en el derecho.* Madrid. Marcial Pons, p. 89.

- ² Cfr. MIRANDA ESTRAMPES, M. (1997). *La mínima actividad probatoria en el proceso penal.* Barcelona. Bosch. p. 36. “Uno de los errores que más confusiones ha producido en relación al concepto de prueba ha sido el de señalar a la verdad como finalidad esencial de la prueba procesal”.
- ³ Para Wróblewski el término “verdad judicial” puede utilizarse en cuatro significados principales: (a) como la verdad de un “enunciado judicial” que se caracteriza por haber sido formulado por el juez y por ningún otro sujeto; (b) como “enunciado judicial” justificado solo mediante reglas de evidencia legales; (c) como “enunciado judicial” “verdadero” en el significado (b) que no puede verificarse ni falsearse por reglas de evidencia empíricas; (d) como “enunciado judicial” que no puede demostrarse como falso por una prohibición jurídica para hacerlo, aunque haya datos relevantes que prueban la falsedad empírica de este enunciado WRÓBLEWSKI, J. (2001). *Sentido y hecho en el derecho.* México. Fontamara. pp. 292-293. No existe diferencia epistémica sustancial entre la verdad judicial y la verdad no judicial TARUFFO, M. (2008). *La prueba.* Madrid. Trotta. p. 25. MUÑOZ CONDE, F. (1998). *La búsqueda de la verdad en el proceso penal.* Sevilla. Universidad Pablo de Olavide. pp. 54 y ss. Defiende la teoría de la verdad como consenso o teoría democrática de la verdad, única posible en proceso penal. La postura escéptica, Taruffo la describe irónicamente, como la del *perfeccionista desilusionado* que habiendo comprobado que la verdad absoluta es imposible de alcanzar, pasa al extremo opuesto y sostiene la imposibilidad de cualquier conocimiento racional. TARUFFO, M. (2008). *Notas sobre la verdad de los hechos en el proceso civil.* En GIANFORMAGGIO, L. (Ed.) *Las razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli.* Bogotá. Temis. p. 345. Esta es la línea de las doctrinas de Dummett, Rorty y Quine, cuya premisa básica señala que el conocimiento es una construcción mental carente de conexión necesaria con los fenómenos del mundo, por tanto no se puede alcanzar ningún conocimiento verdadero de hecho alguno. TARUFFO, M. (2002). *La prueba de los hechos.* Madrid. Trotta, pp. 31-32.
- ⁴ La trascendencia de la lógica se grafica en este razonamiento: en toda ciencia debe existir un número finito de enunciados tales, que *a)* la verdad de ellos sea obvia, que no necesite prueba alguna; *b)* la verdad de todos los demás enunciados pertenecientes a esa ciencia pueda establecerse por medio de la inferencia lógica a partir de aquellos enunciados. ALCHOURRON, C. E., BULYGIN, E. (1993). *Introducción a la Metodología de las ciencias jurídicas y sociales.* 2ª Reimpr. Buenos Aires. Astrea, p. 83.

en esa línea de revitalizar la discusión del tema. Las últimas disquisiciones sobre la búsqueda de la verdad a nivel filosófico que intentan elucubrar una finalidad metafísica a la prueba, pueden ser muy estimulantes, a la vez tienen cierta utilidad procesal, para establecer cuál es la finalidad de la prueba, más no tiene eficacia en la práctica del resto proceso, por una razón argumental irrefutable: en el proceso no siempre se obtiene la verdad⁵.

Por regla de experiencia⁶ la consumación del delito es furtiva, por tanto, la obtención de prueba directa (testigos presenciales, confesión, video registro, etc.) es una tarea altamente infructuosa y estadísticamente no es significativo el número de casos que se resuelven con este tipo de prueba aplicando el Código Procesal Penal⁷ (en adelante CPP); correlativamente, se requiere el concurso de otro tipo de prueba para salvar las inevitables lagunas de punibilidad: la prueba indiciaria⁸.

Para legitimar una decisión en el proceso penal, se requiere darle sustento en la ley (juicio de subsunción correcto) y que los enunciados sobre hechos⁹ (debidamente probados) se correspondan con la verdad¹⁰. Esta decisión

⁵ NIEVA FENOLL, Jorge. (2010). *La valoración de la prueba*. Madrid. Marcial Pons, p. 147.

⁶ La máxima de la experiencia pertinente al tema de juzgamiento está exceptuada de la necesidad de prueba. SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. (2004). *Manual de derecho procesal penal*. Lima. Idemsa, pp. 655-656.

⁷ Hablando de procesos donde se produce conformidad del imputado con la imputación fiscal. En el período julio 2006 a setiembre 2013 en los 23 distritos judiciales que aplican el CPP, del 100% de casos ingresados al sistema un 10% fueron resueltos a través de los diferentes mecanismos de solución alternativos al juicio oral; de ese universo un 13% lo representan las terminaciones anticipadas. MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. (2013). *Reforma procesal penal peruana. Justicia rápida y transparente. II informe estadístico nacional 2006-2013*. Lima, p. 67.

⁸ También denominada prueba por indicios, prueba indirecta, prueba circunstancial (Inglaterra).

⁹ Los hechos jurídicos no se encuentran en ninguna relación de conexión causal con el sistema nervioso central de los jueces. Una proposición reclama ser verdad objetiva si es independiente de las creencias o preferencias de cualquiera. DWORKIN, R. (2007) *La justicia con toga*. Madrid. Marcial Pons, p. 283.

¹⁰ MITTERMAIER reflexiona acerca de si la verdad es objetiva o subjetiva, admite que sería ilusorio olvidar que en toda causa donde se trata de decidir cuál es la verdad, la convicción procede de la individualidad del juez. MITTERMAIER, K. J. A. (2006). *Tratado de la prueba en materia criminal*. Buenos Aires. Hammurabi. p. 81. Muchos años después, reseña ATIENZA la distinción (proveniente de la filosofía de la ciencia cit. REICHENBACH) entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación adaptados al campo de la argumentación en general; el primero se identifica con los motivos, estados mentales como antecedentes causales de porqué se realizó una acción o una combinación de creencias y deseos; en el segundo, las razones justificatorias sirven para valorar si una acción fue buena o mala desde distintos puntos de vista entre ellos el jurídico. ATIENZA, M. (2004). *Las Razones del derecho. Teoría de la argumentación jurídica*. Lima. Palestra. pp. 31-32. No obstante, el propio NINO advierte que hay filósofos que sostienen que las

según HABERMAS debe seguir el procedimiento democrático imperante, diseñado por la Constitución y las normas procesales penales que regulan las condiciones para obtener, actuar y valorar la prueba¹¹. El imperativo constitucional¹² traducido en la exigencia de motivar la resolución judicial, se torna más intenso cuando se trata de prueba indiciaria en sentencias de condena¹³; su importancia ha llevado a FERRAJOLI a fundar su esquema *epistemológico* garantista, en la identificación de la desviación penal para asegurar el máximo grado de racionalidad y fiabilidad del juicio, limitando la potestad punitiva y tutelando a la persona de la arbitrariedad¹⁴.

La prueba indiciaria tiene entidad para enervar la presunción de inocencia, siempre que su elaboración respete los cánones de la motivación; el Tribunal Constitucional en su doctrina jurisprudencial acerca de la prueba indiciaria ha precisado que, no basta que el juzgador afirme que la conclusión a la que ha llegado se ajusta a cierta regla o máxima; es necesario que exteriorice dicho razonamiento lógico¹⁵. Para el control del discurso del juez, deben apreciarse cuáles son los indicios que se estiman probados y cuáles son los hechos a probar, además que se haya explicitado qué regla, máxima o conocimiento científico han sido utilizados, y si hubieran varios de estos, por qué se ha escogido a uno de ellos, con el objeto de garantizar hasta el límite de lo posible la racionalidad de su decisión (examen de suficiencia

razones justificatorias también se identifican con los deseos. Resulta relevante anotar que para el autor, la razón explicatoria se asocia a lo subjetivo y la justificatoria a lo objetivo. NINÓ, C. S. (2000). *La validez del derecho*. 1ª Reimpr. Buenos Aires. Astrea. p. 127.

¹¹ GARCÍA AMADO, J. A. (1997). *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. p. 312.

¹² Exigencia que, fluye de los artículos 1º, 3º, 44º de nuestra Constitución Política. Artículo 139.5. 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.

¹³ Hay una diferenciación derivada, entre prueba directa e indirecta, basada en el número de pasos inferenciales que hay que realizar o llevar a cabo, el número de pasos inferenciales que hay que realizar, siempre menor en la prueba directa que en la indiciaria, que exige de inferencias adicionales o suplementarias al recaer sobre hechos de carácter *secundario o periférico*. MIRANDA ESTRAMPÉS, M. (2012). *La prueba en el proceso penal acusatorio. Reflexiones adaptadas al Código Procesal Penal peruano de 2004*. Lima. Jurista, pp. 37-38.

¹⁴ Este esquema presenta aporías lógicas y teóricas y tiene dos elementos la *definición legislativa* y la *comprobación jurisdiccional* de la desviación punible, a los que le corresponden sendos conjuntos de *garantías penales y procesales* del sistema punitivo al que dan fundamento. FERRAJOLI, L. (1995). *Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal*. Madrid. Trotta, p. 34.

¹⁵ EXP. N.º 00728-2008-PHC/TC FJ 25.

mínima)¹⁶. Para el Tribunal Constitucional es válido el control, del uso de las máximas de la experiencia, caso contrario cualquier conclusión delirante sería invulnerable, convirtiéndose así en una paradójica garantía de discrecionalidad judicial incontrolada¹⁷. El modelo de la motivación respecto de la prueba indiciaria responde a la siguiente secuencia: *hecho inicial-máxima de la experiencia-hecho final*. O si se quiere, *hecho conocido-inferencia lógica-hecho desconocido*¹⁸.

Nuestra hipótesis a verificar que traduce nuestro subtítulo es: La fundamentación de la inferencia¹⁹ exigible en la prueba indiciaria, a los jueces ordinarios, no satisface plenamente la exigencia constitucional de motivación de las resoluciones judiciales, debido a la insuficiencia argumentativa para explicar el paso inferencial del hecho base al hecho

¹⁶ Aquí el Tribunal Constitucional toma partido en la discusión doctrinal acerca de si las máximas de la experiencia pueden ser objeto de control constitucional, de allí se deriva *a fortiori* que ese mismo control lo puede hacer la Corte Suprema vía Casación o la Sala de Apelaciones en el Código Procesal Penal del 2004. Cfr. Por todos NIEVA FENOLL, J. (2000). *El hecho y el Derecho en la Casación Penal*. Barcelona. Bosch, p. 149 y ss.

¹⁷ Didácticamente desarrolla un ejemplo: **A** testifica que ha visto a **B** salir muy presuroso y temeroso de la casa de **C** con un cuchillo ensangrentado en la mano, poco antes de que este fuese hallado muerto de una cuchillada (*hecho base*). De acuerdo a la máxima de la experiencia, quien sale de una casa en estas condiciones, es decir, muy presuroso y temeroso, y con un cuchillo ensangrentado en la mano es porque ha matado a una persona (*razonamiento deductivo*). Al haber sido hallado muerto **C** producto de una cuchillada, podemos inferir que **B** ha matado a **C** (*hecho consecuencia*). Esto último es consecuencia del hecho base. EXP. N.º 00728-2008-PHC/TC (Caso GIULIANA LLAMOJA) FJ 27.

¹⁸ EXP. N.º 00728-2008-PHC/TC, FJ 29 in fine.

¹⁹ El uso más general y común del término es el relativo a la acción o resultado de inferir en el sentido de sacar en consecuencia, o de considerar, prever o extraer unas consecuencias que no se limitan a ser consecuencias o implicaciones lógicas, sino que incluyen otras muchas derivaciones discursivas como implicaturas (convencionales o conversacionales), interpretaciones, conclusiones prácticas (resoluciones, decisiones, etc.). En un uso más específico se refiere al proceso discursivo por el que alguien pasa de una información, una creencia o un conocimiento a otra creencia o a otro (presunto) conocimiento. Puede considerarse una especialización epistémica del uso anterior. En esta perspectiva epistémica, las *inferencias*, siguen corriendo a cargo y por cuenta de algún agente discursivo y siguen discuriendo con algún propósito y en alguna dirección, más o menos conscientes y, en todo caso, susceptibles de versión o explicitación en términos de proposiciones y de transmisiones ilativas entre proposiciones, toda inferencia, se deja traducir, parcialmente al menos, en los términos normalizados de un argumento, argumento que entonces toma la calificación correspondiente de argumento deductivo abductivo, inductivo, etc. VEGA RENÓN, L. & OLMOS GÓMEZ, P. (2011). *Compendio de Lógica, Argumentación y Retórica*. Madrid. Trotta, pp.298-299. Entre nosotros, la doctrina especializada indica que el proceso de inferencia es conocido también por la terminología especializada como "argumento", a cada inferencia posible le corresponde un argumento y de esto trata la lógica. Todo argumento tiene una estructura: premisa y conclusión. NEYRA FLORES, J.A. (2015). *Tratado de derecho procesal penal*. Tomo II. Lima. IDEMSA, p. 498.

consecuencia, especialmente cuando se emplean las máximas de la experiencia.

2. El estado de la cuestión

En las sociedades modernas la aceptabilidad de las decisiones del juez es la base de su poder²⁰. En nuestro país, se ha producido un auge en la consolidación de una cultura de la motivación de las resoluciones, con notorios avances del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia traducida en los Acuerdos Plenarios y la emisión de jurisprudencia vinculante, sin embargo, para alcanzar mayores cuotas de racionalidad en la justificación de la inferencia, debemos superar la resistencia a motivar los hechos²¹. La prueba indiciaria, es un método probatorio, que trata de obtener, partiendo de las proposiciones fácticas introducidas y acreditadas (*depuradas*), nuevas afirmaciones fácticas, demanda una actividad intelectual, de carácter marcadamente inferencial²². El camino para racionalizar el empleo de las máximas de la experiencia²³ (el tránsito inferencial del hecho base al hecho consecuencia), no ha logrado consensos significativos a nivel dogmático; así por ejemplo, la concepción tradicional sostiene que la regla de

²⁰ AARNIO, A. (1991). *Lo racional como razonable*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, p. 29.

²¹ GASCÓN ABELLÁN, M. (2004). LOS HECHOS EN EL DERECHO. BASES ARGUMENTALES DE LA PRUEBA. 2ª Ed. Madrid. Marcial Pons, p. 194.

²² MIRANDA ESTRAMPÉS, M.(2012). *La prueba en el proceso penal acusatorio. Reflexiones adaptadas al Código Procesal Penal peruano de 2004*. Lima. Jurista, pp. 34-35. En esa misma línea COUTURE definía la prueba indiciaria como una manera de discurrir y razonar del juez. Cit. por SENTÍS MELENDO, S. (1979). "La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio". Buenos Aires. Ejea, p. 347. En el ámbito nacional, SAN MARTÍN con RIVESSEVA, la define como "... aquella que se dirige a demostrar la certeza de unos hechos (indicios) que no son constitutivos del delito objeto de acusación, pero de los que, a través de la lógica y de las reglas de la experiencia, pueden inferirse los hechos delictivos y la participación del acusado; que ha de motivarse en función de un nexo causal y coherente entre los hechos probados indicios y el que se trate de probar delito. SAN MARTÍN CASIRO, C. (2003). *Derecho Procesal Penal, Segunda Edición actualizada y aumentada*. Lima. p. 852. La inferencia desde el punto de vista de la actividad de la corteza cerebral es un fenómeno, un proceso neurofisiológico, o sea es un problema psicológico. En cambio, desde el punto de vista lógico implica la relación entre las premisas y la conclusión, relación que se concreta mediante la aplicación de los principios y reglas pertinentes que determinan la corrección (la validez) se esa relación y de la conclusión. MIXÁN MASS, F. (1998). *Lógica para operadores del derecho*. Trujillo. BLG, p. 41.

²³ Las máximas o brocárdicos jurídicos son muy convincentes, los argumentos de los que constan son universalizables. GUILLERMO PORTELA, J. (2004). *Máximas, principios jurídicos y argumentación*. En PUY MUÑOZ, F. PORTELLA, J. G. (Coords.) *La argumentación jurídica. Problemas de concepto. Método y aplicación*. Universidad de Santiago de Compostela. p. 345.

experiencia no ejerce ninguna presión normativa independiente²⁴; otro sector considera que los indicios tienen un carácter objetivo, susceptible de análisis y control y su valor probatorio es limitado pero determinable²⁵. Esto se torna más confuso cuando se analiza la labor de los jueces en la jurisdicción ordinaria y constitucional²⁶.

La fijación de una noción de hecho en el proceso resulta fundamental en el objetivo de racionalización de la inferencia de la regla de la experiencia; se sostiene que la realidad se «normativiza» de modo que cuando se constituye en premisa menor del razonamiento judicial ya incorporó elementos provenientes de la premisa mayor, privilegiando ciertos aspectos u oscureciendo otros a fin de que la deducción revista la apariencia de una lógica inconstestable²⁷. Un primer consenso dogmático, apunta a que la decisión judicial debe tener como sustento irrenunciable a la verdad²⁸, como requisito de justeza del resultado en juicio, sin que ello signifique buscarla a cualquier precio, pues en ciertos casos puntuales debe ceder ante otros valores que el sistema jurídico estima de mayor jerarquía vr. gr. los derechos fundamentales de las personas²⁹.

En la concepción de HABERMAS una decisión es racional, cuando se mide por «los estándares que representan usos y costumbres todavía no condensados

²⁴ SCHAUER, F. (2004). *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y la vida cotidiana*. Tr. Claudina Orunesu. Jorge L. Rodríguez, p. 165.

²⁵ GORPHE, F. (1998). *Apreciación judicial de las pruebas*. Bogotá. Temis, p. 31.

²⁶ En la doctrina nacional el maestro sanmarquino señalaba que el hecho estaba sujeto a la apreciación del juez, las máximas no. GARCÍA RADA, D. (1984). *Manual de derecho procesal penal*. 8ª Ed. Lima. Eddili, p. 167.

²⁷ PRIETO SANCHÍS, L. (2005). *Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho*. Lima-Bogotá, Palestra, Temis, p. 200.

²⁸ En la línea de búsqueda de la verdad desde un análisis comparatista del proceso penal norteamericano, LAUDAN contrasta dos estándares: “más allá de toda duda razonable” (MATDR) e “inferencia a la mejor explicación” (IME) precisando que la mejor explicación no es la mejor posible, sino la mejor disponible y nadie ha demostrado como deriva un estándar de prueba tipo MATDR del IME. Esto se debe a que una hipótesis puede ser la mejor explicación conocida de los hechos, sin que ello la certifique como verdadera más allá de toda duda razonable. LAUDAN, L. (2011). *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*. Buenos Aires. Hammurabi. p. 114. La exigencia MATDR se basa en la premisa de minimizar la frecuencia de condenas y dicho criterio se presenta como el criterio más racional para conseguir el resultado señalado. TARUFFO, M. (2009). *Conocimiento científico y criterios de la prueba judicial*. En TARUFFO, M. & RAMÍREZ CARVAJAL, D. *Conocimiento, prueba, pretensión y oralidad*. Lima. Ara, p. 28.

²⁹ GARCÍA AMADO, J. A. (2010). *La argumentación y su lugar en el razonamiento judicial*. En BONORINO, P. R. (Ed.) *El derecho en acción. Ensayos sobre interpretación y aplicación del derecho*. Lima. Ara, p. 183.

en normas», por «una sabiduría jurisprudencial que antecede a la *lex*»³⁰. Esta podría ser una categorización de las máximas de la experiencia, pero sus contornos definitorios exceden a la elaboración de los jueces e incluyen a las elaboraciones de la sociedad en su conjunto³¹.

La Corte Suprema de Justicia ha fijado criterios hermenéuticos de carácter vinculante en el Recurso de Nulidad N° 1912-2005 estableciendo los requisitos de la prueba indiciaria:

- a) El hecho base debe estar plenamente probado, por los diversos medios de prueba que autoriza la ley, de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento real alguno;
- b) Deben ser plurales, o excepcionalmente únicos pero de una singular fuerza acreditativa;
- c) Concomitantes al hecho que se trata de probar, los indicios deben ser periféricos respecto al dato fáctico a probar, y desde luego no todos lo son; y,
- d) Deben estar interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia –no solo se trata de suministrar indicios, sino que estén imbricados entre sí–³².

Pese a la precisa articulación del precedente vinculante, la propia Corte Suprema no respetó su propio estándar probatorio en materia de prueba indiciaria, como lo evidenció el Tribunal Constitucional en el EXP. N.º 00728-2008-PHC/TC, más conocido como caso GIULIANA LLAMOJA, allí se concluye que aquella sentencia de la máxima instancia ordinaria, incurrió en dos supuestos de indebida motivación de las resoluciones judiciales, con relevancia constitucional: 1) deficiencia en la motivación interna en su manifestación de falta de corrección lógica, así como una falta de coherencia

³⁰ La idea se plantea en el marco explicativa de la hermenéutica jurídica. HABERMAS, J. (2000). *Facticidad y validez*. 2da. Ed. Madrid. Trotta, p. 269.

³¹ Así para el actual Fiscal de la Nación, las máximas de la experiencia son aquellos casos que se originan en la observación repetida de casos particulares y que generan una apreciación constante y aceptada para casos posteriores. Es la experiencia que se acumula en atención al conocimiento de determinados hechos constantes y aceptados por la comunidad. La máxima de la experiencia vigente y pertinente al tema de investigación o de juzgamiento está exceptuada de la necesidad de prueba en lo que concierne a su veracidad. SÁNCHEZ VELARDE, P. (2004) *Manual de derecho procesal penal*. Lima. Idemsa, pp. 655-656.

³² Disponible en:
https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/0c2b2c804991172980f9f1cc4f0b1cf5/acuerdo_plenario_01-2006_ESV_22.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=0c2b2c804991172980f9f1cc4f0b1cf5

narrativa; y, 2) deficiencia en la justificación externa, respecto de la cual no podemos extendernos por razones de espacio, pero grafica de manera elocuente la orfandad de criterios y solvencia para fundamentar una condena en base a prueba indiciaria³³.

Una línea jurisprudencial española muestra ciertos avances teóricos que sintetiza FERNÁNDEZ LÓPEZ, en tres reglas específicas para valorar las máximas de la experiencia en la operación lógica propia de la prueba indiciaria: 1. Determinar si se basan en conocimientos generales o en conocimientos científicos. 2. Que no existan otras máximas de la experiencia aplicables (conclusiones alternativas que gocen de un mismo grado de probabilidad), pues podría la hipótesis apoyarse en meras sospechas. 3. La conclusión del razonamiento indiciario no debe entrar en contradicción con otros hechos declarados probados³⁴.

El tema central de la prueba indiciaria es el paso del hecho conocido al hecho desconocido, ALEXY precisa que la racionalidad de una estructura inferencial depende, de la conexión de premisas que puedan ser justificadas racionalmente³⁵; la inferencia desde el punto de vista lógico implica la relación entre las premisas y la conclusión, relación que se concreta mediante la aplicación de los principios y reglas pertinentes que determinan la

³³ El Tribunal Constitucional dramáticamente se pregunta en el FJ 29: “¿Es constitucional sustentar una condena en base a la prueba indiciaria si en la sentencia no se explicita el procedimiento del razonamiento lógico que le permitió llegar a la conclusión? Definitivamente, la respuesta es no. Es, pues, incorrecto que se señale solo el hecho consecuencia y falte el hecho base y más aún que falte el enlace o razonamiento deductivo.” Esta constatación es alarmante y justifica *per se* la relevancia del tema abordado en este trabajo doctoral.

La sentencia puede consultarse en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00728-2008-HC.html>. Cfr. Comentarios en LÓPEZ ESPINOZA, AYALA MIRANDA & NOLASCO VALENZUELA, (2011). *Manual de litigación oral en prueba indiciaria*. Lima. Ara, p. 119 y ss. Ya lo decía magistralmente Taruffo: cuando se afirma que la condena del acusado se justifica cuando el juez tiene la *certeza absoluta* de su culpabilidad, se incurre en un doble error: por un lado se abandona la noción de verdad y se excluye la necesidad de que la decisión se funde en una determinación verdadera de los hechos; por otro lado se admite la idea de que el fundamento de la decisión consista en el grado de persuasión subjetiva que el juez debe conseguir (...) si el juez se apoyara únicamente en su convencimiento interior, terminaría por formular una decisión completamente arbitraria. TARUFFO, Michele. (2010) *Simplymente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Madrid. Marcial Pons, p. 103 y *passim*.

³⁴ Cit. En NEYRA FLORES, J. A. (2015). *Tratado de derecho procesal penal*. Tomo II. Lima. IDEMSA, p. 506.

³⁵ ALEXY, R. (2006). *Ponderación, control de constitucionalidad y representación*. En ANDRÉS IBÁÑEZ, P. ALEXY, R. “Jueces y ponderación argumentativa”. México D.F. Universidad Autónoma de México. El aserto de ALEXY se ubica en el contexto de la ponderación.

corrección (la validez) de esa relación y de la conclusión³⁶. En la práctica judicial, las inferencias aparecen como entimemas (razonamientos abreviados), su corrección se hace extraprocesalmente³⁷. Un paso significativo en clave de racionalizar la inferencia, es la adaptación del esquema de argumentos de TOULMIN al razonamiento judicial acerca de hechos realizada por Manuel ATIENZA³⁸. Así, los hechos probatorios (razones del argumento), los hechos a probar (pretensión o hipótesis del caso), las máximas de la experiencia, presunciones y otro tipo de enunciados generales que actúan como reglas de inferencia, autorizando a los jueces a pasar de las razones a la pretensión (garantía) y la información necesaria para fundamentar la garantía (respaldo). En la doctrina nacional CUSI RIMACHE enfatiza que la motivación de la inferencia debe ser precisa (no ambigua, genérica o amplia) y directa (el hecho inferido se obtiene objetivamente a partir del indicio debidamente probado)³⁹.

Cuando el juez apela a las reglas de la lógica o de la ciencia, el carácter apodíctico del razonamiento empleado queda exonerado en cierta medida de mayor justificación, estando a las regularidades empíricas que ha obtenido el científico o la invariabilidad de las reglas lógicas, no ocurre lo mismo cuando el juez recurre a las máximas de la experiencia que son generalizaciones elaboradas a la luz de observaciones cotidianas, lo que las hace contingentes y por tanto variables con relación al tiempo y lugar⁴⁰. El

³⁶ MIXÁN MÁSS, F. (1998). *Lógica para operadores del derecho*. Trujillo, BLG, p. 41.

³⁷ MIXÁN MÁSS, F. (1995). *Prueba indiciaria. Carga de la prueba*. Casos, BLG, p. 43.

³⁸ Hemos puesto en paréntesis la terminología empleada por TOULMIN. CFR. GONZÁLEZ LAGIER, D. (2006). Argumentación y prueba judicial En FERRER BELTRÁN, Jordi. GASCÓN ABELLÁN, M. El mismo. TARUFFO, M. *Estudios sobre la prueba*. México. Universidad Autónoma de México, p. 92.

³⁹ CUSI RIMACHE, J.E. (2016). *La motivación de la prueba indiciaria en materia criminal*. Lima, IDEMSA, p. 100.

⁴⁰ GARCÍA CAVERO, P. (2010). *La prueba por indicios en el proceso penal*. Lima. Reforma, p. 103. Para GARCÍA RADA, el indicio nos permite de llegar de lo conocido a lo desconocido, utilizando el principio de causalidad, la prueba de indicios depende no solo del hecho indicador cierto, sino del exacto raciocinio del Juez. GARCÍA RADA, D. (1984). *Manual de derecho procesal penal*. 8ª Ed. Lima. Eddili. p. 177. Sistematiza siguiendo a DEVIS, diez requisitos que debe tener la prueba por indicios: conduencia, conexión no casual, descarte de falsificación, relación de causalidad directa y cierta, pluralidad, graves concurrentes y convergentes, descarte razonable de contraindicios, univocidad, inexistencia de hechos que demuestren lo contrario, conclusión precisa y segura. pp.178-180. El paso inferencial o razonamiento de una máxima de la experiencia al hecho delictivo, requiere reglas del pensar más no, normas jurídicas, el razonamiento cualquier persona podría reputar válido en virtud a los indicios probados y las consecuencias que de ellos se afirman. TALAVERA ELGUERA, P. (2009). *La prueba en el nuevo*

estado actual de la dogmática procesal en materia de racionalización de la inferencia en materia de máximas de la experiencia, no alcanza un grado de desarrollo que haya sistematizado algunos *topoi* que sirvan de referente en la práctica de los tribunales y que los mismos gocen de consenso entre los jueces, este es un proceso en ciernes que recibe caudaloso aporte proveniente de la teoría del derecho y de la argumentación jurídica que ha combinado su arsenal con la mejor lógica disponible, el reto está en elaborar muestras desde la casuística para inventariar un apasionante y poco conocido campo de la argumentación judicial vinculada a la regla de la experiencia.

3. Propuestas de solución al problema

Una propuesta integral para racionalizar el uso de las máximas de la experiencia en el campo de la prueba indiciaria en el proceso penal, debe responder interrogantes como: a) ¿Qué tipo de verdad⁴¹ se aspira conseguir en el proceso penal?, b) ¿cuál es la noción de hecho a emplear en este contexto?, c) ¿cómo se satisface la exigencia de motivación con el uso de las máximas de la experiencia en el proceso inferencial?, d) ¿es posible racionalizar el procedimiento de argumentación inferencial en estos casos?

La verdad está fuera del sistema penal, ello implica reconocer su ontología previa⁴², el conflicto preexiste al proceso, el hecho pasado es juzgado con un lente *ex post*, en ese contexto, los jueces, fiscales y abogados, están dentro del proceso que tiene su propio engranaje para disponer lo que se considera probado y establecer una verdad. Es muy complicado abstraerse y salir de esa realidad que encapsula a los actores del proceso, por ello no se puede apreciar con ojos de observadores un fenómeno donde ellos mismos son el

proceso penal. Manual del Derecho probatorio y de la valoración de las pruebas. Lima. Academia de la Magistratura. GTZ, p. 140.

⁴¹ FERRER BELTRÁN reseña históricamente las distintas limitaciones procesales y no procesales, que confabulan para que en algunas ocasiones se declaren probados enunciados falsos. Esta grave constatación nos coloca –según su apreciación– ante dos salidas excluyentes: o abandonamos la definición de prueba en términos de verdad o señalamos que en estos casos no se ha probado nada. Concatena su respuesta indicando que la doctrina y la jurisprudencia europea hasta nuestros días pretenden evadir el dilema anterior, distinguiendo entre dos tipos de verdades, la material (“objetiva”, “real” aquí la verdad del enunciado depende de su correspondencia con el mundo) y la procesal (“formal” “judicial” “forense” como aquella que se obtiene como resultado de la actividad probatoria) la cual puede o no coincidir con la realidad, siendo deseable que coincida. FERRER BELTRÁN, J. (2005). *Prueba y verdad en el derecho*. 2da. Ed. Madrid. Barcelona. Marcial Pons, pp. 61-62.

⁴² La actividad probatoria está encaminada a la construcción/producción de la verdad. BOVINO Cit. en LÓPEZ ESPINOZA, AYALA MIRANDA & NOLASCO VALENZUELA, (2011). *Manual de litigación oral en prueba indiciaria*. Lima. Ara, p. 81.

objeto de la “observación”. Sin embargo, es irrenunciable la apuesta por la construcción o búsqueda de la verdad como garantía de justicia y consenso en el sistema penal.

Nuestra propuesta se nutre de la filosofía de HABERMAS, quien pergeñó en su teoría de la acción comunicativa un cambio inédito, sustituyendo la razón práctica por la razón comunicativa⁴³. Un argumento de peso (no solo sentimental) para elegir esa plataforma filosófica, obedece a que el filósofo alemán ha ungido al Derecho como una categoría social mediadora entre facticidad y validez, ver al Derecho como tema relevante y posible de reconstruir bajo el discurso de la norma y su validez, testimonia la juridicidad de su propuesta, a despecho de la cuasi inexistencia de corrientes filosóficas que den preeminencia al estudio de la filosofía y teoría jurídica⁴⁴.

¿Qué entendemos por hecho? la respuesta no puede ser otra que la jurígena, la conexas al universo normativo, al derecho positivo que se conecta con la ciencia procesal, como lo enfatiza el Profesor de la Universidad de Pavía; es la norma, la que funciona como criterio de selección, individualiza entre los infinitos sucesos del mundo real aquellos que asumen relevancia específica para su aplicación⁴⁵. La «construcción del caso» (expresión de HRUSCHKA) es una operación compleja en la que el juez formula problemas y busca respuestas procediendo por grados, por hipótesis y control de análisis de los hechos, de las normas y sus posibles conexiones⁴⁶.

Para satisfacer la exigencia de motivación empleando máximas de la experiencia, vale fijar una premisa: la verdad no es divisible, es una sola, la verdad de un enunciado no se puede obtener únicamente a partir del «consenso» habermasiano, para alcanzar visos de objetividad debe guardar correspondencia con el mundo empírico, son los medios probatorios al interior del proceso penal, las vías disponibles para aprehender el hecho objeto del tema probandum. La prueba requiere el apoyo de la lógica⁴⁷, sin

⁴³ HABERMAS, J. (2000). *Facticidad y validez*. 2da. Ed. Madrid. Trotta, pp. 64-65.

⁴⁴ VOLK, K. (2007). *Dogmática penal, teoría y realidad*. En EL MISMO. *La verdad sobre la verdad y otros estudios*. Buenos Aires. Ad Hoc, p. 43. Reseña que es totalmente indiferente que se busque orientación en el racionalismo crítico, en las teorías críticas, la filosofía del lenguaje, las nuevas formas de la hermenéutica, la filosofía pragmática, el constructivismo u otras variantes de diversas posiciones filosóficas fundamentales: en ninguna de ellas se exponen los problemas del pensamiento jurídico.

⁴⁵ TARUFFO, Michele. (2002). *La prueba de los hechos*. Madrid. Trotta, pp. 31-32.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 101.

⁴⁷ Pese a que desde el punto de vista lógico-formal, la validez se apoya exclusivamente en la forma lógica de los enunciados que la componen, independientemente de su contenido. A la

que este apoyo agote la interdisciplinariedad, la metodología será obtener el consenso que parte del mejor argumento a la luz del contexto en que se plantea la discusión y, para garantizar la fiabilidad del resultado.

Para racionalizar el procedimiento de argumentación inferencial, convenimos en la necesidad de articular estándares probatorios, de raigambre objetiva en la medida que las posibilidades de elaboración lo permitan, la fase embrionaria de este enfoque no es óbice para reconocer su valía y aporte: solvencia de racionalidad al momento de valorar y justificar una decisión, se puede avanzar mucho con el recurso analógico. La máxima de la experiencia no tiene la asertividad científica que garantice la gestación de consensos, pero consideramos que, la actividad procesal no puede ir a contracorriente de la máxima de la experiencia, la arcaica revelación de que el juez es perito de peritos, debe ser erradicada por su nociva e insostenible sustentación, igualmente es inválido sostener que el juez es perito de peritos en cuestiones de máximas de la experiencia, lo racional es que el juez escudriña la mejor respuesta argumentativa, la que mejor resiste la crítica ante los hechos propuestos en el caso.

Desde el prisma académico vernáculo SAN MARTÍN CASTRO aborda el estudio de la inferencia, como segunda fase del razonamiento indiciario, en base a las siguientes reglas: A. Entre los elementos de prueba y la conclusión judicial debe existir una máxima de la experiencia, que permita entender que la conclusión se deriva de la prueba practicada, cuyo nexos se explicitará en la sentencia; la máxima debe estar asentada en conocimientos científicos o en conocimientos generales. B. Inexistencia de máximas de la experiencia aplicables igualmente fundadas, que gocen de un mismo grado de probabilidad. C. la conclusión no debe entrar en contradicción con otros hechos declarados probados, que no tengan la fuerza suficiente como para derrotar la conclusión judicial⁴⁸.

Las reglas elaboradas por HABERMAS siguiendo en parte las formulaciones de ALEXI pueden servir para discutir la validez o no de una máxima de la experiencia y la posibilidad de aplicarla en un caso concreto.

lógica le es ajena la verdad de las premisas. ITURRALDE, V. (2010). *Lógica, decisión judicial y racionalidad*. En BONORINO, P.R. (Ed.) *Pensar el derecho. Ensayos de teoría jurídica contemporánea*. Lima. Ara Editores, p. 127. Cuando hacemos justificación interna, empleamos la lógica clásica, la lógica deóntica mantiene satisfechos a los teóricos del derecho pues brinda altos estándares de racionalidad adecuados para la teoría jurídica.

⁴⁸ SAN MARTÍN CASTRO, César. (2015). *Derecho procesal penal. Lecciones*. Lima. INPECCP-CENALES, pp. 602-603.

- 1.1. Ningún hablante debe contradecirse.
- 1.2. Todo hablante que aplica el predicado F a un objeto a debe estar dispuesto a aplicar el predicado F a todo objeto que se parezca a a en todos los aspectos importantes.
- 1.3. Diversos hablantes no pueden emplear la misma expresión con significados distintos.
- 2.1. Cada hablante solo puede afirmar aquello en lo que verdaderamente cree.
- 2.2. Quien introduce un enunciado o norma que no es objeto de discusión debe dar una razón de ello.
- 3.1. Todo sujeto capaz de hablar y de actuar puede participar en la discusión.
- 3.2.
 - a) Todos pueden cuestionar cualquier afirmación.
 - b) Todos pueden introducir cualquier afirmación en el discurso.
 - c) Todos pueden manifestar sus posiciones, deseos y necesidades.
- 3.3. A ningún hablante puede impedírsele el uso de sus derechos reconocidos por medios coactivos originados en el exterior o en el interior del discurso.

4. Relevancia de la solución en el sistema de justicia penal

El perfeccionamiento del sistema de justicia penal y su legitimación en clave constitucional exige maximizar la racionalidad de la argumentación en la prueba indiciaria, en la medida que se requiere mayor número de pasos inferenciales que en la prueba directa, esta distinción exige por mandato de proporcionalidad un plus en la intensidad de la motivación tratándose de la prueba indiciaria, sin embargo, al interior de la inferencia, se produce un nuevo nivel de intensidad en esta exigencia, cuando se emplean máximas de la experiencia, que tienen un tratamiento cualitativamente distinto al tratamiento de las leyes científicas o de la lógica, finalmente la exigencia eleva la valla, cuando con dicho razonamiento inferencial afectamos un derecho fundamental como la libertad personal del ciudadano, en ese sentido la sentencia constituye un acto que debe adquirir suficiencia frente a un control de razonamiento externo e interno.

Hemos dejado constancia que el mayor porcentaje de casos en materia penal se resuelve con el uso de la prueba indiciaria⁴⁹, este dato otorga relevancia inconcusa al tema investigado; pero el mayor aporte se ubica en el imperativo metodológico de capacitar a los jueces en el empleo de esta categoría que tiene mucha conexión con la filosofía, la argumentación jurídica y la lógica, amén de su transversalidad con casi todo el saber humano, pues finalmente, todo nuestro conocimiento como seres humanos es en el fondo meramente inferencial.

Ya que nuestro sistema procesal penal es tributario del contexto de reforma latinoamericana, es menester reconocer que el contradictorio y la imparcialidad son dos garantías de verdad, vale decir, están en la línea del motor epistémico que apuesta por aproximarse a la verdad; a contracorriente de otras garantías como la presunción de inocencia y su corolario *favor rei* o el *ne bis in ídem* y la cosa juzgada que apuestan por dificultar de hecho el conocimiento integral de los hechos⁵⁰. La aspiración del sistema de buscar la verdad de los hechos probados, tiene reglas contracíclicas, v.gr. el CPP al regular las terminaciones anticipadas del proceso, prioriza el eslogan: resolución de conflictos vs. búsqueda de la verdad. Las técnicas de litigación oral cuando otorgan preeminencia a la persuasión a la hora de convencer al juez; no apuestan por la determinación de la verdad, y epistémicamente patentan una perversa concepción deportiva de la justicia⁵¹: tiene razón quien derrota al adversario, sin importar si la verdad está de su lado. El giro conceptual debe distinguir el modelo norteamericano cuyo eje probatorio gira en base al jurado, donde no hay ninguna obligación de motivación que si tiene el juez peruano desde el prisma constitucional, razón suficiente para

⁴⁹ A contrario sensu, los datos consignados *ut supra* en la nota 4.

⁵⁰ GUZMÁN, N. (2006). *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*. Buenos Aires, Editores del Puerto, p. 137.

⁵¹ Con absoluta firmeza Schünemann rechaza la idea de fundar una condena solo en el consentimiento libre de presiones para el inculpado, como en el *guilty plea* del Derecho penal norteamericano, pues no es aceptable reemplazar la justicia material (en el sentido de realización del derecho material comprobando la verdad material) por una "justicia de procedimiento" que configura finalmente un escenario de lucha con un perdedor, así la administración de justicia penal se desnaturalizaría para ser una especie de deporte. SCHÜNEMANN, B. (2005). *La reforma del proceso penal*. Manuel Jaén Vallejo. Emilio Moreno y Bravo. M.ª Luisa Silva Castaño (coords.). Madrid. Dykinson, p. 106. El sistema norteamericano ha dado un tratamiento subordinado a la búsqueda de la verdad material, a tal punto de que, si alguien es verdaderamente culpable, preferiría sin duda ser juzgado en los Estados Unidos. Y esto no es un cumplido y no lo dice un enemigo del sistema extranjero. Cfr. PIZZI, William T. (1999). *Juicios y mentiras. Crónica de la crisis del sistema procesal penal estadounidense*. Madrid. Tecnos, pp. 101-102.

entender la predilección yanqui hacia un sistema de justicia persuasiva, que no tiene el mismo predicamento en la tradición jurídica nacional.

La naturaleza del hecho es un tema relevante que debe fijarse conceptualmente, así como fijamos la naturaleza del proceso penal, pues en él, se fijan precisiones en número abundante, los enunciados legales cumplen muchas funciones distintas⁵² con relación a la posibilidad de buscar la verdad con plenitud de facultades o de limitación efectiva de medios y formas de aprehenderla. Ahora bien, el hecho de que adoptemos esta postura nos deja un tema pendiente: ¿Está el juez en capacidad de determinar esa relación de correspondencia de la verdad? Creo que la respuesta a la luz de la experiencia comparada y nacional nos arroja un saldo preocupante: no hemos saldado aún deudas de racionalidad con problemas como la determinación de la pena, la gradación de la responsabilidad civil *ex delicto*, la fundamentación de medidas cautelares como la prisión preventiva, etc. Estamos en camino a ciertas formas de consolidación de criterios a través de la jurisprudencia vinculante de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional que también son recusadas por cierto sector, acusándolas de fosilizar el factor dinámico y enviar al sarcófago el criterio de los jueces. El Juez que aplica una máxima de la experiencia, reconoce su regularidad, la vigencia cognitiva de su enunciación, para ello debe abstraerla y concretarla en el caso sometido a resolución. Aspirar a un control absolutamente racional de la máxima de la experiencia es una pretensión utópica, dada su naturaleza probabilística que impide dotarla de certeza⁵³.

5. Conclusiones

- a) La pregunta neurálgica de nuestro problema sintetiza el rol que asume la fundamentación de la inferencia en la prueba indiciaria, la misma que realizan los jueces ordinarios y, si esta satisface plenamente la exigencia constitucional de motivación de las resoluciones judiciales. La pregunta específica desde una

⁵² TOULMIN, S. (2007). *Los usos de la argumentación*. Tr. María MORRÁS y Victoria PINEDA, Barcelona, Península, p. 132.

⁵³ Pues así se construya de una manera u otra, la conclusión de una inferencia probatoria no puede ser una certeza absoluta, por las siguientes razones: (1) No es absolutamente seguro que las premisas sean verdaderas, (2) El paso de las premisas a la conclusión no es necesario. (3) La regla expresaba un juicio de probabilidad causal. La falta de certeza absoluta acerca de si la conclusión de la inferencia probatoria se corresponde con lo que ocurrió en la realidad. GONZÁLES LAGIER, D. (2010). *Hechos y argumentos, racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal*, en BONORINO, P. R. (Ed.) *El derecho en acción. Ensayos sobre interpretación y aplicación del derecho*. Lima. Ara, p.305.

perspectiva de la argumentación, pretende establecer si la explicación que proporcionan los jueces para explicar el paso inferencial del hecho base al hecho consecuencia, obtiene visos de racionalidad especialmente, cuando se emplean las máximas de la experiencia.

- b) La constatación ha sido lamentable, pues en un caso mediático como el de Giuliana Llamoja se incurrieron en graves deficiencias argumentativas, precisamente en materia de prueba indiciaria, ello evidencia la necesidad de racionalizar el discurso argumental de los jueces de todas las instancias en este tópico específico, pues como señala el Tribunal Constitucional: “no es lo mismo resolver conforme a una *corazonada* que hacerlo con criterios idóneos para ser comunicados, sobre todo en un sistema procesal como el nuestro, que tiene al principio de presunción de inocencia como regla de juicio, regla que tantas veces obliga a resolver incluso contra la propia convicción moral⁵⁴.”
- c) El déficit argumentativo de los jueces ordinarios en el país, se asienta en todas sus instancias con las excepciones honorables que impiden la generalización; yendo al punto, consideramos que un paliativo para atacar esas formas deficitarias de abordar la máxima de la experiencia, es recurriendo al uso de ciertas líneas de la “acción comunicativa” o acción orientada al entendimiento de HABERMAS, allí: todo acto de habla está ligado al *telos* del acuerdo. Quien lleva a cabo una emisión lingüística, un acto de habla, está realizando a su interlocutor una oferta de entendimiento sobre algo en el mundo objetivo, en la sociedad o en sí mismo y esa oferta envuelve una pretensión de validez, es decir, la pretensión de ser aceptada, de generar el acuerdo sobre su corrección a la luz del mundo objetivo, de la sociedad o de la personalidad del sujeto⁵⁵.

⁵⁴ <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00728-2008-HC.html>, fundamento Jurídico 32.

⁵⁵ Que el entendimiento funcione como mecanismo de coordinación de la acción significa que los participantes en la interacción se ponen de acuerdo acerca de la validez que pretenden para sus emisiones o manifestaciones, es decir, que reconocen intersubjetivamente las pretensiones de validez con que se presentan unos frente a otros. *Cfr.* Por todos en español GARCÍA AMADO, J. A. (2003). *Habermas y el Derecho*. En *el mismo. Ensayos de filosofía jurídica*. Bogotá. Temis, pp. 177 y *passim*. Lo que hace aceptable un acto de habla son, en última instancia, las razones que quien habla podría aportar, en el contexto dado y que le son requeridas, para justificar la validez de lo dicho. Esta tesis permite analizar el concepto de racionalidad basándolo en esta posibilidad de fundamentar y criticar los actos de habla y, con ello, otorga una función central a la racionalidad

- d) Es urgente continuar con los esfuerzos teóricos destinados a elaborar un estándar probatorio que no pretende axiomatizar la decisión judicial en busca de una inalcanzable certeza judicial, pues el razonamiento judicial es una cadena de argumentos y, como señala GONZÁLES LAGIER⁵⁶ el proceso de prueba judicial analíticamente distingue dos fases: la primera consiste en la práctica de la prueba y obtención de la información y la segunda consiste en extraer una conclusión a partir de la información obtenida, en esta última operación el razonamiento que se emplea es muy complejo y se elabora con inferencias probatorias parciales que darían lugar a una “inferencia probatoria completa”. En las canteras doctrinarias se viene cocinando una propuesta audaz que consiste en formular una Parte Especial de valoración de las máximas de la experiencia, lo que en esencia significa formular máximas para cada tipo penal, el esfuerzo busca proporcionar los criterios al juez y relevarlo de esa tarea de “descubrir”, las máximas según vaya resolviendo supuestos de hecho⁵⁷.
- e) Si partimos de la desilusión, no habría razón para continuar con este trabajo, resulta obvio que no podemos asumir tesis nihilistas o irracionalistas en un contexto argumentativo que busca dar las mejores razones. La dificultad radica en elaborar nuestras premisas, los abogados manejamos hechos a los que adjudicamos sentido desde una dimensión jurídica, pues lo que preocupa no es tanto la validez de la inferencia sino su consistencia y solidez, aspectos que

procedimental de la “práctica de la argumentación”, que es considerada una formar reflexible de la acción comunicativa. VEGA REÑÓN, Luis, y OLMOS GÓMEZ, Paula. *Compendio de Lógica, Argumentación y Retórica*. Madrid. Trotta. 2011, p.26.

⁵⁶ GONZÁLES LAGIER, D. “Argumentación y prueba judicial”. En: FERRER BELTRÁN, GASCÓN ABELLÁN, EL MISMO & TARUFFO. *Estudios sobre la prueba*. México. Universidad Autónoma de México. 2006, p. 89.

⁵⁷ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J. (2012). *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*. Madrid. Marcial Pons. pp. 132-133. Agrega que la formulación de las máximas de la experiencia *por tipos penales* suele quedar en manos de la jurisprudencia. Precisa que no existen muchos intentos en la literatura científica y da una relación significativa de trabajos en esa línea. (ver p. 132 nota 176). Se sugiere para realizar ese propósito, estudios de campo, estadística judicial y lo más importante, la doctrina científica debería analizar los distintos criterios de valoración de la prueba en los diferentes delitos. El Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 (Fundamento 34º) de la Corte Suprema de Justicia peruana va en esa inteligencia y, ha catalogado para el delito de lavado de activos, desde la óptica de la prueba indiciaria, determinados actos irregulares o atípicos, reveladores de una clara intención de ocultar o encubrir los objetos materiales del delito.

podernos graduar conforme a un estándar que el Poder Judicial peruano aún no puede sistematizar con mínimos niveles de consenso; ese es el reto: revertir esa ausencia de consenso.

6. Bibliografía

- AARNIO, A. *Lo racional como razonable*. Tr. Ernesto Garzón Valdés. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ALCHOURRON, C. E., BULYGIN, E. *Introducción a la Metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. 2ª Reimpr. Buenos Aires. Astrea, 1993.
- ALEXY, R.. *Ponderación, control de constitucionalidad y representación*. En ANDRÉS IBÁÑEZ, P. ALEXY, R. *Jueces y ponderación argumentativa*. México D.F. Universidad Autónoma de México, 2006.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P. *La argumentación probatoria y su expresión en sentencia*. En ALEXY, R. *Jueces y ponderación argumentativa*. México D.F. Universidad Autónoma de México, 2006.
- ATIENZA, M. *Las Razones del derecho. Teoría de la argumentación jurídica*. Lima. Palestra, 2004.
- BROWN, G. *Límites a la valoración de la prueba en el proceso penal*. Rosario Santa Fe. Jurídica Nova Tesis, 2002.
- CAFFERATA NORES, J. I. *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*. Buenos Aires. Editores del Puerto, 1998.
- CUSI RIMACHE, J.E. *La motivación de la prueba indiciaria en materia criminal*. Lima. Idemsa, 2016.
- DWORKIN, R. *La justicia con toga*. Tr. Marisa Iglesias Vila e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno. Madrid. Marcial Pons, 2007.
- FERRAJOLI, L. *Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal*. Tr. Perfecto Andrés Ibáñez et. al. Madrid. Trotta, 1995.
- FERRER BELTRÁN, Jordi. *La prueba es libertad, pero no tanto: Una teoría de la prueba cuasi-Benthamiana*. Medellín. Universidad de Medellín, 2010.
- FERRER BELTRÁN, J. *Prueba y verdad en el derecho*. 2da. Ed. Madrid. Barcelona. Marcial Pons, 2005.
- GARCÍA AMADO, J. A. *La argumentación y su lugar en el razonamiento judicial*. En BONORINO, P. R. (Ed.) *El derecho en acción. Ensayos sobre interpretación y aplicación del derecho*. Lima. Ara Editores, 2010.
- GARCÍA AMADO, J. A. *Habermas y el Derecho*. En *el mismo. Ensayos de filosofía jurídica*. Bogotá. Temis, 2003.

- GARCÍA AMADO, J. A. *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 1997.
- GARCÍA CAVERO, P. *La prueba por indicios en el proceso penal*. Lima. Reforma, 2010.
- GARCÍA RADA, D. *Manual de derecho procesal penal*. 8ª Ed. Lima. Eddili, 1984.
- GASCÓN ABELLÁN, M. *Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos*. En FERRER BELTRAN, GASCON ABELLAN, GONZALEZ LAGIER & TARUFFO. *Proceso, prueba y estándar*. Lima. Ara Editores, 2009.
- GASCÓN ABELLÁN, M. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. 2da. Ed. Madrid. Marcial Pons, 2004.
- GONZÁLES LAGIER, D. *Hechos y argumentos, racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal*, en BONORINO, P. R. (Ed.) *El derecho en acción. Ensayos sobre interpretación y aplicación del derecho*. Lima. Ara, 2010.
- GONZÁLES LAGIER, D. *Argumentación y prueba judicial* En FERRER BELTRÁN, GASCÓN ABELLÁN, Marina. GONZÁLES LAGIER. TARUFFO, *Estudios sobre la prueba*. México. Universidad Autónoma de México, 2006.
- GORPHE, F. *Apreciación judicial de las pruebas*. Tr. Jorge Guerrero. Bogotá. Temis, 1998.
- GÖSSEL, K.-H. *El proceso penal. Ante el Estado de derecho, Estudios sobre el Ministerio Público y la prueba penal*. Tr. Miguel Polaino Navarrete. Lima. Grijley, 2004.
- GUILLERMO PORTELA, J. *Máximas, principios jurídicos y argumentación*. En PUY MUÑOZ, F. PORTELLA, J. G. (Coords.) *La argumentación jurídica. Problemas de concepto. Método y aplicación*. Universidad de Santiago de Compostela, 2004.
- GUZMÁN, N. *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*. Buenos Aires. Editores del Puerto, 2006.
- HABERMAS, J. *Facticidad y validez*. 2da. Ed. Tr. Manuel Jiménez Redondo. Madrid. Trotta, 2000.
- ITURRALDE, V. *Lógica, decisión judicial y racionalidad*. En BONORINO, P.R. (Ed.) *Pensar el derecho. Ensayos de teoría jurídica contemporánea*. Lima. Ara Editores, 2010.
- LAUDAN, L. *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*. Tr. Carmen Vázquez y Edgar Aguilera. Madrid. Marcial Pons, 2013.
- LAUDAN, L. *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*. Tr. Raúl Calvo Soler. Buenos Aires. Hammurabi José Luis Depalma, 2011.
- LÓPEZ ESPINOZA, R. AYALA MIRANDA, E. NOLASCO VALENZUELA, J. *Manual de litigación oral en prueba indiciaria*. Lima. Ara, 2011.

- NIEVA FENOLL, J. *El hecho y el Derecho en la Casación Penal*. Barcelona. Bosch, 2000.
- MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. *Reforma procesal penal peruana. Justicia rápida y transparente. II informe estadístico nacional 2006-2013*. Lima, 2013.
- MIRANDA ESTRAMPÉS, M. *La prueba en el proceso penal acusatorio. Reflexiones adaptadas al Código Procesal Penal peruano de 2004*. Lima. Jurista, 2012.
- MIRANDA ESTRAMPÉS, M. *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. Barcelona. Bosch, 1997.
- MITTERMAIER, K. J. A. *Tratado de la prueba en materia criminal*. Tr. Primitivo González del Alba. Buenos Aires. Hammurabi, 2006.
- MIXÁN MASS, F. *Cuestiones epistemológicas y teoría de la investigación y de la prueba*. Trujillo. BLG, 2009.
- MIXÁN MASS, F. *Lógica para operadores del derecho*. Trujillo. BLG, 1998.
- MIXÁN MASS, F. *Prueba indiciaria. Carga de la prueba. Casos*. BLG, 1995.
- MUÑOZ CONDE, F. *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*. Sevilla. Universidad Pablo de Olavide, 1998.
- NEYRA FLORES, J. A. *Tratado de derecho procesal penal*. Tomo II. Lima. Idemsa, 2015.
- NIEVA FENOLL, J. *La valoración de la prueba*. Madrid. Marcial Pons, 2010.
- NIEVA FENOLL, J. *El hecho y el Derecho en la Casación Penal*. Barcelona. Bosch, 2000.
- NINO, C. S. *La validez del derecho*. 1ª reimpresión, Buenos Aires. Astrea, 2000.
- PODER JUDICIAL. Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116. Acuerdo 116 de noviembre de 2010, 2010.
- PRIETO SANCHÍS, L. *Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho*. Lima-Bogotá. Palestra. Temis, 2005.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J. *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*. Madrid. Marcial Pons, 2012.
- SCHAUER, F. *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y la vida cotidiana*. Tr. Claudina Orunesu. Jorge L. Rodríguez, 2004.
- SCHÜNEMANN, Bernd. *La reforma del proceso penal*. Manuel Jaén Vallejo. Emilio Moreno y Bravo (Coord.) M.ª Luisa Silva Castaño. Madrid. Dykinson, 2005.
- SENTÍS MELENDO, S. *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires. Ejea, 1979.
- SÁNCHEZ VELARDE, P. *Manual de derecho procesal penal*. Lima. Idemsa, 2004.

- SAN MARTÍN CASTRO, C. *Derecho procesal penal. Lecciones*. Lima. INPECCP-CENALES. pp. 602-603, 2015.
- SAN MARTÍN CASTRO, C. *Derecho Procesal Penal, Segunda Edición actualizada y aumentada*. Lima, 2003.
- TARUFFO, M. *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Madrid. Marcial Pons, 2010.
- TARUFFO, M. *Conocimiento científico y criterios de la prueba judicial*. En FERRER BELTRAN, GASCON ABELLAN, GONZALEZ LAGIER & TARUFFO. *Proceso, prueba y estándar*. Lima. Ara Editores, 2009.
- TARUFFO, M. *Conocimiento científico y criterios de la prueba judicial*. Tr. Lucas Correa Montoya. En TARUFFO, M. & RAMÍREZ CARVAJAL. D. *Conocimiento, prueba, pretensión y oralidad*. Lima. Ara, 2009.
- TARUFFO, M. *La prueba*. Tr. Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán. Madrid. Trotta, 2008.
- TARUFFO, M. *Notas sobre la verdad de los hechos en el proceso civil*. En GIANFORMAGGIO, L. (Ed.) *Las razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli*. Tr. Pablo D. Eiroa y Nicolás Guzmán. Bogotá. Temis, 2008.
- TARUFFO, M. *La prueba de los hechos*. Tr. Jordi Ferrer Beltrán. Madrid. Trotta, 2002.
- TOULMIN, S. *Los usos de la argumentación*. Tr. María Morrás y Victoria Pineda. Barcelona. Península, 2007.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO EXP. N.º 00728-2008-PHC/TC FJ 25
- TALAVERA ELGUERA, P. *La prueba en el nuevo proceso penal. Manual del Derecho probatorio y de la valoración de las pruebas*. Lima. Academia de la Magistratura. GTZ, 2009.
- VÁZQUEZ, Carmen. (Ed.). *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*. Madrid. Marcial Pons, 2013.
- VEGA REÑÓN, L. & OLMOS GÓMEZ, P. *Compendio de Lógica, Argumentación y Retórica*. Madrid. Trotta, 2011.
- VOLK, K. *Verdad y Derecho material en el proceso penal*. En VOLK, K. *La verdad sobre la verdad y otros estudios*. Tr. Eugenio Sarrabayrouse. Buenos Aires. Ad Hoc, 2007.
- VOLK, K. *Dogmática penal, teoría y realidad*. En EL MISMO. *La verdad sobre la verdad y otros estudios*. Tr. Eugenio Sarrabayrouse. Buenos Aires. Ad Hoc, 2007.
- WRÓBLEWSKI, J. *Sentido y hecho en el derecho*. Tr. Francisco Javier Esquiaga Ganuzas y Juan Igartúa Salavarría. México. Fontamara, 2001.

¿ES POSIBLE LA CONVERSIÓN DE PENA EN UN ACTO POSTERIOR A LA SENTENCIA?, NECESIDAD DE REPLANTEAR EL ACUERDO PLENARIO N° 3-2012

MANUEL ARRIETA RAMÍREZ*

Resumen

El trabajo busca una respuesta al problema que afecta a un gran sector de la delincuencia primaria, de poca monta o de bagatela, donde los procesados se ven privados de su libertad por incumplimiento de las reglas de conducta impuestas en una sentencia condenatoria suspendida en su ejecución o reserva del fallo condenatorio, básicamente por la falta de pago de la reparación civil, a pesar de haberse satisfecho dicho pago pero con fecha posterior. Por lo que se plantea que la conversión de pena resulta viable en ejecución de sentencia condenatoria, como también realizando un juicio de ponderación entre dos principios de relevancia constitucional del mismo valor y jerarquía, como es el principio de inmutabilidad de la cosa juzgada vs. principio de humanidad de las penas.

Palabras claves: Reparación civil, sentencia condenatoria suspendida.

Abstract

The work aims to answer the problem that affects a large sector of the primary crime, petty or bagatelle, where the defendants are deprived of their liberty for breach of the rules of conduct imposed in a suspended sentence in its execution or reserve Conviction., basically for nonpayment of the civil repair, in spite of being satisfied such payment but postdated. By the way, as it stated that the conversion results viable in execution of a guilty verdict , as also making a weighting trial between two relevant constitutional principles of the same value and hierarchy , as it is the principle of immutability of the judged thing vs. principle of humanity of penalties.

Keywords: Civil repair, suspended sentence.

* Juez superior de la Tercera Sala de Apelaciones con funciones de Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Piura-Perú, doctor en Derecho y Ciencias Políticas, magíster en Derecho con mención en Derecho Penal por la Universidad Nacional de Piura y especialista en Criminalidad Organizada y nuevas formas de delincuencia.

Sumario

1.- Introducción. 2.- Aspectos generales sobre las medidas alternativas a la pena privativa de libertad. 3.- La conversión de pena. 3.1.- Antecedentes legislativos. 3.2.- Concepto. 3.3.- La conversión de pena en el Código Penal. 3.3.1.- Requisitos. 3.3.2.- Revocatoria de la pena convertida. 3.4.- La conversión de pena según el Acuerdo Plenario N° 3-2012/CJ-116. 4.- La interpretación jurídica. 4.1.- Planteamiento del problema de interpretación. 4.2.- Métodos de interpretación. 4.2.1.- El método literal o declarativo. 4.2.2.- El método de la ratio legis. 4.2.3.- El método sistemático. 4.2.4.- El método histórico. 4.2.5.- El método sociológico. 5.- La ponderación y los conflictos constitucionales. 5.1.- Aspectos generales. 5.2. Juicio de ponderación. 6.- La conversión de pena en un momento posterior a la sentencia. 7.- La conversión como resultado de ponderar principios de relevancia constitucional: principio de la cosa juzgada vs. principio de humanidad de las penas. 8.- Conclusiones. 9.- Referencias bibliográficas.

1. Introducción

El presente trabajo bajo el epígrafe *¿Es posible la conversión de pena en un acto posterior a la sentencia?* Necesidad de replantear el Acuerdo Plenario N° 3-2012, pretende encontrar una respuesta a un problema que agobia a un gran sector de la delincuencia primaria, de poca monta o de bagatela, que incrementa la población penitenciaria, al verse privada de su libertad por incumplimiento de las reglas de conducta, impuestas en una sentencia condenatoria suspendida en su ejecución o reserva del fallo condenatorio, básicamente por la falta de pago de la reparación civil, quien a pesar que la satisfizo en fecha posterior, permanece innecesariamente privado de su libertad a la espera de acogerse a un beneficio penitenciario, porque el referido Acuerdo Plenario ha establecido, que luego de la revocatoria del régimen de suspensión de la pena, el cumplimiento efectivo y continuo de la pena privativa de libertad no existe ninguna posibilidad normativa de ser modificado o reducida en un momento posterior a la sentencia por no ser compatible con las disposiciones legales vigentes.

Sin embargo, considero que dicha afirmación no tiene el carácter absoluto, puesto que en el campo del derecho no hay categorías inmodificables en la medida en que la jurisprudencia supone el derecho en esencia y a su vez, la ciencia del derecho en cambio, en movimiento y en concordancia con el *iter fáctico* y evolutivo de los derechos fundamentales, lo que implica, que no

podamos establecer categorías inmodificables en el Derecho Penal, esto a partir de que precisamente los derechos fundamentales suponen derechos dúctiles, esto es, no absolutos, los cuales pueden variar bajo reglas de jerarquía axiológica móvil.

En esa perspectiva, aplicando métodos de interpretación distintos al método literal, sustento del aludido Acuerdo Plenario, es posible concluir que la conversión de pena, resulta viable en ejecución de sentencia condenatoria, como también realizando un juicio de ponderación entre dos principios de relevancia constitucional del mismo valor y jerarquía como es el principio de inmutabilidad de la cosa juzgada vs. principio de humanidad de las penas.

2. Aspectos generales sobre las medidas alternativas a la pena privativa de libertad

Es política criminal de los diferentes ordenamientos jurídicos como una respuesta al implícito fracaso de la pena privativa de libertad, la necesidad de reducir y humanizar los espacios de aplicación de las penas privativas de libertad por medidas alternativas, con el fin de evitar que la prisión perjudique física o psíquicamente al condenado, vale decir, que la ejecución de las penas privativas de libertad aleje, desde su duración temporal a riesgo latente de deterioro de la persona del interno o de su resocialización.

No obstante, pese al respaldo doctrinal y legal de las medidas alternativas, hay unanimidad al limitar su aplicación a las penas de corta y mediana duración, en tanto que a las penas de mayor duración existe la necesidad de su mantenimiento; en ese sentido GARCÍA GÁLVEZ ha dicho que: “la pena de privación de libertad sigue siendo la espina dorsal del sistema de sanciones en materia de delincuencia grave”¹.

Es pues, el ostensible fracaso de la cárcel como escenario de mejoramiento psicosocial de los delincuentes una grave realidad que la experiencia latinoamericana demuestra con claridad y dramatismo, el rol negativo de la cárcel y de las penas privativas de libertad; de ahí que ZAFFARONI afirma que: “La filosofía del tratamiento pasó por varias etapas sin que ninguna de ellas permitiera cambiar las características estructuralmente deteriorantes de la prisión. Resocialización es una expresión que, fuera del marco sistémico carece de contenido semántico y su uso equívoco se confunde en una multiplicidad de ideologías “re” (re- adaptación, re- inserción, re- educación,

¹ GARCÍA VALDEZ, Carlos (1995). *Alternativas legales a la Privación de Libertad Clásica*. En Juan Bustos Ramírez. *Prevención y Teoría de la Pena*. Cono Sur Santiago de Chile. Editorial Jurídica, p.190.

re- personalización, etc.), que en definitiva, pretenden que la prisión pueda mejorar algo.

Teniendo en cuenta que el encierro institucional conforme a todas las investigaciones contemporáneas es siempre deteriorante, especialmente si es prolongada, resulta claro que las ideologías “re” no son utópicas sino absurdas. El efecto deteriorante de la prisionalización en concreto tiende a la reproducción del delito por introyección de los roles vinculados a los estereotipos que rigen la selección criminalizante”²

Por esa razón, en la actualidad se ha producido un viraje de una preocupación exclusivamente basada en la mayor capacidad rehabilitadora (o no desocializadora) de las penas alternativas, a la necesidad de estudiar mecanismos que tengan también capacidad de disminuir los índices de población reclusa, aun cuando no sean verdaderas alternativas a la prisión. Es así que como consecuencia de todo ese proceso, coexisten distintos instrumentos formales cuya función común es impedir la ejecución material de penas privativas de libertad de corta e incluso mediana duración.

Así tenemos las penas limitativas de derechos como la Prestación de servicios a la comunidad y la limitación de días libres que pueden aplicarse como sustitutivas o alternativas de la pena privativa de libertad, cuando la sanción sustituida a criterio del Juez no sea superior a cuatro años³; la conversión de la pena privativa de libertad, conversión de prestación de servicios a la comunidad y limitativa de derechos, conversión de pena de multa⁴, suspensión de la ejecución de la pena⁵, reserva del fallo⁶ y la exención de pena⁷.

En el fondo se trata de instrumentos de despenalización que flexibilizan el rigor de las decisiones punitivas del Estado cuando estas se expresan en la conminación o aplicación de penas cortas privativas de libertad⁸, en las cuales subyace un mismo objetivo, neutralizar el acceso a la prisión por breves periodos de tiempo, en atención a que la experiencia criminológica

² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. (1991). *La Filosofía del Sistema Penitenciario en el Mundo Contemporáneo*, en Cuadernos de la Cárcel. Edición especial de NO HAY DERECHO, Buenos Aires, p. 61.

³ Artículo 32 del Código Penal.

⁴ Artículos 52, 55 y 56.

⁵ Artículo 57.

⁶ Artículo 62.

⁷ Artículo 68.

⁸ PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto (2010). *Determinación Judicial de la Pena y Acuerdos Plenarios*. Lima. Editorial Idemsa, p. 222.

demuestra que ese tipo de encarcelamientos breves, resultan estigmatizantes y negativos para el condenado, que contrarían toda expectativa de prevención general o especial, como también el principio de humanidad de las penas⁹.

3. La conversión de pena

3.1 Antecedentes legislativos

Su antecedente inmediato, el Código Penal de 1924, expresamente no contuvo un instituto como la conversión de pena, empero, al interior de su articulado, hemos podido advertir algunas formas de conmutación de penas privativas de libertad por medidas de seguridad, que se presentó en los casos de delitos perpetrados por “salvajes”¹⁰, “indígenas semi civilizados o degradados por la servidumbre y el alcoholismo”¹¹, así mismo, asumieron el reemplazo de penas de internamiento por penas de penitenciaria, cuando el delito hubiera sido cometido por mayores de 18 y menores de 21 años de edad¹². Sin embargo, el supuesto que más se acercó a la conversión de penas fue el artículo 194, que permitió sustituir, en etapa de ejecución, hasta un 90 por ciento de la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia por el pago de una multa.

Igualmente, su fuente legal también la encontramos en el Código Penal Tipo para Latinoamérica, el cual fue recepcionado por el Proyecto de agosto de 1985, en cuanto contempla la conversión de la multa en prisión en los artículos 80 y 81 al señalar que: “si el condenado no pagare la multa, esta se convertirá a razón de un día-multa, sin perjuicio de la facultad del Estado, para ejecutarle en los bienes de aquél. En el caso de la conversión, la prisión no excederá de un año”.

Ahora bien, uno de los principales rasgos característicos del proceso de reforma penal que inspiró el Código Penal de 1991, fue la clara vocación despenalizadora del legislador nacional, que se ve reflejada en la Exposición de Motivos donde se sostiene que la Comisión Revisora a pesar de reconocer

⁹ Llamado también principio de la proscripción de la crueldad. Según los postulados de este principio se rechaza por cruel toda sanción penal que resulte brutal en sus consecuencias para el sujeto. Se debe buscar una pena humanitaria en el sentido que se ejecute sin crueldad ni sufrimientos innecesarios para el penado, tomando en cuenta los lineamientos del Derecho de los derechos humanos.

¹⁰ Artículo 44.

¹¹ Artículo 45.

¹² Artículo 148.

la potencia criminógena de la prisión considera que la pena privativa de libertad mantiene todavía su actualidad como respuesta para los delitos que son incuestionablemente graves. De esta premisa se desprende la urgencia de buscar otras medidas sancionadoras para ser aplicadas a los delincuentes de poca peligrosidad, o que han cometido hechos delictivos que no revisten mayor gravedad. Por otro lado los elevados gastos que demandan la construcción y equipamiento de un centro penitenciario, obligan a imaginar nuevas formas de sanciones para los infractores que no amenacen significativamente la paz social y la seguridad colectivas¹³.

3.2. Concepto

La conversión de pena según PRADO SALDARRIAGA, no es otra cosa que la conmutación de la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia por una sanción de distinta naturaleza¹⁴ y de uso facultativa por el juez¹⁵, es decir, que su concesión, aun cuando concurren los presupuestos legales, depende de que el juzgador considere su consecuencia, no constituyen derechos del penado¹⁶. Sin embargo, considero que es una verdad a medias, puesto que con la incorporación al catálogo de penas privativas de libertad, de la pena de Vigilancia Electrónica Personal¹⁷, al margen que se encuentre en vacatio legis¹⁸, en ella se determina que el juez podrá de oficio o a petición de parte, convertir la pena privativa de libertad en pena de vigilancia electrónica personal.

3.3. La conversión de pena en el Código Penal

La conversión de la pena privativa de libertad en el marco del Código Penal, se ubica en el Capítulo III De las Conversiones, que comprende III Secciones, la primera referida a la conversión de la pena privativa de libertad, la segunda, conversión de la pena de prestación de servicios a la comunidad y limitación de días libres, y la tercera, conversión de la pena de multa.

¹³ Exposición de Motivos del Código Penal de 1991.

¹⁴ PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. Op. cit., p. 241.

¹⁵ Tribunal Constitucional (2004) Exp. N° 1140-2004-HC/TC. Cono Norte de Lima. Sentencia: 16 de junio de 2004. Fundamento. 2 parte pertinente: (...) En consecuencia, resulta meridianamente, claro que la conversión de pena es una facultad, y no una obligación del juez penal, de manera tal que al condena al cumplimiento de la pena privativa de libertad efectiva, a pesar de que ésta sea menor de 4 años (...)'.

¹⁶ PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto, op. cit . p.241.

¹⁷ Ley N° 29499 publicada el 18 de enero del 2010.

¹⁸ Locución latina que significa: Vacación de la ley; plazo, inmediatamente posterior a su publicación, durante el cual no es obligatoria.

En relación a la conversión de la pena privativa de la libertad, el artículo 52 sostiene: “En los casos que no fuere procedente la condena condicional o la reserva del fallo condenatorio, el juez, podrá convertir la pena privativa de libertad no mayor de dos años en otra de multa, o la pena privativa de libertad no mayor de cuatro años en otra de prestación de servicios a la comunidad, o limitación de días libres, a razón de un día de privación de libertad por un día de multa, siete días de privación de libertad por una jornada de prestación de servicios a la comunidad o por una jornada de limitación de días libres.

3.3.1 Requisitos

Con cargo a demostrar más adelante, que la conversión de la pena privativa de libertad operaría en un momento posterior a la sentencia, seguiremos a PRADO SALDARRIAGA, quien ha señalado que son requisitos para convertir la pena privativa de libertad: **a) Se toma en cuenta el tipo de pena concreta impuesta**, es decir, que en ningún caso debe ser superior a cuatro años de pena privativa de libertad, pues para convertir la pena de multa solo requiere que esta no sea superior a dos años; y **b) Que en el caso no haya sido posible para el órgano jurisdiccional aplicar la suspensión de la ejecución de la pena o reserva del fallo condenatorio**; en ese entendido, lo primero que debe verificar el juez es la suspensión de la ejecución de la pena o la reserva del fallo condenatorio; si ninguna de las dos opciones calza en la posibilidad del caso concreto, puede optar por la conversión de penas, lo que convierte a esta medida en una medida de carácter subsidiaria frente a otras medidas alternativas¹⁹.

3.3.2 Revocatoria de la pena convertida

Al respecto, el Código Penal ha establecido dos causales: **a) Incumplimiento injustificado de la pena convertida**, para ello el operador de justicia debe hacer un requerimiento previo al condenado que incumple la pena convertida y si persiste en el incumplimiento, entonces se reoca la conversión y se retorna a la pena original²⁰; y **b) Revocatoria directa**, toma en cuenta para su operatividad la pena conminada del delito cometido durante el proceso en el cual se está ejecutando la pena convertida²¹, vale decir, si

¹⁹ PRADOSALDARRIAGA, Víctor Roberto. Op. cit., p. 242.

²⁰ Artículo 53.

²¹ Artículo 54.

durante el período de cumplimiento de pena, el condenado comete nuevo delito doloso, cuya pena conminada sea superior a tres años, debe producirse la revocación de la conversión.

De ello se desprende que el efecto de la revocatoria de conversión es la reconversión de penas, que algunos autores denominan “cláusula del retorno o regla del regreso”²², lo cual determina que el condenado retorna al cumplimiento efectivo de la sentencia condenatoria, sin perjuicio de la aplicación de los descuentos que correspondan por cumplimiento de la pena convertida hasta antes de la revocación del régimen.

3.4 La conversión de pena según el Acuerdo Plenario N°3-2012/CJ-116

El aludido Acuerdo Plenario que específicamente trata sobre la Función y operatividad de la Libertad Anticipada, prevista en el artículo 491, apartado 3 del Código Procesal Penal del 2004, por un lado, delimita lo que debe entenderse por libertad anticipada, al señalar que es una norma procesal, que no modifica, crea ni incorpora al ordenamiento jurídico una institución de derecho penal material o de ejecución penal material, ni a su amparo pueden introducirse pretoriamente modalidades de modificación, extinción o exención de penas privativas de libertad efectiva, no previstas por la ley penal material o de ejecución penal material²³.

Por otro lado, precisa que la conversión de penas, es una medida alternativa, cuya función en el derecho nacional y extranjero ha sido siempre evitar que el condenado ingrese a un centro penal a cumplir la pena privativa de libertad que le fue impuesta en la sentencia condenatoria, y que, luego, en la misma sentencia, en atención sobre todo a su breve duración, el juez determine pena no privativa de libertad, y que será, en definitiva, la pena a cumplir por el condenado. El incumplimiento de la pena convertida también puede dar lugar a una revocatoria, que determinaría la conversión de la pena privativa de libertad en la pena privativa de libertad originaria. En este último caso, nuestra legislación solo admite un descuento en virtud de la denominada “regla del retorno”, que regulan los artículos 53 y 54 del Código Penal. **Cabe mencionar que la conversión de penas tiene un requisito negativo y que es, justamente, que no es procedente aplicar en el caso concreto la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, consecuentemente, menos procedente resulta ser que se aplique una**

²² Ibid., p. 245.

²³ Fundamento 17.

conversión, en caso de revocación del régimen de suspensión de la ejecución de la pena impuesta²⁴ (resaltado nuestro).

Concluye que es doctrina legal los criterios expuestos en los fundamentos 11 al 17 y 19, los que deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, que solo pueden apartarse de las conclusiones de un Acuerdo Plenario si incorporan nuevas y distintas apreciaciones jurídicas respecto de las rechazadas o desestimadas, expresa o tácitamente, por la Corte Suprema de Justicia de la República²⁵.

4. La interpretación jurídica

4.1 Planteamiento del problema de interpretación

Al respecto, RUBIO CORREA señala: “que tenemos varios niveles de interpretación en la problemática jurídica de un caso determinado. El primero es saber cuáles son las normas existentes (y los conceptos aplicables) al caso bajo estudio. Para dilucidar este primer nivel nos sirve la teoría de las fuentes del Derecho. Una vez que hemos definido las normas aplicables, tenemos un segundo nivel de problemas que consiste en saber qué dicen estas normas jurídicas. A este efecto nos sirve la teoría de la argumentación jurídica. Superados los dos niveles anteriores, nos encontramos con un tercero que consiste en averiguar exactamente qué quiere decir la norma. Este nivel debe ser abordado mediante la teoría de interpretación”²⁶.

En relación a ello, diremos que la teoría de la interpretación jurídica, es la parte de la teoría general del Derecho destinada a desentrañar el significado último del contenido de las normas jurídicas cuando su sentido normativo no queda claro a partir del análisis lógico jurídico interno de la norma²⁷

De ahí que los estudiosos están de acuerdo que la interpretación es una interpretación de significado al texto de una norma, asignación de línea de contenido a línea de expresión, como dirían los lingüistas. Sin embargo, está en discusión el carácter problemático de la interpretación, para ello LEÓN PASTOR se plantea dos interrogantes: 1) ¿Siempre se interpreta un texto

²⁴ Fundamento 20.1.

²⁵ Fundamentos 22 a 24.

²⁶ RUBIO CORREA, Marcial (2000). *El Sistema Jurídico (Introducción al Derecho)*. Octava edición. Lima-Perú. Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 245.

²⁷ En la teoría hay una larga discusión sobre si siempre existe problema de interpretación o si este solo aparece cuando la literalidad de la norma no es suficientemente clara, por lo que la discusión es importante desde el punto de vista epistemológico.

cuando se le atribuye un significado específico? y 2) ¿o es que solo se interpreta ante un caso dudoso?²⁸

Para resolver las cuestiones planteadas, añade el referido autor, que es necesario hacer una definición sobre el alcance de la expresión “interpretar”. Para los que responden afirmativamente la primera cuestión, interpretar es lo mismo que comprender un texto. Para los que se adhieren a la segunda posición, interpretar implica siempre un carácter problemático, una duda no resuelta, es decir, existe la posibilidad de escoger entre varios significados razonablemente sustentables. Concluye que en su perspectiva la interpretación es un esfuerzo sistemático, metódico y racional por comprender el mejor sentido de una norma determinada a la luz de los valores, principios y reglas del ordenamiento legal en su conjunto²⁹

Sin embargo, debemos admitir que si a un texto corresponde un significado pacífico, no discutido al interior de la comunidad jurídica, la actividad cesará ante la claridad evidente del texto. Esta regla nos introduce en otra discusión, ahora en relación al carácter metódico del llamado “método literal”. Para los que sostienen que interpretar es siempre comprender un significado, el método literal es el primero que debe aplicarse, y su ayuda es fundamental para llegar a la deseada claridad lingüística del texto; empero, para quienes consideran que interpretar implica resolver la duda razonable del intérprete, dicho método no es más el natural proceso de decodificación lingüística.

Si aceptamos que la interpretación trasciende la mera comprensión literal de un texto, entonces podremos vislumbrar situaciones en las cuáles es necesario aplicar un esfuerzo metódico y sistemático por “hallar”, o en su defecto “construir” un mejor sentido de la textualidad normativa que tengamos entre manos, porque puede presentarse problemas de generalidad y abstracción del lenguaje legal, la indeterminación conceptual de los llamados “estándares jurídicos” o “conceptos jurídicamente indeterminados”, que permite al intérprete una amplia flexibilidad para incluir o no dentro de determinadas expresiones lingüísticas contenidos de diverso alcance, como también los casos de “antinomias jurídicas”.

²⁸ LEÓN PASTOR, Ricardo (2001). En Módulo 1 Introducción al Razonamiento Jurídico. Academia de la Magistratura. Programa de Formación de Aspirantes para el Primer Nivel. Lima-Perú.

²⁹ LEÓN PASTOR, Ricardo. Op. cit.

4.2 Métodos de interpretación

Conocidos algunos de los supuestos para realizar el trabajo interpretativo, es necesario plantearse la interrogante respecto a la validez de la aplicación de diversos métodos de interpretación para dilucidar el sentido de una norma. Para ello la teoría de la argumentación jurídica ha trabajado dos grandes métodos interpretativos, uno llamado subjetivo que intenta descubrir la voluntad del legislador histórico, tal propuesta tiene que ver con la idea del juez como “boca de ley”, que se rinde ante la magnanimidad de la voluntad del legislador; y por otro, el modelo objetivo, que se preocupa por la búsqueda de la intención de la norma, considerada al interior del ordenamiento jurídico.

Entre los métodos que ayudaran a desentrañar el sentido de la norma, tenemos:

4.2.1 El método literal o declarativo

El método literal es la puerta de entrada a la interpretación dentro de cualquier sistema jurídico basado en la escritura, y se le define como aquella que no atribuye a las disposiciones normativas nada más que su “propio significado literal”, algunos tratadistas sostienen que cuando el método literal produce un resultado interpretativo suficiente, debe excluir la aplicación de los demás métodos de interpretación; sin embargo,, considero que si bien debe ser el primero a utilizar, ello de ninguna manera descarta a los demás métodos de interpretación, por la multiplicidad de problemas interpretativos que se presentan.

4.2.2 El método de la *ratio legis*

Según este método lo que busca no es la intención del legislador al dar la norma, sino la razón de ser de la norma jurídica propiamente dicha.

4.2.3 El método sistemático

Se llama sistemático a toda interpretación que pretende obtener el significado de una disposición a partir de su ubicación en el sistema del derecho, algunas veces en el sistema jurídico en su conjunto, más fundamentalmente, en un subsistema del sistema jurídico, esto es, el conjunto de las disposiciones que regulan una determinada materia o una determinada institución. Puede ser:

a) Por comparación con otras normas

El procedimiento de interpretación consiste en esclarecer el que quiere decir la norma atribuyéndole los principios o conceptos que quedan claros en otras normas y que no están claramente expresados en ella; en otras palabras, el método por comparación con otras normas tiene que encontrar una ratio legis equivalente en las dos normas que se compara, las que siempre deben ser de carácter general.

b) Por ubicación de la norma

Este método basa su interpretación teniendo en cuenta el conjunto, subconjunto, grupo normativo³⁰, etc., en el cual se halla incorporada la norma, a fin de que su qué decir sea esclarecido por los elementos conceptuales propios de su estructura normativa. En la práctica la interpretación sistemática se utiliza cada vez, para decidir el significado de una disposición, es decir, no se busca la propia disposición de forma aislada, sino en el contexto en que encuentra ubicada.

4.2.4 El método histórico

Por este método la interpretación se hace recurriendo a los contenidos que brindan los antecedentes jurídicos, directamente vinculados a la norma de que se trata, y se fundamenta en que el legislador siempre tiene una intención determinada al dar la norma jurídica.

4.2.5 El método sociológico

Para el método sociológico la interpretación de la norma debe realizarse tomando en cuenta las variables sociales del más diverso tipo, del grupo social en el que va producirse la aplicación de la norma.

³⁰ Los grupos normativos pueden a su vez ser insertados en estructuras superiores que se van diferenciando unas de otras dentro del Derecho. Uno de estos niveles superiores de estructuración es el que corresponde a las tradicionalmente llamadas ramas del Derecho, entendidas como subsistemas estructurales jurídicos que tienen determinadas características propias y distintas de las otras ramas.

5. La ponderación y los conflictos constitucionales

5.1 Aspectos generales

En la ponderación, en efecto, hay siempre razones en pugna, intereses o bienes en conflicto, en suma razones que no suministran justificaciones diferentes a la hora de adoptar una decisión. Ponderar es, pues, buscar la mejor decisión cuando en la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas y del mismo valor; por esa razón se dice que la ponderación es la forma de resolver esta incompatibilidad entre normas *prima facie*, a través del cual se puede fundamentar una relación de prevalencia condicionada entre los principios en colisión a lo que ALEXY llama la ley de la colisión³¹, para así, establecer cuál de ellos debe determinar la solución del caso concreto.

En relación a la ponderación, BERNAL PULIDO, ha dicho: “que es la forma en que se aplican los principios jurídicos, es decir, las normas que tienen la estructura de mandatos de optimización. Agrega, que estas normas no determinan exactamente lo que debe hacerse, sino que ordenan “que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas reales y existentes” Las posibilidades están determinadas por los principios y reglas opuestas y las posibilidades reales se derivan de los enunciados fácticos”³².

5.2 Juicio de ponderación

La ponderación intenta ser un método para la fundamentación de ese enunciado de preferencia referido al caso concreto, en auxilio para resolver conflictos entre principios del mismo valor o jerarquía, cuya regla constitucional puede fundarse así “cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”³³.

En otras palabras, no se trata de establecer jerarquía de derechos ni prevalencias *a priori*, sino de conjugar desde la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades, pesando cada uno de ellos, en su eficacia

³¹ ALEXY, Robert. (1997). Teoría de los derechos fundamentales, Traducción de Ernesto Garzón Valdez, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales., Madrid, p.80.

³² BERNAL PULIDO, Carlos (2007), En Módulo 2-Derecho Constitucional y Procesal Constitucional, Academia de la Magistratura, Octavo Curso de Preparación para el Ascenso en la Carrera Judicial y Fiscal-Primer Nivel de la Magistratura, Material de estudio elaborado por David Lobaton Palacios, Lima -Mayo 2007.

³³ ALEXY, Robert. Op cit., p.161.

recíproca. Lo característico de la ponderación es que con ella no se logra un supuesto válido para todo supuesto, sino que se logra solo una preferencia, relativo al caso concreto, que no excluye una solución diferente en otro caso, se trata, por tanto, de una jerarquía moral que no condice con la declaración de invalidez de uno de los bienes o valores en conflicto, ni a la formulación de uno de ellos, como excepción permanente frente al otro, sino a la posición abstracta de ambos, por más que ante cada caso de conflicto sea preciso reconocer primacía a uno u otro.

6. La conversión de pena en un momento posterior a la sentencia

Un aspecto problemático relacionado con la oportunidad para realizar la conversión de la pena privativa de libertad, que según postura adoptada por los Jueces Penales Supremos a través del Acuerdo Plenario N° 3-2012, resulta inviable en ejecución de sentencia, por no ser compatible con las disposiciones legales vigentes³⁴, ha conllevado que los operadores de justicia por temor a ser objeto de sanciones administrativas, desestimen toda pretensión de conversión en un momento posterior a la sentencia, sin tener en cuenta que utilizando otros métodos de interpretación jurídica distintos al literal que la Teoría de la Argumentación Jurídica aconseja, podría conducido a otra respuesta.

Ahora bien, si asumimos el método literal, por el cual, las normas son interpretadas según su propia textualidad, la conversión solo será posible al momento de emitir sentencia condenatoria; en cambio sí adoptamos el método sistemático, que busca el sentido de las normas según su ubicación en el contexto normativo o comparándolos con otras de su misma categoría, no de forma aislada, sino en el contexto en el que está ubicada en el discurso legislativo, la conversión sí es posible en ejecución de sentencia. Veamos.

La conversión de la pena privativa de libertad en el marco del Código Penal se ubica en el Título III De las Penas, Capítulo III De las conversiones, que a su vez, engloba III Secciones, la primera referida a la conversión de la pena privativa de libertad, la segunda, conversión de la pena de prestación de servicios a la comunidad y limitación de días libres, y la tercera, conversión de la pena de multa, comprendidas entre los artículos 52 al 56.

³⁴ Fundamento 20 “Luego de la revocatoria del régimen de suspensión de la pena, el cumplimiento efectivo y continuo de la pena privativa de libertad no tiene ninguna posibilidad normativa de ser modificada o reducida (...): la revocatoria es una sanción y no es integrable con la conversión en otra pena no privativa de libertad, como prestación de servicios a la comunidad o multa”.

En relación a la conversión de prestación de servicios comunitarios, el artículo 55 señala: **“Si el condenado no cumple injustificadamente, con la prestación de servicios o con la jornada de prestación de días libres aplicadas como penas autónomas, impuestas en caso de delitos o falta, dichas sanciones se convertirán en pena privativa de libertad (...);”** en cuanto a la conversión de la pena de multa, el artículo 56 precisa: **“Si el condenado solvente no paga la multa o frustra su cumplimiento, la pena podrá ser ejecutada en sus bienes o convertida (...). Si el condenado deviene insolvente (...) la pena se convierte en una limitativa de derechos o de prestación de servicios a la comunidad (...). El condenado puede pagar la multa en cualquier momento (...);”** y con respecto a la conversión de la pena de Vigilancia Electrónica Personal, incorporada al Código Penal por Ley N° 29499³⁵, en el artículo 1 tercer párrafo, señala: **“(...). Para el caso de condenados la vigilancia electrónica personal es un tipo de pena, aplicable por conversión, luego de impuesta una sentencia de pena privativa de la libertad, que será dispuesta por el juez, a fin de garantizar el cumplimiento de la pena y la resocialización del condenado”,** e indica en el artículo 2 inciso b) **“Para el caso de condenados, el juez podrá revertir la conversión otorgada en una pena privativa de libertad”** (lo resaltado es nuestro).

De lo expuesto, podemos colegir, que si se permite la conversión y reconversión de la pena de vigilancia electrónica personal, prestación de servicios y la pena de multa en un acto posterior a su imposición, nos preguntamos qué razón impediría al operador judicial para convertir o reconvertir la pena privativa de libertad en ejecución de sentencia, verbigracia el siguiente itinerario: pena suspendida en su ejecución-pena privativa de libertad efectiva-pena suspendida o convertirla en vigilancia electrónica personal, en prestación de servicios comunitarios u otras según su equivalencia.

Evaluación que se ve reforzada con el artículo 478.3 del Código Procesal Penal del 2004 que al regular el Proceso de Colaboración Eficaz ha establecido: **“Si la colaboración se inicia con posterioridad a la sentencia, el juez a solicitud del fiscal previa celebración de una audiencia privada (...)**

³⁵ Artículo 1 “La vigilancia electrónica personal es un mecanismo de control que tiene por finalidad monitorear el tránsito tanto de procesados como de condenados, dentro de un radio de acción y desplazamiento, teniendo como punto de referencia el domicilio o lugar que señalen estos (...). Para el caso de condenados, la vigilancia electrónica personal es un tipo de pena, aplicable por conversión, luego de impuesta una pena privativa de libertad que será dispuesta por el juez a fin de garantizar el fin de la pena y la resocialización del condenado”.

podrá conceder (...) conversión de pena privativa de libertad por multa, prestación de servicios o limitación de días libres, conforme a las equivalencias previstas en el artículo 52 del Código Penal” (lo resaltado es nuestro).

En el supuesto que la pena privativa de libertad se encuentre ejecutando, solo sería viable, en tanto y en cuanto, la pretensión del condenado no se encuentre bajo los alcances del Código de Ejecución Penal, pues si ello fuere así, tendría que recurrir al órgano judicial correspondiente para obtener su libertad, postulando el beneficio penitenciario de semi libertad³⁶ o liberación condicional³⁷, que según el caso, se obtendrá cuando el interno ha cumplido un tercio o la mitad de la pena impuesta, actuar in contrario es violentar el principio de legalidad.

7. La conversión como resultado de ponderar principios de relevancia constitucional: principio de la cosa juzgada vs. principio de humanidad de las penas

Como una postura subsidiaria, considero que la conversión de la pena privativa de libertad en ejecución de sentencia, también sería viable en virtud de un juicio de ponderación, que como hemos dicho líneas arriba, opera cuando existe conflicto entre dos principios de relevancia constitucional, del mismo valor y jerarquía, por un lado tenemos, la inmutabilidad de la cosa juzgada³⁸, sustento del Acuerdo Plenario N° 3-2012 para desestimar la libertad anticipada y conversión de pena, y por otro, el principio de humanidad de las penas³⁹, que implica que el juzgador debe hacer uso de las penas privativas de libertad como última ratio, y en tanto esta constituya entre todas las sanciones punitivas previstas en la normatividad penal la sanción menos degradante y denigratoria de la dignidad humana. Ello es así, por las siguientes consideraciones:

³⁶ Artículo 48 “La semi libertad permite al sentenciado egresar del establecimiento penitenciario, para efectos de trabajo o educación, cuando ha cumplido la tercera parte de la pena y no tiene proceso pendiente con mandato de detención (...)”.

³⁷ Artículo 53 “La liberación condicional se concede al sentenciado que ha cumplido la mitad de la pena siempre que no tenga proceso pendiente con mandato de detención (...)”.

³⁸ Artículo 139 de la Constitución. Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 13) La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. (...)”.

³⁹ Este principio se encuentra reconocido formalmente en los literales g y h del artículo 2 incisos 21 y 22 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, garantiza que las sanciones penales no sobrepasen los niveles de incidencia sobre los ciudadanos que son admisibles en el marco de las condiciones del contrato social. Por este principio el Estado no puede diseñar, aplicar ni ejecutar sanciones penales que afecten la dignidad de la persona, ni que dañen la constitución psicofísica de los condenados.

- a) La inmutabilidad de una sentencia condenatoria que adquiere la calidad de cosa juzgada, está relacionada con los hechos y circunstancias que se dan por probadas, que han servido de soporte para fundar la condena del imputado e implica la prohibición de que por los mismos fundamentos se pueda volver a juzgar a la misma persona, situación que no se presente con la conversión de pena, pues el status jurídico de aquella se mantiene incólume y la seguridad jurídica igual, lo que varía es la forma de ejecutarse.
- b) Así mismo, la persecución penal del Estado no pierde vigencia con la conversión de pena, tampoco los fines de la pena se ven diluidos, pues la rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, no solo se logra con el encarcelamiento del agente, sino también en libertad como es la ratio legis de la conversión, por esa razón el legislador ha incorporado al Código Penal, medidas alternativas y sustitutivas a la pena privativa de la libertad como la conversión.
- c) Ahora bien, en los delitos materia de conversión de pena, no se refleja dosis de criminalidad o peligro social gravitante para la Comunidad, que exija una mayor represión por parte del Derecho Penal. De allí que el Congreso consiente que las cárceles no es solución a todos los casos penales, instituyó la figura del principio de oportunidad y acuerdo reparatorio⁴⁰, a través de los cuales se privilegia el resarcimiento de los daños y perjuicios a la víctima como una prioridad de modelo de justicia criminal o justicia restaurativa⁴¹ a cambio que el titular de la acción penal renuncie al jus puniendi o derecho de perseguir.
- d) En relación al ítem precedente, diremos que si la conversión de pena deriva de un delito, cuyo origen no era perseguible penalmente bajo condición de resarcir el daño a la víctima, nos preguntamos ¿qué razón justificaría rechazar la conversión de la pena en acto posterior a la condena?, si el condenado satisfizo la

⁴⁰ Artículo 2 del Código Procesal Penal.

⁴¹ Entendida esta como la respuesta evolutiva al delito que brinda a las víctimas la oportunidad de obtener reparación, sentirse más seguras e intentar cerrar una etapa, permite a los delincuentes comprender mejor las causas y los efectos de su comportamiento para asumir una genuina responsabilidad y posibilita a las comunidades comprender las causas profundas de la acción delictiva, promueve el bienestar comunitario y prevenir la delincuencia. personas, favorece el entendimiento y promueve la armonía social mediante la recuperación de las víctimas, los delincuentes y las comunidades.

regla de conducta que su incumplimiento genere la revocatoria, vevigracia el pago de las pensiones alimenticias o la reparación civil; en esa perspectiva también nos preguntamos la conversión de pena genera inseguridad jurídica, la respuesta es obvia.

- e) En concordancia con lo anterior, podemos advertir que en esa ponderación, el principio de inmutabilidad de la cosa juzgada debe ceder a favor del principio de humanidad de las penas, por encontrar mayor justificación; el delincuente goza de una nueva oportunidad para continuar el proceso de resocialización en libertad y el Estado se aliviaría de los costos que significa subvencionar la alimentación de un gran sector de la población penal.

8. Conclusiones

- a) Se ha demostrado que la conversión de la pena privativa como una medida alternativa a la pena privativa de la libertad, es posible aplicar en ejecución de sentencia, en primer lugar, utilizando métodos de interpretación distintos al método literal, y en segundo lugar, realizando un análisis de ponderación de principios constitucionales, sin que ello ponga en cuestión la seguridad jurídica, concebida como un bien jurídico protegido que hace referencia a un conjunto de acciones o medidas que están destinadas a salvaguardar el desarrollo de la vida comunitaria dentro de un contexto de paz, tranquilidad y orden.
- b) La aplicación de la conversión de pena en ejecución de sentencia, abre la posibilidad que gran cantidad de infractores de la ley penal que han incrementado la población penal, entre otros, los casos por el delito de Omisión a la Asistencia Familiar, puedan egresar y cumplir el resto de la pena en libertad, siempre que no hayan superado el tiempo requerido para acogerse a los beneficios penitenciarios.
- c) Además de considerar que las penas cortas efectivas serían contraproducentes con los propósitos de la prisión, pues en corto tiempo no se puede hacer efectivo un programa de resocialización, y adicionalmente se dice que el efecto contaminante de la prisión convierte a la prisión corta en negativa y perniciosa, ya que genera perspectivas y distorsiones en la valoración y criterios del primario frente al crimen, lo que origina que se afirme que la cárcel no

amedrenta a quien delinque, sino que más bien lo fortalece y profesionaliza.

9. Bibliografía

- GARCÍA VALDEZ, Carlos. *Alternativas legales a la Privación de Libertad Clásica*. En Juan Bustos Ramírez. *Prevención y Teoría de la Pena*. Como Sur Santiago de Chile. Editorial Jurídica, 1995.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "La Filosofía del Sistema Penitenciario en el Mundo Contemporáneo", En *Cuadernos de la Cárcel*. Buenos Aires. Edición especial de NO HAY DERECHO, 1991.
- PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *Determinación Judicial de la Pena y Acuerdos Plenarios*, Lima. Editorial Idemsa, 2010.
- RUBIO CORREA, Marcial. *El Sistema Jurídico (Introducción al Derecho)*, Octava Edición. Lima-Perú. Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000.
- LEÓN PASTOR, Ricardo. *Introducción al Razonamiento Jurídico*. Academia de la Magistratura. Programa de Formación de Aspirantes para el Primer Nivel. Módulo 1, Lima-Perú, 2001.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Traducción de Ernesto Garzón Valdez, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales., Madrid, 1997.
- BERNAL PULIDO, Carlos. *Derecho Constitucional y Procesal Constitucional*, Academia de la Magistratura, Octavo Curso de Preparación para el Ascenso en la Carrera Judicial y Fiscal-Primer Nivel de la Magistratura, Modulo 2, Material de estudio elaborado por David Lobaton Palacios, Lima, 2007.
- ATIENZA, Manuel. *Proyecto de una Teoría de la Argumentación Jurídica-Las Razones del Derecho*. Teorías de la Argumentación Jurídica, Madrid, 1997.
- GARCÍA E. Alonso. *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1984.
- CASTILLO ALVA, José Luis. *Principio de Derecho Penal*. Lima. Gaceta Jurídica, 2004.
- HURTADO POZO, José. "Suspensión de la ejecución de la pena y reserva del fallo". En *El Sistema de Penas del Nuevo Código Penal*. Anuario de Derecho Penal. Lima, 1999.
- PRIETO SANCHIS, Luis. "Circunstancias y Supuestos de la Creación Judicial del Derecho". Madrid. Tecnos, 1987.
- PRIETO SANCHIS, Luis. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid. Trotta, 2003.

- MIR PUIG, Santiago. "Tendencias político- criminales y alternativas a la prisión en la Europa actual". En *Revista del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya* N° 34, 1987.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *La Argumentación en el Derecho. Algunas Cuestiones fundamentales*. Lima. Palestra Editores, 2003.
- BERNAL PULIDO, Carlos (2003). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Lima, Perú. Editorial Universidad de Ciencias aplicadas Centro de Información (UPC).
- PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto, DEMETRIO CRESPO, Eduardo, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, VAN WEEZEL, Alex, COUSO, Jaime. "Determinación judicial de la pena". Instituto Pacífico S.A.C. Lima, Perú, 2015.
- CASTILLO ALVA, José Luis, CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *El Precedente judicial y el Precedente constitucional*. Lima Perú. ARA Editores E.I.R.L., 2008.
- RAZ, Joseph. *¿Por qué Interpretar?* ISONOMIA, *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. Méjico. 1996. N°5, p. 25-40, 1996.
- CÓDIGO PENAL. Jurista Editores E.I.R.L, Lima, Perú, 1991.
- CÓDIGO PROCESAL PENAL. Jurista Editores E.I.R.L., Lima, Perú, 2004.
- CÓDIGO DE EJECUCIÓN PENAL. Jurista Editores E.I.R.L, Lima, Perú, 1991.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Jurista Editores E.I.R.L, Lima, Perú, 1993.

CONVENCIONES PROBATORIAS Y LA NECESIDAD DE SU APLICACIÓN EN LA ETAPA DE JUZGAMIENTO REALIZARLO ES UNA BUENA PRÁCTICA JUDICIAL

CARLOS GERMÁN GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ*

Resumen

Aunque nuestro código procesal peruano no regula las convenciones probatorias en la etapa de juzgamiento, el autor manifiesta que existen circunstancias que justifican su aplicación en dicha etapa, como son: el desconocimiento de la teoría del caso, el consentimiento del acusado, el no vulnerar el debate probatorio, el cambio de “hecho notorio” por “hecho no controvertido”, así como simplificación y celeridad del juzgamiento. Explica tres casos concretos en donde se formularon convenciones probatorias en la etapa de juzgamiento, concluyendo que a pesar de que no existe norma expresa que permita su aplicación, tampoco existe incompatibilidad para aceptar aquellas convenciones probatorias que no hayan sido promovidas anteriormente por las partes, por lo que propone una modificación legislativa.

Palabras clave: Convenciones probatorias, etapa de juzgamiento.

Abstract

Although our peruvian procedural code does not regulate the evidentiary conventions at the trial stage, the author states that circumstances exist and justify its application at that stage, as they are: the lack of knowledge of theory of the case, the consent of the accused, not violate the probative discussion, the change of “notorious fact” for “undisputed fact”, as well as simplification and the speed of trial. It explains three specific cases where evidentiary conventions were formulated at the stage of trial, concluding that although there is no express provision which allows implementation, neither exists compatibility in order to accept those evidentiary conventions which have not been previously promoted by the legal parties, therefore it proposes a legislative amendment.

Keywords: Evidentiary conventions, trial stage.

Sumario

1.- Antecedentes. 1.1.- Regulación actual. 1.2.- Sobre su escasa aplicación en la etapa intermedia. 2.- Planteamiento del problema. 3. Hipótesis.- 4. -

* Juez titular del Primer Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de Trujillo, exfiscal provincial penal titular del Distrito Fiscal de Piura.

Definiciones. 5.- La justificación de su aplicación en la etapa de juzgamiento. 5.1.- El desconocimiento de la teoría del caso. 5.2.- El consentimiento del acusado. 5.3.- No vulnera el debate probatorio. 5.4.- El cambio de “hecho notorio” por “hecho no controvertido”. 5.5.- No es incompatible, ni extingue su utilización en la etapa intermedia. 5.6.- Simplificación y celeridad de juzgamiento. 6.- Casuística de aplicación de convenciones probatorias en la etapa de juzgamiento. 7.- Observaciones finales. 8.- Conclusiones. 9.- Sugerencias.

1. Antecedentes

1.1 Regulación actual

Algunos consideran que las convenciones probatorias son un instituto; otros, una herramienta, un mecanismo o una expresión de la justicia penal, que surge en el contexto de las negociaciones y acuerdos que las partes realizan dentro de un proceso con las características actuales de oralidad, contradictorio y público.

En nuestra normativa procesal penal peruana, las convenciones probatorias están reguladas en lo que corresponde a la segunda etapa del proceso común, denominada etapa intermedia y se presentan luego que el Ministerio Público ha formulado el requerimiento acusatorio conforme al Art. 349° del Nuevo Código Procesal Penal (en adelante NCPP). Es decir, los sujetos procesales dentro de los 10 días posteriores al requerimiento (Art. 350.2° NCPP) y por escrito podrán proponer acuerdos, esto es, convenciones probatorias sobre hechos, circunstancias y medios de prueba que acepten; los cuales, en caso se aprueben por el juez de investigación preparatoria, se darán por acreditados, obviando su actuación probatoria en el juicio.

Normativamente y de manera dispersa las convenciones probatorias aparecen en el Art. 156.3° del NCPP (sobre lo que es objeto de prueba), propiamente en el Art. 350.2° (respecto a su oportunidad de presentación por escrito), asimismo en el Art. 352.6° (de las decisiones adoptadas en la audiencia preliminar) y finalmente en el Art. 353.2c del NCPP (respecto al auto de enjuiciamiento en el que se detallará en el caso que sea aprobado). Teniendo en cuenta lo anterior, en nuestro nuevo código procesal peruano, no existe dispositivo legal alguno que regule las convenciones probatorias en la etapa de juzgamiento.

Si bien existen trabajos de investigación sobre las convenciones probatorias desarrollados a nivel nacional tanto en artículos individuales como en tratados, aquellos concuerdan con el aspecto normativo regulado y desarrollado en la etapa intermedia y bajo la competencia del juez de investigación preparatoria y excepcionalmente por el juez de juzgamiento en caso de un reexamen cuando el primero no aprobó el acuerdo.

El presente artículo pretende que la comunidad jurídica, conozca la utilidad de la aplicación de las convenciones probatorias en la etapa de juzgamiento, y que además constituyen una buena práctica procesal; toda vez que así lo consideramos los jueces del Primer Juzgado Penal Colegiado de Trujillo. En ese sentido, el presente artículo desarrollará la oportunidad de formular convenciones probatorias a nivel de juzgamiento, las circunstancias que justifican el ser aceptadas en juicio oral y su forma de promoción; ya que en la etapa intermedia por las razones que se detallarán no lo hicieron; y así como, a manera de ejemplos se presentarán casos reales donde se les aplicó, siendo aprobadas las convenciones probatorias dentro del respeto de los derechos de las partes y los principios garantistas del proceso penal actual.

1.2 Sobre su escasa aplicación en la etapa intermedia

No obstante, cuando la regulación de este mecanismo procesal se encuentra dentro de las disposiciones de la etapa intermedia teniendo por finalidad facilitar –teóricamente– el juicio oral, en la realidad resulta escasa su aplicación. Al respecto en el 2010 AGUIRRE CH.¹ puso en conocimiento que realizó una encuesta contando con un universo de 18 personas en la que participaron 07 fiscales, 05 abogados y 06 jueces de diversos distritos judiciales como son: Arequipa, Huaura, Huaral, La Libertad, Lambayeque, Lima, Moquegua, Piura Tacna y Cuzco. El resultado de su trabajo de investigación² arrojó que 06 de los encuestados (03 abogados y 03 fiscales) realizaron alguna convención probatoria; asimismo 02 abogados y 04 fiscales manifestaron no haber tenido experiencia con la figura procesal aludida; en tanto que los jueces manifestaron no haber participado, ni aprobado alguna convención probatoria presentada por las partes; los demás resultados también interesantes obran en el texto completo antes indicado.

¹ AGUIRRE, Javier. (2015). *Convenciones Probatorias. Su aplicación en el Perú. Un estudio dogmático-empírico*, en http://www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/convenciones_probatorias.pdf, consulta: 25 de marzo del 2015, p. 17.

² AGUIRRE, Javier. (2015). *Op. cit.*, p.20.

Asimismo, el presente tiene como fuente directa de información aproximadamente 300 casos de juzgamiento³ conocidos por el Primer Juzgado Penal Colegiado de Trujillo (competente para juzgar delitos cuya pena mínima prevista por la ley es superior a los 6 años de pena privativa de libertad⁴), desde julio del 2013 hasta diciembre del 2014, periodo en el cual no se ha conocido de la existencia de convenciones probatorias aprobadas o desestimadas por los Jueces de Investigación Preparatoria. Se corrobora además que la escasa aplicación de las convenciones probatorias en la etapa intermedia se debe a lo que AGUIRRE CH.⁵ fundamenta como: el desconocimiento de las convenciones probatorias como figura procesal, el momento inadecuado para su postulación, el plazo insuficiente, su presentación por escrito, la cultura de confrontación entre abogados y fiscales y el rol pasivo del juez de investigación preparatoria para no promoverlas en la etapa intermedia. Sin embargo buena parte de dichos problemas pueden ser superados con una actitud proactiva del juez y la participación de la partes en la etapa de juzgamiento, como se demostrará en el presente trabajo.

2. Planteamiento del problema

¿Existen circunstancias que justifican la aplicación de convenciones probatorias en la etapa de juzgamiento?

3. Hipótesis

Si existen circunstancias que justifican la aplicación de convenciones probatorias dentro de la Etapa de Juzgamiento.

4. Definiciones

El maestro ROSAS YATACO⁶ señala que convenciones probatorias son el arreglo que realizan las partes del proceso penal en el sentido de dar por confirmados ciertos hechos sobre los cuales no exista discusión respecto de su ocurrencia y las circunstancias que los rodean, y que

³ Oficina de Administración del Módulo Penal de Trujillo de la Corte Superior de Justicia de La Libertad-Perú.

⁴ Código Procesal Penal (D. Legislativo N° 957) Artículo 28° Competencia material y funcional de los Juzgados Penales: 1. Los Juzgados Penales Colegiados, integrados por tres jueces, conocerán materialmente de los delitos que tengan señalados en la Ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor de seis años.

⁵ AGUIRRE, Javier. (2015). Op. cit., p. 20.

⁶ ROSAS, Jorge. (2013). *Tratado de Derecho Procesal Penal – Análisis y desarrollo de las instituciones del nuevo Código Procesal Penal*. Volumen II, Pacífico Editores, 2013, p. 951.

debido a ello, no podrán ser discutidos ni debatidos en el juzgamiento.

GUERRERO PERALTA⁷, considera a las estipulaciones probatorias como una manifestación de consenso interpartes que son permitidas en el proceso penal y hacen parte de una serie de institutos probatorios en los que se asume un *pactum* sin necesidad de prueba y de las cuales hacen parte, la admisión de hechos y las presunciones.

Para AGUIRRE CH.⁸ las convenciones probatorias son una de las tantas expresiones de la justicia negociada, propia del sistema acusatorio inspirador de la reforma procesal penal en América Latina.

COCIÑA CHOLAKY⁹ señala que la legislación nacional de Chile concibe a las convenciones probatorias como una herramienta que permite al juez de garantía, si existiere consenso entre los intervinientes, sustraer del periodo probatorio determinados enunciados. Asimismo, citando a RODRIGO CERNA y MARÍA INÉS HORVITZ, expresa que las convenciones probatorias son acuerdos adoptados en la audiencia de preparación del juicio oral por el fiscal con el imputado, autorizados por el juez de garantía, destinados a dar por aceptados determinados hechos con el fin de no ser objeto de discusión en el juicio oral.

Al respecto PABLO TALAVERA¹⁰ señala que una excepción al principio de necesidad de prueba está constituida por las llamadas convenciones probatorias. Las convenciones probatorias o estipulaciones de prueba son acuerdos celebrados entre el fiscal y la defensa para tener por probados alguno o algunos hechos o circunstancias, así como sobre los medios de prueba que deban ser utilizados para probar determinados hechos y considera que es una expresión más de un modelo adversativo, en el cual las partes tienen una mayor presencia e intervención.

⁷ Citado por ROSAS, Jorge (2013). Op. cit., p. 952.

⁸ AGUIRRE, Javier. (2015). Op. cit., p. 4.

⁹ COCIÑA, Martina. (2013). *La dinámica entre la búsqueda de la verdad y las convenciones probatorias en el proceso penal*, en "Revista de Estudios de la Justicia. Chile", N° 18, p. 144, http://web.derecho.uchile.cl/cej/rej18/COCINA_11.pdf, consulta: 25 de marzo del 2015.

¹⁰ TALAVERA, Pablo. (2009). *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal. Manual del derecho Probatorio de la Valoración de las Pruebas en el proceso penal común*. Lima: AMAG - Cooperación Alemana al desarrollo - GIZ, p. 59.

5. La justificación de su aplicación en la etapa de juzgamiento

Es razonablemente necesario al amparo del principio de economía y celeridad procesal que las partes puedan tener la posibilidad de celebrar convenciones probatorias en la etapa de Juzgamiento ante el juez de su competencia, manteniendo su finalidad; esto es, que se tenga por acreditado el hecho o circunstancia, obviando desde luego su actuación probatoria o de ser el caso el establecimiento del acuerdo respecto al medio de prueba. Si bien de conformidad con el Art. 350.2° del NCPP, es de competencia del Juez de Investigación Preparatoria, considero que no hay imposibilidad material para que también las partes puedan acordar y promoverlas ante el Juez de Juzgamiento. En ese sentido, existen circunstancias que justifican su aplicación de ser el caso durante la etapa de juzgamiento y que a continuación paso a fundamentar:

5.1 El desconocimiento de la teoría del caso

En principio, la escasa realización de convenciones probatorias en la etapa intermedia, como lo advierte AGUIRRE CH.¹¹ es porque la Defensa no ha hecho pública su teoría del caso, lo cual coloca en una situación de desventaja a la Fiscalía y asimismo, es porque la acusación escrita no necesariamente supone la teoría del caso fiscal, ya que pueda dar posibilidad a una recalificación o establecer calificaciones alternativas o subsidiarias. Por ende, las mejores condiciones entre las partes procesales para celebrar un acuerdo de esta naturaleza, son luego de la audiencia preliminar, mejor aún, si es después de haber las partes conocido los alegatos de apertura en la audiencia de juzgamiento.

UGAZ ZEGARRA¹², concluye que se debe implementar en nuestra legislación procesal penal, la figura jurídica del *descubrimiento de pruebas obligatorio* o *Discovery norteamericano* como presupuesto indispensable para que las partes procesales puedan iniciar adecuadamente una convención probatoria. Consecuentemente, en tanto no se encuentre implementada una figura procesal similar al *Discovery norteamericano*¹³ en nuestra norma procesal

¹¹ AGUIRRE, Javier. (2015). p. 22.

¹² UGAZ, Ángel. (2015). *La convención Probatoria. ¿Negociando a ciegas? La importancia del Acuerdo de Descubrimiento de pruebas, como presupuesto de las Convenciones Probatorias.*, en http://www.mpfn.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2241_4_doc4.pdf, Consultado: 25 de marzo del 2015, p. 41.

¹³ La figura del *Discovery norteamericano*, a decir de AGUIRRE Javier. (2015). cit. "consiste básicamente en la recolección de evidencias que realiza Fiscalía a fin de desvirtuar la presunción de inocencia del acusado; y si bien no está obligado a recabar evidencia liberadora

penal para aplicar adecuadamente una convención probatoria en la etapa intermedia -independiente de la estrategia técnica de las partes procesales- siempre en el plano de la realidad práctica será un hecho el desconocimiento de la teoría del caso por parte de los sujetos procesales y en consecuencia la escasa realización de convenciones probatorias en la etapa intermedia.

Teniendo en cuenta que el conocimiento de las teorías del caso de la fiscalía y de la defensa es develado al inicio de la etapa de juzgamiento, considero que el Juez de Juzgamiento al preguntar a las partes procesales si están en la posibilidad de asumir convenciones probatorias, respecto de hechos o medios de prueba -sin que ello signifique que sea el juez quien las señale, ni las establezca, sino tan solo interrogar si están en condiciones de formular entre si acuerdos en atención a sus estrategias o teorías planteadas-, realizar aquella pregunta de parte del órgano jurisdiccional no significa contaminación, ni adelantamiento de juicio. Así, son las partes quienes deberán establecer si consideran estratégico llegar a una acuerdo probatorio y centrarse en lo que queda de las audiencias en lo necesario para el debate probatorio, esto es, el examen y contraexamen de sus órganos de prueba o la oralización de documentos relacionados con temas controvertidos; y así cumplir los principios de libertad probatoria, necesidad de la prueba, así como el juzgar con celeridad y economía procesal.

5.2 El consentimiento del acusado

Según nuestra normatividad procesal penal (Art. 351.1 del NCPP) no es obligatoria la presencia del acusado en la audiencia preliminar de control de acusación, pero resulta indispensable su presencia para que en un supuesto caso de asumir convenciones probatorias, sea el acusado, quien de su conformidad, ello resulta evidentemente contradictorio. Otra circunstancia es que cuando no concurre la defensa del acusado a dicha audiencia, entonces el Juzgado convoca a un Defensor público, que en la mayoría de los casos no ha conferenciado con el acusado; peor aún, si no ha rendido una declaración durante las diligencias preliminares o investigación preparatoria. Entonces, si por imposibilidad material, la Defensa nunca ha conferenciado con el acusado por estar ausente o contumaz, la pregunta sería ¿Podría el abogado defensor asumir una convención probatoria con la Fiscalía sin

de responsabilidad penal, si está obligado a ponerla a disposición de la Defensa en caso de encontrarlas. Asimismo dicha obligación alcanza a la Defensa en caso encuentre medios de prueba de cargo, durante la etapa de investigación, toda vez que ninguna de las partes está autorizada a guardar secretos a la parte contendiente a menos que lo respalde en su derecho a no auto incriminarse”.

autorización o consentimiento del acusado? consideramos que no; sin embargo, algunos podrían responder afirmativamente, en el sentido que sería una estrategia técnica de la Defensa, convenir sobre hechos o medios de prueba. No obstante, debe tenerse en cuenta que el acusado una vez presente en el juicio oral podría desconocer u oponerse a dicha convención (oposición que sería amparada), más aún, si es el acusado sobre quién recae los resultados y consecuencias de un juzgamiento.

Asumo, que es derecho del acusado tener conocimiento de los elementos de convicción y los medios de prueba que conforman la acusación fiscal, y que por ello no es posible que la Defensa (pública o particular) sin la presencia del acusado pueda asumir convenciones probatorias, toda vez que no se encuentra respaldada por su aceptación o conformidad; circunstancia que REYNA ALFARO¹⁴ denomina como expresiones del derecho de defensa del acusado en su vertiente de defensa material. En similar sentido, UGAZ ZEGARRA considera que en las convenciones probatorias debe observarse el consentimiento del acusado de formar parte de las mismas, ya que un vicio de estas características puede invalidar el acuerdo en el momento del examen que realiza el juzgador¹⁵.

Si la presencia física del acusado es obligatoria en las fases del juzgamiento, entonces la norma procesal penal debe posibilitar que las partes procesales puedan realizar convenciones probatorias y además puedan ser aprobadas por el Juez de Juzgamiento, ya sea al inicio, durante o al final de la etapa del juzgamiento, tal como se ejemplifica en tópicos 6 del presente artículo.

5.3 No vulnera el debate probatorio

COCIÑA CHOLAKY¹⁶ argumenta que la aplicación de una convención probatoria en el proceso, constituye la renuncia de la verdad constatada; es decir, los intervinientes (sujetos procesales) no están constatando algo externo material, sino construyendo idealmente una verdad, a partir de lo que convienen como tal y que en ese sentido apartarían la verificación de lo real a lo concertado; además, que independientemente si lo pactado o no se ajusta al supuesto normativo, subsiste el peligro si lo pactado establece en el proceso penal, una decisión alejada de la verdad.

¹⁴ REYNA, Luis. (2015). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima: Instituto Pacífico, p. 236.

¹⁵ UGAZ, Ángel. (2015). Op. cit., p. 09.

¹⁶ COCIÑA, Martina. (2013). Op. cit., p. 157.

Respecto a ello, no es que mediante la aprobación de una convención probatoria se crea una verdad de la nada, sino que los términos de la convención deberán estar sustentados en los actos de investigación que se han realizado o recabado durante la investigación preparatoria o diligencias preliminares. Dichos actos de investigación han sido puestos en conocimiento a las partes procesales en la etapa intermedia bajo el mecanismo que UGAZ ZEGARRA¹⁷, llama *descubrimiento con negociación o sin negociación*. Es preciso señalar que el término descubrimiento que utiliza el citado autor¹⁸ puede resultar extraño para algunos operadores; pero en este punto se está refiriendo al descubrimiento obligatorio de pruebas realizados por Fiscalía.

Promover convenciones probatorias entonces en las fases del juzgamiento no vulnera el debate probatorio y tampoco perjudica a las partes procesales, ya que son ellas quienes analizarán qué hechos, circunstancias o qué medios de prueba consideran que serán susceptibles de un acuerdo. Como se ha dicho, ello no significa contaminación del juez de juzgamiento que las promueva, ni un adelantamiento de juicio, toda vez que aún no ha emitido un pronunciamiento sobre el fondo, sino tan solo se evita que el juzgamiento de dilate innecesariamente.

5.4 El cambio de “hecho notorio” por “hecho no controvertido”

La convención probatoria, como se ha dicho, debe estar sustentada en los actos de investigación realizados en el proceso y en ese sentido si no existieran hechos, circunstancias o puntos controvertidos; entonces no habría necesidad de debate ni tampoco la materialización del derecho de contradicción en el juzgamiento. La norma adjetiva señala en el Art. 156.3 del

¹⁷ UGAZ, Ángel. (2015). Op. cit. p. 9.

¹⁸ Recuérdese que la Fiscalía está obligada a poner en conocimiento de las partes, todo lo actuado, salvo las excepciones establecidos por la ley procesal durante la etapa de investigación preparatoria. Este descubrimiento, entonces está representado en el acceso de las partes procesales a la carpeta fiscal que contiene todos los actos de investigación, realizados para cada caso concreto. No obstante, es necesario precisar además que en nuestro sistema procesal penal la Defensa no está obligada al descubrimiento de pruebas, ni existe norma alguna que le sea obligatoria, salvo que se trate de una negociación informal, como por ejemplo las negociaciones informales para efectos de una terminación anticipada. En nuestro sistema procesal penal todos los actos de investigación fiscal tanto de cargo como de descargo y lo que las partes propongan, se desarrollan en la carpeta fiscal. Por su parte, la defensa no puede realizar una investigación paralela, ya que en nuestra normativa procesal penal los actos de investigación que desea realizar, deben ser canalizados por el despacho fiscal; así por ejemplo: las declaraciones juradas ante notario conteniendo declaraciones de testigos o conteniendo retractaciones de agraviados no son considerados actos de investigación y menos viable su actuación en juicio, como tal.

NCPP respecto al objeto de prueba que si las partes lo acuerdan se le tendrá y se valorará como “*hecho notorio*”; tal calificación de hecho notorio considero que no es la más idónea, sino que más bien debería detallarse como texto normativo la siguiente afirmación: se valorará como “*hecho no controvertido*”.

Lo notorio conforme lo desarrolla el maestro ROSAS YATACO¹⁹ son los hechos que, por su general y pública aceptación, no pueden ser ignorados. Aquellos que entran naturalmente en el conocimiento, en la cultura o en la información normal de las personas, con relación a un lugar o a un determinado grupo social y a un momento determinado. En suma, los hechos notorios no exigen ser probados, por cuanto se trata de hechos públicos que son conocidos por el grupo social o en su gran mayoría, siendo de una comprensión para cualquier persona de modo elemental.

Además señala MIXÁN MASS²⁰ algunos elementos constitutivos del concepto de notoriedad:

- a) El hecho, suceso o cualidad, debe ser real e indiscutible.
- b) El conocimiento generalizado sobre aquel, generalidad que incluye al director de la investigación o al juzgador como uno de los conocedores de lo notorio.

Que ese conocimiento generalizado este vigente durante la época de la investigación o del juzgamiento y que sea capaz de generar certeza sobre la realidad de aquello que es notorio.

Por lo antes anotado considero que una convención probatoria no reúne las calidades ni características de un hecho notorio propiamente dicho, porque su objeto no reviste ni asimila dichas condiciones. Si lo que pretende la norma, es que se tenga por cierto lo que han convenido las partes, mejor sería señalar que el juez lo valorará como un hecho no controvertido y aceptado por las partes, sin cuestionamiento alguno. Téngase en cuenta que la decisión que se adoptará al final del juzgamiento será la de valoración conjunta de toda la actividad probatoria desarrollada en el juzgamiento y en la cual deberán tener una especial consideración las convenciones probatorias. Finalmente esta anotación da a lugar a sugerir una modificación del texto

¹⁹ ROSAS, Jorge. (2013). Op. Cit., p. 834.

²⁰ MIXÁN MASS. *Cuestiones epistemológicas y teoría de la investigación y de la prueba*, p. 244, citado por Rosas Jorge (2013). Op. cit., p. 834.

normativo actual, esto es, de sustituir “*como hecho notorio*” por la expresión “*como hecho no controvertido*”.

5.5 No es incompatible, ni extingue su utilización en la etapa intermedia

No debe entenderse que si se regula textualmente en la norma procesal penal la facultad de los jueces de juzgamiento de consultar a las partes si existe posibilidad de arribar a una convención probatoria, ello extinguiría o sería incompatible con la posibilidad de presentar las convenciones probatorias en el marco del Art. 350 del NCPP. Por el contrario, considero que ofrece una pauta normativa de la *actividad del juez proactiva* como preparación para el debate en juicio, claro está, después de los alegatos de apertura, o después de la admisión de nuevos medios de prueba de ser el caso e incluso si las partes lo piden hasta antes de la finalización de la actividad probatoria. Es decir, la convención probatoria podría arribarse al inicio, durante la fase probatoria o hasta antes que culmine el juzgamiento.

En efecto, si una norma autoriza incorporar esta nueva oportunidad de tramitación, ello sería facultad de las partes para solicitarlas cuando lo crean conveniente, y en relación a sus intereses, lo cual redundará en beneficio de una celeridad procesal y en un juzgamiento en la menor cantidad de sesiones de audiencia, evitando las sesiones innecesarias.

5.6 Simplificación y celeridad del juzgamiento

Existen instituciones, herramientas procesales, procesos especiales y mecanismos procesales²¹ que están a disposición de las partes procesales para promover una simplificación procesal como son, por ejemplo: el principio de oportunidad, los acuerdos reparatorios, la confesión propiamente dicha, el proceso inmediato, la terminación y conclusión anticipada y las convenciones probatorias; cada uno de estos con sus peculiaridades, presupuestos y *preclusión aplicativa*²².

Hace varios años atrás, recuerdo, que el principio de oportunidad no se aplicaba a pesar que se encontraba regulado expresamente en la normativa procesal penal. Posterior a ello, diversas tesis, artículos y libros promovieron

²¹ GUTIÉRREZ, Carlos. (2013). *La optimización de la gestión fiscal con la debida implementación de mecanismos procesales*, en “Revista Actualidad Jurídica”, Gaceta Jurídica, Lima, N° 235, Junio 2013, pp. 106 - 111.

²² CAMPOS HIDALGO, Faviola, expresión “preclusión aplicativa” en su ponencia “Medidas de coerción Procesal”. Colegio de abogados de Piura, Junio, 2013.

su aplicación y desde el 2004 hasta la fecha, se ha constituido en la salida alternativa²³ de mayor aplicación en lo que concierne a la descarga procesal. Algo similar ocurre en el caso de las convenciones probatorias, pues como ya se viene mencionando, no se promueven ni se aplican en la realidad, y menos en las cantidades que se esperaban.

Es de conocimiento de todos los operadores de justicia que las sesiones de audiencia para casos de mediana y alta criminalidad involucran la concurrencia de un número considerable de órganos de prueba, así como de abundante documentales, lo cual por cierto, da lugar a que el tiempo utilizado sea muy extenso. Ello, obviamente implica diversas problemáticas:

- a) Reprogramaciones de audiencia sin sentido.
- b) La no concurrencia de testigos y peritos al juicio oral.
- c) A veces reprogramaciones de audiencia por inasistencia del Fiscal.
- d) Reprogramaciones por inasistencia de uno u otro abogado, peor cuando son una pluralidad de abogados.
- e) El reemplazo de un abogado particular por un defensor público, peor cuándo este último no llega preparado para el interrogatorio.
- f) El cambio repentino de abogados particulares, o provocadas incidencias para cansar a los órganos de prueba de cargo.

Estas circunstancias que bien podrían, desde una perspectiva de lealtad al proceso penal, verse aligeradas y superadas en parte, si se promoviera, utilizara, aceptara y aprobara, el mecanismo procesal de las convenciones probatorias en la etapa de juzgamiento. No se está pretendiendo ni siquiera que las partes procesales se releven del derecho legítimo que les asiste, en caso de la Fiscalía de actuar los medios de prueba de cargo, del acusado a su *defensa material*²⁴ o de la defensa técnica para ofrecer medios de prueba de descargo y el derecho de contradicción²⁵. Así por ejemplo en un caso de tráfico ilícito de drogas, no resultaría razonable citar a juicio al perito químico de la ciudad de Lima (Laboratorio Central de Criminalística de la Policía Nacional del Perú – Lima) que elaboró el dictamen pericial químico de droga a una audiencia de instalación de juzgamiento en la ciudad de Trujillo del Distrito Judicial de La Libertad, si no va a ser interrogado por la defensa del acusado, toda vez que no cuestiona el peso ni la calidad de la droga y ni siquiera los procedimientos periciales químicos. Me pregunto entonces,

²³ ROSAS, Jorge. (2013). Op. cit., p. 1151.

²⁴ REYNA, Luis. (2015). Op. Cit., p. 229, 237.

²⁵ BAYTELMAN, Andrés (2004). *Litigación Penal, Juicio Oral y Prueba*. Chile, Universidad Diego Portales, p. 151.

porque no promoverlo en la etapa de juzgamiento luego de escuchar los alegatos de inicio. Más bien, lo que debe evitarse es la formalidad inoficiosa ante los principios reguladores de un juzgamiento con prontitud en el contexto de un debido proceso para las partes.

6. Casuística de aplicación de convenciones probatorias en la etapa de juzgamiento

A manera de ejemplo, los siguientes son dos casos reales en los que el Primer Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de Trujillo preguntó a las partes si existía la posibilidad de alguna convención probatoria en atención a sus teorías del caso y que no dieron lugar a ningún acuerdo entre ellas:

- **Exp. 4456-2014-35.** Referente al delito de robo agravado²⁶:
Escuchados los alegatos de apertura de ambas partes, en sesión de juzgamiento de fecha 24/09/14, el Juzgado preguntó a las partes si arriban a convenciones probatorias; la Fiscalía propuso a la defensa una convención probatoria respecto al contenido del certificado médico legal practicado al Imputado con motivo de su intervención policial; sin embargo, la Defensa manifestó que era necesario ser examinado por el médico legista.

En la siguiente audiencia de fecha 17/10/2014 concurrió el perito médico, al ser interrogado primero por la Fiscalía respecto a la pericia, declaró que el acusado presentaba *lesiones traumáticas recientes de origen contuso con una atención facultativa de 01 día por 05 días de incapacidad médico legal*, así como lo referido por el acusado en la data de la pericia, esto es, *que mientras viajaba en una moto, que le habían quitado a una persona; junto a dos amigos es detenido por efectivos de Serenazgo, quienes le suben a la fuerza a la camioneta y le trasladan a la comisaria de Chao y que no recibió ningún maltrato psicológico.*

Habiendo finalizado Fiscalía correspondía el contra interrogatorio por parte de la Defensa, toda vez que en la anterior sesión de audiencia había señalado que era necesario el examen del Perito en juicio; sin embargo, lo anecdótico

²⁶ Los alegatos de apertura fueron los siguientes: La Fiscalía: Sostuvo que el día 28 de setiembre de 2013 a las 13:00 horas, dos sujetos le propusieron al acusado, sustraer una moto y por ello recibiría S/. 300 nuevos soles. Divisaron una moto, el acusado actuó como campana, el sujeto conocido como "Beny" amenaza al agraviado y este le da la llave. Abordaron la moto lineal y huyeron hasta Chao. El agraviado puso en conocimiento de la policía, este hecho, al sentirse atrapados huyeron por las plantaciones y solo pudieron atrapar al acusado y a un menor de edad. La Defensa: Sostuvo que su patrocinado es inocente, que no existe medio de prueba idónea, que fue intervenido con la moto, pero luego de los hechos.

del caso, es que la Defensa dijo que no formularía ninguna pregunta. La pregunta es ¿acaso hubiese sido mejor una convención probatoria respecto a los términos del certificado médico legal? Al final del caso de la valoración de toda la prueba actuada, el acusado fue condenado a doce años de pena privativa de libertad por el delito imputado.

- **Exp. 1294-2014-16.** En la causa penal referente al delito de actos contra al pudor de menor²⁷:

En sesión de juzgamiento de fecha 03/10/14, el Juzgado después de haber oído las teorías del caso de las partes procesales, y no habiendo ofrecimiento de nuevos medios de prueba²⁸, se procedió con el examen del acusado y antes de finalizar la sesión se preguntó si realizarían convenciones probatorias, ambas partes señalaron que lo precisaran en la próxima audiencia.

En la siguiente sesión, la Defensa manifestó que ha conferenciado con el acusado, que replanteará su tesis de defensa aceptando los cargos y la responsabilidad penal.

Ante ello Juzgado resolvió la nulidad de los alegatos de apertura de la defensa para que los reformule, lo que dio lugar a que el acusado acepte los cargos en su contra, consecuentemente, se dispuso la conclusión anticipada de juicio, aprobándose el acuerdo respecto a la pena y reparación civil.

De otro lado, presento como ejemplo tres casos concretos en que se preguntó a las partes, lo que dio lugar a que estas formularan convenciones

²⁷ Alegato de apertura de Fiscalía: el padre de la agraviada denunció que el día 27/02/2014 en el interior de su domicilio al promediar las 13:30 horas cuando se encontraba reunido con su conviviente se les acercó su sobrina diciendo que fue testigo que el dueño de la casa, el acusado, la había estado besando y realizando tocamientos en el cuerpo y partes íntimas a su hija; posteriormente al tomar conocimiento de lo sucedido, el denunciante se llevó a su menor hija hacia una parte a fin de que le cuente todo, habiéndole manifestado la menor que luego de salir del baño vio al acusado que estaba recostado sobre una cama y este la llamó, para luego jalarla hacia él y comenzar a darle besos en la boca, mientras le tocaba su cuerpo, habiendo la menor llamado a su madre a fin de evitar que sigan los actos.

²⁸ Artículo 373° NCPP Solicitud de nueva prueba. 1. Culminado el trámite anterior, si se dispone la continuación del juicio, las partes pueden ofrecer nuevos medios de prueba. solo se admitirán aquellos que las partes han tenido conocimiento con posterioridad a la audiencia de control de la acusación. 2. Excepcionalmente, las partes podrán reiterar el ofrecimiento de medios de prueba inadmitidos en la audiencia de control, para lo cual se requiere especial argumentación de las partes. El Juez decidirá en ese mismo acto, previo traslado del pedido a las demás partes. 3. La resolución no es recurrible.

probatorias las cuales fueron aceptadas y consecuentemente sin objeto el examen de órganos de prueba:

- **Exp. 1831-2014-14**, referente a los delitos de robo agravado y lesiones graves seguido contra el acusado J.A.S.R. en agravio de A.L.R.R.²⁹:
En sesión de juzgamiento del 24/09/14, escuchados los alegatos de apertura de ambas partes, Fiscalía invocando el principio de oralidad³⁰ propuso convenir sobre los hechos de las lesiones y el certificado médico legal practicado al agraviado, toda vez que defensa del acusado manifestó que su defendido acepta la comisión del delito de lesiones graves. El Juzgado emite resolución aprobando la convención probatoria arribada por las partes en el proceso, respecto al contenido del certificado médico legal 1181-B; el mismo cuyo contenido se tiene por cierto y en consecuencia careciendo de objeto el examen del Perito Médico Legal que lo elaboró.
Al finalizar la actividad probatoria y valorada la prueba actuada el acusado fue absuelto por el delito de robo agravado; pero fue condenado por el delito de lesiones graves tipificado en el Art. 121° del Código Penal.

De otro lado, presento como ejemplo tres casos concretos en que se preguntó a las partes, lo que dio lugar a que estas formularan convenciones probatorias las cuales fueron aceptadas y consecuentemente sin objeto el examen de órganos de prueba:

- **Exp. 702-14-3**, referente al delito de robo agravado seguido contra los acusados M.A.A.V. y J.A.U.A. en agravio de C.C.Ch.³¹:

²⁹ Exp. 1831-2014-14, los alegatos de apertura fueron: Por la fiscalía Que el día 19 de agosto del 2013 siendo las 19:00 horas el agraviado estaba en su vehículo *Station Wagon* de placa rodaje SGN-303 por la Calle Huanchaco en Casagrande, es abordado por dos sujetos, siendo que el acusado sube adelante y lo coge del cuello y con un cuchillo le golpea el rostro y cuerpo, el otro le rebusca sustrayéndole S/. 5000 nuevos soles y sus lentes. Por la Defensa: Que el acusado no le ha sustraído nada, tan solo ha sido una pelea en que fue agredido y se defendió.

³⁰ "La oralidad es una herramienta importante dentro del proceso acusatorio pues es el medio que se emplea para que discurren las afirmaciones de las partes. Como instrumento de comunicación, busca hacer viva la actuación de la prueba y hace que la inmediación tenga sentido. Además, busca minimizar el uso de la escritura, sin eliminarla totalmente". Así en: ARBULÚ, Víctor. (2014). *La Investigación Preparatoria en el nuevo proceso penal*, en "Actualidad Penal", Instituto Pacífico, Lima, p. 20.

³¹ Exp. 702-14-3 los alegatos de apertura fueron: Por la Fiscalía: Que el 04 de febrero del 2014, siendo 12:45 horas, efectivos policiales patrullaban por la Calle Inca Roca en Río Seco y los pobladores le hacen indicación que por la calle Wiracocha, habían asaltado, se dirigen por esa

En sesión de juzgamiento del 03/10/14, luego de escuchados los alegatos de apertura y no habiendo admisión de nuevos medios de prueba, el Juzgado preguntó a la partes si respecto a los hechos o medios probatorios admitidos en la etapa intermedia existía la posibilidad de alguna convención probatoria. Ante ello las partes refieren que formulan convención probatoria respecto de la Pericia de Balística Forense 147-2014 cuyo contenido se refiere a las armas de fuego incautadas, su idoneidad y operatividad. El Juzgado emite resolución aprobando la convención probatoria arribada por las partes en el proceso, respecto al contenido de la Pericia de Balística; el mismo cuyo contenido es aceptado por las partes sin controversia ni cuestionamiento alguno y tiene por cierto careciendo de objeto el examen del Perito que lo elaboró.

Al final de las demás sesiones de audiencia y luego de la valoración de toda la prueba actuada los acusados fueron absueltos del delito de robo agravado.

- **Exp. 6331-13-50**, referente al delito de robo agravado seguido contra C.A.V.C. en agravio de I.J.C.C y R.S.C.C.³²:

calle y por el parque Jana ven a cuatro sujetos corriendo, los intervienen a dos (Jhampiers y Miguel), se encuentra por el parque una mochila, un cargador de celular Nokia, audífonos y a un costado de la mochila un arma calibre 12 hechiza adaptada y luego por el interior del parque encuentra otra arma calibre 38 abastecida con seis cartuchos sin percutir, los llevan a comisaría donde estaba el agraviado colocando denuncia y reconoce a los intervenidos como los que lo asaltaron a las 12:49 horas, cuando iba en la camioneta de placa rodaje C4A-764 con su esposa, lo asaltan uno lo agarra con arma y otro le quita la mochila con objetos y su celular de marca Nokia, el que le quita la mochila fue Jhampiers y el otro fue Miguel, por lo que los hechos se encontrarían encuadrados en el tipo penal establecido en los artículos 188° y 189° incisos 3 y 4 del Código Penal, siendo que los bienes fueron recuperados a excepción del celular. Por la Defensa: Que el 04 de febrero del 2014 estaban comiendo y luego pasan por el cementerio, ven personas corriendo y cuando escuchan balazos, corren a su domicilio siendo intervenidos a cincuenta metros del parque, la mochila aparece en el parque, a ellos no se les encuentra nada, tampoco arma alguna, en juicio se desvirtuará la declaración de agraviados, la denuncia la hacen luego de tres horas de la intervención, invoca que son inocentes, por lo que pide absolución.

- ³² Exp. 6331-13-50, la fiscalía ofreció acreditar robo agravado: Que el día 02 de diciembre del año 2013 al promediar las 00:15 horas de la madrugada los agraviados Irving y Robin fueron a la discoteca Zona Vip permanecieron hasta las 01:20 horas, luego salieron de dicho lugar, en ese momento Irving entregó a su hermano Robín su billetera conteniendo S/. 400.00 nuevos soles y se dirigieron a tomar un taxi y en circunstancias que estaban caminando se acercaron seis sujetos y uno lo amenazó diciéndole ya perdiste carajo dame el dinero y le metió la mano a su bolsillo, quitándole ambas billeteras agrediéndoles para ello y luego fugaron, a los pocos minutos llegaron a la zona dos vehículos de Serenazgo y tenían a un intervenido que era el imputado, con sus pertenencias; reconociéndole el agraviado como la persona que le quitó las

La partes luego de dos sesiones de juzgamiento el 03/10/14 arribaron a una convención consistente en que aceptan por cierto que al momento que se intervino al acusado se le encontró en su poder una billetera del agraviado conteniendo tarjetas del banco BCP y dinero de propiedad del agraviado conforme se detalla en la Acta de Intervención Policial, acuerdan que con el acta de intervención dan por cierto el hecho y consideran sin objeto que concurran el personal de seguridad ciudadana J.A.V.B. y A.R.A.T. que participaron en el acta de intervención del acusado. Siendo aprobado en esos términos. El acusado luego de las sesiones de juzgamiento y actuada toda la actividad probatoria y con la recalificación³³ por hurto agravado formulado por fiscalía, el acusado fue condenado por este delito.

- **Exp. 3627-2013-65**, referente al delito de tráfico ilícito de drogas seguido contra S.V.G.A. y J.E.B.B. en agravio del Estado:
A iniciativa de las partes luego de dos sesiones de juzgamiento, el 03/10/14 formularon convención probatoria respecto del Dictamen Pericial de Química (Droga) N° 7313-2013 elaborado por el perito del laboratorio Central de Criminalística PNP – Lima, respecto de la muestra consistente en 10 cascarones de huevos que en su interior contenía bolsas de plástico incoloro con sustancia blanco pardusca pulverulenta que concluye positivo para pasta básica de cocaína con un peso bruto de 0.238 Kg. Además sobre el Examen Toxicológico N° 735-2013 realizado al acusado S.V.G.A., toda vez que no existe controversia en el resultado que concluye negativo para consumo de drogas.

billeteras a su hermano Robín y quién lo golpeó en el rostro. Posteriormente Fiscalía atribuye una tipificación alternativa de hurto agravado en grado de tentativa en razón que durante la investigación preparatoria se dispuso la ampliación testimonial de ambos agraviados sosteniendo que el día de los hechos se encontraba junto a su hermano, salieron de tomar unas cervezas del Bar Kanos, siendo que en dichas circunstancias cruzaron la avenida, un sujeto se acercó por detrás, sustrajo su billetera y se corrió. La Defensa señaló en sus alegatos de apertura: Que no se podrá acreditar el robo agravado, que el hecho fue un hurto agravado, que los testigos acreditarán que la violencia no la produjo el acusado.

³³ Artículo 374° Poder del Tribunal y Facultad del Fiscal.- 1. Si en el curso del juicio, antes de la culminación de la actividad probatoria, el Juez Penal observa la posibilidad de una calificación jurídica de los hechos objeto del debate que no ha sido considerada por el Ministerio Público, deberá advertir al Fiscal y al imputado sobre esa posibilidad. Las partes se pronunciarán expresamente sobre la tesis planteada por el Juez Penal y, en su caso, propondrán la prueba necesaria que corresponda. Si alguna de las partes anuncia que no está preparada para pronunciarse sobre ella, el Juez Penal suspenderá el Juicio hasta por cinco días, para dar oportunidad a que exponga lo conveniente.

Luego de varias sesiones de juzgamiento y actuada toda la actividad probatoria, por el delito de tráfico ilícito de drogas el acusado J.E.B.B. fue absuelto de la acusación fiscal, en tanto el acusado S.V.G.A. fue condenado por el delito imputado.

7. Observaciones finales

Considero que el juez de juzgamiento está en condiciones de preguntar si existe algún acuerdo o convención probatoria o si existe la intención de llegar a un acuerdo, siempre que dicho acuerdo no sea constitutivo de responsabilidad penal, ni de antijuricidad, menos de culpabilidad; además si el juez pregunta a las partes ello no vulnera principio alguno ni las perjudica, ya que son ellas quienes analizarán y determinarán que hechos o que medios de prueba serán sujetos a convenciones probatorias en atención a sus estrategias.

En las convenciones probatorias no se debe entender que gana uno y pierde la otra parte, sino que ganan las dos partes o en todo caso no perjudica a ninguna de ellas. En juzgamiento, no se debe caer en ingenuidades. Toda parte debe tener previamente formulada su estrategia, en el marco del cumplimiento debido y responsable de su rol. Por su parte tanto la Fiscalía analizará que tan sólido es el caso y los medios probatorios que ofrece para acreditar y corroborar la imputación; y a su vez a la defensa deberá evaluar que tan débil o fuerte es la prueba de cargo y las fortalezas de su teoría del caso que plantea.

8. Conclusiones

- a) Las convenciones probatorias son acuerdos entre las partes respecto a hechos, circunstancias o medios de prueba, toda vez que no existe controversia sobre ello y dan por ciertos; siempre que no sea el acuerdo respecto a responsabilidad penal, ni de antijuricidad, menos de culpabilidad.
- b) La normatividad vigente establece que la oportunidad para plantear las convenciones probatorias son una vez conocida la acusación, debe ser formulada por escrito dentro de los 10 días de traslado de la acusación y sustentada en la audiencia preliminar de control de acusación.
- c) A pesar que no existe norma expresa que lo permita, no existe prohibición, consecuentemente tampoco existe incompatibilidad para aceptar en la etapa de Juzgamiento convenciones probatorias que no hayan sido promovidas anteriormente por las partes.

- d) Podrían ser planteadas durante la etapa de juzgamiento, en un primer momento luego de conocidos los alegatos de apertura de las partes, un segundo momento luego de la admisión de nuevos medios de prueba, o puede ser durante las sesiones de actividad probatoria y finalmente aún durante la oralización de documentales (respecto a estas) y antes que concluya la fase probatoria.
- e) No es ilegal y tampoco atentatorio a las competencias del Juez, la facultar de interrogar a las partes, luego de escuchar los alegatos de apertura o después de la admisión de nuevos medios de prueba, sobre la posibilidad de celebrar convenciones probatorias.

9. Sugerencias

- a) Estando a la escasa incidencia de convenciones probatorias durante la etapa intermedia y la dispersa normatividad nacional³⁴ como ha quedado anotado en el presente artículo, considero la necesidad de una modificación legislativa y sistematizarlo con el siguiente texto:

Art. 156-A: De las convenciones probatorias:

1. *Las partes podrán acordar convenciones probatorias sobre hechos y circunstancias que tendrán por cierto sin necesidad de actuación de medio de prueba en juicio que lo acredite respecto a ello **el juez de juzgamiento lo valorará como hecho no controvertido**, también podrán acordar con qué actuación de medio de prueba se dará por acreditado un determinado hecho o circunstancia, siempre que no verse sobre responsabilidad penal, ni de antijuricidad, menos de culpabilidad.*
2. *Puede ser a instancia de parte durante la investigación preparatoria o una vez emitida la disposición de conclusión de investigación preparatoria, la cual podrán realizar reuniones preparatorias informales con la defensa*

³⁴ Artículo 156°: Objeto de prueba.-

3. Las partes podrán acordar que determinada circunstancia no necesita ser probada, en cuyo caso se valorará como un hecho notorio. El acuerdo se hará constar en el acta.

Artículo 350: Notificación de la acusación y objeción de los demás sujetos procesales.-

2. Los demás sujetos procesales podrán proponer los hechos que aceptan y que el Juez dará por acreditados, obviando su actuación probatoria en el Juicio. Asimismo, podrán proponer acuerdos acerca de los medios de prueba que serán necesarios para que determinados hechos se estimen probados. El Juez, sin embargo, exponiendo los motivos que lo justifiquen, podrá desvincularse de esos acuerdos; en caso contrario, si no fundamenta especialmente las razones de su rechazo, carecerá de efecto la decisión que los desestime.

Artículo 353°: Contenido del auto de enjuiciamiento.-

El auto de enjuiciamiento deberá indicar, bajo sanción de nulidad:

Los medios de prueba admitidos y, de ser el caso, el ámbito de las convenciones probatorias.

pero para finalizar el acuerdo de convención probatoria deberá dar su aceptación y conformidad el imputado asistido por su defensa y de las demás partes del proceso si están debidamente constituidas, lo cual constará en acta o en cualquier registro documental.

- 3. Las convenciones probatorias en un primera oportunidad podrán ser a iniciativa de cualquiera de las partes y sustentada por el fiscal en la audiencia preliminar de control de acusación ante el juez de investigación preparatoria quien emitirá la resolución de aprobación o desaprobación. Sin perjuicio de ello en la audiencia preliminar el Juez podrá preguntar a las partes si formularan convenciones probatorias.*
- 4. En caso de aprobar la convención probatoria dejará constancia de ello en el auto de enjuiciamiento, en los términos del acuerdo, para ser tenido en cuenta por las partes y el juez de juzgamiento.*
- 5. En caso de desaprobar la convención, deberá sustentarlo en auto motivado el cual será inimpugnable, sin perjuicio de las partes lo consideran podrán solicitar su reexamen de conformidad con el artículo 373° del NCPP.*
- 6. El Juez de juzgamiento una vez escuchados los alegatos de apertura, o de haberse admitidos nuevos medios de prueba, preguntará a las partes si existe la posibilidad de formular convenciones probatorias. Durante el juzgamiento a iniciativa de las partes en cualquier momento antes que culmine la actividad probatoria podrán formular convenciones probatorias que sustentarán ante el juez de juzgamiento quien evaluará la razonabilidad del acuerdo para su aprobación o desaprobación, en este último caso fundamentará la necesidad de la actuación de los medios de prueba de su propósito. La resolución es irrecurrible.*

b) Análisis de costo y beneficios de la sugerencia legislativa

Costos: no genera gastos al Estado, además no afecta derechos fundamentales de las partes procesales, ni se contrapone a principios reguladores de derecho procesal penal vigente.

Beneficios: El instituto procesal estando en el marco de la justicia penal negociada, queda a disposición de las partes, para que puedan utilizarla en la oportunidad que se reúne los requisitos y presupuestos, el proyecto incorpora nueva posibilidades a la negociación de las partes y reduce los obstáculos y limitaciones contenidas en el texto vigente.

La presente propuesta legislativa generará beneficios para la sociedad en su conjunto por estar orientada a una efectiva administración de justicia, marco institucional para el desarrollo del país, no generando su aplicación costos al Erario Nacional ni a los ciudadanos.

LA VIDEOCONFERENCIA

UN NUEVO ENFOQUE DEL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN PROCESAL

ERWIN ARTHUR TAYRO TAYRO*

Resumen

Las tecnologías de información y comunicación, son un conjunto de técnicas utilizadas para el manejo de todo tipo de información, los cuales han sido adoptados por los sistemas de administración de justicia, entre ellos el Perú. Uno de los componentes de estas tecnologías es la videoconferencia, que viene a ser un sistema de comunicación que transmite y recibe simultáneamente, señales de audio, imagen y datos entre dos o más sitios ubicados remotamente, en tiempo real; creando una realidad virtual.

Para la doctrina tradicional, el principio de intermediación se manifiesta, siempre y cuando haya presencia física real del juez, los sujetos procesales y órganos de prueba, no admite medios, ni intermediarios; pero, para la nueva concepción, el principio de intermediación además comprende la relación virtual generada por los entornos informáticos, entre el juzgador y los sujetos procesales, órganos de prueba y entre estos y aquel, que se encuentran en lugares geográficamente distantes. Actualmente en el Perú, existe un marco jurídico que valida este medio tecnológico, como instrumento procesal para verificar audiencias y diligencias en materia procesal penal.

Palabras clave: Tecnologías de información y comunicación, videoconferencia, principio de intermediación, presencia real, realidad virtual.

Abstract

The information and communication technologies are a set of techniques used for handling all kinds of information, which have been adopted by the administration of justice systems, including Peru. One of the components of these technologies is videoconferencing, which becomes a communication system that transmits and receives signals audio, image and data between two or more sites located remotely, in real time simultaneously; creating a virtual reality.

* Juez superior titular de la Corte Superior de Justicia de Ica, actualmente juez superior titular de la Corte Superior de Justicia de Apurímac - Perú; abogado por la Universidad Nacional San Antonio Abad del Cusco; magister en Derecho Penal, con estudios de Doctorado concluidos.

For traditional doctrine, the principle of immediacy manifests, provided there is actual physical presence of the judge, procedural test subjects and bodies, not support means or intermediaries; but for the new concept, the principle of immediacy relationship further comprises the generated virtual computing environments, between the judicial and procedural subjects, test bodies and between them and those who are in geographically distant locations. Currently in Peru, there is a legal framework that validates this technological means, as a procedural tool to verify hearings and proceedings in criminal procedure.

Keywords: Information and communication technologies, videoconferencing, principle of immediacy, real presence, virtual reality.

Sumario

1.- Introducción. 2.- Las tecnologías de información y comunicación (TIC). 3.- La videoconferencia. 4.- La videoconferencia y el principio de inmediación procesal. 5.- ¿La videoconferencia vulnera el principio de inmediación procesal? 6.- Marco jurídico de la videoconferencia en el Perú. 7.- El futuro de la videoconferencia. 8.- Conclusiones.

1. Introducción

La nueva era es la sociedad de la información, las nuevas tecnologías de la comunicación e información han eliminado la necesidad de encuentros personales, y el derecho procesal no puede quedar congelado en el pasado, contrariamente debe evolucionar, adaptarse o reformularse adoptando nuevas formas de investigación, nuevas fuentes de prueba, nuevos mecanismos que agilicen las fases del procedimiento, eliminando distancias y las viejas prácticas.

En particular, el sistema de justicia debe modernizarse acercándose más a la comunidad, mejorando la información legal facilitando la tramitación de los expedientes, notificaciones, optimizando los juicios orales, permitiendo que en los debates orales se produzca información de calidad que permita decidir los casos, haciendo efectivo los principios procesales.

El presente trabajo pretende hacer una aproximación a las tecnologías de información y comunicación, especialmente a la tecnología de la videoconferencia, su implementación en el país, luego examinar si este medio técnico vulnera el principio de inmediación procesal, como señalan algunas voces opuestas a su implementación, al respecto se analizará la realidad que ofrece la videoconferencia, el concepto y alcances del principio de inmediación desde un enfoque tradicional, y los nuevos contornos de este principio; luego pasar a revisar el marco jurídico y el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 02738-2014-PHC/TC ICA, en relación al

uso de la videoconferencia en los procesos penales, para finalmente intentar hacer algunas conclusiones, que por cierto no son absolutas, sino debatibles.

2. Las tecnologías de información y comunicación (TIC)

Las tecnologías de información y comunicación –TIC en adelante-, son un conjunto de técnicas utilizadas para el manejo de todo tipo de información, para el cual se vale, de una parte de los avances de la comunicación –radio, televisión, internet, satélite, etc.- y por otra el procesamiento automático de la información, a través de ordenadores (computadoras), cada vez más veloces y sofisticadas; estas tecnologías se han masificado vertiginosamente a partir de la segunda mitad del siglo XX, dando lugar a un nuevo modelo de sociedad, llamada como sociedad del conocimiento y la información, dejando atrás la era industrial.

El creciente uso de las tecnologías de la información y comunicación además de generar el mundo globalizado, ha impactado y revolucionado los ámbitos social, ideológico, cultural, político, económico, militar, artístico, etcétera; particularmente, los sistemas de administración de justicia, más que todo en los países desarrollados no estuvo aislado a estos cambios, contrariamente se ha insertado en este nuevo paradigma dejando atrás la tradicional y rudimentaria forma de hacer justicia; los sistemas de administración de justicia, jueces, abogados y cuanto operador de derecho, utilizan en la actualidad, internet, correos electrónicos, páginas web, jurisprudencias sistematizadas, libros electrónicos, foros de discusión, intercambio de experiencias, programas especializados y estadística de expedientes, videoconferencia, expedientes virtuales, uso masivo de computadoras, los que han dado génesis a una nueva cultura llamada cibercultura judicial.

Según Ricardo Lillo el uso de los TICs puede sintetizarse en dos grandes objetivos en el sistema de administración de justicia, “Primero, mejorar la gestión y el desempeño de las instituciones del sistema judicial (...), ya sea del despacho judicial a nivel estructural, como la organización de recursos humanos y materiales, como a su vez, respecto a la forma en que se manejan los casos. En segundo lugar, la implementación del TIC puede tener por objeto generar o mejorar el vínculo existente entre el sistema judicial, y las distintas instituciones que lo componen y la ciudadanía, mejorando el nivel de acceso a la justicia”¹.

¹ LLILLO LOBOS, Ricardo. (2010). *El Uso de Nuevas Tecnologías en el Sistema Judicial: experiencias y precauciones*, en www.ijjusticia.org/docs/lobos.pdf, consulta: 05 de marzo del 2016.

En el ámbito latinoamericano y particularmente el Perú, aún con retraso se ha insertado paulatinamente en esta nueva cultura, primero masificando el uso de los ordenadores, implementando luego las bases de datos, lo que ahora se viene a denominar el Sistema Integrado Judicial, que contiene una serie de herramientas para organizar y archivar sentencias y demás resoluciones, verificar audiencias y perennizarlos, medir la estadística de ingresos de causas y producción, entre otros aplicativos; la página web del Poder Judicial, que no solo aporta noticias, sino presta acceso a jurisprudencias, estado de expediente, normativa que produce, acceso al portal de cada Distrito Judicial, órganos de gobierno, órganos de control, entre otros. De otro lado, se ha implementado el uso de internet, salas de videoconferencia, está en proceso de implementación notificación electrónica, entre otros, como el expediente virtual; frente a estos avances, queda para la historia la cultura del expediente y el papel, la tradicional comisión por exhorto que todavía está regulado en la legislación peruana, el traslado de magistrados al lugar de reclusión del investigado o acusado, libramiento de exhortos para practicar testimoniales, ratificación de pericias y el consiguiente retardo procesal no solo de días, sino de meses y hasta años. Es de aclarar que, hay sitios alejados del país donde estas tecnologías aún no han llegado.

El presente trabajo centrará su atención en el uso de la videoconferencia, como instrumento del proceso penal para realizar audiencias y diligencias procesales y la probable vulneración del principio de intermediación procesal.

3.- La videoconferencia

La videoconferencia deriva del género teleconferencia, que está compuesta por el prefijo “tele” cuyo significado es distancia y la palabra “conferencia” que se refiere la reunión, diálogo, coloquio, plática, entre dos o más personas; de forma que desde este punto de vista, el término de videoconferencia es una reunión o dialogo a distancia entre dos o más personas.

Para el diccionario de la Real Academia Española, la videoconferencia es la “Comunicación a distancia entre dos o más personas, que pueden verse y oírse a través de una red²”. Siguiendo a Monterde, citado por Jorge Albornoz “La videoconferencia es un sistema de comunicación interactivo que transmite simultáneamente la imagen, el sonido y los datos, permitiendo una comunicación bidireccional plena, en tiempo real, de tal manera que se

² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA - Videoconferencia, en <http://dle.rae.es/?id=bmaBgk4>, consulta 15 de abril del 2016.

posibilita un mismo acto o reunión a la que asisten personas que se encuentran en lugares diferentes”³.

Para Ana Montesinos la “videoconferencia es un servicio multimedia de comunicación que permite los encuentros a distancia en tiempo real entre distintos grupos de personas que se hallan en diferentes lugares”⁴. Según esta misma autora, la comunicación a través de la videoconferencia se caracteriza por tres notas fundamentales:

- a) Es integral, ya que permite el envío de imagen (presentaciones *PowerPoint*, video, multimedia, etc.), sonido (voz de alta calidad, música, multimedia, etc.) y datos (ficheros automáticos, bases de datos, web, etcétera).
- b) Es interactiva, pues permite una comunicación bidireccional en todo momento y por último,
- c) Es sincrónica, es decir, funciona en tiempo real, pues se transmite en vivo y en directo desde un punto a otro o incluso entre varios puntos a la vez.

Entonces la videoconferencia es un medio, un sistema de comunicación que transmite y recibe simultáneamente señales de audio, imagen y datos, entre dos o más sitios geográficamente distantes, en tiempo real, permitiendo la comunicación de personas, realización de reuniones, conferencias, diligencias judiciales y audiencias a distancia con cualquier parte del mundo. Es más, este medio tiene la bondad de que el audio, video y demás datos de la audiencia, queden registrados, grabados en la memoria física o disco duro, perennizándose el acto procesal practicado, que puede reproducirse con absoluta fidelidad, obtenerse copias y reproducciones cuantas veces sea necesario, sustituyendo a la antigua acta de audiencias elaborado por el Secretario de Sala.

La videoconferencia no crea un ambiente real donde haya presencia física y la interrelación directa y frontal entre las personas, que participan de ella, sino, una realidad virtual, puesto que es el sistema informático quien genera “entornos sintéticos que se suceden en tiempo real”⁵ es decir, la

³ ALBORNOZ BARRIENTOS, Jorge y MAGDIC, Marko. (2013). *Marco Jurídico de la utilización de la videoconferencia en materia penal*. “Revista Chilena de Derecho y Tecnología”. Santiago Vol. 2, Nº 1, pp. 229-260.

⁴ MONTESINOS GARCIA, Ana. (2009). *La Videoconferencia como Instrumento Probatorio en el Proceso Penal*. Madrid – Barcelona – Buenos Aires. Marcial Pons.

⁵ [Www.definiciónabc.com/tecnología/realidad-virtual.phd](http://www.definiciónabc.com/tecnología/realidad-virtual.phd)

videoconferencia es un medio tecnológico que se encarga de tomar la realidad (audio, video, datos, etc.), sintetizarla y enviarla a su destino utilizando canales como la internet, haciendo fluida la comunicación entre dos o más interlocutores.

La videoconferencia como otras bondades de los TICs ya forman parte del sistema judicial peruano, particularmente el uso de la videoconferencia en ciertos supuestos, habiéndose emitido al respecto el respaldo legal; su implementación no es del todo pacífica, pues, como se verá hubo voces que tildan que, este medio tecnológico vulnera el derecho a la defensa, el debido proceso en conexión con el principio de intermediación procesal.

4. La videoconferencia y el principio de intermediación procesal

Teniendo una noción aproximativa de lo que debe entenderse por videoconferencia, en la doctrina procesal está vigente el debate sobre si la videoconferencia vulnera o no el principio de intermediación procesal, que tradicionalmente es entendida como la relación directa, entre el juez, los sujetos procesales y los órganos de prueba.

En este sentido, para la Enciclopedia Jurídica Omeba el principio de intermediación consiste “en que las partes se comunican directamente entre sí y con el juez que debe proveer y dirigir el debate personalmente, quien se comunica con las partes y con las demás personas que intervienen en el proceso”⁶.

Para el maestro español Juan Montero Aroca, la “exigencia de que el Juzgador se haya puesto en contacto directo con las demás personas que intervienen en el proceso, sin que exista entre ellos elemento alguno interpuesto. Esta exigencia es particularmente importante con relación a las pruebas, hasta el extremo que normalmente se ha venido concibiendo la intermediación solamente como la exigencia de que el juez ha de pronunciar sentencia cuando haya asistido a la práctica de pruebas”⁷.

Para el jurista San Martín Castro “La intermediación, subjetivamente, permite que el juez se relacione directa y estrechamente con las fuentes de prueba, percibiéndolas por sí mismo; y, objetivamente resguarda que el juez adquiera

⁶ Enciclopedia Jurídica Omeba. (2005), Tomo XV, reimpresión 2005. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Omeba.

⁷ MONTERO AROCA, Juan. *Introducción al Derecho Jurisdiccional Peruano*, en <https://derechobook.wikispaces.com/file/view/Juan+Montero+Aroca+Introducci%C3%B3n+a+Derecho+Jurisdiccional+Peruano.pdf>.pp. 210-2011, consulta: 12 de marzo 2016.

su convicción de acuerdo con la hipótesis más aceptable o más refrendadas por las pruebas, con base en las que guarden una relación más estrecha con la afirmación del hecho a probar”⁸.

Siguiendo al autor Víctor Cubas Villanueva, “La intermediación da lugar a una relación interpersonal directa, frente a frente, cara a cara, de todos entre sí: acusado y juzgador, acusado y acusador, acusado y defensores, entre éstos con el juzgador y acusador, el agraviado y el tercero civil. El juzgador conoce directamente la personalidad, las actitudes, las reacciones del acusado, así como del agraviado, del tercero civil, del testigo o perito”⁹.

Entonces, para la doctrina tradicional el principio de intermediación se cristaliza solo en la presencia física y la interrelación directa y frontal entre el juez, acusado, acusador, agraviado, tercero civil, la defensa técnica de cada parte, así como los órganos de prueba; de forma que permita conocer al juez, no solo a la persona, sus declaraciones, sino su personalidad, actitud, reacciones, tanto del acusado, agraviado y demás órganos de prueba como testigos y peritos.

En suma, el objeto inmediato del principio de intermediación es eliminar toda intermediación entre el juez y las fuentes naturales de la prueba, y el objeto mediato es propiciar el contradictorio. De ello se deriva como consecuencia, que el principio de intermediación constriñe al juez, quien al momento de emitir su sentencia solo puede fundarse en hechos y pruebas percibidos de manera directa y personal en el contradictorio, sin ningún tipo de intermediarios. Siendo ello así, la ¿videoconferencia vulnera el principio de intermediación procesal?, tal como afirman algunos partidarios de la concepción tradicionalista del principio de intermediación, para quienes en todo caso, el medio tecnológico estudiado vulnera la intermediación procesal.

5. ¿La videoconferencia vulnera el principio de intermediación procesal?

Los principios y normas jurídicas no pueden ser compartimientos estancos, petrificados en el pasado, sino la constante y vertiginosa evolución social, en las artes, la ciencia, la tecnología, etcétera, recomiendan la necesidad de ser reinterpretada a través de un nuevo enfoque que actualice las instituciones, en tanto que el derecho no tiene un fin en sí mismo, sino es un medio que regula la convivencia social.

⁸ SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal Lecciones*, pág 391, Lima noviembre 2015, Editores: INPECCP y CENALES.

⁹ CUBAS VILLANUEVA, Víctor. en *Derecho & Sociedad* N° 25, <http://blog.pucp.edu.pe/blog/derysoc/2008/06/03/principios-del-proceso-penal-en-el-nuevo-codigo-procesal-penal>, consulta: 09 de abril del 2016.

Al respecto el jurista Aníbal Torres Vásquez, al tocar el tema de derecho y cambio social señala que “el Derecho también se transforma, ya en el plano de su creación (mediante la modificación, extinción, o sustitución de unas normas jurídicas por otras) como en el de su aplicación (modificando el sentido de las normas vía interpretación para adecuarlo a la nueva realidad)”¹⁰. De forma que desde este punto de vista las normas jurídicas pueden ser perennes en su texto literal, pero, pueden ser interpretadas en armonía a la época y realidad social donde se aplica.

En el presente caso, la introducción de los TIC, más propiamente la videoconferencia, exige un nuevo enfoque del principio de inmediación, puesto que, si bien la videoconferencia no crea un ambiente donde haya presencia física de las partes, una relación interpersonal directa, frente a frente entre todos los que participan de una audiencia o diligencia judicial; empero, genera una realidad virtual donde los participantes de la audiencia pueden mantener la misma relación directa e interpersonal, con los mismos efectos de un encuentro personal; vale decir que este medio tecnológico acerca a las personas que se ubican en lugares geográficamente distantes, posibilitando la interrelación directa y frontal entre todos los actores de una audiencia o actuación judicial: sea juez, acusado, acusador, agraviado, tercero civil, la defensa técnica de cada parte, así como los órganos de prueba, de forma que también permite al juez ver, escuchar, percibir, las posturas y declaraciones del acusado, los testigos, peritos, el agraviado, su personalidad, actitud y reacciones; esta palpable realidad virtual permite que al momento de emitir su sentencia el juez, solo puede fundarse en hechos y pruebas percibidos de manera directa y personal por el medio tecnológico de la videoconferencia, puesto que este último es un medio que acerca a las personas que se encuentran a distancia.

En consecuencia, el principio de inmediación no solo debe entenderse como la relación real y directa entre los actores de un juicio oral o un acto procesal, sino también la relación virtual generada por los entornos informáticos, entre el juzgador, los sujetos procesales, órganos de prueba y entre estos y aquel, que se encuentran lugares geográficamente distantes. De forma que la videoconferencia no vulnera el principio de inmediación, al contrario permite su plena realización.

Sobre los contenidos del principio de inmediación, compartimos con la opinión de Gustavo Adolfo Amoni, quien sostiene que “El principio de inmediación

¹⁰ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal (2011). Cuarta Edición. Lima: Editorial Moreno S.A.

está constituido por tres aspectos: la proximidad entre el juez y lo que evaluará o a quienes evaluará; la inexistencia de intermediarios, bien fueren cosas o personas, y la bilateralidad, de donde derivan dos tipos de intermediación: la pasiva que supone la posibilidad del juzgador de percibir directamente las pruebas (...); y la activa que consiste en la percepción e intervención directa en el conocimiento de las pruebas por parte del juzgador, en especial en la intervención de los sujetos procesales a los fines de interrogarlos, aclarar dudas y conducir el debate"¹¹. A ello podemos agregar que la intermediación posibilita los principios de contradicción, oralidad, concentración, entre otros.

La videoconferencia cumple con estos estándares del principio de intermediación, puesto que: (i) el medio tecnológico permite aproximar, acercar a los sujetos procesales y órganos de prueba que se ubican en lugares distantes, ya sea a través de la pantalla, el proyector multimedia u otro medio visual y auditivo, los actores de la videoconferencia podrán escucharse y verse simultáneamente y en tiempo real; (ii) entre el juez, sujetos procesales, órganos de prueba, entre otros pueden visualizarse y escucharse simultáneamente y en tiempo real, facilitando el debate fluido, el intercambio de información al no existir intermediarios; en esta línea de argumentación no se puede tildar o calificar a la videoconferencia como un medio que vulnera, estorba e impide la intermediación, sino es un instrumento que más bien posibilita la realización plena de este principio, cuando dos o más personas se hallan en lugares distantes. (iii) La videoconferencia también materializa la bilateralidad tanto pasiva como activa, el primer supuesto hace posible que el juez y demás sujetos procesales perciban en forma directa el discurrir de las actuaciones probatorias, ya sea escuchando la declaración del acusado, testigos, peritos, en si el debate contradictorio, posibilita ver las variadas reacciones psicofisiológicas de los órganos de prueba, su personalidad, credibilidad entre otros aspectos; de igual modo es posible la bilateralidad activa, en tanto que la contraparte, puede contrainterrogar a los testigos y peritos, el juez dirigir la audiencia, solicitar a los sujetos procesales las aclaraciones pertinentes.

En estas condiciones, la videoconferencia viabiliza la plena contradicción entre las partes, puesto, que el Ministerio Público formulará su tesis y el acusado la antítesis, de la contrastación de ambas posturas el juez formulará su síntesis expresado en la sentencia; la oralidad y la concentración tienen también plena realización, pues, la videoconferencia no solo es imagen o video, sino, la

¹¹ AMONI, Gustavo Adolfo. (2013). *El uso de la videoconferencia en cumplimiento del principio de intermediación procesal*. "IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla" A.C., vol. VII, núm. 31, enero-junio, 2013, pp. 67-85.

transmisión simultánea del audio, que permite la expresión viva y oral de los actores de un proceso, y no solo pueden actuarse las pruebas orales, sino instrumentales, fotografías, y cuanto documento sea parte del ofensorio de pruebas. De modo que este medio permite la plena realización no solo del principio de inmediación, sino la oralidad, el contradictorio, la concentración y porque no, la celeridad y economía procesal, puesto que al acercar a las personas ubicadas en cualquier parte del mundo no es necesario el viaje de las personas al lugar de la audiencia, lo que correlativamente economiza el gasto de recursos y tiempo.

6. Marco jurídico de la videoconferencia en el Perú

El vetusto Código de Procedimientos Penales aún vigente en algunas Cortes del País, no ha previsto esta herramienta tecnológica, por otro lado, más que una decisión política de modernizar la administración de justicia penal, en el Perú la videoconferencia se implementó como una necesidad, para conjurar el riesgo de fuga en el traslado de la delincuencia de alta peligrosidad, ello por la aparición de organizaciones criminales, el sicariato, la extorsión, entre otras nuevas modalidades delictivas de alta peligrosidad, así la Resolución Administrativa N° 042-2013-CE-PJ de fecha 13 de marzo del 2013, aprueba la Directiva N° 001-2013-CE-PJ sobre “Procedimiento para la Ejecución de Audiencias Virtuales”, que define a la videoconferencia como una “tecnología que proporciona un sistema de comunicación bidireccional de audio, video y datos que permite que las sedes receptoras y emisoras mantengan una comunicación simultánea interactiva en tiempo real”; la finalidad conforme reza en la misma resolución es realizar audiencias o diligencias judiciales mediante el uso del sistema de videoconferencias, para una adecuada y oportuna administración de justicia, fundamentando su implementación en los principios procesales de respeto al debido proceso, eficacia, celeridad, economía y justicia oportuna; así como en un nuevo enfoque del principio de inmediación. De forma que, este medio tecnológico es aplicable tanto para el antiguo Código de Procedimientos Penales, como el nuevo Código Procesal Penal.

Posteriormente, en fecha 19 de agosto del 2013 se publica en el Diario Oficial El Peruano la Ley N° 30076 que instituye el artículo 219-A al Código Procesal Penal que implementa por vez primera la videoconferencia como un instrumento procesal para verificar el juicio oral, aunque como regla de excepción para casos de detenidos, cuyo traslado al tribunal represente dificultades por la distancia o porque haya presencia de peligro de fuga, dicha norma señala:

“Art. 119-A.- Audiencia

1. La presencia física del imputado es obligatoria en la audiencia del juicio, (...).
2. Excepcionalmente, a pedido del fiscal, del imputado o por disposición del Juez, podrá utilizarse el método de videoconferencia en casos que el imputado se encuentre privado de su libertad y su traslado al lugar de audiencia encuentre dificultades por la distancia o porque exista peligro de fuga”.

El Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, mediante Resolución Administrativa 004-2014-CE-PJ de fecha 07 de enero del 2014, aprueba la Directiva N° 001-2014-CE-PJ denominada “Lineamientos para el uso de la Videoconferencia en los Procesos Penales”, cuyo objeto es regular la utilización de esta herramienta procesal para la realización de audiencias en los procesos penales, cuando por determinadas circunstancias no sea posible la presencia física de un testigo, perito, víctima e incluso del propio imputado.

Pero, esta implementación no fue del todo pacífica en tanto que, cierto sector de la defensa considera que el sistema de videoconferencia vulneraba el principio de inmediación procesal, siendo emblemático el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 02738-2014-PHC/TC, se trata de un caso de apelación de sentencia donde los imputados estaban reclusos en tres distintos establecimientos del país, lo que ocasionó que, el Colegiado de la Sala Penal de Apelaciones de Nasca – Ica, disponga que la audiencia de apelación se verifique por medio del sistema de videoconferencia, motivando que la defensa de uno de los imputados interponga demanda de habeas corpus con el argumento que al no encontrarse físicamente su patrocinado en la audiencia de apelación, se afectaba el principio de inmediación, el derecho de defensa, entre otros componentes del debido proceso.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia antes citada validó el uso de la videoconferencia declarando infundada la demanda de habeas corpus interpuesto contra los magistrados de este colegiado, en el fundamento 18 el máximo intérprete de la Constitución sostuvo:

“A juicio de este tribunal, el sistema de videoconferencia no impide que el procesado y el juzgador puedan comunicarse oralmente; antes bien, posibilita la interacción y el diálogo entre las partes, pudiéndose observar que cuando se realiza bajo las condiciones técnicas adecuadas no obstaculiza la mejor percepción sensorial. Asimismo, en la medida que se permita el acceso al contenido de las audiencias no

se afecta la publicidad. Mientras que, respecto de la contradicción, se aprecia que con las partes comunicadas en tiempo real, estas pueden expresarse fluidamente, tal y como si estuvieran presentes físicamente el procesado y el juzgador en el mismo ambiente”.

De forma que este medio tecnológico, es un instrumento procesal aplicable en los procesos penales, sea del antiguo modelo procesal como el nuevo Código Procesal Penal, sin embargo, el Tribunal Constitucional sostuvo que el uso de la videoconferencia no debe ser la regla general, sino una medida de empleo excepcional. En consecuencia, en el Perú el sistema de la videoconferencia en materia procesal penal no solo tiene un marco jurídico que la sustenta, sino que fue sometido al control constitucional del máximo intérprete constitucional, quien validó la norma y su aplicación.

7. El futuro de la videoconferencia

El futuro de los TICs y en especial la videoconferencia es prometedor, ya que en menos de un siglo han revolucionado el mundo, si bien por el momento el artículo 119-A del Código Procesal Penal, establece que el método de la videoconferencia puede utilizarse en forma excepcional en casos que el imputado se encuentre privado de su libertad y su traslado al lugar de la audiencia encuentre dificultades o porque exista peligro de fuga; en un futuro no muy lejano cuando el audio y la imagen sean de alta definición, se mejore el ancho de banda de las señales portadoras, los costos de su implementación y uso se abaraten, se implemente y mejore otros medios como el holograma, el uso de esta tecnología será la regla general para acercar las distancias, permitiendo una justicia pronta, oportuna, garantizando plenamente los principios antes tratados.

8. Conclusiones

- a) Las tecnologías de información y comunicación, son un conjunto de técnicas utilizadas para el manejo de todo tipo de información, habiendo sido adoptado por los sistemas de administración de justicia, jueces, abogados y cuanto operador de derecho, dando lugar a la llamada cibercultura judicial.
- b) La videoconferencia es un sistema de comunicación que transmite y recibe simultáneamente, señales de audio, imagen y datos entre dos o más sitios ubicados remotamente, en tiempo real, posibilitando la comunicación de personas, realización de conferencias, audiencias y otras diligencias de naturaleza judicial.

- c) La videoconferencia crea una realidad virtual, pues, este medio tecnológico toma la realidad: audio, video, datos, etcétera, los sintetiza y los envía a su destino, utilizando canales como el internet, haciendo fluida la comunicación entre dos o más interlocutores.
- d) Para la doctrina tradicional, el principio de inmediación se cristaliza, siempre y cuando haya presencia física real del juez, acusado, acusador, agraviado, tercero civil, la defensa técnica y los órganos de prueba, este principio no admite medios ni intermediarios.
- e) Para la nueva concepción, el principio de inmediación no solo debe entenderse como la relación real y directa de los actores del juicio oral, sino, también la relación virtual generada por los entornos informáticos, entre el juzgador y los sujetos procesales, órganos de prueba y entre estos y aquel, que se encuentran en lugares geográficamente distantes.
- f) El marco jurídico vigente sobre este instrumento tecnológico, fue validado por el Tribunal Constitucional en la STC N° 02738-2014-PHC/TC

**DOCUMENTOS
(DECLARACIONES)**



VII CONGRESO NACIONAL DE JUECES 2014

DECLARACIÓN DE LUNAHUANÁ - CAÑETE

A la finalización del VII Congreso Nacional de Jueces, se aprobó por el Plenario la Declaración de Lunahuaná - Cañete; que entre sus puntos más relevantes, se encuentran los siguientes:

PRIMERO.- Respalda las acciones adoptadas por la Presidencia y el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial a favor de la modernidad del servicio de justicia, acorde con los avances tecnológicos, en particular con la extensión a nivel nacional del servicio de notificaciones electrónicas y la implementación gradual del expediente digital.

SEGUNDO.- Consolidar el rol decisivo de juez contemporáneo en el contexto de la justicia procesal penal en materia de seguridad ciudadana, congruente con los principios y derechos constitucionales y la plena vigencia del Estado Constitucional de Derecho.

TERCERO.- Impulsar la aplicación efectiva de las buenas prácticas judiciales como muestra del compromiso institucional de la judicatura nacional, en el desarrollo de una gestión innovadora del despacho judicial en beneficio de la ciudadanía.

CUARTO.- Reconocer la importancia de la independencia del juez y la autonomía del Poder Judicial, en la construcción de un país estable y respetuoso de los derechos fundamentales.

QUINTO.- Subrayar la relevancia de la labor de los trabajadores judiciales y la especialidad de su función, coadyuvante en el servicio de impartición de justicia.

SEXTO.- Destacar y priorizar la implementación de Justicia TV, medio de información del Poder Judicial, muestra de una clara vocación de apertura y transparencia institucional, acercamiento a la ciudadanía y promoción del quehacer jurisdiccional.

Lunahuaná, 05 de julio de 2014



Foto Oficial del VII Congreso de Jueces, captada en la fachada del local de la Corte Superior de Justicia de Cañete



VIII CONGRESO NACIONAL DE JUECES 2015

DECLARACIÓN DE AREQUIPA

Los señores jueces y trabajadores del Poder Judicial participantes en el Octavo Congreso Nacional de Jueces realizado en la ciudad de Arequipa los días 3, 4 y 5 de diciembre del presente año, declaramos lo siguiente:

PRIMERO.- Reafirmar nuestro compromiso institucional y frente al país por una impartición de justicia transparente, oportuna, célere y eficaz, con pleno respeto a la autonomía del Poder Judicial e independencia de los jueces, condición necesaria para la tutela eficaz de los derechos fundamentales y de la vigencia del Estado democrático y constitucional de Derecho.

SEGUNDO.- Respalidar al señor Presidente del Poder Judicial, Dr. Víctor Ticona Postigo, a la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia y al Consejo Ejecutivo del Poder Judicial por las gestiones realizadas ante los Poderes Ejecutivo y Legislativo para la atención inmediata de los recursos económicos esenciales para la institución, demandando una partida presupuestal acorde con las necesidades del desempeño de la función jurisdiccional que la Constitución nos confía y de las exigencias de justicia de nuestra sociedad.

TERCERO.- Reconocer los esfuerzos de los órganos de gobierno de la judicatura nacional en la implementación de la Nueva Ley Procesal del Trabajo y del Nuevo Código Procesal Penal, así como cada una de las acciones y medidas adoptadas para su fortalecimiento. Así mismo, destacar que la iniciativa del Poder Judicial para implementar los juzgados de flagrancia, como respuesta inmediata para combatir la delincuencia común que atenta contra la seguridad ciudadana, haya sido acogida por el Poder Ejecutivo con la dación del D. Leg. N° 1194, debiendo dotarse de un

Declaración de Arequipa

presupuesto específico y de un mayor número de órganos jurisdiccionales para garantizar su debido funcionamiento.

CUARTO.- Saludar la implementación progresiva de diversos servicios basados en el uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación – TIC, como son el Sistema de Notificaciones Electrónicas (SINOE), Control Biométrico para Procesados y Sentenciados Libres, Depósitos Judiciales Electrónicos, Remates Electrónicos Judiciales, Publicación de Edictos Judiciales Electrónicos, Alertas de Prescripción, entre otros, con el objeto de brindar a los justiciables una administración de justicia oportuna y eficiente y coadyuvar a mejorar la labor que realizan los diversos Órganos Jurisdiccionales a nivel nacional.

QUINTO.- Destacar los espacios de discusión y debate promovidos por el Poder Judicial para modificar la Ley de Carrera Judicial de conformidad con los preceptos constitucionales e instrumentos internacionales, respetándose el estatuto de los jueces, los derechos, obligaciones y deberes de los magistrados de todas las instancias; se garantice la transparencia en el ingreso a la carrera judicial, la permanencia, inamovilidad y terminación en el cargo, el desarrollo profesional y ascenso en la carrera judicial, así como la determinación de su responsabilidad funcional acorde con disposiciones reglamentarias claras y objetivas.

SEXTO.- Resaltar la función de los órganos de control de la judicatura, como instrumento de importancia fundamental para garantizar la independencia interna y externa del juez, la integridad de la judicatura, su impacto en la mejora del servicio de justicia y la lucha contra la corrupción.

SÉPTIMO.- Expresar nuestro agradecimiento a la histórica ciudad de Arequipa por brindar su cálida acogida a cada uno de los participantes.

Arequipa, 5 de diciembre de 2015



Foto Oficial del VIII Congreso de Jueces, captada en el campo deportivo del Club del Colegio de Abogados de Arequipa



IX CONGRESO NACIONAL DE JUECES 2016

El IX Congreso Nacional de Jueces se realizó en la Corte Superior de Justicia de Lambayeque en la ciudad de Chiclayo, los días 18, 19 y 20 de agosto del año 2016.

Se trataron cuatro Ejes Temáticos que fueron los siguientes: 1) Independencia del Poder Judicial, subdividido en el rol del Poder Judicial y medios de comunicación; 2) Seguridad ciudadana y reforma penal y de familia, que se subdividió en rol del juez y la seguridad ciudadana, funcionamiento de órganos jurisdiccionales que tramitan denuncias con el proceso inmediato y con la nueva ley de violencia en el entorno familiar; 3) Organización y gestión judicial ambiental, que comprendió unidades ejecutoras del Poder Judicial, gestión ambiental, retos para el Poder Judicial en justicia ambiental y plan estratégico de tecnologías de información y comunicaciones y el SINOE; y, 4) Sistema de evaluación y control de la magistratura, que tuvo como subtemas: reglamento de evaluación, ratificación y selección, y reglamentos de procedimientos disciplinarios.

Se llegaron a importantes conclusiones entre las cuales se puede resaltar las siguientes:

- Establecer como política de Estado la protección del medio ambiente para fortalecer la lucha contra los delitos ambientales desde una perspectiva interinstitucional (Ministerio de Ambiente, Gobiernos Regionales, Ministerio Público, Poder Judicial y otros).
- Promover la autonomía presupuestal del Poder Judicial, por una autonomía económica que permita a nuestra institución administrar y gestionar con recursos financieros suficientes para asegurar la eficiencia y eficacia en los servicios que prestamos a los justiciables.

- El juez debe de someterse a la constitución y a la ley, y no a disposiciones de carácter administrativo.
- Consolidar la publicidad de las decisiones judiciales, por cuanto toda persona tiene el derecho a conocer el contenido de las resoluciones judiciales y tener acceso de forma sencilla a obtener esta información, con el objeto de poner al alcance de la ciudadanía las decisiones judiciales.
- Difundir las buenas prácticas institucionales, que son una acción o conjunto de acciones ejecutadas ante una necesidad detectada, que optimizan los estándares de servicio, el desempeño, agilizan los procedimientos o mejoran los resultados producidos, entre otros aspectos.
- Los jueces deben de resolver sus casos utilizando un lenguaje sencillo y comprensible para los ciudadanos, a efecto de que los usuarios de la administración de justicia ejerzan su derecho a comprender las decisiones judiciales y que facilite su acceso a la administración de justicia para que puedan seguir sus procesos por medio del lenguaje claro y accesible a toda la ciudadanía.
- Afianzar y elaborar protocolos de acción entre Ministerio Público, Poder Judicial, Policía Nacional, Ministerio de Salud, Educación y otras instituciones vinculadas a temas de familia y violencia de género a efectos de que cada institución cumpla el rol que le corresponde.
- Emitir acuerdos plenarios respecto a las decisiones judiciales con enfoque de género.
- Proponer que los programas de Justicia en tu Comunidad y Acceso a las Poblaciones Vulnerables se establezca como un Programa de Proyecto por Resultados.
- Fortalecer el sistema de corporativización bajo los siguientes aspectos: a. Racionalización del personal acorde al módulo corporativo. b. Fortalecer la figura del juez coordinador en la labor de administración, para garantizar que se adopten y se ejecuten las medidas jurisdiccionales que garanticen el acuerdo al servicio de justicia.

- Separar y delimitar las funciones jurisdiccionales y administrativas, bajo la conducción del juez en el aspecto organizacional, teniendo como herramienta de trabajo al Sistema Integrado Judicial.
- Reformular la medición de la carga y producción jurisdiccional de los órganos jurisdiccionales, teniendo en cuenta que las sentencias emitidas por los juzgados es uno de los productos que se genera mediante el trabajo que se realiza en el despacho judicial.
- Establecer mecanismos técnicos que permitan acceder a las estadísticas judiciales de forma sencilla.
- Continuar con el nombramiento de los jueces a través del CNM y perfeccionar los requisitos de ingreso a la carrera judicial.

Chiclayo, 20 de agosto de 2016



Foto Oficial del IX Congreso Nacional de Jueces, captada en el frontis de la sede de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque



VI CONGRESO INTERNACIONAL SOBRE JUSTICIA INTERCULTURAL 2015

DECLARACIÓN DE PUNO

En Puno, a los veintiséis días del mes septiembre del año dos mil quince, reunidas las autoridades de justicia del Perú, comunales, ronderiles y estatales, y los hombres y mujeres comprometidos con el desarrollo de una justicia plural, a la luz de los acuerdos aprobados en los congresos anteriores, y con el propósito de implementar políticas interculturales y de género en la administración de justicia, declaramos lo siguiente:

PRIMERO.- Reconocemos la necesidad de superar las brechas de comunicación causadas por el desconocimiento o subvaloración de los idiomas originarios, las cuales afectan la impartición de justicia y la relación entre las autoridades de la jurisdicción ordinaria y especial. Por lo tanto, exigimos el desarrollo de una política orientada a que los jueces, fiscales, policías y defensores públicos ejerzan sus funciones en las lenguas originarias predominantes dentro de su ámbito de actuación; así como, que se implemente efectivamente el Registro Especial Nacional de Intérpretes y Traductores de Lenguas Indígenas del Poder Judicial.

SEGUNDO.- Reconocemos que la discriminación contra la mujer en el ámbito de la jurisdicción ordinaria y especial es un grave problema que debe afrontarse sin menoscabar el respeto a la diversidad cultural. Por eso, respaldamos las propuestas de las mujeres indígenas, ronderas, comuneras y nativas orientadas al respeto de sus derechos en ambos sistemas de justicia, específicamente el derecho a una tutela judicial efectiva frente a toda forma de abuso o violencia sexual.

Declaración de Puno

TERCERO.- Ratificamos la legitimidad de la función jurisdiccional que ejercen las comunidades campesinas, comunidades nativas y rondas campesinas en el ámbito de sus competencias. Por lo tanto, exhortamos al Congreso de la República a que retome el debate orientado a la aprobación del proyecto de Ley de Coordinación Intercultural de la Justicia, tomando en cuenta las propuestas alcanzadas por las organizaciones nacionales indígenas, comunales y ronderiles.

CUARTO.- Demandamos la adecuada aplicación del artículo 15 del Código Penal por los órganos jurisdiccionales, evitando que dicha disposición legal fomente la impunidad de prácticas de violencia sexual contra niños y adolescentes menores de catorce años. Asimismo, recomendamos que la elaboración y sustentación de peritajes antropológicos en procesos judiciales de naturaleza intercultural, responda a estándares de calidad técnica que asegure la utilidad de sus hallazgos y conclusiones en los casos que corresponda.

QUINTO.- Exigimos la implementación de los acuerdos pendientes asumidos en el marco de los anteriores congresos, tales como la identificación a nivel nacional de los procesos judiciales que involucren a indígenas, nativos, ronderos y campesinos; la promoción del tratamiento penitenciario acorde a sus particularidades culturales; entre otros acuerdos introducidos en las declaraciones de La Merced, Cajamarca, Huaraz, Lima y Piura.

SEXTO.- Reafirmamos nuestro compromiso con la causa de la justicia intercultural y la coordinación entre la justicia ordinaria y la especial. Por lo tanto, nos comprometemos a fomentar la difusión y aplicación de los protocolos para una justicia intercultural del Poder Judicial; y a mejorar la coordinación interinstitucional con los otros operadores del sistema de justicia oficial.

Puno, 26 de septiembre de 2015



Foto Oficial del VI Congreso Internacional sobre Justicia Intercultural, captada en el
frentis de la sede de la Corte Superior de Justicia de Puno



VII CONGRESO INTERNACIONAL SOBRE JUSTICIA INTERCULTURAL 2016

DECLARACIÓN DE IQUITOS

En Iquitos a los quince días del mes de octubre del año 2016, las autoridades comunales campesinas, las autoridades comunales nativas, las autoridades ronderiles, los jueces de paz y los jueces ordinarios, reunidos en el VII Congreso Internacional sobre Justicia Intercultural.

Conscientes de la trascendencia jurídica e histórica de la justicia intercultural para la satisfacción efectiva de los derechos de todos los ciudadanos peruanos, así como para la solución creativa, y conforme a la constitución, de los conflictos individuales y colectivos;

Animados por el liderazgo del poder judicial en la promoción, comprensión y protección de un sistema de justicia que respete la diversidad de expresiones culturales y que construya permanentemente lazos de coordinación para asumir los retos de la pluralidad jurídica;

DECLARAMOS:

PRIMERO.- Exigimos que el Congreso de la República apruebe el proyecto de Ley de Coordinación Intercultural de la Justicia presentado por el Poder Judicial, observando el trámite de consulta previa con las comunidades campesinas, comunidades nativas y rondas campesinas del Perú.

SEGUNDO.- Exhortamos al Poder Judicial que elabore una propuesta de reforma de la Ley de Justicia de Paz que responda a sus características actuales, y que garantice efectivamente los derechos económicos de los jueces

Declaración de Iquitos

de paz y las condiciones idóneas para el ejercicio efectivo de su servicio.

TERCERO.- Invocamos a las autoridades del Ministerio Público, del Ministerio del Interior, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y de los demás estamentos que integran el sistema estatal de justicia del Estado Peruano, a priorizar sus acciones de coordinación con el Poder Judicial y con las autoridades de la justicia comunal y ronderil para un efectivo acceso de todos los ciudadanos miembros de las comunidades campesinas, comunidades nativas y rondas campesinas del Perú.

CUARTO.- Hacemos un llamado a todas las instituciones públicas y privadas del sistema educativo del Perú para introducir con urgencia en los planes de estudios escolares y universitarios programas de formación en materia intercultural, particularmente en cuanto se refiere a la justicia que imparten las comunidades campesinas, comunidades nativas y rondas, por ser parte esencial de la cultura y desarrollo del Perú.

QUINTO.- Reconocemos los esfuerzos, logros y cambios producidos en la Justicia Comunal, la Justicia Ronderil y la Justicia Ordinaria para la protección de los derechos fundamentales, y planteamos que el Poder Judicial consolide una política pública de mutuo aprendizaje entre los sistemas de justicia.

SEXTO.- Insistimos en la pertinencia del intercambio permanente de conocimientos entre los sistemas de justicia para la vigencia plena de los derechos esenciales de la persona incluidos el derecho a la vida, a la igualdad, al sistema de justicia propio y a un medio ambiente sano y sostenible.

SETIMO.- Lamentamos que a pesar de los logros de la justicia ronderil y de los esfuerzos del Poder Judicial para interactuar y cooperar con ella, aun no se haya logrado eliminar la criminalización indebida de algunos de sus integrantes, lo cual hace necesario el trabajo en ese sentido.

OCTAVO.- Necesitamos potenciar en el Poder Judicial la difusión e implementación de los Protocolos de Coordinación entre Sistemas de Justicia; de Actuación en Procesos que involucren a Comuneros y Ronderos; y de Orientación y Asistencia con Enfoque Intercultural para Funcionarios del Sistema Estatal de Justicia, aprobados por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial para materializar una mejor tutela de los derechos individuales y colectivos de las comunidades, rondas y ciudadanos indígenas.

NOVENO.- Reiteramos nuestro compromiso de seguir promoviendo una coordinación flexible de la justicia de paz con la justicia ronderil, la justicia comunal y la justicia ordinaria, que tenga como objetivos centrales la realización de intereses de todos los peruanos que acuden a solicitar un servicio de justicia eficaz.

Iquitos, 15 de octubre del 2016



Foto Oficial del VII Congreso Internacional sobre Justicia Intercultural, captada en el frontis de la sede de la Corte Superior de Justicia de Loreto

