CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE

IPSO JURE

AÑO 15 Nº 62 AGOSTO 2023

POR UNA MEJORA EN LA CALIDAD DEL SERVICIO DE IMPARTICIÓN DE JUSTICIA

PRESENTACIÓN

Edilberto José Rodríguez Tanta
Presidente de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque

CONSEJO DIRECTIVO DE LA REVISTA
IPSO JURE

- Dr. José Rodríguez Tanta, Presidente de Corte y Presidente del Consejo Directivo de la revista.
- Dr. Edwin Figueroa Gutarra, director de la revista y representante de los señores Jueces Superiores.
- Dra. Rosa Vera Meléndez, en representación de los señores Jueces Especializados.
- Dras. Hellen Guevara Jiménez y Evelyn Alejo Quiroz, en representación de los señores Jueces de Paz Letrados.
- Auxiliares jurisdiccionales de apoyo: Pahola Samillán Ruiz y José Quiñones Quiñones.

NUMERO DE DEPÓSITO LEGAL 2014-07044

INDICE

PALABRAS DEL DIRECTOR 5

DISCURSO POR 103° ANIVERSARIO DE INSTALACION DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE EFECTUADO POR LA MAGISTRADA ANA ELIZABETH SALES DEL CASTILLO, JUEZA SUPERIOR, JEFA DE ODECMA LAMBAYEQUE
ANA SALES DEL CASTILLO 6

CORRUPCION, DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS: UNA RELACIÓN EN CONSTRUCCIÓN
EDWIN FIGUEROA GUTARRA 13

ROBERT ALEXY Y EL "GIRO ARGUMENTATIVO" EN LA TEORÍA DEL DERECHO CONTEMPORÁNEA
MANUEL ATIENZA 32

LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL, SU VINCULACIÓN CON LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES Y JURISPRUDENCIA COMPARADA. (DEFINICIONES, DIFERENCIAS, CÓMPUTO Y FINALIDAD)
ENRIQUE GRILLO 54

LA AFECTACIÒN AL PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO AL NO APLICARSE EL ARTICULO 459º RESPECTO DE LA NOTIFICACION DEL REBELDE EN LOS PROCESOS DE ALIMENTOS Y CONEXOS
GUSTAVO ALONSO CORONADO ZEÑA 69

PALABRAS DEL DIRECTOR

Estimados amigos:

Reflexionar sobre el día del juez en esta edición especial por esta memorable fecha, presenta diversas aristas, y es oportuno abordar algunas de ellas desde una perspectiva inclusiva. En esta ocasión queremos destacar dos aspectos trascendentes, entre las muchas facetas que presenta la actividad judicial.

Una primera es la exigencia de vocación de servicio a la comunidad. Este aspecto reviste siempre complejidad, pues no negamos que la función judicial es de suyo especial, que se asume una gran responsabilidad al fallar sobre la libertad o el patrimonio de las personas, mas, en forma concurrente con esa perspectiva, una de valor aún más trascendente es la vocación de servicio a la comunidad, la misma que se sobrepone, a juicio nuestro, a la tarea técnica de decidir sobre determinadas pretensiones.

Resulta difícil ser juez desde una visión excluyente del Derecho, en cuanto podamos percibir que solo implica la tarea judicial definir una determinada situación con relevancia jurídica. Creemos que es necesario sumar, en ese contexto, un elemento más, y es precisamente el de vocación de servicio por involucrarse en un escenario que demanda actuaciones profesionales de envergadura, viviendo el caso, en aras de cerrar una discusión. Entonces, el juez deviene en un ciudadano de servicio a favor de la comunidad, y no simplemente en un ser privilegiado respecto a la función de decidir.

¿Implica lo afirmado democratizar aún más la función judicial? Creemos que sí, y no olvidemos que la función jurisdiccional tiene una naturaleza contramayoritaria, como bien la define el profesor argentino Roberto Gargarella, de tal forma que los jueces no somos elegidos en las urnas, como sucede con el legislador el cual sí asume naturaleza mayoritaria, pues son las mayorías las que deciden la elección del legislador.

Sin embargo, el juez con sus decisiones legitima las leyes y la Constitución, aspecto que nos conduce a entender la dimensión de relieve de la función judicial. A pesar de lo acotado, poco valor tendría que asumamos una percepción solo nominal de la función judicial, pues se requiere una dosis de vocación de servicio, sin la cual es difícil, en nuestra posición, realizar cabalmente los objetivos de la tarea judicial.

Y como segundo elemento coadyuvante respecto a lo afirmado, creemos que es importante para el juez saber escuchar. Ya Sócrates decía que el juez debía poseer cuatro características: escuchar cortésmente, responder sabiamente, ponderar prudentemente y decidir imparcialmente.

Todas estas manifestaciones son ciertamente importantes, pero destacamos en especial la primera, cual es la función de escuchar las pretensiones, aun cuando ellas no reúnan las condiciones mínimas necesarias para ser admitidas. Es importante advertir que, tras todo conflicto judicial, suele esconderse una tragedia humana, una situación compleja, una frustración personal, y al juez le corresponde imbuirse de paciencia para estar en la capacidad de poder escuchar al justiciable que pide una entrevista con el juez o que desea ser escuchado en audiencia, aun cuando adolezca de la razón y del derecho. Podríamos razonar que, sin el abogado, aquel justiciable apenas estaría en la capacidad de exponer su caso y, sin embargo, es menester destacar que escuchar es una virtud, y que corresponde un espíritu de generosidad para escuchar, aun dada la situación de una pretensión que no revista fortaleza.

Feliz Día del Juez.

Hasta la próxima edición.

Edwin Figueroa Gutarra
Director

DISCURSO POR 103° ANIVERSARIO DE INSTALACION DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE EFECTUADO POR LA MAGISTRADA ANA ELIZABETH SALES DEL CASTILLO, JUEZA SUPERIOR, JEFA DE ODECMA LAMBAYEQUE

Ana Sales del Castillo

Distinguidas autoridades políticas, civiles, militares y eclesiásticas

Señores magistrados de todas las instancias y especialidades, en actividad y cesantes;
Señores trabajadores jurisdiccionales y administrativos
Distinguidos invitados;
Damas y caballeros.

Sean mis primeras palabras de agradecimiento a los señores Presidentes de Corte y de la Comisión Organizadora por haberme dado el honor de efectuar este discurso con motivo de festejar juntos los 103 años de trayectoria de nuestra querida institución – **la Corte Superior de Justicia de Lambayeque**.

Se sabe que la historia es considerada como una de las ciencias humanísticas que más utilidad le ha dado al ser humano no sólo para conocer el acervo cultural de las diferentes civilizaciones que han pasado por la historia, sino también para permitirle construir su propia identidad, buscando y tomando datos de tiempos pasados que le faciliten más la elaboración de su propia idiosincrasia[1].

Nuestra Corte Superior de Justicia de Lambayeque, hoy cumple 103 años de vida institucional, por ello considero propicia la oportunidad para que a través de esta intervención dar a conocer algunos alcances de lo que ha sido su historia.

Hace tres años (2020), cuando nos preparábamos para celebrar los 100 años de vida institucional de nuestra querida casa laboral, fui convocada junto con los magistrados Edwin Figueroa Gutarra y Margarita Isabel Zapata Cruz por el señor presidente de Corte, Dr. Oscar Manuel Burga Zamora para ser parte del Consejo Editorial del primer libro denominado “Corte Superior de Justicia de

[1] En https://www.importancia.org/historia.php visitado el 20-05-2023

Lambayeque: 100 Años de Historia", que, como su nombre lo indica, compilaba la historia de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque durante sus 100 años de existencia y que buscaba, en palabras del Dr. Burga Zamora, *guardar en la memoria los hechos de un siglo de vida institucional al servicio de la ciudadanía para que estas y las futuras generaciones recuerden y honren a los ilustres hombres y mujeres designados por Dios y por la patria para impartir justicia*.

Precisaba el Dr. Burga que, *para reconstruir la historia de nuestra Corte Superior de Justicia, no fue nada fácil rebuscar en viejos anaqueles la parte casi perdida de todo lo vivido. Ayudaron mucho personas e instituciones que guardan, celosamente y cual sagradas reliquias, antiquísimos documentos que relatan tan importante quehacer que desempeñaron los integrantes de este organismo judicial, desde cada uno de los presidentes hasta quienes día a día, desde los órganos jurisdiccionales y las áreas administrativas, buscaron que la justicia llegara a los rincones más olvidados del territorio que, con el tiempo, fue estableciéndose como jurisdicción nuestra. Ayudaron también, cómo no, las memorias de los presidentes, que por ley están obligados a dar lectura al término de su gestión.*

Documento histórico que gracias a la coordinación de la licenciada Jeanett Maribel Ortiz Zelada, encargada de la oficina de Imagen Institucional, y contando con la labor del investigador y redactor Víctor Larceri Díaz Suárez, bajo la asistencia de Carlos Sánchez Fernández, **constituyó el primer libro de la Colección Bicentenario de la Independencia del Perú del Fondo Editorial del Poder Judicial,** que, por los efectos de la pandemia de la COVID 19, fue presentado de manera virtual, por el entonces director del Fondo Editorial del Poder Judicial, Juez Supremo Dr. Francisco Távara Cordova, el Juez Superior de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque y miembro del comité editorial del libro, Edwin Figueroa Gutarra y la editora Gladys Flores Heredia, el 04 de setiembre del año 2020 con motivo de su participación en la Feria Internacional del Libro.

Se señala en dicho documento, que es el primero en su género en nuestra Corte y que debe servir como base para que acuciosos investigadores, y especialmente profesionales o trabajadores de nuestra institución, sigan ayudando a compilar la información que no encontraron.

En esta obra, encontramos importantes datos, como, por ejemplo, que habiéndose instalado la Corte Superior de Justicia de Lambayeque el 23 de mayo de 1920, tuvieron que transcurrir sesenta y seis años desde su fundación para que, en 1986, el Dr. Carlos Castañeda Zúñiga, entonces presidente de la institución, hallara y diera a conocer el Acta de Instalación; documento que permitió que, en 1988, bajo la presidencia de la Dra. Adriana Gonzales Vidal, celebráramos por primera vez el aniversario de creación del Distrito Judicial de Lambayeque, celebración que se ha mantenido en el tiempo, como la que ahora nos convoca.

También se señala que la creación de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque fue una iniciativa parlamentaria de los senadores Mariano Nicolás Valcárcel y Augusto E. Bedoya, quienes presentaron un proyecto de ley al Senado que, luego de ser aprobado, fue promulgado mediante la Ley n.o 4049, dada por el Congreso el 29 de marzo de 1920 y promulgada por el Ejecutivo el 30 de marzo de 1920, por el presidente Augusto Bernardino Leguía, (Poder Judicial, 2020b), cuya acta de instalación ha sido previamente leída. Así, dejábamos de pertenecer jurisdiccionalmente a la Corte Superior de Justicia de La Libertad.

Nuestra Corte, inició sus funciones en los altos del antiguo local del Colegio Nacional de San José, teniendo como funcionarios de Primera Instancia de la provincia de Chiclayo a los doctores Víctor M. Martínez y Miguel A. Puga. Este último ostentaba el título de Juez Departamental del Crimen con jurisdicción en las provincias de Lambayeque, Cutervo y Jaén. Las judicaturas de Primera Instancia estuvieron a cargo de los doctores Agustín Pérez García, J. César Alva y César Burga, respectivamente.

Entre el 10 al 14 de marzo del año en curso (2023), ocurrió un lamentable suceso que quedará impregnado en cada uno de nosotros, integrantes de esta familia judicial y de la comunidad lambayecana en general, pues, nuestra primera casa propia, el emblemático e histórico PALACIO DE JUSTICIA ubicado en la cuadra 10 de la calle San José, fue consumido por las llamas del fuego, como consecuencia de las torrenciales lluvias que azotó nuestra región producto del fenómeno climatológico “Yaku”.

Es por ello importante traer a la memoria de los presentes, la forma cómo nuestros predecesores consiguieron su construcción y las circunstancias que

rodearon a la misma, las que han sido recogidas en el libro **“Corte Superior de Justicia de Lambayeque: 100 Años de Historia”.**

Así, se precisa en el indicado documento que existe un gran vacío de datos históricos acerca de la construcción de la Corte, dada la desaparición de muchos documentos y los pocos que quedan solo pudieron ser rescatados a veces de periódicos o revistas del Archivo Regional de Lambayeque, o de colecciones de instituciones particulares o privadas, a las que se agradece por este cuidado histórico del acervo documental lambayecano.

Por Ley n.° 4696, promulgada el 5 de octubre de 1923, se votó la consignación en el Presupuesto General de la República, por dos años consecutivos, de la cantidad de cinco mil libras peruanas de oro para la construcción de un local para la Corte Superior del Distrito Judicial de Lambayeque y por la Ley n.° 5682, dada por el Congreso el 26 de enero de 1927, se dispone que el local para la Corte del Distrito Judicial de Lambayeque se levantara en el terreno que ocupaba el Colegio de Educandas de Nuestra Señora de la Concepción. No obstante, la Junta Central mandó paralizar la labor porque resolvió que todo el dinero se dedicase a la construcción de un camino carretero que, partiendo del lugar denominado El Inca, uniera a este lugar con la capital de la provincia de Cutervo (Rodríguez Llerena, 1936, p. 14)

Al conocerse esto, el Tribunal acordó, en Sala Plena, dirigirse al presidente de la Junta Departamental Pro-Desocupados, solicitando continuar la obra con los mismos fondos con los que se reiniciaron; no obstante, las gestiones realizadas ante el representante de tal entidad, así como a la Junta Central, no se logró conseguirlos y lo construido estaba en peligro de deteriorarse por acción del tiempo y de las lluvias. Asimismo, en el local en construcción, quedó depositada parte de la madera que había sido adquirida con esos fondos para el levantamiento de algunos compartimentos.

Gracias a la visita que hizo el presidente de la República, general de División Oscar R. Benavides, en setiembre de 1936, se salvó la situación de abandono en que se hallaba el Palacio de Justicia, pues enterado del estado avanzado de la construcción y del peligro que corría de deteriorarse lo ya construido, manifestó vivo interés y la mejor voluntad de buscar los fondos en el Presupuesto General de la República para dedicar una partida a la terminación de esa obra, expidiendo el 5 de octubre de 1936, la resolución suprema por la

cual se dotaba la suma de cuarenta mil soles oro para esta obra y se ponía a disposición del Tribunal para la renovación de los trabajos. En sesión extraordinaria, el Tribunal acordó agradecer al general Benavides por ese aporte. Los trabajos comenzaron el 18 de febrero de 1937. Sin embargo, al ser insuficiente el presupuesto asignado, se tuvo que limitar la construcción a la planta alta del local, dejando para otra oportunidad, cuando se considerara en el Presupuesto General de la República, otra partida de dinero, suficiente para la conclusión de la parte baja, en la cual deberían funcionar los juzgados y otras oficinas.

A 1942, ya habían pasado cinco años desde que se ocupó el edificio de la Corte Superior de Lambayeque que, por la amplitud y adecuada distribución de sus compartimentos, en los que funcionaban todas las oficinas de primera y segunda instancia, era considerado en esa época como el mejor local de las Cortes Superiores de provincias. Sin embargo, aún se carecía del mobiliario más indispensable, a pesar de las insistentes gestiones que habían realizado los presidentes del Tribunal: «Conocedor el senador Víctor Baca de esa carencia absoluta de muebles, ofreció gestionar del Gobierno, con el concurso de los demás representantes del departamento, el dinero suficiente para la adquisición de los muebles respectivos, que guardaran relación con la importancia arquitectónica del local» (Cancino, 1943, p. 28).

El año 1988, la presidenta de la Corte, Dra. Adriana Gonzales Vidal, incidió en que el Palacio de Justicia que ocupaba, desde su creación, no había visto influencia de ingeniería ni arquitectura, por lo que solicitó a los organismos pertinentes la construcción de un nuevo edificio y que con tal fin se había recurrido a la Cámara de Diputados y Senadores, a los diputados por Lambayeque y al presidente de la Corte Suprema, solicitándoles presentar un proyecto de ley para la transferencia de la antigua cárcel al Poder Judicial, a fin de que allí se construya un nuevo Palacio de Justicia.

Así, se abocó a gestionar ante la Corporación Departamental de Lambayeque, que presidía el Dr. Guillermo Baca Aguinaga, la construcción de la ampliación de la Corte ubicada en la calle San José, cuadra 10, en un terreno adyacente donado por el Comité de Apoyo al Poder Judicial. La Corporación destinó la suma de I/. 1 500 000 intis, cantidad en la que estaba presupuestada la construcción del primero de los cinco pisos de los planos aprobados para la ampliación de dicho edificio.

Con el devenir del tiempo, la infraestructura de este local se deterioró, por lo que se tuvo que reubicar los órganos jurisdiccionales y algunas oficinas administrativas, quedando solo habitable la construcción de la ampliación del edificio, área en la que funcionaban al 10 de marzo del año 2023, el 9° Juzgado de Trabajo y el Juzgado Penal Liquidador. Así como las siguientes áreas administrativas: Gerencia de Administración Distrital, Unidad de Planeamiento y Desarrollo, Unidad de Servicios Judiciales, Unidad de Administración y Finanzas, ODAJUP y la oficina del Sindicato de Trabajadores del Poder Judicial, las que han sido afectadas por el incendio, siendo una de las pérdidas más relevantes por su valor histórico, los archivos de la biblioteca de la Corte, de Presidencia, Odecma, entre otros.

He querido resaltar la forma y circunstancias cómo se construyó nuestra primera casa judicial, para extraer de ello la capacidad de gestión, unión y compromiso de nuestras autoridades locales, departamentales y nacionales para el logro de un fin común, contribuyendo a que se convirtiera en el mejor local de las Cortes Superiores de provincias, pues la Corte Superior de Justicia de Lambayeque era y es una de las más importantes de nuestro país.

Los grandes cambios no suceden de inmediato pero con esfuerzo, incluso lo difícil se puede volver lo sencillo, por ello invoco ahora, a todas nuestras autoridades locales, departamentales y nacionales, así como a los jueces y juezas de todas las instancias, funcionarios, personal jurisdiccional y administrativo de esta Corte, para que unamos esfuerzos y que los ofrecimientos que hicieron las autoridades al señor presidente de Corte de apoyar **en la reconstrucción de nuestro palacio de justicia se cristalice con acciones concretas, dotándonos del presupuesto y logística necesarios para hacer resurgir cual ave fénix nuestro emblemático palacio de justicia por ser patrimonio cultural de nuestra nación**.

Finalmente, debo destacar que las acciones que, como Poder Judicial, realicemos en el presente, serán valoradas y juzgadas en el futuro, como son los compromisos asumidos -basados en el Plan Estratégico Institucional del Poder Judicial 2021-2030, la Política Pública de reforma del sistema de justicia y el Plan Nacional de Competitividad y productividad 2019 - 2030- esto es, el establecer una gestión planificada y transparente con reestructuración de procesos, cultura organizacional en la que prime la asertividad y empatía con

el usuario, implementación de herramientas tecnológicas a fin de potenciar los procedimientos administrativos, potenciación de los mecanismos de la lucha contra la corrupción, así como la concientización sobre la identidad de género y lucha contra la violencia de género. El cumplimiento de tales compromisos obliga a cada uno de los operadores de nuestra institución, desde los Magistrados, funcionarios, personal jurisdiccional y administrativo a actuar brindando un servicio de justicia humanizada, transparente, honesta y de fácil acceso al ciudadano.

Damas y caballeros:

Hoy, contemplando lo realizado y reflexionando hacia el futuro, hacemos votos por el progreso de nuestra Institución, festejando con alegría y satisfacción sus 103 años, ***comprometiéndonos a seguir brindando una administración de justicia*** **humanizada, transparente, honesta y de fácil acceso al ciudadano,** por ello va mi reconocimiento a todos y cada uno de ustedes, señores Magistrados, funcionarios, auxiliares jurisdiccionales y administrativos, de ayer y hoy, por su pasión y entrega, por su dedicación y compromiso, que enaltece a nuestra querida Corte Superior de Justicia de Lambayeque.

¡FELIZ CENTESIMO TERCER ANIVERSARIO CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE!

Chiclayo, 23 de mayo de 2023

CORRUPCION, DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS: UNA RELACIÓN EN CONSTRUCCIÓN

La ignorancia, el olvido o el menosprecio hacia los derechos del hombre
son las únicas causas de las calamidades públicas
y de la corrupción de los gobiernos
Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano
1789

Edwin Figueroa Gutarra[1]

Resumen: Las relaciones entre democracia y derechos humanos suelen ser de progresividad, a diferencia de la corrupción, fenómeno histórico que plantea condiciones de regresividad. Establecer una vinculación entre estos tres conceptos nos conduce, necesariamente, a una pretensión de reforzamiento de la democracia, de un lado, así como a una aspiración por la mayor vigencia de los derechos humanos. Reducir los efectos nocivos de la corrupción es hoy una tarea urgente para todo Estado, y de ahí la necesidad de repensar el tema de medidas a adoptar, una y otra vez. Se trata de retos impostergables.

Palabras clave: Corrupción, democracia, derechos humanos, medidas contra la corrupción

Abstract: The relations between democracy and human rights tend to be progressive, unlike corruption, a historical phenomenon that poses regressive conditions. Establishing a link between these three concepts leads us, necessarily, to a claim to reinforce democracy, on the one hand, as well as an aspiration for the greater validity of human rights. Reducing the harmful effects of corruption is today an urgent task for every State, and hence the need to rethink the issue of measures to be adopted, over and over again. These are unavoidable challenges.

Keywords: Corruption, democracy, human rights, measures against corruption

Sumario

Introducción. 1. La corrupción y la complejidad de sus contenidos. 2. Democracia y corrupción: una relación de oposición. 3. Corrupción y derechos humanos. ¿Vinculaciones implícitas? 4. Un glosario de medidas para combatir la corrupción. 5. Ideas a título de conclusión

[1] Doctor en Derecho. Juez Superior Distrito Judicial Lambayeque, Poder Judicial del Perú. Profesor de la Academia de la Magistratura del Perú. Docente Área Constitucional Universidad San Martín de Porres, Filial Chiclayo. Ex becario de la Agencia Española de Cooperación Internacional AECID. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y de la *International Association of Constitutional Law*. (IACL). efigueroag@pj.gob.pe. Código de investigador ORCID: https://orcid.org/0000-0003-4009-3953

Introducción

La corrupción es un término que presenta ribetes de complejidad. En rigor, no todo acto de corrupción implica, en estricto, una violación de derechos humanos, y cuando sí tiene lugar un esbozo de afectación de estos derechos por parte del acto corruptor, entonces suele ocurrir una violación muchas veces indirecta. En ese orden de ideas, resulta necesario realizar una delimitación de cuál es el nivel de lesión a los derechos humanos, pues los estándares de trasgresión directa e indirecta pueden a su vez variar en función a determinados factores.

En esa escena con pretensiones definicionales, aparece la referencia a la democracia como un elemento relevante, pues he aquí la necesaria consideración de que la corrupción constituye una suerte de traición directa los principios de ética democrática, una de cuyas vertientes kantianas la constituye el imperativo categórico de hacer el bien sin distinción. Y en propiedad, la corrupción vacía de contenido formal y material la democracia, pues no solo implica una conducta que prevalentemente trasgrede las normas procedimentales de rigor de un correcto funcionamiento de la administración pública, estamento base de todo Estado, sino que lesiona el deber de corrección que toda democracia importa, lo cual a su vez evidencia que fallan las bases mismas del Estado de derecho cuando la corrupción asciende a niveles de macro corrupción.

Enlazadas las ideas que graficamos *supra,* buscamos esbozar, sin pretensiones de autoridad, qué implica la corrupción, aproximarnos a una definición de la misma, escrutar su contenido y dar cuenta de la complejidad de su definición, pues deviene necesario contextualizar la corrupción, más aún cuando esta sí implica una trasgresión normativa.

De la misma forma, importa desarrollar un análisis del nivel de afectación de la democracia, como norma de convivencia social, cuando la corrupción mina esa confianza necesaria que implica el *pactum societatis* hobbesiano, de acuerdos mínimos para convivir socialmente. Aquí la corrupción - nuestra mención es enfática- es una de las tantas expresiones de esa alegoría del *homo homini lopus,* u hombre lobo del hombre, en tanto describe una especie de rompimiento de reglas del pacto social. Más aún, debe preocuparnos que la corrupción, en casos extremos, adquiera niveles preocupantes de distorsión que convierten democracias plenas en Estados fallidos, desnaturalizando así la esencia del Estado de derecho.

A continuación, una idea eje siguiente en este estudio es desarrollar una aproximación a la noción de vinculación entre corrupción y derechos humanos, sobre la idea central de que no todo acto corruptor va a significar una trasgresión manifiesta de los derechos humanos. Interesa aquí efectuar una correlación de contenidos de ambos conceptos, para una mejor delimitación de cuándo ocurre, a partir de un acto corruptor, una afectación de los derechos humanos.

En suma, es nuestra intención armar un trípode en el cual advirtamos que la corrupción ha trascendido desde tiempos inmemoriales, pero en tiempos actuales lo ha hecho con más énfasis, y ha escalado para convertirse en una de las amenazas más serias a la democracia y al Estado de derecho.

De igual forma, en esa visión triangular de esos elementos, es menester entender que los derechos humanos, en una gran mayoría de situaciones acotadas, resultan igualmente afectados, con lo cual

se supera la idea anquilosada, como se entendía antaño, de que la corrupción constituía un fenómeno aislado. Hogaño, es de suyo necesario asumir que la corrupción ha llegado a vulnerar el corazón mismo del Estado de derecho, a tal punto que existen Estados que han pasado a ser, de "democracias plenas", en la clásica definición del Índice de Democracia 2022 de *The Economist*, a "democracias defectuosas", "regímenes híbridos" y "regímenes autoritarios".

La pregunta vital es, entonces, qué hacemos para frenar la corrupción, cómo logramos aminorar sus índices, y cuáles esfuerzos son necesarios, en un plan de más largo plazo, para erradicarla de nuestras democracias. He aquí que pretendemos construir un glosario de medidas necesarias para ese propósito, todas ellas políticas públicas que, bajo reglas de mayor transparencia, apunten a la consolidación del Estado de derecho. Y solo si este se afianza, estamos ante una democracia plena. Es esta última el ámbito al que nos corresponde aspirar como ciudadanos convencidos, y nos sirve de ejemplo el caso de los griegos, al referirse a que la democracia no es la mejor forma de gobierno, pero es objetivo señalar que es la menos mala de todas las formas de gobierno existentes.

1. La corrupción y la complejidad de sus contenidos

Es complejo definir el fenómeno de la corrupción. De pronto argüimos un contexto peyorativo respecto al acto corruptor y sus partícipes y, sin embargo, asumiendo que no todo acto de corrupción lesiona gravemente los derechos humanos, podríamos acaso tentar preguntarnos si hay una corrupción benigna y otra, aquella que lesiona derechos humanos, de carga enteramente negativa. Consideramos que todo acto corruptor constituye una trasgresión moral, en mayor o menor grado. Si el contexto es de vulneración de derechos humanos, por cierto, la carga moral negativa es mayor. Si se trata de un acto de corrupción que no trasgrede el ordenamiento penal de un Estado, esa anomia de persecución penal no implica que no haya un dilema ético. Por cierto, que lo hay, diremos en menor grado, pero finalmente habrá reprobación moral.

Malem señala con acierto que cuatro aspectos caracterizan a la corrupción; en un primer orden de ideas, ha atravesado todas las épocas; a renglón seguido, identifica que se ha manifestado en todas las zonas del planeta; en tercer lugar, ha afectado todos los sistemas políticos; y finalmente, ha afectado toda actividad humana, pública o privada. (2014, p. 65)

La aseveración que antecede en enteramente gráfica: la corrupción se remonta al origen mismo del hombre, a su estado incluso de naturaleza y, desde ya, ha convivido con el ser humano. Entonces, se trata de un fenómeno de larga data. De otro lado, no existen Estados *welfare* o de bienestar ajenos a la corrupción, y una zona sur en vías de desarrollo más proclive a la corrupción. Esta ha penetrado, validando la tesis de Malem, todo sistema de convivencia social, desde democracias plenas hasta regímenes autoritarios y, sin embargo, he aquí una necesaria atingencia con pretensiones de taxatividad: donde hay más corrupción, existe, como lógica de necesaria conclusión, mayor violación de los derechos humanos.

Finalmente, las fronteras de la corrupción se difuminan hoy entre lo público y lo privado. Contemporáneamente, la separación hoy es más tenue. La actividad pública tiene incidencia sobre la privada y esta, a su vez, interactúa, en mayor o menor grado, con la pública. Sin perjuicio de lo expuesto, hay una mayor gravedad en la corrupción de funcionarios públicos, pues la lesión al

correcto funcionamiento de la administración pública, como bien jurídico protegido, tiene un efecto trasversal de mayor connotación.

En definiciones complementarias, podamos observar que la ONG Transparencia Internacional considera la corrupción como el "abuso de poder encomendado para obtener beneficios privados". (Oficina Antifrau de Catalunya, 2020, p. 12). La premisa aquí sostenida es objetiva: la corrupción, en su condición de desvalor, representa un exceso frente al poder del cual se goza. El agente corrupto abusa de las facultades encomendadas en beneficio propio, y con ello causa perjuicios, en mayor o menor grado, a los derechos humanos de un colectivo determinado de personas.

Normativamente, en esta misma línea definicional, la Convención de las Naciones Unidas, del año 2003, contra la Corrupción alude a que:

> La corrupción es una plaga insidiosa que tiene un amplio espectro de consecuencias corrosivas para la sociedad. Socava la democracia y el Estado de derecho, da pie a violaciones de los derechos humanos, distorsiona los mercados, menoscaba la calidad de vida y permite el florecimiento de la delincuencia organizada, el terrorismo y otras amenazas a la seguridad humana.

La definición acotada *supra* es, desde nuestro punto de vista, bastante completa. Como plaga, la manifestación es objetiva en el sentido de que la corrupción no ha podido ser erradicada, y hemos de arriesgarnos a convivir con ella si no se intensifican las políticas públicas encaminadas a su erradicación. Por otro lado, calza la noción de corrupción ofrecida en el propósito de este estudio, en la medida que significa una deconstrucción de la democracia como modelo de Estado de derecho, además de reafirmarse que viola derechos humanos. Por último, es la corrupción fuente de alimentación de diversas amenazas a la seguridad de las sociedades, en tanto ella suele asociarse a otras modalidades endémicas de delincuencia.

Las acotaciones formuladas son claras. De un lado, la corrupción parece haberse afianzado en los últimos lustros, al ostentar cierta impunidad, dado que la corrupción no siempre es sancionada, y las veces que lo es, suele ocurrir que ello tiene lugar sin la contundencia necesaria. De otro lado, las perspectivas de crecimiento de las sociedades se reducen, pues la corrupción, muchas veces, al existir ausencia de fiscalización, genera servicios públicos sin la calidad de supervisión necesaria.

A modo de ejemplo concreto, si un proveedor logra, bajo prácticas desleales, un beneficio en una obra determinada, es muy probable que, rota la regla de la sana competencia, aquel servicio encarecido por la dádiva a desembolsar, represente un sobrecosto que se traduce, al final, en que el Estado paga más por menos.

En otro ámbito de enfoque, las modalidades de actos de corrupción son recogidas por la Convención Internacional contra la Corrupción, y el artículo VI de dicha norma prevé, en su numeral primero, diversas formas de enriquecimiento ilícito, soborno, obtención general de beneficios ilícitos, aprovechamiento doloso y ocultación de bienes, y asociaciones ilícitas, además de hechos que sean catalogados en la legislación interna de cada Estado. (CIDH, 2019, p. 22)

Podemos concluir que esta enunciación es referencial, a la luz de la evolución incluso tecnológica que ha adquirido la corrupción. Aludimos, con esta atingencia, a que el avance de formas de corrupción se adapta al desarrollo de las sociedades, y es previsible que los Estados se vean en la

necesidad de regular, normativamente, la persecución de nuevas formas de corrupción. Es evidente que la corrupción busca, continuamente, modalidades de adaptación al mercado.

La trascendencia económica de la corrupción es otro fenómeno a considerar: ella fue, según cifras estimadas del Banco Mundial de 2004, de unos 50 billones de dólares hacia el año 1995. Esta cifra se disparó a 1,000 millones al año 2005 (Malem, 2015, p. 66). El crecimiento, a todas luces y tan solo 10 años después, ha sido exponencial.

Estas cifras tienen una connotación colateral que nos hace reflexionar: ¿cuánto se dejó de construir en obra pública a causa de estas ingentes cantidades? Advirtamos un aspecto muy importante: la corrupción hace desaparecer las reglas de eficiencia del mercado. Si una obra pública es sobrevalorada, entonces es menos probable un esfuerzo del proveedor por mejorar la calidad del producto. Este tiende a ser de notoria calidad inferior y, por tanto, la fiscalización de calidad en la obra o bien desaparece, o bien es muy tardía.

Un ejemplo de relevancia es el terremoto en Turquía en 2023: no solo tuvo lugar una cifra superior a las 40,000 muertes por dicho fenómeno telúrico, sino que además de muchas muertes de personas en edificios endebles, tras el movimiento sísmico decenas de miles de condominios necesitaron ser demolidos. ¿La causa? Flagrantes omisiones en los ámbitos de seguridad de muchas construcciones. ¿La causa anterior a esta causa? Corrupción en la concesión de permisos de construcción y ausencia de control.

Un intento de levantamiento de datos sobre la regionalización de la corrupción no aporta buenas noticias para las Américas, (Seinfeld, 2023, párr. 2) señalándose que el Índice de Percepción de la Corrupción (IPC) 2022, de Transparencia Internacional, que clasifica a 180 países y recoge opiniones del Banco Mundial, el Foro Económico Mundial, empresas privadas de consultoría y evaluación de riesgos, entre otros. El informe a que aludimos arroja una media de 43 para las Américas en una tabla que va de 0 a 100, esto es, estamos en menos de la mitad del conteo. Canadá (74), Uruguay (74), y Estados Unidos (69), aparecen mejor ubicados, en tanto Nicaragua (19), Haití (17) y Venezuela (14), denotan serios problemas de percepción. Perú llega a un puntaje de 36.

En relación a los factores que generan la corrupción la Oficina Antifrau de Catalunya (2020, p.8) nos brinda un esbozo de interés que amerita ser desarrollado. Señala al efecto que la tesis más difundida es la de Klitgaard, la cual señala que concurren, en relación al fenómeno de la corrupción, las siguientes circunstancias: monopolio de poder, discrecionalidad en las decisiones y ausencia de mecanismos de control, asumiéndose que estos son factores de base. Como elemento contributivo, acota Klitgaard el rol que cumple la impunidad como un factor que incrementa las prácticas corruptas. Cierra su cita con los factores socioculturales que permiten la sostenibilidad de este fenómeno.

Advirtamos que se trata de elementos que fomentan la corrupción. Un monopolio va a implicar ausencia de competidores y, por tanto, un manejo vertical de la oferta de determinados bienes y servicios. A su vez, si la discrecionalidad de los funcionarios es demasiado amplia, entonces hay un problema de configuración de las normas sobre la materia en el ámbito de potestades. Por otro lado, un elemento central en estas causas, es la falta de mecanismos de control, lo cual nos lleva a poner de relieve la exigencia de transparencia en las contrataciones públicas. En estas, debe ser posible que los ciudadanos puedan fiscalizar los movimientos que realizan entidades públicas,

cuando de inversiones del Estado se trate. Deberíamos poder contar con mecanismos que permitan a los ciudadanos escrutar, sin mayor dificultad, los detalles de importantes compras de bienes y servicios que el Estado realice. Hay un avance al respecto en los países de la región, pero es notoriamente insuficiente.

En palabras de Almagro, adicionalmente, tenemos que "la corrupción es una enfermedad hereditaria, autoinmune, de cualquier sistema político donde los seres humanos son sus operadores. No reconoce fronteras de ningún tipo, ya sean ideológicas, de color político, incluso de nivelesde fortaleza institucional." (Instituto de Estudios Constitucionales, (2018, p. 13)

La heredad a que se alude nos remonta a tiempos inmemoriales y hemos de aceptar, con pesar, que antes que haber sido erradicada la corrupción, los últimos lustros han evidenciado un reforzamiento de este fenómeno. Por último, la corrupción invade todos los escenarios de la vida humana, aún las democracias plenas o más prósperas, esto es, ser una democracia plena no es óbice para que allí germine la corrupción. Por tanto, la corrupción no es sectorial, es global, transversal e invasiva respecto de todas las actividades humanas.

2. Democracia y corrupción: una relación de oposición

Aun siendo la democracia la forma menos mala de gobierno, es pertinente que señalemos que, conforme acota Malem, ella no ha sido capaz de eliminar la corrupción. (2015, p. 63) No se trata, en este orden de ideas, de acusar de insuficiencias al modelo de democracia, mas no debemos dejar de advertir que, por excelencia, la democracia es el modelo de las libertades y, por consiguiente, también de los excesos que acarrean esas libertades.

La corrupción vendría a ser, de acuerdo a lo sostenido, un exceso, en sentido negativo, de la libertad que implica la toma de decisiones respecto a los deberes de función que involucra el correcto funcionamiento de una institución, sea pública o privada. Por su trascendencia, nos hemos de centrar en el ámbito público, sin dejar de acotar que la corrupción también atraviesa el sector privado, mas esta adquiere otros matices a escrutar. Lo grave de la referencia al sector público reside en que la acotación tiene lugar respecto a fondos públicos y, por tanto, pertenecientes a un erario de todos. Por tanto, atañe al destino de un colectivo humano más amplio.

Nuestra afirmación se extiende y engarza con otro signo distintivo de la corrupción. La corrupción en sí misma, según Malem, constituye una deslealtad hacia el sistema democrático (2015, p. 67). Esta afirmación parte de la idea de que, en democracia, existe un *deber de sujeción* a los valores éticos de esta forma de gobierno. Por tanto, funciona el pacto social de que cada quien se sujeta a un mínimo de obligaciones para con la sociedad: deberes ciudadanos, respeto por las normas, observancia del Estado de derecho, entre otros.

Esas lealtades fundamentan la ética pública que acotamos y sostienen, a su vez, el *Volksgeist*, o espíritu de confianza del pueblo en sus instituciones. La corrupción, en sí misma, socava las bases de esa pirámide democrática, rompiendo el acotado *deber de sujeción* ciudadano, en cuanto el acto corruptor no solo va en contra de la ley, las más de las veces, sino que rompe la necesaria sujeción al conjunto de reglas éticas que implica la democracia, así como expresa una deslealtad o apartamiento de un correcto accionar.

Chaves cita, en esa misma línea, una interesante definición de Garzón y señala que "la corrupción, […] implica siempre un acto de deslealtad o hasta de traición con respecto al sistema normativo relevante". (2022, p. 34) Hemos de sumar, a lo reseñado, que la traición efectivamente ocurre con relación a los deberes funcionales que se deben ostentar en todo sistema democrático. La corrupción, entonces, no solo constituye un desvío de la forma correcta de desempeño de un funcionario público, sino que este traiciona sus principios de debida diligencia.

Por otro lado, podríamos anotar que la corrupción identifique un contexto donde se logra un beneficio particular, por la comisión de un ilícito u omisión de determinado deber. Y, sin embargo, Malem anota que la corrupción no es un juego cooperativo donde todos ganan. (2015, p. 68)

Todos pierden, en rigor, con la corrupción: aquel que promete, en tanto evade reglas de competencia, por ejemplo, en un concurso público de obras. Las personas y las instituciones que prometen pierden prestigio en este tipo de situaciones. A su vez, el corrompido fue desleal con la democracia y cortó el camino, tomando un atajo indebido de percepción de un beneficio usualmente económico. Pierde la sociedad pues la corrupción significa un envilecimiento de las reglas mínimas de correcto funcionamiento de la administración pública y, a su vez, dicha pérdida se traduce en la prestación de servicios de menor calidad: precios encarecidos, productos de menor valor en cuanto ya no hay verdadera competencia, bienes sin garantías, etc.

Acota Malem que la corrupción tiene un impacto gravísimo en el sistema democrático, además de subrayar que "el principio de la mayoría, como rector de la toma de decisiones democráticas, que es a su vez piedra basal de la idea misma de democracia, se destruye." (2015, p. 68)

He aquí una anotación de mayor valor en la medida que la corrupción acarrea que las decisiones políticas ya no sean adoptadas con el sentido propio del interés general, sino en función de intereses particulares corruptores. El *corsi e ricorsi* de la democracia, esto es, el ir y venir de la democracia parte de una idea matriz de que es un interés difuso, amplio y extendido aquel que ha ser beneficiado por las decisiones políticas. La corrupción, valga el énfasis, rompe esa voluntad general rousseauniana para desviarse hacia intereses particulares.

A tenor de lo expuesto, podemos pensar en una relación de oposición entre democracia y corrupción, basados en la idea de que esta última es de suyo incompatible con la primera. Y si bien la corrupción es transversal respecto a la democracia, es decir, que tiene presencia incluso en el modelo más sostenido de democracia, resulta necesario trabajar con énfasis en su erradicación. ¿Es una tarea sumamente compleja? Por supuesto que sí. ¿Es una labor imposible? En definitiva, no.

En esa misma ruta de ideas, si "la corrupción es uno de los más serios obstáculos para consolidar un sistema democrático sólidamente fundado en el respeto del Estado de derecho y los derechos humanos", (Oficina Antifrau de Catalunya, 2020, p.7) hemos de inferir que el Estado de derecho plantea exigencias y niveles, cuando menos mínimos, de respeto por las reglas de convivencia en sociedad. Si la corrupción desvía fondos públicos que deben satisfacer necesidades de una colectividad, se vuelven las espaldas a la confianza en las autoridades que el acto eleccionario significa, en cuanto se desnaturaliza un mandato popular. En otros términos, ese funcionario público corrupto defrauda la confianza popular puesta en su persona.

En adición a lo expuesto, Almagro señala que "la enfermedad de la corrupción hace que la democracia se debilite y empieza a generar importantes disfuncionalidades". (Instituto de Estudios Constitucionales, 2018, p. 16) De esta afirmación se desprende que, efectivamente, una democracia deviene en fallida cuando sus distorsiones son excesivas. La democracia necesita ser fuerte para un pleno disfrute de las libertades púbicas que el Estado de derecho acarrea. En estado de falencia, esas libertades decaen, sin más. La corrupción, entonces, es una de las disfuncionalidades más graves del Estado de derecho.

Nash destaca, en este mismo análisis y como otro valioso planteamiento, que:

> la centralidad de los derechos humanos en las últimas décadas se funda en un acuerdo ético y legal de que estos constituyen un pacto mínimo –moral y jurídico– sobre la forma en que el Estado (poder legítimo) debe tratar a los individuos sujetos a su jurisdicción y cuya protección no solo queda entregada a la soberanía nacional, sino que también es asumida como un compromisocon la comunidad internacional. (Konrad Adenauer Stiftung, 2019, p. 19)

La acotada centralidad de los derechos humanos no debe ser entendida como una forma de *human rightism,* (Instituto de Estudios Constitucionales, 2018, p. 76) es decir, una especie de *derecho humanitis* en cuanto a que todo devenga derechos humanos, y que haya que proteger una situación determinada simplemente porque involucra derechos humanos. Esto equivaldría a una especie de hiperactivismo judicial, desbordado, irreflexivo, voluntarista.

Aquí es de relevarse que los derechos humanos expresan un rol de valor en cuanto a la persona, y de suyo, habrá que proteger, en condiciones de razonabilidad y proporcionalidad, los derechos de quienes resultan afectados por los efectos de un fenómeno de corrupción, así como el Estado se ve en la necesidad, igualmente, de tutelar el derecho al debido proceso de aquella persona que resulta agente activo de corrupción. Esta debe ser condenada con el máximo rigor legal, pero por supuesto, dentro del marco de la ley y la Constitución.

A tenor de lo expuesto, entonces, no hay un exceso de los derechos humanos, sino un rescate de su centralidad, expresada en que corresponde un rol de equilibrio en la dilucidación de cuestiones que atañen a los derechos humanos a partir de fenómenos de corrupción.

Desde otro ángulo de enfoque, la democracia expresa, cualitativamente, un ejercicio más amplio de la libertad de contratar y de los efectos de esta, en cuanto hay mayor libertad económica. Pero esta históricamente ha estado sujeta a diversos niveles. Las experiencias controlistas de los años setenta del siglo pasado en América Latina transcurrieron y cedieron su espacio a corrientes de apertura. De esa forma, “la liberalización de los mercados, los procesos de privatización de empresas públicas y de servicios públicos, sentaban las bases para nuevas figuras ilícitas de actos de corrupción en la región.” (CIDH, 2019, p. 20)

Veamos que no acotamos una contradicción, esto es, no alegamos que no sea buena en esencia la democracia, sino que la ausencia de mejores controles en esta, precisamente, genera el espacio en esta para que se produzcan distorsiones. Resulta así, entonces, que la propia apertura de los mercados en los años ochenta del siglo pasado generara, sin que ese fuera su propósito objetivo, escenarios de mega corrupción, a nivel de distintos actores del sistema, y ello por cierto desnaturalizó la esencia positiva de la apertura de los mercados. Y reiteramos: esto no debe

conducirnos a la conclusión inválida de que la liberalización en sí es nociva, sino que esta, sin controles adecuados, genera consecuencias distorsionadas.

3. Corrupción y derechos humanos. ¿Vinculaciones implícitas?

De inicio podemos evaluar y considerar que hay ausencia de referencias directas a los vínculos entre corrupción y derechos humanos, en sus marcos teórico y práctico. (Oficina Antifrau de Catalunya, 2020, p. 5) Ello nos conduciría a la idea de que no todo acto de corrupción va a implicar una violación manifiesta de los derechos humanos. Esta tesis es aceptada y, sin embargo, se requeriría construir conceptualmente elementos diferenciadores para identificar cuándo la corrupción sí implica una afectación de los derechos humanos y cuándo ello no tiene lugar.

Proponemos, en ese sentido, una tesis amplia y no restrictiva. Nos explicamos gráficamente. Si una obra pública de enorme envergadura ha significado un acto corruptor grave, y ha involucrado la prestación de un servicio sin las condiciones de calidad del caso, entonces la afectación de derechos humanos se expresa en cuanto un número considerable de personas ven lesionado su derecho a recibir un servicio público en las condiciones adecuadas.

Podemos aquí enunciar la calidad de acabados de una carretera importante o bien los materiales médicos necesarios para emprender una correcta campaña de vacunación. En ambos casos, la afectación a los derechos humanos a la salud o la integridad corporal puede devenir manifiesta y, por tanto, aludimos a un nivel grave de lesión a los derechos humanos.

A su vez, si existe una dádiva indebida a efectos de no formar una cola, podríamos asumir que aquí la lesión de contexto es menor, y quizá le asignaríamos a este hecho solo una menor dimensión moral de afectación. El nivel de lesión es leve. Y, sin embargo, también hay vulneración pues aun cuando estemos frente a un hecho de contexto menor, pues igualmente se trata de un menoscabo a un deber de rectitud. La trasgresión a los derechos humanos es ínfima, pero existe.

Nos sería de utilidad, para direccionar nuestra afirmación *supra*, la teoría de la escala triádica que sostiene Alexy (2017, p. 468), en cuanto respecto de un derecho fundamental, se pueden distinguir tres niveles de afectación: grave, medio y leve. En el primer caso, por su propio nombre, la vulneración a un derecho es manifiesta, ostensible y grave. Por lo tanto, requiere y demanda reparación. En el segundo caso, si la afectación es media, entonces deberá dilucidarse, a la luz de criterios de razonabilidad y proporcionalidad, si se concede tutela y reparación. En el tercer caso, por último, la afectación es tan leve que, en definitiva, no hay exigencia alguna de protección.

Advertimos que el escenario que describe Alexy es mucho más complejo, en la medida que alude a niveles de afectación y satisfacción, así como a sub exámenes de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, propios de los criterios sustantivos de la ponderación y de las reglas procedimentales del test de proporcionalidad y, sin perjuicio de ello, hemos procurado adaptar algunos aspectos para graficar mejor nuestra propuesta.

En suma, reconvertido el planteamiento nuestro, la corrupción genera afectación a los derechos humanos, pero los niveles de lesión varían. Los escenarios graves, sin duda, van a acarrear la tutela del caso. Las circunstancias de afectación media demandarán juicios de esclarecimiento para

adoptar una posición de tutela. Y en el último caso de mella leve, la vulneración es ínfima, pero ello no implica que deje de existir.

Es muy importante tener en cuenta, en este aporte de conceptos, que "los derechos humanos tratan de limitar el poder y la corrupción es un abuso de poder".(Oficina Antifrau de Catalunya, 2020, p. 17) La atingencia es importante: si el poder se convierte en exceso, existe implícitamente un abuso del mismo, y frente a ello tienen lugar las medidas correctivas del caso, dentro de la ley y la Constitución de cada Estado, pues responder al abuso de poder con abuso de poder, desnaturaliza la misma esencia de una democracia.

Se critica que "en ocasiones, la lucha contra la corrupción no atiende a todos los derechos humanos porque su fin último no están siendo las personas sino objetivos como el crecimiento económico."(Oficina Antifrau de Catalunya, 2020, p. 20) A mérito de esta afirmación, es de advertirse que encontramos aquí una crítica contextual a los derechos humanos frente a la corrupción en sí misma. Y, sin embargo, creemos que esta crítica pierde oxígeno, dado que todos los derechos tienen, en mayor o menor grado, un nivel de connotación económica, es decir, hay una vinculación directa o indirecta de los derechos humanos a un efecto económico determinado, y no se trata de conceptos opuestos, contrarios ni excluyentes. Por tanto, hay un nivel de conexión más allá de la esfera formal.

En la misma ruta de análisis, nos cuestionamos si podemos proyectar un desarrollo sostenible en contexto global y así podemos advertir que "la lucha contra la corrupción y la garantía de los derechos humanos son también factores clave para la consecución de los Objetivos del Desarrollo Sostenible. La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible constata la necesidad de integrar los derechos humanos y la lucha contra la corrupción, en particular, en el Objetivo de Desarrollo Sostenible 16, relativo a la paz, la justicia e instituciones fuertes." (Oficina Antifrau de Catalunya, 2020, p. 23)

A tenor de lo acotado, entonces, es parte de un desarrollo que acuse la condición de sostenible la acotada eliminación de la corrupción. La humanidad, en efecto, lograría mucho con políticas públicas transparentes, una de las cuales es la reducción drástica, sino desaparición, de la corrupción. ¿Hay mucho que hacer para ese propósito? De eso no nos quepa la menor duda. La condición es un conjunto de políticas públicas fuertes en ese sentido.

Citando nuevamente un estudio del Instituto de Estudios Constitucionales, en referencias que hace Almagro, tenemos que:

> En lo que hace a la conexión entre corrupción y derechos humanos, se han analizado al menos dos perspectivas diferentes. Por un lado, se estudia si la corrupción en sí, en tanto acción llevada a cabo por funcionarios públicos, implica una violación a los derechos humanos. Indudable y esencialmente lo es, en tanto lesiona los principios básicos de una democracia de igualdad de oportunidades para los ciudadanos. Solo accede a derechos quien puede comprarlos. También colide con el interés público, al originarse en la superposición de interés público y privado de los responsables. Es la segunda perspectiva, que claramente es consecuencia de la primera, la que más nos preocupa. Esto es, cuando la corrupción llega a extremos de debilitamiento institucional que conllevan a la consolidación de la impunidad. Cuando ello ocurre, las garantías del derecho desaparecen por completo. Los derechos se

> relativizan, haciendo tambalear o desnaturalizando por completo el Estado de derecho. (Instituto de Estudios Constitucionales, 2018, p. 14)

Ciertamente el debilitamiento institucional constituiría uno de los más graves efectos de la corrupción, pues dado ese escenario, se resquebraja gravemente el Estado de derecho y ya no hay confianza de los ciudadanos, dado que se asume que ninguna institución funciona. He aquí un efecto devastador de la corrupción, en tanto dada esa coyuntura es la desconfianza la moneda corriente de intercambio en el diario quehacer entre ciudadanos e instituciones.

A lo arriba enunciado Peters, en el cuerpo del mismo estudio, suma una reflexión que grafica de la siguiente forma: "El número de sentencias condenatorias por soborno nacional e internacional es notoriamente bajo a nivel mundial. La corrupción continúa siendo asociada a la impunidad."(Instituto de Estudios Constitucionales, 2018, p 27) La mención resulta aquí categóricamente un complemento de lo antes acotado, pues la desconfianza en las instituciones va acompañada de una sensación de impunidad, lo cual deviene en un escenario más grave, en tanto transmite un mensaje distorsionado, en cuanto la idea es que quien delinque por corrupción, no resulta sancionado por el brazo de la ley.

Debemos aquí acotar algunas notas, siempre según Peters y la interrogante formulada es:

> ¿puede conceptualizarse la conducta corrupta como una violación de los derechos humanos? Y segundo, ¿deberían clasificarse y sancionarse los actos corruptos como violaciones a los derechos humanos? Mi respuesta es que dicha reconstrucción es jurídicamente contundente, y sus ventajas superan a los riesgos, por lo que podemos emprender esta construcción jurídica. (Instituto de Estudios Constitucionales, 2018, p.28)

Respaldamos la tesis de Peters desde diversos ángulos y sumamos, como elemento nuestro, que es sostenible argumentar siempre una vulneración de los derechos humanos, pero variando los niveles de afectación. Por ende, la propuesta de Peters goza de arraigo en gran parte del Derecho comparado. Queda el reto de desarrollar conceptualmente esas interacciones de grados de afectación, análisis que merece otro amplio espacio de escrutinio.

Sumamos otro ángulo de debate cuando analizamos, según Peters, que:

> la cuestión no es si hay o debería haber un (nuevo) derecho humano a una sociedad libre de corrupción. Tal derecho no está reconocido por la práctica jurídica ni existe necesidad de ello. Más bien, la corrupción afecta a los derechos humanos ya reconocidos y que están codificados en los pactos sobre derechos humanosde la ONU. (Instituto de Estudios Constitucionales, 2018, p. 32)

La propuesta de Peters aquí es de sumo interés, en la medida que resulta tan valioso sostener el derecho humano a vivir libres de corrupción, así como es viable describir doctrinaria y conceptualmente, esa sostenida vinculación por afectación con otros derechos humanos. Nos inclinamos por esta segunda tesis, dada su mayor amplitud de interacción con otros derechos humanos.

Debemos también observar que "el Estado moderno liberal es legítimo solo si protege los derechos humanos y según el grado en que los proteja. La diferencia restante es que la corrupción es un

delito de conducta, mientras que las violaciones de los derechos humanos pueden encontrarse solo si se produce realmente un daño concreto". (Instituto de Estudios Constitucionales, 2018, p. 61)

La diferencia argüida es, a nivel de nociones, correcta, pero acotamos un elemento diferenciador: la corrupción es un delito de conducta centralmente, pero ello no impide que afecte, simultáneamente, diversos bienes jurídicos. Por tanto, no se debe visualizar la corrupción bajo un efecto mimetizado expresado solo en una conducta determinada. Por otro lado, los derechos humanos afectan derechos en concreto, igualmente es cierto, pero a su vez acarrean daños colaterales por la corrupción, la cual, a pesar de identificarse como conducta, tiene un efecto múltiple de afectación. Por lo tanto, esta diferencia no deviene categórica.

Finalmente, Nash sostiene que "para establecer un vínculo sustantivo entre un hecho o situación de corrupción y una violación de derechos humanos es necesario que el acto de corrupción tenga la capacidad de generar una infracción a las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos" (Konrad Adenauer Stiftung, 2019, p. 28)

La acotación aportada es de interés, pues la lesión a los derechos humanos, para ser asimilable a cuestión jurídica en el ámbito supranacional exige, como requisito necesariamente concurrente, la responsabilidad de los Estados. Esto deviene determinante, insistimos, pues de existir un litigio privado, de suyo aquello no ha de trascender al ámbito supranacional. En el caso que nos ocupa, el Estado no adopta medidas adecuadas frente a la corrupción y esta omisión acarrea la lesión sustantiva de varios derechos humanos, por una figura de omisión o falta de debida diligencia.

4. Un glosario de medidas para combatir la corrupción

Un balance liminar de lo hasta aquí esbozado, nos conduce a la necesaria idea de si la situación que describimos a lo largo de este estudio denota ser tan compleja cuando la corrupción amenaza, en sus diversas variantes, tanto la esencia de la democracia como el núcleo central de diversos derechos humanos. Es de verse, entonces, que deviene ineludible que, tras esos escenarios complejos que describimos, consideremos un conjunto de medidas para aminorar los efectos de la corrupción, en un primer rango de trabajo frente a este fenómeno, así como pensemos, en serio, en su erradicación.

Hemos ya hecho una reseña muy puntual de algunos instrumentos normativos en la lucha contra la corrupción. Aportemos ahora algunos detalles adicionales. Tenemos, desde el sistema universal, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, la misma que fue adoptada el 31 de octubre de 2003 y entró en vigencia el 14 de diciembre de2005.

En el ámbito Interamericano, la Convención Interamericana contra la Corrupción fue adoptada el 29 de marzo de 1996, habiendo entrado en vigor el 3 de junio de 1997. En esta misma línea, la Resolución 1/18, de 02 marzo de 2018, propuesta por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha establecido que “la corrupción es un complejo fenómeno que afecta a los derechos humanos en su integralidad –civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales–, así como al derecho al desarrollo; debilita la gobernabilidad y las instituciones democráticas, fomenta la impunidad, socava el Estado de derecho y exacerba la desigualdad."(Konrad Adenauer Stiftung, 2019, p. 24)

Igualmente, la Cumbre de las Américas, llevada a cabo en el año 2018, impulsó que los Estados avalaran el Compromiso de Lima sobre “Gobernabilidad democrática frente a la corrupción”. De ello fluye:

> que la prevención y el combate a la corrupción son fundamentales para el fortalecimiento de la democracia y el Estado de Derecho en nuestros países, y que la corrupción debilita la gobernabilidad democrática, la confianza de la ciudadanía en las instituciones y tiene un impacto negativo en el goce efectivo de los derechos humanos y el desarrollo sostenible de las poblaciones denuestro hemisferio, al igual que en otras regiones del mundo” (CIDH, 2019, p. 33)

Cerrando estos esfuerzos normativos, agregamos que la CIDH en su Resolución1/18 sobre “Corrupción y Derechos Humanos”, destacó la necesidad de “crear un ambiente libre de amenazas (…) de quienes investigan, informan y denuncian actos de corrupción y que la seguridad de las personas que se involucran en denuncias contra la corrupción (…) esesencial para erradicarla." (CIDH, 2019, p. 37)

Los acotados instrumentos internacionales antes reseñados constituyen un marco normativo de valor para enfrentar, desde una perspectiva integral, esto es, Estados internamente, y en condiciones de sistema externamente, el mal de la corrupción. Pero, impulsemos una de las primeras conclusiones de este estudio: es insuficiente lo que se ha previsto, hay que hacer más, y ello trasciende hacia un conjunto de pautas, entre principios y políticas públicas determinadas.

Hacer más, según acotamos, implica varios esfuerzos de consolidación. Uno de ellos sería, con suficiente razón, la estructuración de principios marco en la lucha contra la corrupción. En esa línea de pensamiento, señala Chávez que, con relación a los principios, "la Comisión Interamericana de Derechos Humanos cita cuatro de ellos que cobran especial relevancia: (i) igualdad y no discriminación; (ii) transparencia;(iii) rendición de cuentas; y (iv) participación". (2022, p. 54)

La propuesta de estos principios es fundamental. Igualdad y no discriminación nos refieren la noción de interdicción de la arbitrariedad. La discriminación solo puede ser positiva, si acaso concurren reglas de razonabilidad y proporcionalidad. En los demás casos, es una discriminación negativa y, por ende, arbitraria, excesiva y contraria a los derechos humanos. Por su lado, la trasparencia es un eje vital frente a la corrupción, en la medida que esta pretende ser oculta, disimulada y busca siempre pasar desapercibida. Con reglas de transparencia, de suyo la corrupción se reduciría a su mínima expresión.

La rendición de cuentas es otro aspecto vital. Si acaso hay un mandante en las relaciones democráticas, esa es la población que mayoritariamente eligió a determinadas autoridades. En estas, entonces, se crea el deber moral de rendir cuentas sobre sus actividades, y ello tiene lugar en vía de correspondencia con el depósito de confianza hacia los funcionarios por parte de las mismas. Finalmente, la participación nos da una visión de protagonismo de la sociedad en las decisiones más trascendentales en democracia. No es concebible un autismo democrático que mantenga a la sociedad alejada de sus autoridades. Es necesario fiscalizarlas dentro de reglas de democracia, y ello tiene lugar a través de un impulso de la participación ciudadana.

Lo acotado *supra* se refuerza al tenerse en cuenta que "en la lucha contra la corrupción, la rendición de cuentas y el *accountability* son esenciales y pueden ser herramientas muy eficaces para la protección de los derechos humanos. "(Oficina Antifrau de Catalunya, 2020, p. 34)

Desde otro enfoque, Malem propone un conjunto de sugerencias, que acogemos plenamente, para frenar la corrupción: (2015, p. 73), entre ellas, que se debe penalizar como delito tanto el ofrecimiento como la exigencia de dádivas. Ello ciertamente pasa por una tarea legislativa de configuración penal del delito de corrupción. A su vez, se requiere una mejora de los sistemas contables de los Estados, a nivel nacional y transfronterizo, en la medida que, a mayor control técnico en forma adecuada, menor espacio para el desarrollo de la corrupción.

Prosigue Malem proponiendo una mayor liberalización del secreto bancario en las investigaciones por corrupción, planteamiento que es inobjetablemente útil bajo una premisa clara: a mayor transparencia, mayor posibilidad de una vigilancia ciudadana. Ello se enlaza con la siguiente propuesta de una mayor publicidad de las transacciones mercantiles, aspecto que se inscribe con el propósito de transparencia que, en rigor, reduce ostensiblemente los niveles de corrupción.

Finalmente, propone esfuerzos educativos para prevención de la corrupción, herramienta que constituye una base conceptual de ejecución sostenida de todo esfuerzo por transparentar un mejor y más correcto funcionamiento de entes de la administración pública.

Por su parte, Nash señala que hay un trabajo incluso incompleto por parte de la Corte IDH, pues esta "ha tenido oportunidad de referirse al fenómeno de la corrupción como parte de su competencia contenciosa, pero hasta ahora solo lo ha hecho de manera indirecta. (Konrad Adenauer Stiftung. 2019, p.297) De esta afirmación se desprende una situación de disconformidad. La Corte IDH necesita abordar la corrupción, con más amplitud conceptual, en sus decisiones. Lo desarrollado hasta ahora resulta insuficiente pues si bien se trata de elementos guía en la lucha contra la corrupción, no existe, hasta donde alcanza este estudio, un abordaje integral por parte de la misma Corte respecto a este fenómeno invasivo de nuestra vida moderna.

Tengamos en cuenta, por otra parte, que;

> la corrupción no solo afecta al desarrollo económico y desalienta la inversión extranjera en un país, afectando de manera indirecta a los más precarizados, sino que además reduce el ingreso neto de quienes viven en la escasez, distorsiona las políticas, programas y estrategias dirigidas para satisfacer sus necesidades básicas y desvía los recursos públicos para inversiones en infraestructuras, que son elementos cruciales para reducir la pobreza en un país" (Oficina Antifrau de Catalunya, 2020, p. 43).

Queda así explicitado que la corrupción es una distorsión en democracia y que uno de sus efectos más adversos es, precisamente, afectar a quienes realmente padecen necesidades y necesitan de políticas públicas de sostenimiento. La ecuación es muy puntual: los ingentes recursos de los cuales se apropia la corrupción significan menos presupuesto para obras y servicios públicos. Ello ciertamente incide en una menor calidad de vida.

En este rango de reflexiones, es pertinente preguntarnos si se puede medir el comportamiento de los seres humanos cuando aludimos a la corrupción, y es de señalarse que:

> Naciones Unidas constata que la medición de la corrupción es problemática, ya que, en última instancia, se trata de medir el comportamiento humano. Por esa razón, los recursos dedicados a la medición pueden distraer la atención sobre otras cuestiones principales. La utilización del índice de condenas para evaluar la eficacia de las medidas de lucha contra la corrupción plantea problemas. Si bien la corrupción no puede erradicarse por completo, es preferible adoptar un enfoque de evolución, y no de revolución. La tecnología tiene un gran potencial con miras al fortalecimiento de la lucha contra la corrupción, aunque no es la solución a todos los problemas, y su uso indebido puede dar a lugar a una situación distorsionada de violaciones de los derechos humanos. (Oficina Antifrau de Catalunya, 2020, p. 53)

Poner la esperanza en la tecnología en la lucha contra la corrupción goza de una base conceptual amplia: la Inteligencia Artificial está hoy más presente que nunca en nuestras vidas y de suyo, la fiscalización de las operaciones de contratación de bienes y servicios por parte del Estado, puede ser objeto de políticas de transparencia en su dimensión más amplia. Por tanto, advirtamos que un aliado frontal en la lucha contra la corrupción, en el marco de un debido proceso, lo es la tecnología en sus diversas manifestaciones.

Adicionalmente, y en vía de cuestión sobre las dimensiones que nos generan las obligaciones de derechos humanos, hemos de considerar que:

> todos los tipos de derechos humanos dan origen a tres clases de obligaciones; concretamente: obligaciones de respetar, proteger y cumplir con los derechos humanos. La obligación de respetar es esencialmente una obligación negativa de evitar las intromisiones. La obligación de proteger se refiere principalmente a la protección contra peligros que surgen de terceros. La obligación de cumplir requiere una acción positiva por parte del Estado. (Instituto de Estudios Constitucionales, 2018, p. 37)

La lucha contra la corrupción asume diversos frentes, lo vemos. Una de las variables que puede adoptar la macro corrupción es la de cooptación institucional. Esta forma de corrupción se caracteriza porque, a través de actos lícitos e ilícitos, se captura una institución del Estado y se pone al servicio de intereses de actores estatales y no estatales, desnaturalizando sus funciones ordinarias. (Konrad Adenauer Stiftung. 2019, p. 38)

Este riesgo puede tener lugar y de ahí la necesidad de reforzamiento de las competencias de los estamentos policiales y fiscales para una lucha amplia contra la corrupción. Una Policía débil o un Ministerio Público sin autonomía no constituyen garantías del Estado de derecho y, por lo tanto, acarrean la penetración del Estado por parte de bandas delincuenciales y corruptas.

A nivel de lucha en el marco del Derecho Penal, Nash propone que:

> son tres las cuestiones a las que se debería dar preponderancia en materia penal para una eficaz lucha contra la corrupción con perspectiva de derechos humanos: a) la política criminal para enfrentar la corrupción, b) las condiciones de regulación de la justicia criminal en casos de corrupcióny, c) el respeto por el debido proceso. (Konrad Adenauer Stiftung. 2019, p. 47)

La propuesta que antecede es de interés en tanto la política criminal ancla su esencia en la idea de una política pública que atienda a la necesidad de entender la corrupción como una seria amenaza a la democracia contemporánea, y de ahí la necesidad de adecuar una política criminal que parta de la aceptación de la exigencia de altos baremos de respuesta. Por tanto, he ahí la importancia de consolidar una política criminal.

A su vez, la referencia a condiciones de regulación de la justicia criminal de cara a los casos por corrupción atiende a una noción de especificidad. La corrupción implica incluso el tratamiento de una justicia especializada frente a ese problema, pues las condiciones regulares de impartición de la justicia penal parecerían resultar insuficientes.

Por último, es ancla de esta propuesta el respeto por el debido proceso, en cuanto ausente este componente, regresaríamos a una guerra de todos contra todos, en la cual, con el solo afán de condenar, podrían los Estados avasallar los derechos de los perseguidos por este delito. Y la lección es clara: la justicia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos es para todos, no solo para las víctimas de corrupción. Por tanto, he aquí una exigencia necesaria de que todas las garantías judiciales que componen el debido proceso, sean escrupulosamente observadas, bajo apercibimiento de responsabilidad internacional del Estado infractor.

En relación al ítem de debido proceso, es de advertirse que Perú aplica, en casos complejos, hasta 36 meses prisión preventiva. (Konrad Adenauer Stiftung. 2019, p. 50) Esto, desde ya, es sumamente problemático, en tanto que nos cuestionamos si acaso esta figura no constituye ya una onerosa pena anticipada. Aquí la discusión se centraría en si se detiene para investigar, o si se investiga para detener. En suma, el sistema peruano, a juicio nuestro, no responde a los estándares interamericanos de razonabilidad en la persecución de las conductas vinculadas a la corrupción.

Nash plantea, en esta misma línea de sugerencias, algunas medidas " que parecen apropiadas para erradicar los factores institucionales y culturales que permiten, fomentan y generan situaciones de corrupción". ((Konrad Adenauer Stiftung. 2019, pp. 52- 58). Entre ellas tenemos, desde una perspectiva general, el fortalecimiento del Estado de derecho (vía prevención), una respuesta institucional adecuada frente a los casos de corrupción (protección y sanción), fortalecimiento de la participación ciudadana (prevención y corrección), fortalecimiento de la independencia, del poder judicial (prevención y sanción), fortalecimiento del goce y ejercicio de derechos humanos (prevención y corrección), y fortalecimiento de una cultura del respeto de la ley (prevención y corrección). La constante en esta referencia es, sin duda, un fortalecimiento de las instituciones, y aquí es importante, trascendental diríamos, la percepción de funcionamiento del Estado de derecho.

Lo acotado es de mucho valor: no debería sorprendernos que ocurra la corrupción en sí misma aun cuando la desaprobamos radicalmente, pero sí nos sorprendería que no funcionen las instituciones cuando tienen lugar estos fenómenos de corrupción, Esa percepción es relevante pues es aquella que determina cuánto confiamos los ciudadanos en nuestras instituciones.

En un glosario de sugerencias propias de un enfoque regional, Nash propone que los organismos de derechos humanos del SIDH deberían:

- Asumir el fenómeno de la corrupción como un elemento de análisis en materia de control y protección de derechos humanos.
- Considerar la situación de corrupción al momento de analizar las situaciones más graves de violaciones de derechos humanos (…)
- Considerar la situación de corrupción al momento de realizar visitas o informes de países. (…)
- Considerar la situación de corrupción estructural en la región al momentode estudiar informes temáticos y resoluciones.

- Considerar la situación de corrupción al momento de dar prioridad a la tramitación de casos individuales y solicitudes de audiencias temáticas.
- Visibilizar las formas en que la corrupción está violando derechos humanos y aquellas situaciones en las que es un elemento coadyuvante para que estas se produzcan. (…)
- Establecer criterios probatorios que permitan efectivamente dar cuenta del impacto de la corrupción en la violación de los derechos humanos.
- Tener especial preocupación por visualizar a las víctimas de la corrupción en todos los mecanismos de control y protección de derechos humanos, (…)
- En materia de protección de personas en situación de riesgo, considerar el fenómeno de la corrupción como un agravante para determinar medidas cautelares (CIDH) y provisionales (Corte IDH) de personas encargadas de luchar contra la corrupción (…). (Konrad Adenauer Stiftung. 2019, p.298)

El glosario de medidas que acotamos es amplio, en tanto recoge diversas posiciones institucionales y doctrinales sobre la materia, Más allá de estos planteamientos, consideramos que la toma de conciencia de medidas de transparencia es una medida frontal en la lucha contra la corrupción.

Es a partir de una voluntad política de transparencia que pueden ser configuradas diversas medidas que, de seguro, van a ir en la misma línea de hacer más visibles las actividades diversas de las instituciones en el marco estatal.

En suma, es la transparencia el punto de apoyo de Arquímedes a partir del cual se podrá mover y sostener el mundo de la lucha anticorrupción. Desde esa pauta y enfoque, la transparencia constituye un motor a partir del cual deberá decaer manifiestamente la corrupción en sus más diversas expresiones.

Ideas a título de conclusión

Construir una relación conceptual entre corrupción, democracia y derechos humanos conduce a importantes escenarios. Hemos de acotar aquí que definir la corrupción no es una tarea sencilla en cuanto presenta contenidos complejos. Aquí resulta importante delimitar qué entendemos por corrupción y corroboramos que se trata de un fenómeno muy amplio, universal e histórico.

De otro lado, entre democracia y corrupción se establece una relación de oposición. Una es incompatible con la otra y, sin embargo, a la luz de los datos y estadísticas ofrecidas *supra*, constatamos que históricamente ambos elementos han convivido por mucho tiempo, aspecto que nos hace reflexionar sobre el nivel de peligro de la mega corrupción para la estabilidad de las democracias. En muchos casos, la corrupción ha sido un elemento determinante para que democracias plenas hayan tenido que transitar a los otros incómodos estamentos de democracias defectuosas y regímenes híbridos y autoritarios. Por consiguiente, la corrupción necesita ser combatida.

En la misma línea de ideas, hemos construido la tesis amplia de vinculaciones implícitas entre corrupción y derechos humanos. Es verdad que no todo acto de corrupción genera una trasgresión de derechos humanos y, sin embargo, hemos sostenido un criterio contextualmente más difundido en el sentido de que aún la corrupción menor es también una trasgresión a los derechos humanos, aunque en forma leve. De esa forma, podemos sostener, con cierta suficiencia, que la corrupción vulnera siempre los derechos humanos. aunque ciertamente variando los niveles de afectación. Para

ello tomamos prestadas algunas ideas de Robert Alexy y sostenemos que la afectación es grave, media y leve.

Por último, hemos procurado armar un glosario de medidas para combatir la corrupción, a partir de las ideas de varios autores, e incluimos un conjunto de ideas propias que se expresan en el impulso de políticas públicas adecuadas que apunten a reducir drásticamente, la corrupción y sus efectos. Al respecto, hemos argüido que no sería propio enunciar, aunque sí sería lo deseable, erradicar completamente la corrupción. Una dosis de realismo, sin embargo, nos conduciría a que, aun no siendo un objetivo inalcanzable, hemos de centrar nuestros esfuerzos en propósitos que sí sean alcanzables, entre ellos, rebajar con fuerza la corrupción en las democracias contemporáneas., al punto de volverla anómica. Sabemos, en ese orden de ideas, que se trata de una tarea titánica.

El trípode que entonces describimos – corrupción, democracia y derechos humanos- consta de dos elementos trascendentes, valiosos, de progresividad, y uno de retroceso. La corrupción cuanto hace, en efecto, es reducir la expansión material de la democracia y producir riesgos tangibles de que esta sea fallida, con lo cual se producen distorsiones de los valores de este modelo de convivencia social.

En sentido opuesto, si la democracia es fuerte, plena y de proyecciones, esto es, si existe verdaderamente un *Etat de droit*, o Estado de Derecho, la corrupción va a retroceder, inobjetablemente, pero somos conscientes de que hay mucho por hacer al respecto. Ello exige trabajar mucho en políticas públicas eficaces.

En el mismo orden de ideas, la corrupción podrá avanzar poco o muy poco, si existen democracias que apunten a un mayor respeto por los derechos humanos. En la misma secuencia de oposición, la corrupción podrá avasallar los derechos humanos cuando existan democracias defectuosas o regímenes híbridos o autoritarios en los cuales se limiten seriamente las libertades ciudadanas. La ecuación que proponemos vuelve a ser puntual: si hay corrupción generalizada, es prácticamente un escenario seguro una masiva violación de los derechos humanos. A contrario, donde se respeten los derechos humanos, habrá menos posibilidades de desarrollo de la corrupción.

Frente al fenómeno de la corrupción, podemos coincidir, de seguro, con la percepción de Agustín de Hipona, según la cual los Estados que no se rigen por la ley y la justicia no son más que bandas de ladrones, afirmación que, en su verdadero contexto, no ha perdido su vigencia después de casi dos mil años.

Publicado en la Revista Oficial del Poder Judicial del Perú,
Vol. 15, nro. 19, enero- junio 2023, pp. 71-107

BIBLIOGRAFIA

Alexy, R (2017). *Teoría de la argumentación jurídica.* Palestra Editores. Lima 2007.

Chávez T. (2022). Corrupción, democracia y derechos humanos. En *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política.* Vol. 11, n.º 12, julio-diciembre, 2022. Universidad Ricardo Palma. Lima, Perú. file:///C:/Users/Usuario/Downloads/5075-Texto%20del%20manuscrito-19814-1-10-20221205.pdf

Comisión Interamericana de Derechos Humanos CIDH. (2019). *Corrupción y derechos humanos. Estándares interamericanos.* Organización de Estados Americanos. OEA. http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/CorrupcionDDHHES.pdf

Instituto de Estudios Constitucionales. (2018). *Impacto de la corrupción en los derechos humanos*. Estado de Querétaro**, México.** Prólogo de Luis Almagro. Editores Carlos Tablante y Mariela Morales Antoniazzi. https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37786.pdf

Konrad Adenauer Stiftung. (2019). *Corrupción, Estado de derecho y derechos humanos.* Manual de casos. Claudio Nash Rojas y Marie Christine Fuchs. Editores. https://www.corteidh.or.cr/tablas/r39615.pdf

Malem, J. (2015). Corrupción y derechos humanos. En *Derecho y Realidad.* Vol. 15, Nro. 25. Enero- junio 2015. pp. 63-74. file:///C:/Users/Usuario/Downloads/derechoyrealidad,+3_Corrupcion_derechos.pdf

Oficina Antifrau de Catalunya (2020). *Estudio sobre los vínculos entre la corrupción y los derechos humanos.* Equipo de Investigación del Institut de Drets Humans de Catalunya. https://www.idhc.org/arxius/recerca/Estudio_CorrupcionDerechosHumanos_ESP.pdf

Seinfeld J (2023) *Híbridos y corruptos*. El Comercio, 06 de febrero de 2023. Columna de opinión. https://elcomercio.pe/opinion/columnistas/peru-autoritarismo-democracia-hibridos-y-corruptos-por-janice-seinfeld-noticia/

ROBERT ALEXY Y EL "GIRO ARGUMENTATIVO" EN LA TEORÍA DEL DERECHO CONTEMPORÁNEA

Manuel Atienza
Universidad de Alicante

1.

Robert Alexy es, sin duda, uno de los teóricos del Derecho más importantes de las últimas décadas. Su obra ha ejercido, además, una gran (y benéfica) influencia en la filosofía del Derecho del mundo latino: de Europa y, quizás, sobre todo, de América. La influencia de Alexy no se reduce, por lo demás, al ámbito universitario, sino que se extiende también al de la práctica del Derecho, en especial, la judicial. La fórmula alexiana de la ponderación, por ejemplo, es hoy de uso corriente en los tribunales latinoamericanos. Diría incluso que de la misma se hace un uso que a veces es excesivo, innecesario. Problemas jurídicos que podrían resolverse con medios argumentativos, digamos, más sobrios, llevan ahora a no pocos tribunales de esos países a extensísimas motivaciones en las que no sólo se efectúa la ponderación siguiendo el esquema de Alexy, sino que, previamente, se expone con todo detalle la teoría[1], con la intención probablemente de transmitir a la audiencia la idea del alto nivel de preparación teórica de los jueces (y letrados) autores de las sentencias correspondientes. Pero de esta práctica, obvio es decirlo, el culpable no es Alexy.

La filosofía del Derecho que ha venido elaborando Alexy desde sus primeros trabajos de finales de la década de los 70 se puede incluir dentro del mismo paradigma al que pertenecerían también las obras de Ronald Dworkin, Carlos S. Nino o Neil MacCormick (especialmente, el MacCormick de los últimos escritos). A veces se califica, pero de manera muy confusa, de "neoconstitucionalismo"[2], pero el rótulo que me parece más exacto debería ser el de "postpositivismo constitucionalista". En lo esencial, se trata de una manera de entender el Derecho que tiene muy en cuenta el fenómeno de la

[1] Sobre la cual existen varios trabajos doctrinales de gran solvencia escritos por autores latinoamericanos. Entre otros: Carlos Bernal (2003), Gloria Lopera (2006) y Laura Clérico (2009)

[2] Sobre esto puede verse mi trabajo: *Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: Una defensa del postpositivismo jurídico* (Atienza 2014)

constitucionalización de los sistemas jurídicos sobrevenido, sobre todo, en las últimas décadas, y que considera que una conceptualización adecuada del Derecho (en particular, de ese tipo de Derecho) supone ver en el mismo no sólo una dimensión autoritativa, sino también un componente valorativo. Dicho en términos más clásicos, el Derecho es tanto voluntad como razón. Entre esos autores hay, obviamente, diferencias de acento (debidas a muy diversos factores: uno de ellos –yo creo que bastante relevante- tiene que ver con las peculiaridades de la cultura jurídica en la que se inserta la obra de cada uno de ellos), pero me parece, como antes decía, que las discrepancias no afectan a cuestiones que puedan considerarse esenciales, y de ahí que puedan situarse, en definitiva, dentro de un mismo paradigma teórico.

En el caso de Alexy, lo que constituiría el centro de su filosofía del Derecho sería la tesis de la doble naturaleza del Derecho. Tal y como él lo expresa: el Derecho "comprende necesariamente tanto una dimensión real o fáctica como una dimensión ideal o crítica. El aspecto fáctico se refleja en los elementos definitorios de la legalidad conforme al ordenamiento y de la eficacia social, y el ideal en el de la corrección moral" (Alexy 2009: 68). El tener en cuenta (también) ese elemento de idealidad moral es lo que hace que su concepción del Derecho tenga un carácter "no-positivista". Y Alexy considera que esa tesis muy general se despliega a lo largo de tres pasos.

El primero se caracteriza por la idea de que el Derecho plantea necesariamente una pretensión de corrección, la cual va unida a la teoría del discurso, en cuanto teoría procedimental de la corrección o de la verdad práctica; su tesis principal es que "la corrección de una proposición normativa depende de que la proposición sea o pueda ser el resultado de un determinado procedimiento", y ese procedimiento, el procedimiento discursivo, se define "mediante un sistema de reglas discursivas [monológicas y dialógicas] que expresan las condiciones de la argumentación práctica racional" (Alexy 2009: 72). Pero esa teoría del discurso tiene, en relación con el Derecho, ciertos límites que derivan, fundamentalmente, de estos tres factores: el discurso racional señala los límites de lo que es discursivamente imposible o necesario, pero hay un ámbito de lo discursivamente posible que queda abierto; la mera conciencia de la corrección no garantiza tampoco su observancia; y muchas exigencias de carácter moral y muchos objetivos razonables no podrían alcanzarse simplemente mediante la acción espontánea de los individuos. Se necesita, por ello, dar un segundo paso, pasar a un segundo nivel, que es el de

la positividad, en el que aparecen los procedimientos regulados por el Derecho positivo para garantizar la toma de decisiones, así como medios coercitivos y organizativos; dicho de otra manera, a la idealidad en forma de corrección y discurso se agrega ahora la facticidad, en forma de legalidad y eficacia (p. 76). Y, en fin, las dos dimensiones de idealidad y de facticidad tienen que combinarse en la proporción correcta, esto es, se necesita generar una "corrección de segundo nivel", que sería la tarea del tercer paso al que Alexy denomina "institucionalización de la razón". Esa institucionalización es una empresa compleja, en la que pueden distinguirse cuatro aspectos: 1) El límite extremo o último del Derecho: la tesis de que la injusticia extrema no es Derecho, la cual conecta el Derecho con la moral, pero sin exigir una coincidencia plena entre ambos; 2) El constitucionalismo democrático: la teoría del discurso plantea dos exigencias respecto al contenido y a la estructura del sistema jurídico, los derechos fundamentales y la democracia (deliberativa), y permite justificar también una jurisdicción constitucional en la medida en que la misma se conciba como una "representación argumentativa de los ciudadanos" (p. 80) para garantizar esos derechos; 3) La argumentación jurídica, entendida esencialmente como mecanismo que asegura la tesis de la pretensión de corrección; o sea, que cuando la "necesaria apertura del Derecho" lleve a que las decisiones (en los casos difíciles) no puedan tomarse simplemente con los materiales autoritativos del Derecho, las premisas adicionales tienen que poder justificarse por medio de la argumentación práctica racional (p. 81). 4) La teoría de los principios; lo que, a su vez, implica: la distinción, dentro de las normas, entre las reglas y los principios; la concepción de los principios como mandatos de optimización; la consideración de que los derechos fundamentales tienen carácter de principios; y la tesis de que, mientras que la forma de aplicación de las reglas es la subsunción, la aplicación de los principios exige la ponderación.

En relación con las obras de los otros autores mencionados, creo que puede decirse que la de Alexy es la que tiene un carácter más sistemático y también (quizás junto con la de MacCormick) la que más subraya el "giro argumentativo", es decir, la tendencia a estudiar los fenómenos jurídicos desde su vertiente argumentativa; una tendencia presente, de una u otra forma, en muchas direcciones contemporáneas de la teoría del Derecho y que, sin duda, es una marca distintiva de la cultura jurídica del mundo latino en los últimos tiempos. El enorme éxito que ha tenido la obra de Alexy en este ámbito puede deberse en cierta medida a esos dos factores, pero también, como es

obvio, al valor intrínseco de la teoría. Al fin y al cabo, no hay muchos ejemplos de proyectos iusfilosóficos tan ambiciosos como el de Alexy, consistente en presentar sistemáticamente el proceso de institucionalización de la razón en el Derecho, y llevado a cabo, además, de manera notablemente exitosa.

2.

Mi contacto con la obra de Alexy, y con el propio Alexy, viene de finales de los años 80, y estuvo motivado en mi interés por estudiar a fondo su *Teoría de la argumentación jurídica* que, como resulta de aceptación generalizada, es una pieza fundamental de ese giro argumentativo en la teoría del Derecho del que antes hablaba. Desde entonces he seguido con gran atención, y podría decir también que "desde cerca", el desarrollo de su obra teórica: una de las que más han influido en mi manera de entender el Derecho y cuyos planteamientos me parecen esencialmente acertados, aunque desde entonces haya discrepado con él en una serie de aspectos que probablemente habría que considerar como secundarios. Básicamente son estos tres: su tesis del caso especial; su manera de entender los principios como mandatos de optimización; su concepción de la ponderación.

2.1.

A comienzos de los años 90 (Atienza 1991) escribí un libro dirigido a exponer críticamente las diversas concepciones de la argumentación jurídica del siglo XX. Trazaba para ello una distinción, que creo ha tenido cierta fortuna, entre lo que llamaba "los precursores de la argumentación jurídica", en los años 50: la lógica de Viehweg, la nueva retórica de Perelman, la working logic de Toulmin; y lo que denominé como "la teoría estándar de la argumentación jurídica": la que se desarrolla a partir de los años setenta y que tendría como principales representantes a MacCormick, Alexy, Aarnio, Peczenik y Wróblewski.

El análisis de esa teoría estándar lo centré en las obras de MacCormick (el MacCormick de *Legal Theory and Legal Reasoning*) y de Alexy, a las que consideraba sustancialmente coincidentes. Los dos autores, me parecía, habían recorrido la misma vía, pero en sentidos opuestos. MacCormick arrancaba de las argumentaciones o justificaciones de las decisiones tal y como

de hecho tienen lugar en las instancias judiciales y, a partir de ahí, había elaborado una teoría de la argumentación jurídica que acababa por considerar como formando parte de una teoría general de la argumentación práctica. Alexy, al contrario, partía de una teoría de la argumentación práctica general que proyectaba luego al campo del Derecho para defender la tesis, central en su concepción, de que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general. Ambos autores, por otro lado –añadía-, no habrían pretendido simplemente elaborar una teoría normativa de la argumentación jurídica, sino también una teoría con propósitos analíticos y descriptivos. Las coincidencias, tanto desde el punto de vista normativo como analítico y descriptivo eran manifiestas, y diría incluso que, desde entonces, se han acentuado, puesto que MacCormick sufrió una evolución desde un positivismo de tipo hartiano (que constituye la base de aquella obra de 1978) hasta posiciones (en sus últimos trabajos: MacCormick 2005)) no positivistas y afines a las de Dworkin o el mismo Alexy. De hecho, tanto MacCormick como Nino se mostraron partidarios, en alguna de sus obras, de la tesis alexiana del caso especial: la que, como ya hemos visto, se enuncia diciendo que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general.

Ahora bien, esa tesis fue, casi desde el principio, objeto de críticas por parte de muy diversos autores y en el libro al que me estoy refiriendo (Atienza 1991) daba cuenta de las mismas siguiendo el esquema manejado por el propio Alexy (en Alexy 1989). Se trata de objeciones referidas al concepto, al alcance práctico de la teoría y a su posible dimensión ideológica que, telegráficamente expuestas, podrían condensarse así.

Las críticas de carácter conceptual se refieren tanto a cierta ambigüedad de la tesis central de Alexy (según que el acento se ponga en la noción de *caso*, o bien en la de *especial* -ver Neumann 1986-; o según que se hable de argumentación jurídica o discurso jurídico en un sentido más o menos amplio*)* como, sobre todo, al alcance de la noción de "pretensión de corrección". En relación con esto último, diversos autores habían formulado dudas en relación: 1) a que esa pretensión pudiera predicarse también de las argumentaciones que llevan a cabo las partes en un proceso (Neumann 1986); 2) a que tanto la argumentación dogmática como la judicial satisficieran la tesis del caso especial, dado que esas argumentaciones estarían limitadas por el Derecho positivo (que puede incluir normas injustas); 3) a que de la existencia de una pretensión de corrección en las decisiones jurídicas –por ejemplo, en

las decisiones judiciales- no podría inferirse, como lo pretendería Alexy, que en el proceso para llegar a ese resultado también se hubiesen respetado las reglas del discurso (Tuori 1989); 4) a que Alexy no habría distinguido con claridad entre el discurso dirigido a justificar una norma y el discurso dirigido a aplicarla; este último (el discurso jurídico –judicial-) no se caracterizaría por la existencia de una pretensión de corrección (que simplemente se presupondría), sino por la pretensión del carácter apropiado de la aplicación (Günther 1989); 5) a que el modelo de la racionalidad discursiva sólo cubriría lo que Habermas llama el *Derecho como institución*, el que regula las esferas de actividad del mundo de la vida, pero no el *Derecho como medio*, esto es, las reglamentaciones jurídicas que organizan los subsistemas de la economía, del Estado o de la Administración pública (ver Habermas 1987 y Tuori 1989).

En cuanto al alcance de la teoría (obviamente, una crítica muy ligada a lo anterior), podían señalarse cuatro objeciones: 1) No está claro que el modelo de Alexy permita integrar adecuadamente la racionalidad discursiva con criterios de racionalidad estratégica. 2) El progreso hacia una racionalidad más dialógica que, en principio, parecería suponer una teoría como la de Alexy (frente a la de MacCormick y su –monológica instancia del "espectador imparcial") podría ser más aparente que real, ya que Alexy reconoce que el procedimiento discursivo no puede normalmente realizarse en la práctica, sino que se lleva a cabo, hipotéticamente, en la mente de una persona (en cuyo caso, la ventaja en relación con la idea de espectador imparcial parece difuminarse). 3) El criterio para medir la racionalidad o justificabilidad de las decisiones jurídicas podría resultar demasiado lato y demasiado estricto al mismo tiempo: demasiado lato, porque los criterios son más de bien de carácter formal y flexible, de manera que lo que normalmente ocurrirá frente a un caso difícil es que las diversas soluciones propuestas superen esos criterios; y demasiado estricto, porque es dudoso que en muchos casos se cumplan reglas como la de la consideración recíproca de los intereses de todos los afectados, la exigencia de sinceridad o la obligación de citar los precedentes o de usar argumentos dogmáticos. 4) Todo lo anterior plantea dudas con respecto a las aportaciones de la teoría en el plano analítico y descriptivo y lleva a interpretarla más bien como una teoría prescriptiva: el discurso jurídico no sería un caso especial del discurso práctico general, sino que este último vendría a ser, simplemente, la instancia desde la que puede –y debe- evaluarse aquel.

Finalmente, las críticas de carácter ideológico se referían al riesgo de que la teoría pudiera contribuir a justificar, de manera acrítica, un determinado modelo de Derecho: el del Estado democrático y constitucional. Esos riesgos ideológicos derivarían: 1) de que si bien la exposición de las reglas del discurso práctico general la efectúa Alexy desde una perspectiva inequívocamente prescriptiva, sin embargo, cuando pasa al discurso jurídico se vuelve esencialmente descriptiva: las reglas de la razón jurídica serían las tradicionales del método jurídico (Gianformaggio 1984); 2) de la idealización de algunas de las instituciones centrales del Derecho moderno, como la dogmática o el proceso (Gianformaggio 1984); 3) de que Alexy no parece tomar en consideración la posible existencia de casos trágicos en el Derecho, casos para los que no existe ninguna respuesta correcta; y 4) de que la defensa de una conexión necesaria entre el Derecho y la moral tiene el riesgo de atribuir a lo jurídico un sentido encomiástico en una forma que podría resultar arbitraria.

Ahora bien, vistas las anteriores críticas desde la perspectiva de hoy (más de dos décadas después), mi opinión es que Alexy puede hacer (ha hecho) frente a las mismas de manera considerablemente exitosa. Y si lo ha hecho es porque, en gran medida, las objeciones anteriores tienen el sentido de poner de manifiesto la existencia de insuficiencias debidas a la falta de desarrollo de la teoría, más bien que a inadecuaciones de carácter objetivo, intrínseco. O sea, lo que él presentaba en 1978 (año de la primera edición de su "Teoría de la argumentación jurídica") no podía ser una teoría completa de la argumentación jurídica, porque Alexy no disponía aún de todos los ingredientes necesarios para ello. No había desarrollado aún (o sólo lo había hecho de una manera muy incipiente): una teoría de los principios (en cuanto tipo de norma contrapuesta a las reglas) como mandatos de optimización; una teoría de los derechos fundamentales y de la ponderación que, precisamente, presupone la noción de principio jurídico; y una concepción no positivista del Derecho, basada, como hemos visto, en la idea de que el concepto de Derecho contiene, además de una dimensión autoritativa, un elemento de idealidad –una "pretensión de corrección"- que es lo que, en último término, le lleva a sostener que existe una conexión de tipo conceptual entre el Derecho y la moral. Y no cabe, por lo demás, ninguna duda de que el trabajo teórico llevado a cabo por Alexy en estos últimos años es, verdaderamente, un desarrollo en profundidad de ideas que ya estaban en su obra seminal de 1978. Digamos que Alexy no pertenece a la estirpe de los autores que, en un cierto momento del

desarrollo de su pensamiento, han dado un giro de alguna forma radical; Wittgenstein, entre los filósofos, y von Ihering, entre los juristas, son buenos ejemplos de ello. El conjunto de los escritos de Alexy tiene un notable grado de coherencia interna (la de "coherencia", como se sabe, es también una noción importante en su teoría) y nada hace pensar que, a pesar de tratarse de un autor en plena producción, las cosas vayan a cambiar de cara al futuro. Podría decirse que el *leit motiv* de la obra de Alexy ha sido siempre la idea de que el Derecho debe contemplarse en el marco más amplio de la razón práctica.

Y, sin embargo, a pesar de todo ello, yo creo que en esas críticas (o en algunas de ellas) a la tesis del caso especial existe un punto de razón que no puede dejarse a un lado. Para formularlo de una manera muy sintética: la tesis del caso especial tiene, en mi opinión, el inconveniente fundamental de que uniformiza demasiado la argumentación jurídica, lo que supone, a su vez, el peligro de una teoría no suficientemente articulada (en el plano conceptual o analítico), menos útil en la práctica de lo que debiera ser (por su falta de realismo, de potencia descriptiva) y proclive a presentar la práctica jurídica (o algunos aspectos de la misma) en forma algo ideológica (dada su tendencia a la idealización). Trataré de fundamentar brevemente este juicio.

Yo no creo que, en rigor, la argumentación jurídica (si bajo este concepto se incluye –como, me parece, debe hacerse- no sólo la argumentación de los jueces y de la dogmática, sino también, por ejemplo, la de los legisladores o la de los abogados) sea un *caso especial* de la argumentación práctica general. La argumentación jurídica (entendida en ese sentido amplio) es una práctica compleja en la que concurren diversos tipos de argumentaciones, de diálogos, y en donde, dependiendo del contexto de que se trate, puede prevalecer una u otra de esas formas de razonamiento. Por ejemplo, parece evidente que los componentes retóricos de la argumentación tienen una extraordinaria importancia (constituyen quizás el elemento predominante) en la argumentación de los abogados (o en alguno de los contextos de la argumentación forense), mientras que no ocurre lo mismo con la argumentación de los jueces dirigida a justificar una decisión. Resulta también razonable pensar que cuando se trata de, a partir de todas esas prácticas, construir algo así como una teoría *general* de la argumentación jurídica, al discurso práctico racional (al discurso crítico) debe dársele cierta prioridad sobre los otros discursos; o sea, las formas estratégicas de argumentación no

están a la par de la argumentación crítica racional. Pero hay una forma de lograr eso (una cierta unidad en la diversidad) que, me parece, no es exactamente la que propone Alexy. En mi opinión, lo que habría que hacer es mostrar que el diálogo racional (el diálogo práctico general) permite justificar la existencia de esas otras formas de argumentación: el discurso predominantemente estratégico de los abogados, de los legisladores, de los negociadores…, aunque estas últimas formas no sean especies de ese género. Se trata, como digo, de una tesis distinta a la que parece defender Alexy, porque este último viene a sostener, si yo le interpreto bien, que las reglas del discurso práctico racional definen una especie de superjuego que contiene –en forma muy abstracta- las reglas de todos los otros juegos argumentativos, cada uno de los cuales estaría regido, además, por algunas reglas específicas adicionales y compatibles con las del discurso práctico general. Pero yo creo que esto no es así: algunas de las reglas que rigen estos tipos de argumentación contradicen las del discurso práctico racional; no son casos especiales, sino casos –prácticas- que, simplemente, pueden encontrar una justificación en el discurso práctico general. Y la distinción de esos dos planos normativos me parece esencial: las normas del discurso práctico general permiten justificar la práctica argumentativa de los abogados en la que, por ejemplo, no rige (o rige con muchísimas limitaciones) el principio de sinceridad.

Trataré de ilustrar lo anterior en relación con la tesis de la única respuesta correcta. Esa tesis, y tal y como la entiende Alexy: como un ideal regulativo, se aplica, en mi opinión, al caso de la argumentación judicial, hasta cierto punto al de la argumentación dogmática, pero no a la argumentación legislativa o a la de los abogados. En el caso de la argumentación legislativa, porque no parece tener sentido (o casi nunca lo tiene) pretender que una determinada ley (su texto articulado) es la única respuesta correcta para el problema que trata de resolver la ley en cuestión; o sea, los problemas que hacen que surja la necesidad de una argumentación legislativa son más abiertos (y complejos) que los de orden judicial y no tienen la estructura binaria de estos últimos, estructura que, naturalmente, favorece el que pueda hablarse de única respuesta correcta. Y en relación con la de los abogados, porque éstos (por razones institucionales obvias) no persiguen alcanzar la respuesta correcta, sino la respuesta favorable a los intereses de una parte. Frente a esto último, Alexy ha replicado en alguna ocasión que los abogados deben, al menos, hacer cómo que la respuesta que ellos defienden es la correcta (Alexy 1989: 317),

pues en otro caso no podrían persuadir a los jueces. Pero esto no parece muy satisfactorio. Por un lado, porque esa actitud ("hacer como si…") iría en contra de la regla que exige sinceridad. Y, por otro lado, porque no todas las argumentaciones de los abogados tienen como destinatarios a los jueces (aunque, como a veces se dice, todos sus argumentos –incluidos los que tienen como marco un proceso de negociación- se producen "a la sombra de la jurisdicción"): los procesos de negociación, mediación, etc. en que frecuentemente se ven envueltos los abogados, o los interrogatorios a testigos en el contexto de un juicio, constituyen también instancias de la argumentación jurídica.

2.2.

Como antes he dicho, Alexy desarrolló su concepción de los principios con posterioridad a los lineamientos generales de su teoría de la argumentación jurídica, si bien es cierto que, en su primer libro, de 1978, estaba ya apuntado ese concepto que adquirirá un gran peso a partir de su segunda gran obra, la *Teoría de los derechos fundamentales*. El libro, cuya edición original alemana es de 1986, se tradujo al castellano en 1993, y con esa ocasión publiqué una recensión del mismo (Atienza 1994), centrada en la noción de principios jurídicos que, como se sabe, constituye el núcleo de la teoría alexiana de los derechos fundamentales.

Señalaba allí que, a pesar de sostener una concepción principialista de los derechos, Alexy no defendía un modelo puro de principios, esto es, él no consideraba (no considera) que las normas en que se plasman los derechos sean exclusivamente principios, ni contraponía tampoco la noción de principio a la de valor o fin; al contrario, principios y valores vendrían a ser una misma realidad vista desde dos planos o ámbitos distintos: el deontológico (el del deber ser) y el axiológico (el ámbito de lo bueno). En su opinión, aunque norma de derecho fundamental y derecho fundamental no sean lo mismo, entre ambos conceptos existe una conexión esencial: siempre que alguien posee un derecho fundamental, existe una norma (válida) de derecho fundamental que le otorga ese derecho. Además, Alexy atribuía un papel crucial a la distinción entre reglas y principios, que entendía en un sentido parecido, pero no idéntico, al de Dworkin. Como es bien sabido, según Alexy, entre las reglas y los principios (y esa clasificación de las normas la entiende como exhaustiva y

excluyente: “toda norma es o bien una regla o un principio”) habría una diferencia cualitativa y no de grado: los principios son “normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes” (vid. Atienza 1994: 87), mientras que las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en ese sentido, sólo pueden ser cumplidas o incumplidas. Al igual que en la conocida caracterización de Dworkin, los principios tienen, según Alexy, una dimensión de peso de la que carecen las reglas y que lleva a que, en caso de conflicto entre principios, el mismo se resuelva a favor de uno de ellos, pero sin que eso signifique que el derrotado en esa ocasión deje de ser una norma válida del sistema. Pero la concepción de Alexy de los principios se diferencia de la del autor norteamericano en dos aspectos de cierta importancia. El primero tiene que ver con la cuestión de si para cada caso jurídico existe una única respuesta correcta. La contestación afirmativa a la misma que da Dworkin se basaría en lo que Alexy llama una teoría *fuerte* de los principios, esto es, una teoría que contenga no sólo todos los principios del sistema en cuestión, sino también todas las relaciones de prioridad abstractas y concretas entre ellos que permita determinar unívocamente la decisión en cada uno de los casos. Alexy rechaza esa posibilidad y en su lugar defiende una teoría *débil* de los principios, que permitiría construir un orden débil de los mismos (que evitaría su uso arbitrario) a partir de tres elementos: 1) un sistema de condiciones de prioridad que hacen que la resolución de las colisiones entre principios en un caso concreto tenga importancia para nuevos casos, puesto que la solución de esos conflictos da lugar a reglas: las condiciones bajo las que un principio prevalece sobre otro forman el supuesto de hecho de una regla que determina las consecuencias jurídicas del principio prevalente; 2) un sistema de estructuras de ponderación que derivan de la consideración de los principios como mandatos de optimización, tanto en relación con las posibilidades jurídicas como con las posibilidades fácticas; 3) un sistema de prioridades *prima facie*: la prioridad de un principio sobre otro puede ceder en el futuro, pero quien pretenda modificar esa prioridad corre con la carga de la prueba. El segundo aspecto en el que se separa de Dworkin es en considerar a todos los principios por igual como mandatos de optimización, lo que supone, entre otras cosas, prescindir de la distinción dworkiniana, dentro de la categoría general de los principios, entre *principles* (esto es, normas que establecen exigencias de justicia, equidad y moral positivas) y *policies* (que fijan objetivos, metas, propósitos sociales, económicos, políticos, etc.).

Pues bien, mi crítica de entonces a la manera de abordar los principios por parte de Alexy se refería únicamente a este último extremo y la basaba en varios trabajos que, sobre ese concepto, había ido elaborando, conjuntamente con Juan Ruiz Manero, a partir de 1991. En esos trabajos (Atienza y Ruiz Manero, 1991 y 1996) habíamos defendido una concepción de los principios jurídicos que tenía en cuenta diversos enfoques de las normas jurídicas y en la que la distinción entre principios en sentido estricto y directrices jugaba un papel de gran importancia. Entendidas las normas como correlaciones entre casos o condiciones de aplicación y soluciones normativas, la distinción consistiría en que los principios en sentido estricto sólo podrían considerarse como mandatos de optimización en el sentido de que, al estar configuradas sus condiciones de aplicación de forma abierta, la determinación de la prevalencia o no de un principio en un caso individual determinado exigiría ponderación para ver si el mismo prevalecía frente a los principios y reglas que jugaran en sentido contrario, pero una vez establecido qué principio prevalece, el mismo exigiría un cumplimiento pleno; mientras que las directrices, al estipular la obligatoriedad de utilizar medios idóneos para perseguir un determinado fin, dejarían también abierto el modelo de conducta prescrito, o sea, las directrices sí que pueden ser cumplidas en diversos grados. Además, desde la perspectiva de las razones para la acción, mientras que las directrices generarían razones de tipo instrumental o estratégico, las que derivan de los principios serían razones de corrección; o, dicho de otra manera, las primeras serían razones *finalistas* que estarían lógicamente subordinadas a las segundas, a las razones finales (vid. Atienza y Ruiz Manero 1991).

Y a partir de ahí (Atienza 1994) señalaba dos aspectos en que esa distinción (entre dos tipos de principios) afectaría a la posición de Alexy. El primero consistía en que la prevalencia de los principios en sentido estricto sobre las directrices permitiría configurar con más claridad la noción de “orden débil” que, como hemos visto, jugaba un papel importante en la racionalización de los principios ofrecida por Alexy. Y el segundo se refería a que la distinción en cuestión permitía también articular mejor la dimensión instrumental y la moral. En su *Teoría de la argumentación jurídica* aparecía sobredimensionado, en mi opinión, el aspecto moral, lo que llevaba a Alexy a considerar que la argumentación jurídica, en todas sus instancias, era un caso especial del discurso práctico general. Y en su *Teoría de los derechos fundamentales* me parecía que el riesgo era más bien el contrario: la misma fórmula de “mandatos de optimización” parecía sugerir que el manejo de los principios tenía sólo o

preferentemente que ver con una racionalidad de tipo económico o instrumental.

Esa crítica es parcialmente coincidente con la que le había dirigido Habermas en *Facticidad y validez*. En efecto, en ese libro, Habermas (1998) se había mostrado muy crítico con la manera de entender los principios (y los derechos fundamentales) por parte de Alexy como mandatos de optimización. Le parecía que eso era considerarlos como valores, en términos teleológicos, mientras que la manera apropiada de verlos (Habermas muestra su proximidad a la tesis de Dworkin de que los derechos fundamentales –los principios- deben funcionar como "triunfos" o cortafuegos) tendría que ser en términos deontológicos, como verdaderas normas, lo que, para Habermas, significa "normas obligatorias de acción", "normas de orden superior" "que obligan a sus destinatarios sin excepciones" y que "se presentan con una pretensión binaria de validez" (Habermas 1998: 332). Como consecuencia de ello, Habermas estimaba que mientras que las normas, tal y como él las entendía, tenían que ser aplicadas mediante un procedimiento de coherencia, lo que garantizaría que los derechos pudiesen cumplir la función antes señalada; los valores (los mandatos de optimización) sólo permitían fijar "relaciones de preferencia" que consentían diversos grados y exigían un procedimiento de ponderación que Habermas caracterizaba como una operación que "escapa a todo rigor conceptual y lógico" y lleva a una creación arbitraria de Derecho por parte de los jueces (Habermas 1998: 334). Una crítica, por lo demás, en la que Habermas no parece estar en absoluto solo. Por ejemplo (y habría muchos autores a los que cabría citar en el mismo o parecido sentido), Ferrajoli ha sostenido también con gran énfasis que una concepción como la de Alexy (y, en general, la de todos los autores a los que incluye en la categoría de "constitucionalismo principialista"), al caracterizar de manera indiferenciada a todos los principios como mandatos de optimización (en la terminología de Ferrajoli, como principios directivos o directivas, que él contrapone a los principios regulativos o imperativos (vid. Ferrajoli 2012: 34 y ss.), lo que produce es una debilitación de los derechos, de la normatividad de las constituciones, y pone en riesgo también la legitimidad de la jurisdicción, pues la ponderación es también para Ferrajoli, como para Habermas, un procedimiento conceptualmente oscuro y una fuente de arbitrariedad. El constitucionalismo principialista –concluye Ferrajoli- "conlleva, en definitiva, un debilitamiento y virtualmente un colapso de la normatividad de los principios constitucionales, así como una degradación de

los derechos fundamentales establecidos en ellos a meras recomendaciones genéricas de tipo ético-político" (p. 50).[3]

La réplica de Alexy a Habermas ha consistido fundamentalmente en señalar estos dos puntos. El primero es que la contraposición de la que Habermas parte entre el modelo de la ponderación y el modelo (ideado por Klaus Günther) del discurso de aplicación basado en la coherencia es, en realidad, falsa: la coherencia juega, por supuesto, un papel fundamental en la interpretación del Derecho, pero "no puede haber coherencia sin ponderación" (en Atienza 2001: 676). Y el segundo consiste en aclarar que la idea de optimización no destruye la estructura deóntica de los derechos fundamentales: "el simple hecho de la gradualidad no supone sin más una estructura teleológica…Naturalmente, el resultado final de una fundamentación que tenga por objeto derechos fundamentales debe tener una estructura binaria. Sólo puede ser válida o inválida. Pero el carácter binario del resultado no implica que todos los pasos de la fundamentación deban tener también carácter binario" (p. 676).

Y por lo que hace a la crítica que Ruiz Manero y yo le habíamos dirigido en relación con los principios, Alexy identifica cuáles son los puntos de acuerdo y los de desacuerdo. Así, existiría acuerdo en que los principios entran entre sí en colisión con frecuencia, y en que la solución para esas colisiones no puede ser otra que la ponderación. Y discreparíamos en estos dos extremos: 1) en que también para él resulta "particularmente importante" la distinción entre principios que tienen como objeto derechos individuales y principios cuyo objeto son bienes colectivos pero, sin embargo, él no defiende "una prioridad estricta de los principios que tienen por objeto los derechos individuales, sino una prioridad *prima facie*, lo que da lugar no a un orden estricto, sino a un orden débil entre ambos tipos de principios" (p. 677); 2) y en que, para él, la colisión entre derechos individuales no tiene una estructura distinta a la colisión entre derechos individuales y bienes colectivos.

[3] He criticado la postura de Ferrajoli, que él califica de "constitucionalismo garantista", y que contrapone al "constitucionalismo principialista" (en donde incluye a autores como Dworkin, Alexy, Nino, Zagrebelsky o a mí mismo) en Atienza 2012. Uno de los puntos de mi crítica, por cierto, consiste en que Ferrajoli identifica, equivocadamente, la concepción de los principios de Alexy con la elaborada conjuntamente por Ruiz Manero y por mí y nos atribuye así la tesis de que nosotros consideramos todos los principios como mandatos de optimización.

Pues bien, transcurridos también algunos años en relación con las discusiones a las que acabo de referirme, mi opinión es, por un lado, que Alexy tenía sustancialmente razón en lo que le objetaba a Habermas y, por otro lado, que las diferencias entre su concepción de los principios y la nuestra son menos esenciales de lo que a primera vista pudiera parecer. Yo creo que los planteamientos de Habermas obedecen en una buena medida a lo que en un artículo célebre Bobbio (1980) llamó una "filosofía del Derecho de los filósofos", construida de manera excesivamente abstracta, que no tiene suficientemente en cuenta el funcionamiento real del Derecho, traza distinciones que son mucho menos claras de lo que él parece suponer y, en definitiva, niega racionalidad a la ponderación basándose en ideas que plantean cuestiones de dudosa respuesta: ¿no contienen los derechos fundamentales valores universales?, ¿qué significa que las normas obligan sin excepciones?, ¿acaso son inderrotables los principios?, ¿no son normas las normas de fin?, ¿hay alguna teoría de la coherencia que consiga eliminar por completo los riesgos de la arbitrariedad? . Pero es probable que Habermas tenga algo de razón al pensar que considerar los principios (todos los principios) como mandatos de optimización puede desdibujar algo la imagen de los derechos como "triunfos" o "cortafuegos" y en que la construcción de la ponderación de Alexy tiene al menos la apariencia de configurar un tipo de racionalidad economicista (el análisis costes-beneficios) que no parece encajar bien con la pretensión de Alexy de construir una teoría de la argumentación jurídica basada en la noción de discurso. Hoy sigo pensando que esos inconvenientes desaparecen al menos en buena medida si la caracterización de "mandato de optimización" se reserva para las directrices y no se aplica a los principios en sentido estricto, y se establece una cierta prioridad (que, en efecto, no puede ser absoluta) de las razones de corrección o razones últimas (incorporadas en los principios en sentido estricto) sobre las razones de fin (incorporadas en las directrices y que contienen un elemento de gradualidad que no se da en los principios en sentido estricto). Aunque también es cierto que a los inconvenientes anteriores (la necesidad de establecer entre los principios cierto orden que articule la dimensión moral y la instrumental de la argumentación jurídica) se puede hacer frente recurriendo a las nociones de "peso abstracto" y de "carga de la argumentación". Pero eso nos lleva ya al tercero de los puntos que quería discutir: el de la ponderación.

2.3.

Como decía al comienzo de este trabajo, la teoría alexiana de la ponderación ha adquirido una difusión tal, al menos en el contexto de los países del mundo latino, que su exposición resulta casi superflua; y si digo "casi" es porque no siempre, cuando se expone o se hace uso de la misma, se es fiel a los planteamientos de Alexy. Recordaré entonces, aunque sea con la máxima brevedad, en qué consiste esa doctrina.

La idea fundamental, como ya hemos visto, es que, así como las reglas se aplican mediante la subsunción, los principios requieren de un procedimiento de ponderación. En concreto, Alexy trata de presentar una racionalización del manejo que hacen los tribunales constitucionales europeos del principio de proporcionalidad en cuanto instrumento para resolver los frecuentes conflictos entre derechos fundamentales que tienen que resolver. Esto es así porque, al menos con gran frecuencia, esos conflictos no pueden entenderse como contradicciones entre reglas que se resolverían considerando una de ellas válida y la otra inválida. De lo que se trata con la ponderación es, entonces, de dar cuenta de esa dimensión de peso que es característica de los principios. Dado que los principios (todos los principios) son mandatos de optimización que ordenan realizar algo en la mayor medida posible de acuerdo con las posibilidades fácticas y normativas existentes (y que los derechos fundamentales pueden verse básicamente como principios), se necesita construir un criterio que permita justificar que uno de esos principios (o derechos) prevalece sobre el otro. En eso consiste el test de proporcionalidad que, para Alexy, viene a ser una especie de metaprincipio o, si se quiere, el principio último del ordenamiento jurídico.

Ese principio de proporcionalidad consta, a su vez, de tres subprincipios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. Los dos primeros se refieren a la optimización en relación con las posibilidades fácticas. Significan que una medida (una ley, una sentencia, etc.) que limita un derecho (un bien de considerable importancia) para satisfacer otro, debe ser idónea para obtener esa finalidad y necesaria, o sea, no debe ocurrir que la misma finalidad pudiera alcanzarse con un coste menor. El tercer subprincipio, por el contrario, tiene que ver con la optimización en relación con las posibilidades normativas. La estructura de la ponderación (el tercer principio), siempre según Alexy, consta de tres elementos: la ley de la

ponderación, la fórmula del peso y las cargas de la argumentación. La ley de la ponderación se formula así: "cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro"; y se concreta a través de tres variables en la fórmula del peso. Las tres variables son: 1) el grado de afectación de los principios en el caso concreto; 2) el peso abstracto de los principios relevantes; 3) la seguridad de las apreciaciones empíricas. Alexy atribuye, además, un determinado valor numérico a las variables: en cuanto a la afectación de los principios y al peso abstracto, según que la afectación o el peso sea leve, medio o intenso; y en cuanto a la seguridad de las premisas fácticas, según que puedan calificarse de seguras, de plausibles o de no evidentemente falsas. En los casos en los que existiera un empate (el peso de los dos principios es idéntico), entrarían en juego reglas sobre la carga de la argumentación: por ejemplo, la que establece una prioridad a favor de la libertad, o a favor de la constitucionalidad de una ley (deferencia al legislador).

Alexy ha expuesto esa teoría en numerosas publicaciones, la ha ilustrado con diversos ejemplos tomados del Tribunal Constitucional Federal de Alemania y la ha ido también desarrollando y precisando a lo largo de estos últimos años[4]. Pero me parece que lo esencial de la misma se contiene en la exposición anterior, como resulta con claridad cuando se consideran las diversas contestaciones que él ha ido dando en relación con las muchas críticas que en los últimos tiempos se han formulado a su teoría de la ponderación (que, en realidad, forma una unidad con su teoría de los principios y de los derechos). En un escrito relativamente reciente (Alexy 2010) agrupaba esas críticas en siete apartados: 1) hasta qué punto existen principios y, si existen, cómo pueden diferenciarse de las reglas; 2) si la ponderación puede considerarse como un método racional; 3) si la concepción principialista de los derechos supone un peligro para los derechos constitucionales; 4) si la tesis de la optimización lleva a una proliferación de derechos constitucionales y, a su vez, a una sobreconstitucionalización del sistema jurídico; 5) si el constitucionalismo lleva a una interpretación adecuada de los derechos constitucionales, de acuerdo con el Derecho positivo; 6) si el constitucionalismo lleva a desdibujar el rango superior de la constitución y el sometimiento del poder ejecutivo y judicial al legislativo; 7) si el principialismo

[4] Por ejemplo, recientemente el elemento de la seguridad o fiabilidad de las apreciaciones empíricas se ha ampliado, extendiéndose también a las premisas normativas. Pero –insisto- no se trata de cambios sustantivos, sino de refinamientos en relación con sui famosa "fórmula del peso".

supone una teoría muy abstracta que no puede servir de guía para la práctica. Y, por lo que se refiere a su recepción en el mundo latino, y circunscribiéndonos al tema de la ponderación, creo que podría hablarse de dos tipos de críticas, según que lo que se objete sea el método de la ponderación en su totalidad, o bien la forma de presentarlo por parte de Alexy. Un ejemplo de lo primero se encuentra en varios trabajos de García Amado. Para este último, el método de la ponderación no tiene autonomía con respecto al interpretativo/subsuntivo; la ponderación es una operación valorativa y esencialmente discrecional; y la explicación de su éxito radica en factores ideológicos, en que esa doctrina "es la única que hoy aún puede dotar de apariencia de objetividad a sus decisiones [de los tribunales constitucionales] y, de paso, justificar el creciente y universal activismo y casuismo de los tales tribunales, siempre en detrimento del legislador" (García Amado 2006). Y como ejemplo representativo de lo segundo puede servir un artículo de José Juan Moreso (2009) en el que este último acusa a Alexy de "particularismo", al considerar que la ponderación que refleja el esquema de Alexy sería siempre *ad hoc*, lo que le lleva a Moreso a proponer una estrategia "especificacionista", capaz de superar ese supuesto particularismo.

A mí me parece que todas esas críticas (en las que no cabe entrar aquí) están equivocadas en relación con lo que puede considerarse como el elemento central de la teoría de la ponderación de Alexy. Es decir, en mi opinión, Alexy está en lo cierto al sostener, en primer lugar, la necesidad de la ponderación, y, en segundo lugar, que existen criterios de racionalidad práctica aplicables a esa operación que, por tanto, puede llevarse a cabo sin incurrir en ninguna arbitrariedad (aunque, obviamente, de hecho, es posible que no sea así, o sea, que lo que se presenta como ponderación sea, en realidad, un ejercicio de arbitrariedad). Y me parece que tampoco están fundadas las objeciones de particularismo o de casuismo que con frecuencia se le han dirigido: Alexy sostuvo desde el comienzo que la ponderación da lugar a una regla *general*, de manera que el criterio de universalización también se aplicaría en relación con el esquema ponderativo.

Pero también aquí, a propósito de la ponderación, hay algo que reprocharle a Alexy y que probablemente sea, sobre todo, de naturaleza retórica. Ciertamente, Alexy ha afirmado que su esquema de la ponderación, su fórmula del peso, tiene un carácter formal y equivaldría, de alguna manera, a lo que es el *modus ponens* en relación con la subsunción: el establecimiento de las

premisas o la realización de juicios ponderativos a la hora de determinar, por ejemplo, cuál es el grado de afectación de un principio en un caso concreto requiere el uso de criterios de racionalidad práctica; o, dicho de otra manera, la fórmula del peso no es un algoritmo que permita resolver de manera mecánica e incuestionable un problema de ponderación. Pero su empeño en construir la fórmula en términos matemáticos y en defender la necesidad de atribuir valores aritméticos a cada uno de sus elementos ha llevado a muchos a pensar que la clave de la argumentación en esos casos se encontraría en la fórmula en sí en lugar de en donde verdaderamente está: en la atribución de esos valores. Es más, en mi opinión, la fórmula supone un uso más bien metafórico del lenguaje matemático que tiene el serio riesgo de incurrir en lo que Vaz Ferreira (1962) llamaba la falacia (el paralogismo) de la falsa precisión: hacer creer falsamente que, con ello, con el uso de una terminología matemática, se ha ganado en precisión, cuando en realidad no es así. El esquema de la ponderación de Alexy resulta, a mi juicio, de gran utilidad y puede servir como una guía para racionalizar ese tipo de operación, pero para ello es preferible no considerarlo como un cálculo a efectuar, sino meramente como una serie de condiciones a satisfacer o de preguntas críticas a plantearse (¿es la medida necesaria?, ¿es idónea?, ¿supone una afectación grave de otro bien o derecho?, etc.) que, efectivamente, puede contribuir a evitar una decisión arbitraria.

3.

Robert Alexy fue nombrado doctor *honoris causa* por la Universidad de Alicante, por mi universidad, hace algunos años. En la *Laudatio* (Atienza 2009) escribí sobre él lo siguiente: “Uno diría que en Robert Alexy se dan todas las propiedades –las virtudes- que, se supone, posee un profesor alemán, con dos excepciones: sus escritos son claros y no contienen ni un átomo de pedantería. A veces he discrepado de algunas de las posiciones teóricas de Alexy, pero siempre he tenido la impresión de que en su obra se abordan los problemas realmente importantes de la filosofía del Derecho, y de que las soluciones que él propone no tienen sólo la pretensión de ser correctas, sino que, esencialmente, lo son”.

Hoy sigo creyendo, naturalmente, lo mismo. Las discrepancias a las que antes me he referido son, más bien, cuestiones de acento y quizás se deban,

al menos en una buena medida, a mi afán por, continuando la obra de Alexy y de algunos otros autores, construir una teoría de la argumentación jurídica suficientemente amplia y que pueda contribuir de manera significativa a orientar la práctica efectiva de los juristas. Para ello, mi punto de partida ha consistido en elaborar un concepto de argumentación que permita articular las dimensiones formales, materiales y pragmáticas (retóricas y dialécticas) de los argumentos para, a partir de ahí, dar respuesta a las tres grandes cuestiones que el jurista tiene que afrontar en su práctica (en sus muy variadas prácticas: judiciales, forenses, legislativas, dogmáticas...): cómo entender y analizar una argumentación; cómo evaluarla; cómo argumentar (vid. Atienza 2006 y 2013). Dicho de otra manera, mi orientación en el estudio de la argumentación jurídica ha tenido, me parece, un propósito más pragmático que el que puede encontrarse en la obra de Alexy que, por lo demás, no es tampoco un ejemplo de "filosofía del Derecho de los filósofos" alejada de la práctica jurídica, y a la que antes hacía referencia. Al contrario, la obra de Alexy constituye uno de los casos más destacados y más interesantes de los últimos tiempos de lo que Bobbio entendía por "filosofía del Derecho de los juristas" y, en ese sentido, se inserta en la línea de los grandes iusfilósofos del siglo XX: Hans Kelsen, Alf Ross, Herbert Hart o el propio Norberto Bobbio.

Por lo demás, Robert Alexy, Ronald Dworkin y Carlos Nino son los tres principales representantes de lo que se ha venido en llamar teoría (neo)constitucionalista del Derecho, que tanta influencia está teniendo en los últimos tiempos en el mundo latino. Hay entre ellos algunas diferencias de acento y de presentación, pero me parece que la idea de fondo de los tres es la misma: la necesidad de construir una teoría del Derecho que dé cuenta tanto del elemento autoritativo como del elemento valorativo del Derecho yendo, de esa manera, más allá del positivismo jurídico; un planteamiento con el que yo estoy plenamente de acuerdo. De las tres, la obra de Alexy es la que en mayor medida ha puesto el énfasis en la argumentación y, por ello, la que mejor refleja el "giro argumentativo" que ha caracterizado a la filosofía del Derecho de las últimas décadas.

BIBLIOGRAFÍA

Alexy, Robert (1989), *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (ed. orig. Theorie der juristischen Argumentation, 1978), CEC, Madrid.

-(1993), *Teoría de los derechos fundamentales* (ed. orig. Theorie der Grundrechte, 1986), CEC, Madrid.

- (2009), "Los principales elementos de mi filosofía del Derecho", en *Doxa,* 32.

-(2010), "Legal Principles and the Construction of Constitutional Rights", ponencia presentada en el seminario celebrado en Tampere (Finlandia), en enero de 2010, dedicado a la discusión de la obra de Alexy.

Atienza, Manuel (1991), *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, CEC, Madrid.

-(1994), "Robert Alexy: Teoría de los derechos fundamentales", en *Revista del Centro de Estudios constitucionales",* 17.

-(2006), *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona.

-(2009), "Laudatio", en *Doxa,* 32.

-(2001), "Entrevista a Robert Alexy", Doxa, 24

-(2012), "Dos versiones del constitucionalismo", en (varios autores), *Un debate sobre el constitucionalismo,* Marcial Pons, Madrid-Barcelona- Buenos Aires-Sao Paulo.

-(2013), *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid.

-(2014), "Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del popstpositivismo jurídico", en *Revista argentina de Teoría jurídica,* Universidad Torcuato di Tella, Buenos Aires.

Atienza, Manuel y Ruiz Manero, J. (1991), "Sobre principios y reglas", en *Doxa,* 10.

-(1996), *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona.

Bernal Pulido, Carlos (2003), *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales,* CEPC, Madrid.

Bobbio, Norberto (1980), "Naturaleza y función de la filosofía del Derecho", en *Contribución a la teoría del Derecho*, Fernando Torres, Valencia.

Clerico, Laura (2009), *El examen de proporcionalidad en el Derecho constitucional*, Eudeba, Buenos Aires.

Ferrajoli, Luigi (2012), “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, en (varios autores), *Un debate sobre el constitucionalismo*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo.

García Amado, Juan Antonio (2006), “El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia”, en R. Sanín Restrepo (coordinador), *Justicia constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo*, Legis, Bogotá.

Gianformaggio, Letizia (1987), *In difesa del silogismo pratico, ovvero alcuni argomenti kelseniani alla prova*, Giuffrè, Milano.

Günther, Klaus, “A normative conception of coherence for a discoursive theory of legal justification”, en *Ratio Juris*, vol 2, nº 2.

Habermas, Jürgen (1987), *Teoría de la acción comunicativa* (ed. orig. Theorie des kommunikativen Handels, 1981), Taurus, Madrid.

-(1998), *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso* (ed. orig. Factizität und Geltung), Trotta, Madrid.

Lopera Mesa, Gloria (2006), *Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, CEPC, Madrid.

MacCormick, Neil (1978), *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendom Press, Oxford.
-(2005), *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, OUP, Oxford.

Moreso, José Juan (2009), “Alexy y la aritmética de la ponderación”, en R. Alexy et al., *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid.

Neumann, Ulfrid (1986), *Juristische Argumentationslehre*, Wissenschaftliche Buchgessellschaft, Darmstadt.

Tuori, Kaarlo (1989),” Discourse Ethics and the Legitimacy of Law “, en *Ratio Juris*, vol. 2, nº 2.

Vaz Ferreira, Carlos (1962), *Lógica viva*, Losada, Buenos Aires.

LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL, SU VINCULACIÓN CON LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES Y JURISPRUDENCIA COMPARADA. (DEFINICIONES, DIFERENCIAS, CÓMPUTO Y FINALIDAD)

Enrique Grillo[1]

RESUMEN: Con el pasar de los años, no se ha logrado una unificación de criterio o consenso, en relación al tema de la prescripción de la acción penal, es por ello que mediante el estudio doctrinario, jurisprudencial y de derecho comparado de este instituto, se pretende llegar establecer de forma breve y clara, el alcance y características que tiene la prescripción de la acción penal del actual Código Penal decreto 130-2017, y su relación con el proceso penal hondureño, como una de las causas para la extinción de la responsabilidad penal y de la acción penal, la concurrencia del derecho penal material y adjetivo, así como el derecho del Estado a imponer una sanción o pena, por otra parte, el derecho que tiene el procesado de que se le defina su situación jurídica y, el derecho de la sociedad y de la víctima a obtener una pronta respuesta, y su vinculación con los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos y protegidos por el derecho internacional de los Derechos Humanos (debido proceso, acceso a la justicia y derecho al plazo razonable).

PALABRAS CLAVE: Garantía del debido proceso, derecho procesal penal, derecho penal, prescripción, prescripción de la acción penal, extinción de la acción penal, extinción de la responsabilidad penal, prescripción de la pena, derecho a la pronta respuesta, incidentes, excepciones, acceso a la justicia, derecho al plazo razonable.

ABSTRACT: With the passing of the years, a unification of criteria or consensus has not been achieved, in relation to the issue of the statute of limitations of criminal offences, which is why through the doctrinal, jurisprudential and comparative law study of this institute, aims to establish briefly and clearly, the scope and characteristics of the statute of limitations of criminal offences of the current Criminal Code decree 130-2017, and its relationship with the Honduran criminal process, as one of the causes for the extinction of responsibility criminal and criminal action, the concurrence of substantive and adjective criminal law, as well as the right of the State to impose a sanction or penalty, on the other hand, the right of the defendant to have his legal situation defined and, the right of society and of the victim to obtain a prompt response, and its connection with the fundamental rights constitutionally established and protected by international Human Rights law (due process, access to justice and the right to a reasonable term).

KEY WORDS: Guarantee of due process, criminal procedural law, criminal law, statute of limitations, the statute of limitations of criminal offences, extinction of criminal offences, statute of limitations of criminal responsibility, statute of limitations of the penalty, right to prompt response, incidents, exceptions, access to information justice, right to a reasonable term.

[1] Abogado, Maestrando en Derecho Penal y Derecho Procesal Penal, Maestrando en Ciencias Forenses y Criminalística. Juez de Tribunal de Sentencia. Tribunal de Sentencia de Choluteca. Poder Judicial de Honduras. Código de investigador ORCID: https://orcid.org/0000-0002-2445-8265 Correo: joenrogri@gmail.com

I. Introducción

En Honduras la finalidad del proceso penal, no es otra que la realización pronta de la justicia penal[2], esta finalidad es completamente acorde con la garantía constitucional del debido proceso, en atención a la pronta respuesta que debe de asegurársele a cada persona que plantee su solicitud ante las autoridades, lo que guarda relación directamente con la prescripción de la acción penal, como consecuencia de una especie de omisión de actuar, -que a rasgos generales es como opera la prescripción-, en sus diversas formas, ya sea prescripción de la acción penal, extinción de la acción penal y prescripción de la responsabilidad penal, contenido en el Código Procesal Penal y el Código Penal decreto 130-2017. La interpretación de la finalidad y naturaleza de esta institución ha causado fricciones ante la disparidad de opiniones y criterios, tanto en el entorno de los más ilustres juristas, como profesionales del derecho en el ejercicio privado, los distintos órganos jurisdiccionales en sus distintos niveles, e incluso entre las diferentes salas en órganos colegiados, no solo a nivel doctrinario en relación a la naturaleza jurídica y fundamentos de dicha institución, sino que en la práctica forense penal, teniendo en cuenta que su aplicación evidentemente conlleva repercusiones que inciden significativamente en los procesos penales, como una respuesta definitiva a la necesidad de una pronta respuesta y del debido proceso. Es por ello que, ante criterios encontrados, se procurará definir conforme a las líneas doctrinales y jurisprudenciales, así como de derecho comparado, una que ofrezca mayor grado de tutela judicial efectiva, desde la perspectiva del control de constitucionalidad y de convencionalidad.

II. Metodología

Para el desarrollo de este estudio se utilizó la metodología **deductiva-inductiva**, que en conjunto permiten establecer generalizaciones a partir de aspectos concretos y determinar lo que hay de común en las individualidades, luego de lo cual deduce y particulariza nuevamente. El proceso de inducción recorre el camino de lo particular a lo general y el proceso de deducción va de lo general a lo particular e implica sistematizar conocimiento y establecer inferencias que se aplican a varias situaciones y casos pertenecientes a un conjunto. Posibilita abordar lo desconocido a partir de lo conocido, concluir desde principios generales, consistentes y de gran fuerza lógica[3]. También se hizo uso del método de derecho comparado, permite cotejar dos objetos jurídicos pertenecientes a un mismo dominio: conceptos, instituciones, normas, procedimientos, etcétera, lo cual posibilita destacar semejanzas y diferencias, establecer clasificaciones, descubrir tendencias y revelar modelos exitosos[4]. Y el método analógico o comparativo, el cual compara fenómenos por sus semejanzas y diferencias, va de lo conocido a lo conocido. En el contexto del derecho el presente método puede aplicarse en la modificación legislativa y en la elaboración de normas jurídicas, para lo cual conviene considerar siempre la experiencia normativa en el tiempo y en el espacio, situación que origina la comparación histórica y la comparación sociológica[5].

Esta metodología de la investigación jurídica permitió el estudio y análisis de la legislación penal y procesal penal vigente en Honduras, la doctrina legal que existe sobre la prescripción tal como lo contemplaba el

[2] Código Procesal Penal Decreto Nº 9-99-E emitido en fecha 30 de diciembre del año 1999, en vigencia el 20 de febrero del año 2002. Artículo 8.
[3] Villabella Armengol, Carlos Manuel. Los métodos en la investigación jurídica. DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México Instituto de Investigaciones Jurídicas. Pág. 169. https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6226/12a.pdf
[4] Ídem # 4. Pág. 171.
[5] Ponce de León, L. (1999). Metodología de la investigación científica del derecho. En Metodología del derecho. Pág. 69. México: Porrúa. https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/28239/25507

anterior código penal[6], jurisprudencia comparada, la Constitución de la República (en adelante Constitución) y la jurisprudencia de la Corte Internacional de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), así lograr identificar el tratamiento procesal, más acorde con el estándar internacional del debido proceso, y enunciar una posible adecuación de dicho estándar internacional para nutrir la práctica forense penal.

III. Definición de acción penal.

El acto material de avocarse ante la autoridad para presentar una solicitud o petición, se denomina **derecho de acción**, reflejado como una garantía judicial y derecho fundamental, a nivel constitucional y convencional. La Real Academia española[7], tomando esta voz en sentido procesal, define acción como: derecho a acudir a un juez o tribunal recabando de él la tutela de un derecho o de un interés. Facultad derivada de un derecho subjetivo para hacer valer en juicio el contenido de aquel. Por su parte, Said (2014)[8] conceptualiza acción procesal, como una potestad jurídica de un sujeto de derecho, ya sea persona física o moral, pública, privada o del derecho social, en virtud de la cual se provoca la función jurisdiccional, ya sea como parte atacante o como parte atacada, durante todo el proceso, e incluso en las vías impugnativas o de ejecución. En palabras de Ávila (2015)[9], acción penal se refiere a "la facultad que tiene todo sujeto de derecho para poner en conocimiento de los órganos de la persecución penal, una noticia de crimen. La acción en Derecho Penal, nace ante la violación de la Ley Penal, es decir por la comisión de hechos que están tipificados como delitos en el Código Penal, y que debe ser ejercido por aquellas personas que estén legitimadas, según el ordenamiento jurídico." Continúa expresando que, la acción judicial, en sentido amplio, se refiere al derecho subjetivo deducido en juicio y puesto en movimiento por medio de una demanda o una querella.

En este sentido, en Honduras, la acción penal pública corresponde por mandato Constitucional, al Ministerio Público, como el organismo profesional especializado, responsable de la representación, defensa y protección de los intereses de la sociedad[10], correspondiéndole investigar los hechos punibles[11], y el ejercicio ineludible y de oficio de la acción penal pública, salvo excepciones[12]. La norma penal adjetiva, clasifica las acciones penales en dos: **a)** Acciones penales públicas[13], que, a su vez, pueden ser las acciones penales públicas como tal y las acciones penales públicas dependientes de instancia particular; estas acciones por mandato de la Ley le corresponden ejercer al Ministerio Público, de oficio[14] o a instancia de la

[6] Código Penal, Decreto 184-83. Derogado por el Código Penal Decreto 130-2017, el 25 de junio del año 2020.
[7] REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23.ª ed., [versión 23.6 en línea]. https://dle.rae.es/acción [27/03/2023].
[8] Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. Martínez Ramírez, Fabiola y Figueroa Mejía, Giovanni A. Diccionario de Derecho Procesal, Constitucional y Convencional. Tomo I. Poder Judicial de la Federación. Consejo de la Judicatura Federal. México. Primera Edición. 24 de abril de 2014. Pág. 8. https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32137.pdf
[9] Ávila Ortíz, Félix Antonio. Proceso Penal Hondureño. Código Procesal Penal: Comentarios, doctrina, jurisprudencia. Tomo I. Libro primero. [Tegucigalpa] [G&F Impresiones], 2015. Pág. 236 – 237
[10] Constitución Política de 1982, DECRETO NUMERO Nº 131. Publicada en el Diario Oficial La Gaceta No. 23,612 del 20 de enero de 1982. Artículo 232.
[11] Ídem # 3. Artículo 92.
[12] Ley del Ministerio Público, Decreto N° 228-93 emitido en fecha 13 de diciembre del año 1993. Art. 6.
[13] Ídem # 3. Artículo 24.
[14] Ídem # 3. Artículo 25.

víctima en su caso[15]; y **b)** Acciones penales privadas[16]: las que serán solo perseguibles por acción de la víctima[17], mediante querella[18].

IV. Acción como garantía judicial y derecho fundamental.

La Constitución, es la norma jerárquica superior y fundamento del proceso penal acusatorio, en tal sentido, tiene primacía al confrontarse con la ley ordinaria[19]. Asimismo, Honduras hace suyos los principios y prácticas del derecho internacional y proclama como ineludible la validez y obligatoria ejecución de las sentencias arbítrales y judiciales de carácter internacional[20], otorgándole reconocimiento como normas de derecho interno[21], con rango constitucional, para lo cual proclama que los tratados o convenciones prevalecen ante la ley general[22]. Es de esta manera que opera el control de constitucionalidad y de convencionalidad, como la obligación impuesta a las Autoridades estatales (en el ámbito de sus competencias) a tutelar derechos de doble fuente, surgiendo la obligación de promover, respetar, proteger, garantizar, velar y tutelar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad y que las normas relativas a los Derechos Humanos se apliquen e interpreten de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Y concretamente, a tutelar la Garantía judicial y derecho fundamental, de peticionar y de obtener pronta respuesta en el plazo legal[23].

El derecho y garantía de acceso a la justicia, es "norma imperativa de Derecho Internacional"[24], no se agota ante el hecho de que se tramiten los respectivos procesos internos, sino que exige que el Estado garantice que estos aseguren, en un tiempo razonable, la satisfacción de los derechos que tienen las partes en el mismo[25]. El Estado tiene la responsabilidad de consagrar normativamente y de asegurar la debida aplicación de las garantías del debido proceso legal ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de estas"[26].

El acceso a la justicia no puede ser posible sin tomar en consideración que el proceso "es un medio para asegurar en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia", a lo cual contribuyen "el conjunto

[15] Ídem # 3. Artículo 26.
[16] Ídem # 3. Artículo 24.
[17] Ídem # 3. Artículo 27.
[18] Ídem # 3. Artículo 405.
[19] Ídem # 11. Artículo 320.
[20] Ídem # 11. Artículo 15.
[21] Ídem # 11. Artículo 17.
[22] Ídem # 11. Artículo 18.
[23] Este derecho de acceso a la justicia se encuentra plasmado en el artículo 82 de la Constitución de la República de Honduras; artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 14.1; artículo 3.c del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.
[24] Corte IDH. Caso Goiburú y otros vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 131. (Cita tomada de Andreu, Federico et al. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario. Christian Steiner / Patricia Uribe (editores). © 2014 KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V. Pág. 213)
[25] Corte IDH. Caso Bulacio vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 114, y Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 188. (Cita tomada de Andreu, Federico et al. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario. Christian Steiner / Patricia Uribe (editores). © 2014 KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V. Pág. 213)
[26] Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104, párr. 79, y Caso Mohamed vs. Argentina. op. cit., párr. 83.

de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal[27]". Y que dichos actos "sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho" y son "condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial[28]". Asimismo, tanto la garantía judicial de acceso a la justicia y del debido proceso, involucran el derecho al plazo razonable, sobre el cual la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Honduras (en adelante la Sala Constitucional) citando jurisprudencia la Honorable Corte IDH, ha referido que, se han delimitado los alcances y requisitos del derecho al plazo razonable y ha señalado que se debe evaluar: **a)** la complejidad del asunto; **b)** la actividad procesal del acusado; **c)** la conducta de las autoridades judiciales; y **d)** la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo[29]. Que se deberá analizar desde un enfoque tutelando los derechos de las víctimas, cuando un proceso ha demorado su investigación[30] y añade la Corte IDH que, en dicho análisis de razonabilidad se debe tomar en cuenta si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento corra con más diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve [31]…"

V. Definición de extinción de la acción penal.

El Código Procesal Penal de Honduras, no aporta un concepto de prescripción de la acción penal, en su defecto, se refiere a la extinción de la acción penal, enumerando sus causas: "la acción penal se extingue: Por las causas que, con arreglo al Código Penal, extinguen la responsabilidad penal, y con los efectos que en dicho Código se establecen[32]". Posteriormente, se enuncian las excepciones admisibles en el procedimiento penal, entre las cuales, se enuncia; "la extinción de la acción penal[33]". Seguidamente, se exponen los momentos procesales en los que debe interponerse, que será en cualquier etapa del proceso y ya una vez iniciado el juicio, será en la etapa de preparación del debate, siempre que se refiera o se funde en hechos o circunstancias que no han sido conocidas antes de la elevación de la causa a juicio.

De este modo la norma adjetiva, regula las causas para extinguir la acción penal y su procedimiento, remitiendo en su primer caso, al Código Penal las causas que extinguen la responsabilidad penal[34]. Es entonces que debe entenderse que la acción penal se extingue y regula en iguales términos que la extinción de la responsabilidad penal y a su vez, esta se produce entre otros supuestos, por la prescripción de la acción penal y la prescripción de la pena.

VI. Definición de la extinción/prescripción de la responsabilidad penal.

La norma adjetiva penal hondureña[35] contempla cierto número de circunstancias en las que aplica la extinción de la acción penal -interesando para el desarrollo del tema-; las causas que, con arreglo al Código

---

[27] Corte IDH. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC9/87 del 6 de octubre de 1987, párrafo 117.
[28] Ídem # 25. Párrafo 118.
[29] Corte Suprema de Justicia (Honduras). Sala de lo Constitucional, Amparo Penal número AP-360-18, de fecha 28/2/2019.
[30] Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Párr. 217 y 218.
[31] Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Párrafo 155.
[32] Ídem # 3. Título I, de las Acciones Penales y Civiles, Capítulo V de la Extinción de la Acción Penal, artículo 42 numeral 1.
[33] Ídem # 3. Título I, en el Capítulo VI de las Excepciones, artículo 47 numeral 3.
[34] Código Penal, Decreto 130-2017, publicado en el Diario Oficial La Gaceta, el 10 de mayo del 2019 NUM. 34,940, en vigencia el 25 de junio del año 2020. TÍTULO VIII EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL Y SUS EFECTOS, artículo 107.
[35] Ídem # 3. Artículo 42 numeral 1.

Penal, extinguen la responsabilidad penal, y con los efectos que en dicho Código se establecen. Tomando en cuenta, que nos encontramos ante una norma remisiva, esto significa que nos remite a otra Ley, en este caso taxativamente nos manda al Código Penal[36], por su parte, es esta norma sustantiva la que enumera las causas de la extinción de la acción penal, en un listado de ***numerus clausus*** (números cerrados), donde aparecen; la prescripción de la acción penal, de la pena o de la medida de seguridad.

Entendiendo que la acción penal, vendría a extinguirse, según nuestra norma adjetiva, por circunstancias más relacionadas a plazos y términos procesales establecidos por la Ley, dentro del mismo proceso (intraprocesal) y las circunstancias de extinción de la responsabilidad penal, -a nuestro criterio- vendrían a estar orientadas más situaciones azarosas y extraprocesales; que pueden ser por casusas naturales, en el caso de la muerte del imputado, por criterios de solución de conflictos o pacificación, por la propia decisión de la parte agraviada mediante el perdón expreso, por motivos de seguridad jurídica, como la cosa juzgada, o por razones sociopolíticas o de Estado como la amnistía o indulto.

Conforme lo anterior por paradójico que parezca, la extinción de la acción penal, no ocurre siempre por prescripción de la acción penal, ya que existen otras causas que extinguen la acción como ser el cumplimiento de los plazos de: el criterio de oportunidad; la suspensión condicional de la persecución penal; el sobreseimiento provisional y la cosa juzgada entre otras; tampoco todas las causas que extinguen la responsabilidad penal, son por prescripción de la acción penal, ya que también son causales de extinción de la responsabilidad penal; la muerte del reo, el perdón del ofendido, la amnistía, y el cumplimiento de la condena. Pero la prescripción de la acción penal, siempre será una causa de la extinción de la responsabilidad penal y a su vez de extinción de la acción penal. Como explica Ávila (2015)[37], entre las causas de extinción de la responsabilidad penal que establece el Código Penal, se encuentra la prescripción de la acción penal. Para aquel texto sancionador, la prescripción de la acción penal es una de las causas por las cuáles se extingue la responsabilidad penal, y para el Código Procesal Penal, la extinción de la responsabilidad penal es una de las causas que extinguen la acción.

VII. Definición de prescripción de la acción penal.

La prescripción de las acciones es definida por Ossorio[38], como la caducidad de los derechos en su eficacia procesal, por haber transcurrido los plazos legales para su posible ejercicio. En lo referente a la materia penal propiamente, expone que la prescripción de la acción consiste en la imposibilidad de poder promoverla después de haber transcurrido determinado plazo, contado desde la fecha en que el delito fue cometido. Con relación a lo anterior, Cabanellas (2006)[39], se refiere a la prescripción criminal, como un tecnicismo utilizado para designar conjuntamente a la prescripción de la acción penal y la prescripción del delito. Y que, puntualmente la prescripción de la acción penal, no puede ejercerse eficazmente hasta una vez transcurrido cierto tiempo desde haberse delinquido.

[36] Ídem # 34. TÍTULO VIII. Art. 107 numeral 3.
[37] Ídem # 10. Pág. 215.
[38] Ossorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales. 1ª Edición Electrónica. https://biblioteca.ismm.edu.cu/wp-content/uploads/2017/06/diccionario-juridico-politico.pdf
[39] Cabanellas de Torres, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental, actualizado, corregido y aumentado por Guillermo Cabanellas de las Cuevas. Edición 2006. http://www.iterra.edu.mx/centro/wp-content/uploads/2019/02/88047784-Diccionario-Juridico-Elemental-Guillermo-Cabanellas-de-Torres-1.pdf

Según refiere Luján (2013)[40], la prescripción de la acción penal, es la institución procesal por medio de la cual el transcurso del tiempo produce el efecto de consolidar las situaciones de hecho, permitiendo la extinción de los derechos; limita la potestad punitiva del Estado (***ius puniendi***), dado que se extingue la posibilidad de investigar un hecho criminal y, con él, la responsabilidad del supuesto autor o autores del mismo. Cafferata[41], explica que, la acción penal se extingue por el mero transcurso del tiempo desde la comisión del delito, según los plazos legales. La prescripción no borra el hecho penalmente típico, antijurídico y culpable, sino lo que elimina es su punibilidad; ya que extingue la persecución penal sea ésta: pública de oficio, pública dependiente de instancia privada o privada. Y con respecto sólo a los responsables a quienes beneficia, subsistiendo en relación a los demás.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, define la prescripción de la acción penal, como: "…un instituto jurídico liberador, en virtud del cual por el transcurso del tiempo se extingue la acción o cesa el derecho del Estado a imponer una sanción" cuyo fundamento es el principio de la seguridad jurídica ya que la finalidad esencial de la prescripción de la acción penal está íntimamente vinculada con el derecho que tiene todo procesado de que se le defina su situación jurídica, pues "ni el sindicado tiene el deber constitucional de esperar indefinidamente que el Estado califique el sumario o profiera una sentencia condenatoria, ni la sociedad puede esperar por siempre el señalamiento de los autores o de los inocentes de los delitos que crean zozobra en la comunidad"[42].

La Sala Constitucional[43], ha expresado que tanto la prescripción de la acción penal, como la prescripción de la pena, son consecuencia del desinterés estatal en la persecución de determinada conducta criminosa. El legislador indica un periodo de tiempo para que cada órgano persecutor del delito actúe, y al no hacerlo, le garantiza al investigado o al imputado, una fórmula matemática… obteniendo un resultado, y al llegar a este, se veda al persecutor la atribución de continuar, quitando de esta manera, el peso de ser perseguido permanentemente al imputado o investigado en su caso. Todo ello también se toma como una sanción al Estado al no haber dado prosecución al proceso.

Tal como magistralmente lo han expuesto los estudiosos del tema antes citados, la jurisprudencia comparada y la doctrina legal, refieren que la prescripción de la acción penal, es un instituto y derecho, que opera a favor del imputado en un proceso penal, el cual por el mero transcurso del tiempo (fijado por una ley penal sea sustantiva o adjetiva) contado desde la comisión del hecho penal, elimina la punibilidad del hecho, y así imposibilita y limita la potestad punitiva del Estado (***ius puniendi***), al extinguir la persecución penal, también extingue la posibilidad de investigar un hecho criminal y con ello la responsabilidad del autor o autores.

VIII. Definición de prescripción de la pena.

La prescripción de la pena, a juicio de Ossorio[44], tiene como consecuencia fundamental para el reo de extinguirse su responsabilidad penal, suele producirse, en las diversas legislaciones, por el transcurso de los lapsos señalados para cada pena, que van disminuyendo paralelamente a su gravedad. El plazo prescriptivo corre desde que al reo se le notifica la sentencia o desde que quebranta la condena. Al respecto

[40] Luján Túpez, Manuel. Diccionario penal y procesal penal. Primera Edición. 2013. Gaceta Jurídica S.A. Perú.
[41] Cafferata Nores, José. et al. Manual de Derecho Procesal Penal. https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2020/04/doctrina48696.pdf
[42] Sentencia C-416/02. https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-416-02.htm
[43] Corte Suprema de Justicia (Honduras). Sala de lo Constitucional, Amparo Penal número AP-833-19, de fecha 28/10/2020.
[44] Ídem # 38.

Villavicencio (2009)[45], refiere que el plazo de la prescripción de la pena, alude o fija la ley para la prescripción de la acción penal, y se contará desde el día en que la sentencia condenatoria quedó firme. Independientemente de la condena a imponer, que puede variar según cada caso.

Es necesario mencionar que como en toda regla existen excepciones, lo mismo ocurre con la prescripción, como apunta Moreno (2018)[46], a través de los años en el ámbito internacional se produjo cierta oposición o negación a que se aplicaran las reglas de la prescripción a determinados crímenes cometidos por lo general por los dirigentes de los Estados o con su beneplácito, con la finalidad de evitar que ellos mismos propicien su propia impunidad, en esa medida la jurisprudencia de la Corte IDH se ha desarrollado estableciendo ciertas excepciones para la aplicación de la prescripción, pronunciando que; "la prescripción de la acción penal es inadmisible e inaplicable cuando se trata de muy graves violaciones a los derechos humanos en los términos del Derecho Internacional"[47] y que "en ciertas circunstancias el Derecho Internacional considera inadmisible e inaplicable la prescripción, así como las disposiciones de amnistía y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad, a fin de mantener vigente en el tiempo el poder punitivo del Estado sobre conductas cuya gravedad hace necesaria su represión para evitar que vuelvan a ser cometidas"[48]

En atención a lo anterior es que nuestra ley penal, en control de convencionalidad, contiene un apartado donde enumera los delitos que no prescriben[49]; donde se sitúan: los delitos contra la humanidad, terrorismo, tortura, desaparición forzada, trata de personas y explotación sexual de menores de dieciocho (18) años; y cualquier delito que tenga señalada la pena de privación de libertad de por vida. Y también se enumeran las penas imprescriptibles, tales como las penas de los delitos antes enumerados; así como las acciones penales y penas que son consideradas imprescriptibles por la Constitución de la República, los Tratados y Convenios Internacionales suscritos y/o ratificados por el Estado de Honduras u otras leyes penales. La Constitución[50] incluye como imprescriptible, los casos en que por acción u omisión dolosa y por motivos políticos se causare la muerte de una (1) o más personas.

IX. Diferencias entre prescripción de la acción penal y prescripción de la pena.

Como estima el estudioso del tema, Moreno (2018)[51], en el Derecho penal, la prescripción puede referirse a los delitos o a las penas. La de los delitos se producirá antes y la de las penas después de la sentencia firme dictada tras el correspondiente proceso judicial. La prescripción del delito determina la extinción de la responsabilidad penal y, con tal extinción, la imposibilidad de juzgar unos determinados hechos que en apariencia eran punibles… cuestión ésta que a la jurisdicción penal ya no le interesa y que por tanto no se

[45] Villavicencio Terreros, Felipe. Diccionario Penal Jurisprudencial. Índex completo de figuras e instituciones penales, procesal penales y penitenciarias desarrolladas en la jurisprudencia. Primera Edición 2009. Gaceta Jurídica S.A. Perú. Cita. Exp. Nº 6136-2005-HC/ TC, Data 40 000, G.J.

[46] Moreno, M. C. (2018). Prescripción e imprescriptibilidad de los delitos: Orígenes. Fundamentos. Naturaleza jurídica (1st ed.). J.M Bosch. https://doi.org/10.2307/j.ctvr33ckb. Pág. 24.

[47] Caso Albán Cornejo y otros. Vs. Ecuador. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171, párr. 111 y Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010, Serie C No. 217, párr. 111.

[48] Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010, Serie C No. 217, párr. 207.

[49] Ídem # 34. Art. 116.

[50] Ídem # 11. Art. 325.

[51] Moreno, M. C. (2018). Prescripción e imprescriptibilidad de los delitos: Orígenes. Fundamentos. Naturaleza jurídica (1st ed.). J.M Bosch. https://doi.org/10.2307/j.ctvr33ckb Pág. 20.

entrará ya a debatir. La prescripción de la pena determina, la imposibilidad de ejecutar la que haya sido ya impuesta mediante la sentencia firme dictada tras el correspondiente proceso.

Asimismo, establece Villavicencio (2009), que la diferencia entre la prescripción de la acción penal y la prescripción de la pena, es que la primera importa la terminación del derecho del Estado a perseguir, a través de su órgano jurisdiccional competente, la investigación del delito y la imposición de pena y demás medidas accesorias o consecuentes; en tanto que la segunda implica el fin tan solo de la facultad estatal de ejecutar la pena impuesta[52].

X. Cómputo de la prescripción de la acción penal.

Como lo expone Meini (2009)[53], la prescripción de la acción penal se encuentra vinculada a la gravedad del hecho y la responsabilidad del sujeto, ya que los plazos de prescripción se determinan generalmente en relación a la pena con que se apremia el delito. La mayoría de los autores coinciden en que el cómputo de la prescripción de la acción penal, comenzará a computarse, contado desde la fecha en que el delito fue cometido.

En Honduras la norma sustantiva es la que establece la fórmula para computar los plazos de la prescripción[54], donde de manera general, el cómputo iniciará con la fecha de la comisión del hecho, en el caso de la prescripción de la acción penal y a partir de la notificación de la sentencia, en el caso de la prescripción de la pena.

La Sala Constitucional, se refirió en atención al anterior Código Penal, que; nuestra Ley penal establece que la prescripción comienza a correr desde el día en que se cometió la infracción, siendo interrumpida, como ya dijimos, desde que se inicia procedimiento contra el culpable, lo que conlleva a concordar con lo anteriormente relacionado en cuanto a que ese acto judicial del inicio del proceso interrumpe por primera vez la prescripción, comenzando a correr un nuevo plazo a partir de allí y llegará a su culminación si se paraliza la referida prosecución del proceso por el transcurso del tiempo y los plazos determinados por la ley[55].

XI. Interrupción del plazo de la prescripción de la acción penal.

El Código Penal, dispone que la prescripción de la acción penal se interrumpe, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, desde que se inicia el procedimiento penal contra el presunto responsable, comenzando de nuevo su cómputo desde que se paralice su prosecución por cualquier circunstancia distinta de las que legalmente prevén su suspensión. Nótese que el Legislador utiliza la expresión “comenzando de nuevo” al interpretarse textualmente, refiere que se reinician el plazo de la prescripción, en esa misma línea la Sala Constitucional se pronunció en su momento, explicando (en relación al Código Penal derogado), que donde se hacía uso de la expresión “interrumpir y correr de nuevo”, lo que indica que debe volverse a empezar el computo cada vez, empezando desde el inicio. Diferente habría sido, si el legislador hubiera dispuesto la

[52] Villavicencio Terreros, Felipe. Diccionario Penal Jurisprudencial. Índex completo de figuras e instituciones penales, procesal penales y penitenciarias desarrolladas en la jurisprudencia. Primera Edición 2009. Gaceta Jurídica S.A. Perú. Cita. Exp. Nº 8784-1997-Lima, Data 40 000, G.J

[53] Meini, Iván. (2009). Sobre la prescripción de la acción penal. Foro Jurídico, (09), 70-81. Recuperado a partir de https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18517

[54] Ídem # 13. Artículo 110.

[55] Corte Suprema de Justicia (Honduras). Sala de lo Constitucional, Amparo Penal número AP-559-19, de fecha 30/9/2020.

“suspensión del tiempo”[56]. La interrupción, comenta Cafferata[57], implica la eliminación del tiempo que ya ha transcurrido hasta que se produjo el hecho interruptivo, es decir, el plazo de la prescripción vuelve a contarse desde cero.

Los actos que interrumpen la prescripción de la acción penal, puntualmente han sido objeto de debate, ya que la practica forense penal, ha llevado a adoptar la costumbre, que el acto de presentar personamientos, solicitudes de copias y las muy frecuentes “solicitudes de actualización de orden de captura”, se realicen con el propósito de reactivar las causas penales, en el entendido que dichas diligencias son por sí capaces de reactivar o mantener “activa” una causa penal, en este sentido, existe un criterio de la Sala de lo Penal mediante una Circular de la Corte Suprema de Justicia, donde se refirió en relación a la prescripción de expedientes por falta de acción, que; “para considerar reactivado un proceso penal, no basta con la presentación de un escrito solicitando fotocopias o la expedición de alguna constancia, o de escritos que no coadyuvan a la prosecución del proceso, sino que será únicamente con la presentación de algún escrito o alguna actividad que implique impulso procesal para continuar con el juicio hasta llegar a su final, por ejemplo la solicitud de señalamiento de alguna audiencia o el recibimiento de alguna prueba[58]”.

En los mismos términos la Sala Constitucional, sostuvo en su momento, inspirada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, que interrumpirán la prescripción aquellos actos procesales dotados de auténtico contenido material o sustancial, los que implican efectiva prosecución del procedimiento, haciendo patente que el proceso avanza y se amplía consumiéndose las distintas fases o etapas. Así entonces, como lo ha referido también esta tesis, los actos que interrumpen la prescripción penal han de tener un contenido de investigación sumarial, prosecución del proceso o de ordenación de este. Siguiendo este orden de ideas … estima … que las reiteradas solicitudes de órdenes de captura o para el caso los “personamientos” en juicio, no llegan a implicar una efectiva prosecución del proceso, pues son actuaciones de trámite que no están dotadas de ese contenido material o sustancial que apoyen la prosecución del proceso[59].

XII. Conclusión

En materia procesal penal, la acción, es una garantía judicial y derecho fundamental, contemplado como el libre acceso a los tribunales, tanto la Constitución[60], como en Convenciones sobre Derechos Humanos, este derecho/garantía, se plasma en la obligación y deber que tiene el Ministerio Público como órgano encargado de la investigación de delitos de orden público, de actuar en defensa de los intereses de la sociedad, reservándose la instancia particular para el ejercicio de la acción privada mediante la querella. La garantía judicial de acción se concreta en el momento en que el Ministerio Público pone en conocimiento al órgano jurisdiccional de un hecho considerado delito o falta. La responsabilidad de la debida diligencia de los procesos (penales), así como de la localización de las personas a quienes se les sigue un proceso (penal), es del Estado, a través de todo el engranaje que forman los operadores de justicia.

El Código Procesal Penal de Honduras, reconoce dos clases de acciones, las acciones penales de orden público, que se subdivide en acciones penales de orden público de instancia particular; y las acciones penales de orden privado, las primeras corresponden ejercerlas al Ministerio Público de oficio y a instancia

[56] Corte Suprema de Justicia (Honduras). Sala de lo Constitucional, Amparo Penal número AP-360-18, de fecha 28/2/2019.
[57] Cafferata Nores, José. et al. Manual de Derecho Procesal Penal. https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2020/04/doctrina48696.pdf
[58] OFICIO N°-778-SCSJ-2018. CIRCULAR N° 02-2018. De fecha 23 de marzo de 2018. Punto i.
[59] Corte Suprema de Justicia (Honduras). Sala de lo Constitucional, Amparo Penal número AP-559-19, de fecha 30/9/2020.
[60] Ídem # 11.

de la víctima y la segunda corresponde esencialmente a la parte interesada a través de su representante legal por medio de una querella.

Referirse a la prescripción de la acción penal, como mecanismo para extinguir la responsabilidad penal y extinguir la acción penal, es referirse a principios del derecho procesal penal, como el de economía y celeridad procesal, vinculados al derecho al acceso de la justicia, al debido proceso y en gran medida al principio procesal de plazo razonable, consagrado en la Constitución[61] y la Convención[62], para comprender de mejor manera es necesario visualizar el hecho de que, en la prescripción, se produce una convergencia de derechos sustantivos y adjetivos; el derecho del Estado a imponer una sanción; el derecho que tiene el procesado de que se le defina su situación jurídica y el derecho de la sociedad a obtener una respuesta, y es la obligación del Legislador responder a tales exigencias, dando una pronta respuesta en un plazo legal, avocándose de alguna manera, a los principios del derecho penal, procesal penal y constitucional/convencional. En este sentido la doctrina legal de la Sala Constitucional, ha expresado que, la prescripción de la acción penal, como la prescripción de la pena, son consecuencia del desinterés estatal en la persecución de determinada conducta criminosa y que todo ello también se toma como una sanción al Estado al no haber dado prosecución al proceso[63]. Esto significa que la prescripción surte efecto en la medida en que el Estado no tutela una respuesta oportuna en un plazo razonable y no investiga, enjuicia y sanciona los hechos que se le ponen en conocimiento, tomando en consideración no solo los derechos de la víctima, la complejidad del caso, la actividad procesal, sino que también en consonancia al principio de igualdad de las partes, se debe tomar en cuenta, la afectación que el proceso le genera al imputado, así como su situación jurídica, y como consecuencia al desinterés estatal en la persecución penal, por el plazo legalmente estipulado, el Estado pierde el derecho o facultad de perseguir, investigar y juzgar el delito, la facultad punitiva (***ius puniendi***), así como la facultad de imponer penas y demás medidas accesorias; y de ejecutar la pena impuesta, todo ello como una sanción al Estado al no haber dado prosecución al proceso. De tal modo, que la respuesta al plazo razonable la da, la institución de la prescripción, ya que, de manera categórica, su finalidad es extinguir la autoridad jurisdiccional cesando la acción coercitiva del Estado de la persecución, investigación y juzgamiento de un delito, siendo factor determinante para su procedencia el transcurso del tiempo desde la comisión del evento conforme a los plazos señalados por la ley[64].

Es innegable que existe suficiente fuente auxiliar del derecho (doctrina legal y una Circular de la CSJ) para afirmar que en la práctica forense penal, se ha mantenido una idea incorrecta y se ha convertido en una práctica errónea, el presentar escritos y solicitudes, que no abonan en la dinámica del proceso penal, que no aportan contenido sustancial y transcendental en la prosecución del proceso, creyendo (de manera errada) que de ese modo interrumpirán el término de la prescripción, y en definitiva sostenemos que, esta práctica no interrumpirá el término de la prescripción de la acción penal.

En definitiva, la prescripción de la acción (en materia penal), como una de las causas de prescripción de la responsabilidad penal y a su vez de extinción de la acción penal, no es un tema que genere una opinión unánime, pero resulta muy factible avocarse a la propuesta de los autores *Jescheck* y *Weigend* (2002)[65], quienes sostuvieron que la naturaleza de la prescripción de la acción penal, se situaba como institución, en

[61] Constitución Política de 1982, DECRETO NUMERO Nº 131. Publicada en el Diario Oficial La Gaceta No.23,612 del 20 de enero de 1982. Artículo 80.
[62] Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), artículo 8.1.
[63] Ídem # 43. CONSIDERANDO (7).
[64] Exp. Nº 2405-1995-B-Huaura. Guía Rápida de J. P. y P.P. G.J. p. 57. Perú.
[65] Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas.Tratado de Derecho Penal Parte General. 5ª edición, renovada y ampliada. Traducción de Miguel Olmedo Cargdenete. 2002. Pág. 982 y 983.

el límite del Derecho penal material y el Derecho procesal penal, que teniendo su fundamento esencialmente en Derecho material, su efecto, se limitaba al procedimiento, aportando éstos su propuesta sobre la existencia de una tercera concepción sobre la naturaleza jurídica de la prescripción; una que admitía la naturaleza "mixta" de este instituto jurídico. Afirmando que ésta última visión era la correcta pues la prescripción no puede ser explicada solo como una institución jurídica material o procesal. Y es en esa misma línea de pensamiento que Cerrada (2017)[66], manifestó que, era necesario que el Derecho sustantivo y el procesal confluyan, pues jurídicamente no cabe la imposición de una pena sin seguir un proceso judicial. Y es innegable que, en el instituto de la prescripción de la acción penal, convergen aspectos de derecho material y procesal, por una parte, el derecho del Estado a imponer una sanción o pena, por otra parte, el derecho que tiene el procesado de que se le defina su situación jurídica y, por último, el derecho de la sociedad y de la víctima a obtener una respuesta.

Ante la interrogante, *¿si debe aplicarse las reglas de la prescripción, a las causas penales en las que no se encuentre habido o personado al proceso el imputado (que se encuentre en rebeldía)?*, somos del criterio y opinión que, la prescripción como la pérdida del derecho y facultad del Estado de perseguir, investigar y juzgar el delito, por su desinterés y por no cumplir con el plazo razonable, opera a favor del imputado, ya que éste (el imputado), -citando la jurisprudencia de la Corte IDH- no es responsable de velar por la celeridad de la actuación de las autoridades en el desarrollo del proceso penal, ni por la falta de la debida diligencia de las autoridades estatales. No se puede atribuir al imputado en un proceso penal que soporte la carga del retardo en la administración de justicia, lo cual traería como resultado el menoscabo de los derechos que le confiere la ley[67]. En el mismo sentido, la jurisprudencia española ha establecido que todo imputado tiene derecho a la prescripción, derecho que ha llevado a la más reciente jurisprudencia a eximirle de denunciar en el momento de producirse la dilación indebida, para no renunciar a dicho derecho[68]. Y que puede y debe reconocerse la prescripción en cualquier momento del procedimiento, incluso de oficio, aun cuando el imputado se encuentre en paradero desconocido, pues el derecho a la prescripción es el único que tiene el rebelde[69]. Sobre este punto en concreto existe un antecedente en Honduras[70], donde se estableció, en los casos de imputados no habidos o prófugos, es decir en los casos en rebeldía, se aplicarían las reglas de la prescripción establecidas en el Código Penal.

Por otro lado, dado que el paso del tiempo es relevante para la prescripción de la acción penal, este tendrá las mismas repercusiones en el proceso, se encuentre habido o no el imputado, es decir, en ambos casos se producirá dificultades probatorias, dado el transcurso del tiempo, producirá el mismo estado de incertidumbre en el delincuente, se desaparecerá la necesidad de la pena, así como el daño social, además que sobre todo impera la exigencia convencional del cumplimiento del plazo razonable[71]. Es por todo lo anterior que consideramos que en aras de dar una respuesta tutelando las garantías judiciales y derechos fundamentales, en definitiva, podemos afirmar que la prescripción como derecho, subsiste aún al rebelde.

---

[66] Cerrada Moreno, Manuel. Naturaleza jurídica de la posibilidad de prescripción de los delitos. Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Alcalá X (2017). 103-130. ISSN: 1888-3214. Pág. 115.

[67] Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010, Serie C No. 217, párr. 112.

[68] Sentencia del Tribunal Supremo, resolución número 2125/2002, de 7 de enero de 2003; Sentencia del Tribunal Supremo, resolución número 2181/2002, de 2 de enero de 2003; Sentencia del Tribunal Supremo, resolución número 1432/2003, de 28 de octubre del 2003; Sentencia del Tribunal Supremo, resolución números 505 y 524/2009, de 14 y 19 de mayo del 2009.

[69] Sentencia del Tribunal Supremo, resolución número 1211/1997, de 7 de octubre de 1997 y Sentencia del Tribunal Supremo, resolución número 2025/2000, de 2 de enero de 2001.

[70] Decreto N°. 31-2002, Ley Especial de transición y seguimiento Interinstitucional del Sistema Penal, publicado en Diario Oficial La Gaceta, núm. 29713, en fecha 20/02/2002. Artículo 6.

[71] Tomado de: Cafferata Nores, José. et al. Manual de Derecho Procesal Penal. https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2020/04/doctrina48696.pdf

Bibliografía

Ávila Ortíz, Félix Antonio. Proceso Penal Hondureño. Código Procesal Penal: Comentarios, doctrina, jurisprudencia. Tomo I. Libro primero. [Tegucigalpa] [G&F Impresiones], 2015. Pág. 236 – 237

Cabanellas de Torres, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental, actualizado, corregido y aumentado por Guillermo Cabanellas de las Cuevas. Edición 2006. http://www.iterra.edu.mx/centro/wp-content/uploads/2019/02/88047784-Diccionario-Juridico-Elemental-Guillermo-Cabanellas-de-Torres-1.pdf

Cafferata Nores, José. et al. Manual de Derecho Procesal Penal. https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2020/04/doctrina48696.pdf

Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Párr. 217 y 218.

Caso Albán Cornejo y otros. Vs. Ecuador. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171, párr. 111 y Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010, Serie C No. 217, párr. 111.

Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Párrafo 155.

Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010, Serie C No. 217, párr. 112 y 207.

Cerrada Moreno, Manuel. Naturaleza jurídica de la posibilidad de prescripción de los delitos. Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Alcalá X (2017). 103-130. ISSN: 1888-3214. Pág. 115.

Código Penal, Decreto 184-83. Derogado por el Código Penal Decreto 130-2017, el 25 de junio del año 2020.

Código Penal, Decreto 130-2017, publicado en el Diario Oficial La Gaceta, el 10 de mayo del 2019 NUM. 34,940, en vigencia el 25 de junio del año 2020. Artículos 107, 109, 110, 111, 113 y 116.

Código Procesal Penal, Decreto Nº 9-99-E emitido en fecha 30 de diciembre del año 1999, en vigencia el 20 de febrero del año 2002. Artículos 8, 24, 25, 26, 27, 42, 46, 47, 92, 316, 320 y 405.

Corte IDH. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC9/87 del 6 de octubre de 1987, párrafo 117.

Corte IDH. Caso Bulacio vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 114, y Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 188. (Cita tomada de Andreu, Federico et al. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario. Christian Steiner / Patricia Uribe (editores). © 2014 KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V. Pág. 213)

Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104, párr. 79, y Caso Mohamed vs. Argentina. op. cit., párr. 27, 83, 118.

Corte IDH. Caso Goiburú y otros vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 131. (Cita tomada de Andreu, Federico et al. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario. Christian Steiner / Patricia Uribe (editores). © 2014 KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V. Pág. 213)

Corte Suprema de Justicia (Honduras). Sala de lo Constitucional, Amparo Penal número AP-360-18, de fecha 28/2/2019.

Corte Suprema de Justicia (Honduras). Sala de lo Constitucional, Amparo Penal número AP-559-19, de fecha 30/9/2020.

Corte Suprema de Justicia (Honduras). Sala de lo Constitucional, Amparo Penal número AP-833-19, de fecha 28/10/2020.

Constitución Política de 1982, DECRETO NUMERO Nº 131. Publicada en el Diario Oficial La Gaceta No. 23,612 del 20 de enero de 1982. Artículos 15, 17, 18, 80, 232, 320 y 325.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), artículo 8.1.

Decreto N° 31-2002, Ley Especial de transición y seguimiento Interinstitucional del Sistema Penal, publicado en Diario Oficial La Gaceta, núm. 29713, en fecha 20/02/2002. Artículo 6.

Exp. Nº 2405-1995-B-Huaura. Guía Rápida de J. P. y P.P. G.J. p. 57. Perú.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. Martínez Ramírez, Fabiola y Figueroa Mejía, Giovanni A. Diccionario de Derecho Procesal, Constitucional y Convencional. Tomo I. Poder Judicial de la Federación. Consejo de la Judicatura Federal. México. Primera Edición. 24 de abril de 2014. Pág. 8. https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32137.pdf

Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas.Tratado de Derecho Penal Parte General. 5ª edición, renovada y ampliada. Traducción de Miguel Olmedo Cargdenete. 2002. Pág. 982 y 983.

Ley del Ministerio Público, Decreto N° 228-93 emitido en fecha 13 de diciembre del año 1993. Art. 6.

Ley especial de transición y seguimiento interinstitucional del sistema penal. Decreto N° 31-2002, de fecha 19 de febrero del 2002. Con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2006. Artículo 5.

Luján Túpez, Manuel. Diccionario penal y procesal penal. Primera Edición. 2013. Gaceta Jurídica S.A. Perú.

Meini, Iván. (2009). Sobre la prescripción de la acción penal. Foro Jurídico, (09), 70-81. Recuperado a partir de https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18517

Moreno, M. C. (2018). Prescripción e imprescriptibilidad de los delitos: Orígenes. Fundamentos. Naturaleza jurídica (1st ed.). J.M Bosch. https://doi.org/10.2307/j.ctvr33ckb. Pág. 20 y 24.

OFICIO N°-778-SCSJ-2018. CIRCULAR N° 02-2018. De fecha 23 de marzo de 2018. Punto i.

Ossorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales. 1ª Edición Electrónica. https://biblioteca.ismm.edu.cu/wp-content/uploads/2017/06/diccionario-juridico-politico.pdf

Ponce de León, L. (1999). Metodología de la investigación científica del derecho. En Metodología del derecho. Pág. 69. México: Porrúa. https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/28239/25507

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23.ª ed., [versión 23.6 en línea]. https://dle.rae.es/acción [27/03/2023].

Sentencia C-416/02. https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-416-02.htm

Sentencia del Tribunal Supremo, resolución número 1211/1997, de 7 de octubre de 1997 y Sentencia del Tribunal Supremo, resolución número 2025/2000, de 2 de enero de 2001.

Sentencia del Tribunal Supremo, resolución número 2125/2002, de 7 de enero de 2003; Sentencia del Tribunal Supremo, resolución número 2181/2002, de 2 de enero de 2003; Sentencia del Tribunal Supremo, resolución número 1432/2003, de 28 de octubre del 2003; Sentencia del Tribunal Supremo, resolución números 505 y 524/2009, de 14 y 19 de mayo del 2009.

Villabella Armengol, Carlos Manuel. Los métodos en la investigación jurídica. DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México Instituto de Investigaciones Jurídicas. Pág. 169. https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6226/12a.pdf

Villavicencio Terreros, Felipe. Diccionario Penal Jurisprudencial. Índex completo de figuras e instituciones penales, procesal penales y penitenciarias desarrolladas en la jurisprudencia. Primera Edición 2009. Gaceta Jurídica S.A. Perú. Cita. Exp. Nº 6136-2005-HC/ TC, Data 40 000, G.J. y Exp. Nº 8784-1997-Lima, Data 40 000, G.J.

Welzel, Hans. Derecho Penal Parte General. Buenos Aires. 1956. Traducción por el Dr. Carlos Fontán Balestra con la colaboración del Sr. Eduardo Frinker.

LA AFECTACIÒN AL PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO AL NO APLICARSE EL ARTICULO 459º RESPECTO DE LA NOTIFICACION DEL REBELDE EN LOS PROCESOS DE ALIMENTOS Y CONEXOS

Gustavo Alonso Coronado Zeña
Abogado. Egresado de la Universidad Particular de Chiclayo.
Egresado de la Maestría en Derecho con Mención en Constitucional y Gobernabilidad Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo
Asistente Judicial de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque

I. INTRODUCCIÓN:

A lo largo de mi experiencia como servidor jurisdiccional en el Poder Judicial, específicamente en la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, tanto como asistente judicial y como secretario judicial, me he encontrado con más de una interrogante: si al declarado procesalmente Rebelde en el proceso de alimentos, le corresponde que se le notifique en su domicilio real, todas las resoluciones emitidos por los órganos jurisdiccionales o conforme lo dispone el último párrafo del artículo 459º del C.P.C; lo que ha conllevado a que los procesos judiciales duren años y años en ejecutar las sentencias de alimentos.

Es por ello que en este trabajo, pretendo llegar a tos los operadores de justicia, brindándoles un concepto claro de los que es la rebeldía, sus efectos específicamente en el acto procesal de la notificaciones; así como recomendar que los operadores que administran justicia, apliquen dicho dispositivo legal, en el proceso de alimentos, para que este sea más eficaz, célere y justo, porque justicia que tarda no es justicia.-

II. FUNDAMENTO FILOSÓFICO DE LA APLICACIÒN DEL ULTIMO PARRAFO DEL ARTICULO 459º DEL C.P.C EN LOS PROCESOS DE ALIMENTOS:

A fin de hacer más dinámica estos conocimientos, a continuación, pongo en sus manos una lectura del ¿Por qué Aplicar este dispositivo?:

Podría cuestionarse, con relativo sustento, cual es la razón por la que deba aplicarse el artículo 459º en su último párrafo respecto de las notificaciones al declarado procesalmente rebelde, en razón de que ello afectaría su derecho de defensa relativamente.
Sin embargo, tenemos para nosotros que el fundamento de la aplicación de este dispositivo legal, es en primer orden el interés superior del niño y por otra parte la tutela jurisdiccional efectiva de las resoluciones judiciales, las mismas que tienen que ejecutarse en su propios términos, ya que de nada valdría obtener una sentencia de alimentos favorable si para su ejecución (cobros de pensiones devengadas), tiene que trascurrir mas de 02 años por la innecesaria notificación al rebelde en determinado actos procesales; lo cual es contrario a lo que urge a la madre que acude a interponer su demanda de alimentos, con el objetivo de que su niño tenga una

pensión de alimentos oportuna y de no ser así, los fines del proceso (resolver conflictos de intereses y a través de ello, lograr la paz social en justicia) serían irrealizables, meras utopías[1].

III. ASPECTOS GENERALES DE LA REBELDIA

3.1.- CONFIGURACION DE LA REBELDIA O CONTUMACIA

Rocco, acerca de la contumacia o rebeldía, afirma que «... consiste *en la no constitución de una parte (actor o demandado)* o *de ambas partes (actor y demandado)* en el proceso» (ROCCO, 1976, Volumen III: 48).

Carnelutti señala al respecto que «... cuando una de las personas indicadas como partes en la citación o en el recurso no comparece a pesar de tener la carga de la comparecencia, esta no comparecencia asume el significado de *incumplimiento de la carga de comparecer* y recibe el nombre de *contumacia*; la misma etimología de la palabra (de *contemnere)* alude a una falta de cuidado respecto de lo que la parte habría debido hacer. Contumaz no es, pues, la parte por el simple hecho de no comparecer, sino por el hecho de *no comparecer debiendo hacerlo»* (CARNELUTTI, 1944, Tomo IV: 105-106). El indicado tratadista italiano agrega que «... la contumacia es una especie más grave de inactividad, que se verifica cuando una parte ni siquiera comparece» (CARNELUTTI, 1944, Tomo IV: 106).

Según Redenti, «de contumaz se califica (...) a quien, aun habiendo adoptado por efecto de la citación posición de parte en el proceso (actor), o habiendo sido puesto en él por acto o hecho de otros (caso de quien quiera que haya sido procesalmente demandado o llamado en causa), *no proceda a la formalidad de la constitución,* sin la cual no puede desplegar otras actividades procesales en esta fase» (REDENTI, 1957, Tomo I: 479).

El Código Procesal Civil regula lo concerniente a la rebeldía en el Título IV («Rebeldía») de la Sección Cuarta («Postulación del proceso»), en los arts. 458 al 464. Precisamente, el artículo 458 del citado cuerpo de leyes establece lo siguiente:
«Si transcurrido el plazo para contestar la demanda, el demandado a quien se le ha notificado válidamente ésta no lo hace, se le declarará rebelde.
También será declarado rebelde el litigante que notificado con la conclusión del patrocinio de su Abogado o la renuncia de su apoderado, no comparece dentro del plazo fijado en el Artículo 79° *[del* C.P.C.J».

3.2.- NATURALEZA JURIDICA DE LA REBELDIA

Desde el punto histórico, el tratamiento de la rebeldía ha sido considerado, por un lado, como sanción entre los que entendían que se infringe una obligación de defensa y, de otro lado, los que entienden que solo se trata de una renuncia a la defensa. "Los que vean en el proceso un medio de pacificación jurídica harán derivar de la contumacia la ficta confessio y la sentencia condenatoria como consecuencia de la infracción de una obligación; mientras que los que conceptúan el proceso como uno de los varios medios posibles para obtener la certeza jurídica, desvinculándolo del derecho. Adoptaran un criterio más objetivo y trataran la contumacia o rebeldía como simple inactividad[2]

[1] *Eugenia Ariano Deho*

[2] VERGE GRAU, Juan, "La rebeldía en el proceso civil", ed. Bosch Barcelona España 1989, pag. 53

Ejemplo de los primero lo tenemos en el proceso formulario del Derecho Romano, en el que contra el contumaz se dictaba sentencia en contra suya; de la segunda concepción la tenemos en el Derecho Romano posclásico, justinianeo, derecho canónico, en la que ante la situación de contumacia, el proceso proseguía y el resultado dependería de lo fundada o probada que este la demanda.

Nuestro Código Procesal Civil, asume una posición intermedia, ya que si bien considera que no se trata de una obligación el contestar la demanda, tampoco la sume como una "simple inactividad". En efecto, la contestación de la demanda la considera como una carga procesal, que no es una obligación más, como carga procesal, el no contestar la demanda, si bien no le aplicara sanciones ni puede obligarse al demandado a que conteste la demanda, se le declarar rebelde y ello, puede traer como consecuencia la posibilidad del juzgamiento anticipada del proceso, evidentemente a favor del demandante, con base en la presunción relativa de verada.

Reimundín enseña que «... la doctrina moderna con sus diversas teorías acerca de la naturaleza jurídica del proceso ha realizado verdaderas aportaciones que permiten explicar con exactitud los diversos fenómenos procesales y han demostrado, con relación al demandado que ha sido emplazado para comparecer en juicio, la inexistencia de una limitación en su libertad; éste es libre de no personarse en juicio y no tomar parte activa en la integración de la relación procesal. Sólo existe la necesidad de prevenir un perjuicio procesal ('el juicio en rebeldía') y esa necesidad de actuar representa únicamente una *'carga procesal»* (REIMUNDIN, 1951: 232).

El referido jurista, en cuanto a las teorías existentes sobre la concepción de la rebeldía, apunta que son las que enuncian y explica a continuación:

«a) Teoría de la pena- Se justifica la concepción penal de la contumacia, cuando el proceso constituía realmente un medio de pacificación social y la presencia del demandado resultaba necesaria para obtener este fin. De ahí que la ausencia del demandado podía considerarse como un hecho ilícito, una verdadera resistencia al poder del juez.
Es así como en esta etapa histórica no puede hablarse aún de un verdadero proceso contumacial, porque no existe la posibilidad de un juicio sin la presencia de ambas partes.
(...)
Esta doctrina penal no encuentra fundamento alguno en la actual legislación (...). Nuestra doctrina moderna reconoce que la contumacia no importa una pena contra el rebelde, porque los litigantes no tienen la obligación sino el derecho de actuar en el proceso para la defensa de su interés.
(...)
La parte tiene simplemente una *'carga'* de comparecer (...).

b) Teoría de la renuncia - Esta doctrina surge históricamente como contraria a la teoría de la pena, porque, con ella se abandonaba el concepto de la obligación de la comparecencia y de la defensa, y se reconocía el derecho de la parte para disponer libremente de los medios de defensa.
Justamente puede observarse que tal doctrina es incompatible con varias normas (...) y especialmente con la comparecencia tardía (...) porque quien renuncia a un derecho o a un medio de defensa, no debe volver sobre sus pasos y revocar la declaración de voluntad.

c) Teoría de la autodeterminación- Se ha sostenido que la rebeldía es el no ejercicio de la facultad de obrar, porque cada cual es libre de auto-determinarse; así los actos positivos son ejercicios de los propios derechos; los actos negativos no pueden considerarse violación de obligaciones; en consecuencia, como se tiene derecho de cooperar al proceso, así también se tiene la facultad de abstenerse. La inactividad que determina la rebeldía sería, pues, un acto negativo voluntario de parte, el efecto de la voluntad de no obrar.
(...)

d) La contumacia como negocio jurídico procesal- (...) Podemos considerar a la contumacia como acto procesal.
(...) La figura jurídica del 'acto procesal', puede consistir en la realización voluntaria de un hecho, o bien, en la abstención, también voluntaria de un hecho determinado, es decir que puede representar una conducta negativa o pasiva.
La contumacia, la caducidad de la instancia, la confesión tácita en la absolución de posiciones, se nos presentan como instituciones afines y limítrofes, en cuanto constituyen una verdadera omisión procesal, que puede producir consecuencias jurídicas en la relación procesal.
Es decir, que la contumacia configura un *'acto omisivo procesal',* que es una de las categorías de los actos procesales y que la doctrina distingue frente a los comisivos o de comisión.
(...)
(...) La rebeldía declarada implica una presunción de la verdad de los hechos afirmados por quien obtuvo la declaración» (REIMUNDIN, 1951: 233-235).

3.3.- EFECTOS DE LA REBELDIA

Según la legislación procesal vigente, son diversos los efectos jurídicos que emana la declaración de rebeldía como son: La preclusión, obtención de medidas cautelares a favor del demandante, posibilidad de juzgamiento anticipada del proceso, convocatoria a audiencia de saneamiento, pago de costos y costas; y **limitación de las notificaciones;** en este último nos vamos a centrar

3.3.1.- LIMITACIÒN DE LA NOTIFIACIÒN:

Continuando la secuela del proceso, tenemos que una vez verificada por el juez la situación jurídica de rebeldía a la que se refiere el artículo 458 del CPC, la resolución donde consta expresamente dicha declaración será puesta en conocimiento de la parte rebelde por cédula (art. 158 del CPC), en caso el demandante haya señalado su domicilio o por edictos (art. 165 del CPC).
Asimismo, el segundo párrafo del artículo en comento establece que de la misma manera será puesto a conocimiento de la parte declarada en rebeldía, los siguientes actos procesales:

- el saneamiento del proceso,
- la citación para audiencia,
- la citación para la emisión de sentencia,
- la sentencia y
- el requerimiento para su cumplimiento.

Con esta disposición normativa se pretende que el rebelde tenga conocimiento de los actos procesales más relevantes del proceso para que se encuentre en condiciones para reincorporarse y hacer ejercicio de los recursos permitidos por ley.

Puntualizamos que, según se infiere de la parte final del artículo 459 del Código Procesal Civil, **las resoluciones judiciales que se expidan en el proceso y que no sean las señaladas precedentemente, se tendrán por notificadas al rebelde el mismo día en que tales resoluciones fueron notificadas a la parte contraria (demandante).**

3.4.- LA REBELDIA Y EL DERECHO DE DEFENSA

Como puede observarse, si bien la rebeldía acarrea una situación jurídica de desventaja para su titular, la norma procesal preserva su derecho de defensa y contradictorio para que pese a haber precluído la etapa postulatoria, el rebelde pueda comparecer al proceso en cualquier y ejercer su derecho, conforme lo señala el artículo 462 del CPC.

Debemos señalar tajantemente que, la rebeldía es una situación permanente de la parte, a pesar de que ingrese al proceso. Decimos ello porque si bien la norma en comentario regula la incorporación del rebelde, no precisa si el mero hecho de la comparecencia hace cesar la rebeldía.

Si asumimos por válido ese efecto, diremos que a partir de su ingreso comienza a regir el régimen normal de las notificaciones, restringidas según el artículo 459 del Código., lo cual no sería correcto

Los efectos producidos con anterioridad a su ingreso son irreversibles para el rebelde, quien debe asumir el proceso en el estado en que se encuentre; sin embargo, frente a la medida cautelar dictada, el rebelde puede requerir la sustitución de esta medida por otra que le resulte menos perjudicial siempre que se garantice suficientemente el derecho de la otra parte, así como también la sustitución por otros bienes del mismo valor o reducción del monto por el cual la medida ha sido trabada[3].

3.5.- ESTRATEGIAS PARA LA NOTIFICACIÒN DEL REBELDE

Estando a lo expuesto en líneas arriba, a fin de acelerar y ser eficaces los procesos de alimentos y conexos; los operadores de justicia al momento de notificar al rebelde este o no apersonado al proceso debe primeramente establecer, si los actos procesales que se va a proceder a notificar son los siguientes:

- el saneamiento del proceso,
- la citación para audiencia,
- la citación para la emisión de sentencia,
- la sentencia y
- el requerimiento para su cumplimiento.

De no estar dentro de los actos procesales, antes señalados, **se tendrán por notificadas al rebelde el mismo día en que tales resoluciones fueron notificadas a la parte demandante;** para lo cual el secretario cursor emitirá el siguiente formato:

PODER JUDICIAL DEL PERÚ

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE

JUZGADO DE PAZ LETRADO DE PUCARÁ

Exp. Nº 0 -201 -0-FA

CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN AL DEMANDADO REBELDE

SEÑORITA JUEZ:

DOY cuenta a Ud. Que el demandado _____; En el presente proceso tiene la condición de rebelde (no se apersono al proceso), por lo que de conformidad a lo previsto en el Último párrafo del Artículo 459 del C.P.C., la RESOLUCION N° _____, SE LE TIENE POR NOTIFICADO en la misma fecha que es notificada a la demandante, esto es ___ de _____ del año _____ Doy fe.-

Pucará, _____

[3] *LEDESMA NARVAEZ, Marianella. Comentarios al Código Procesal Civil, Tomo II, p* 544

Ello conllevará a que dichos procesos se ejecuten de la manera más célere y eficaz, con la finalidad de que los menores sean asistidos por sus padres con una pensión de alimentos de manera oportuna; y no esperar más de 02 años para ejecutar y cobrar las pensiones de alimentos devengadas, como ocurre en la actualidad; como en el supuesto:

Caso:

Una Madre con fecha primero de enero del 2023, acude al Juzgado de Paz Letrado, a fin de que el padre de sus menores hijos acuda con una pensión alimenticia, a favor de su menores hijos, la SENTENCIA se expide en el mes de enero del 2023, la misma que adquiere la calidad de cosa juzgada en el mes de febrero, posteriormente ante el incumplimiento por parte del demandado respecto del pago de pensiones, mediante secretaria se practica liquidación, la misma que se genera con fecha marzo del 2023,; sin embargo estando a que el demandado vive en departamento de Ayacucho; recién se aprueba en el mes de enero del 2024, lo cual hace que remitan copias al ministerio publico luego de más de 01 año, para luego la señora recién cobrar en el proceso penal después de 02 años, lo cual afecta gravemente el interés superior del niño.

IV. CONCLUSIONES:

4.1 El declarado procesalmente rebelde, tiene protegido su derecho de defensa, en todo el estadio del proceso.

4.2 Los efectos producidos de rebeldía con anterioridad a su ingreso son irreversibles, a si se apersone al proceso, quien debe asumir en el estado en que se encuentre; sin embargo, frente a la medida cautelar dictada, el rebelde puede requerir la sustitución de esta medida por otra que le resulte menos perjudicial.

4.3 Al noticiarse al declarado procesalmente rebelde conforme el último párrafo del artículo 459ª del Código Procesal Civil, no se estaría afectando su derecho de defensa; ya que el rebelde puede ingresar en cualquier estadio el proceso conforme lo dispone el artículo 462º del CPC. Para que conforme a su derecho exponga su argumento contradictorio.

4.4 Exhórtese a los operadores de justicia; a fin de aplicar de manera obligatoria los dispuesto en el artículo 459º en su último párrafo, con la finalidad que el proceso de alimentos se más eficaz, rápido y coadyuven a la correcta administración de justicia.-

IPSO JURE

REVISTA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE

La República

SOMOS DIARIO JUDICIAL - LAMBAYEQUE 2023